



**UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA
"TOR VERGATA"**

FACOLTA' DI GIURISPRUDENZA

DOTTORATO DI RICERCA IN DIRITTO PUBBLICO

XXI CICLO

**La responsabilità dello Stato-Amministrazione per violazione del diritto comunitario,
fra istanze di certezza giuridica e tutela del principio dell'affidamento**

Candidato:

dott. ssa Irene Sandulli

A.A. 2008/2009

Tutor:

Chiar. mo Prof. Claudio Franchini

Coordinatore:

Chiar. mo Prof. Antonio D'Atena

Ad Alessandro

I. IL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI MEMBRI IN DIRITTO COMUNITARIO 5

Premessa	5
1. Il rapporto fra gli ordinamenti giuridici: strumenti di integrazione e di armonizzazione sullo sfondo della supremazia del diritto comunitario. Introduzione.....	8
1.1. Il primato del diritto comunitario sulle fonti di diritto interno	8
1.2. L'effetto diretto e la disapplicazione come soluzione al contrasto fra le fonti dei due sistemi.....	12
2. La genesi del sistema di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario	15
2.1. Il principio di leale cooperazione.....	15
2.2. Il regime di responsabilità come risposta alla parziale inefficacia della procedura comunitaria d'infrazione	18
3. La progressiva elaborazione del regime di responsabilità per violazione del diritto comunitario e dei suoi elementi costitutivi.....	19
3.1. Le novità del caso Francovich	19
3.2. Gli sviluppi del caso Francovich.....	22
3.3. I caratteri costitutivi dell'illecito statale e l'influsso determinante della responsabilità delle istituzioni comunitarie ex art. 288 TCE.....	25
3.4. Primi riconoscimenti della responsabilità dello Stato- amministrazione.....	31
3.5. ... fino al riconoscimento della responsabilità dello Stato-giurisdizione	34
3.6. La tutela risarcitoria a fronte della violazione del diritto comunitario e la procedura d'infrazione: due rimedi a confronto	39
4. Il carattere unitario della responsabilità statale. I principi di effettività ed equivalenza come garanti del primato del diritto comunitario.....	40
5. La responsabilità come fattispecie "mista".....	47
5.1. Il coordinamento fra le posizioni soggettive di radice comunitario ed i mezzi di tutela apprestati dal diritto interno	47
5.2. I riscontri applicativi in Italia ed il problema della qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto comunitario.....	49
6. Profili attuativi. Tutela risarcitoria e considerazioni a margine sul rimedio della cosiddetta "pregiudiziale amministrativa"	50
7. L'autonomia "inter-dipendente" del sistema comunitario ed il rapporto con i modelli di responsabilità in diritto interno. Alcune considerazioni conclusive	54

II. LA PATOLOGIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO (I sezione)..... 59

1. La responsabilità dello Stato - amministrazione: premesse generali.....	59
1.1. Il rapporto fra diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario fra tesi monistica e tesi dualistica	61
2. Le possibili fattispecie degli atti amministrativi "anticomunitari"	64
3. La categoria dell'invalidità del provvedimento anticomunitario. Introduzione ai modelli ricostruttivi e possibili affinità con l'invalidità costituzionale.	68
3.1. Lo schema dell'annullabilità ed i suoi profili applicativi.....	71
3.2. La tesi della nullità per carenza di potere.....	74
3.3. La tesi contraria alla mera dicotomia nullità- annullabilità	76
3.4. I provvedimenti amministrativi e la disapplicazione in pejus delle norme nazionali	78
4. La tesi più controversa: la disapplicazione dell'atto amministrativo difforme dal diritto comunitario. Premesse	80
4.1. La tesi favorevole alla disapplicazione	81
4.2. La tesi contraria alla disapplicazione. Cenni alle sue ragioni storiche e giuridiche nel sistema italiano di giustizia amministrativa.....	85
5. L'orientamento della Corte di Giustizia: la riconosciuta autonomia del sistema processuale interno	93
5.1. Il caso Santex.....	97
5.2. Le più recenti "conferme" del giudice comunitario.....	104
6. L'approccio al problema nella giurisprudenza amministrativa italiana: il raccordo con i principi della Corte di Giustizia.....	107
7. Limiti e condizioni al(l'eventuale) regime di disapplicabilità. Alcuni fermenti innovativi... ..	114
8. ... prontamente spenti dal Consiglio di Stato (sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263).....	118

9. La responsabilità dello Stato-amministrazione. Una possibile comparazione con la responsabilità per fatto degli organi giurisdizionali di ultima istanza.	119
10. L'invalidità sopravvenuta per jus superveniens di diritto comunitario	121
11. Le possibili implicazioni dell'invalidità comunitaria degli atti amministrativi. L'evoluzione della responsabilità amministrativa per danno all'erario.	123
12. Considerazioni sull'incompatibilità comunitaria del provvedimento amministrativo. La natura ibrida dell'atto nazionale difforme, fra "elemento costitutivo" della responsabilità e "oggetto" della violazione del diritto comunitario.....	127
12.1 Alcune "esimenti" a favore dei soggetti pubblici, di fronte al vizio di illegittimità comunitaria degli atti amministrativi.....	128
13. Notazioni conclusive sul sistema di responsabilità dello Stato-Amministrazione	131

II. IL REGIME DI TUTELA AVVERSO L'ILLEGITTIMITÀ COMUNITARIA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI NELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE (II sezione). 133

Premessa	133
1. L'autotutela nel diritto amministrativo italiano	133
2. L'autotutela come rimedio esperibile di fronte alla violazione del diritto comunitario	137
2.1. Un possibile modello di confronto: la revoca degli atti amministrativi comunitari	142
3. La Corte di giustizia e l'esercizio del potere di riesame di atti amministrativi nazionali definitivi.....	147
4. I principi guida nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sul potere di ritiro degli atti amministrativi anticomunitari: la tutela dell'affidamento	153
5. ... il principio di legalità	156
6. ... il principio di economicità. TAR Sicilia, 28 settembre 2007 n. 2047, sez. II... ..	157
7. Alcuni spunti di riflessione sul tema dell'autotutela fra diritto comunitario e diritto interno	161

III. L'ELABORAZIONE DI UN MODELLO AUTONOMO DI "INVALIDITÀ COMUNITARIA" DELL'ATTO AMMINISTRATIVO E DI ILLECITO STATALE PER VIOLAZIONE DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

Premesse	167
1. L'influenza del diritto "comunitario" sull'elaborazione delle categorie e degli schemi di responsabilità propri del diritto interno.....	168
1.1 La possibile elaborazione di un "modello" di illecito statale per violazione del diritto comunitario. "Contaminazioni" fra diritto interno e ordinamento comunitario.....	170
2. L'individuazione di un modello plausibile ed unitario di responsabilità per violazione del diritto comunitario. Premesse	173
2.1 L'elaborazione dell'illecito comunitario alla luce delle conquiste della giurisprudenza nazionale sulla responsabilità della pubblica amministrazione.....	174
2.2 Le diverse tipologie di responsabilità in diritto interno. Il paradigma aquiliano	176
2.3 La denuncia al sistema extracontrattuale e l'elaborazione di modelli alternativi: dalla tesi del contatto, alla responsabilità precontrattuale, al modello "misto".....	179
3. L'illecito comunitario alla luce del regime della responsabilità extracontrattuale	191
4. L'elemento soggettivo nel modello di responsabilità della pubblica amministrazione. L'incidenza della giurisprudenza comunitaria.....	197
4.1 L'evoluzione della giurisprudenza nazionale nell'individuazione dei caratteri della colpa degli apparati pubblici.	202
5. Alcune implicazioni processuali del modello "extracontrattuale" dell'illegittimità comunitaria. La scissione fra i concetti di liceità e legittimità.	217
6. La tutela del privato fra principio di affidamento	223
6.1. ... ed istanze di certezza del diritto.....	233
6.2. L'altro termine di confronto per la certezza del diritto: il principio di legalità.....	235
7. Considerazioni finali. Analisi di un possibile modello di "invalidità comunitaria" dell'atto amministrativo nazionale alla luce del primato del diritto comunitario.....	244

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

I. IL SISTEMA DELLA RESPONSABILITÀ DEGLI STATI MEMBRI IN DIRITTO COMUNITARIO

Premessa

Il fenomeno della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario fa la sua più significativa comparsa poco prima che in Italia si scatenino i fermenti innovativi della responsabilità per lesione dell'interesse legittimo e in dottrina si iniziò a parlare di un'“era responsabile” per la Pubblica Amministrazione.

Come istituto dotato di propria autonomia e dignità giuridica, esso si riempie di contenuti alle soglie del Trattato di Maastricht ⁽¹⁾, quando la Corte di Giustizia elabora un sistema di controllo diffuso di responsabilità sullo Stato per mancata trasposizione della normativa comunitaria nel diritto interno, imponendo l'assoluta necessità di fondare un dialogo crescente con le Corti nazionali e con i rispettivi ordini giuridici ⁽²⁾.

Il primato del diritto comunitario, lungi dal restare vuota enunciazione di principio, è così divenuto “tangibile”.

Infatti, il riconoscimento di una tutela risarcitoria ai soggetti privati dei singoli ordinamenti statali, per violazioni commesse dagli Stati di appartenenza, si è aggiunto alle varie procedure comunitarie di infrazione – volte ad un mero rispetto “oggettivo” del diritto sovranazionale –, approntando un

¹ Trattato che istituisce l'Unione europea, fatto a Maastricht il 7 febbraio 1992, entrato in vigore il 1° novembre 1993. Sui temi, cfr. Moreira de Sousa S. – Heusel W., *Enforcing Community Law from Francovich to Köbler: twelve years of the State liability principles*, Köln, Bundesanzeiger, 2004. Risale al 1990 un articolato Progetto della Commissione europea sull'ampliamento e rafforzamento del sistema sanzionatorio nella Comunità, tale da prevedere anche il ricorso alla responsabilità degli Stati membri (European Commission, *Initial Contributions by the Commission to the Intergovernmental Conference on Political Union: Composite Working Paper*, SEC (91)500, 15 maggio 1991, 130, cit. in Lazari A (a cura di), *La responsabilità statale in Diritto comunitario e nei singoli diritto nazionali*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 2, p. 143). L'opposizione dei rappresentanti statali all'accoglimento di un sistema di responsabilità “catalogata” ed onnicomprensiva è quindi sfociata nella riforma dell'art. 228, Trattato istitutivo della Comunità europea (di seguito, anche “TCE”), il cui primo comma sancisce: “Quando la Corte di Giustizia riconosca che uno Stato membro ha mancato ad uno degli obblighi ad esso incombenti in virtù del presente Trattato, tale Stato è tenuto a prendere i provvedimenti che l'esecuzione della sentenza della Corte di Giustizia comporta”.

² Cfr. Corte di Giustizia delle Comunità europee (di seguito, in nota “CGCE”), sentenza *Francovich e Bonifaci*, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in Racc. I-5357 ss.

sicuro baluardo all'effettività del diritto comunitario, più concreto ed appetibile perché azionabile di fronte al giudice nazionale.

Dagli anni del cosiddetto silenzio d'oro delle giurisdizioni nazionali - connotati dal rifiuto delle Corti interne di applicare lo schema di responsabilità oggettivo, tendenzialmente "suggerito" dai giudici di Lussemburgo - si è arrivati quindi alla presa d'atto, alle soglie del Trattato di Amsterdam ⁽³⁾, della necessità di rimodulare e ristrutturare i caratteri di tale responsabilità.

Nell'ottica di rafforzare gli strumenti di protezione del diritto sovranazionale, la giurisprudenza comunitaria ha in primo luogo individuato tre coordinate, veri punti cardinali di navigazione della "materia" della responsabilità (preordinazione dei diritti da parte della norma violata, nesso causale e violazione sufficientemente caratterizzata o qualificata), quindi ha fissato, quali barriere di contenimento, i principi dell'effettività e di equivalenza di tutela delle posizioni giuridiche di derivazione comunitaria, rispetto ad analoghe posizioni soggettive di matrice interna.

Il passo successivo è consistito nello scindere il sistema di responsabilità in due macroaree: una consistente in una sorta di responsabilità oggettiva da atto lecito, l'altra, più ampia, in una categoria di responsabilità per fatto illecito, variamente articolata in funzione del margine di discrezionalità di cui dispone l'apparato statale ⁽⁴⁾. Infine, il modello della colpa oggettiva francese ha offerto il destro per la ricostruzione di un autonomo sistema di "responsabilità civile" dello Stato per violazione del diritto comunitario.

Una volta dotatosi dei propri strumenti concettuali, l'istituto ha seguito uno sviluppo inarrestabile, fino ad investire tutte le manifestazioni del potere statale.

Il processo di "responsabilizzazione" degli Stato membri si è rivelato del resto così denso di implicazioni, che dall'affermazione della responsabilità del legislatore è stato breve il passo per chiamare in causa anche le autorità amministrative che emanassero atti difformi dal diritto comunitario.

Da queste, poi, il centro d'interesse si è esteso verso la responsabilità del sistema giurisdizionale.

In definitiva, la figura del cittadino europeo risulta sempre più rafforzata da decisioni che si stanno auto-contaminando, in cui la Corte di Giustizia, anziché canalizzare - come originariamente auspicato dai rappresentanti governativi - la risposta sanzionatoria nella sede istituzionale e

³ Trattato che modifica il Trattato sull'Unione europea, i Trattati che istituiscono le Comunità europee ed alcuni atti connessi, con allegato e protocolli, fatto ad Amsterdam il 2 ottobre 1997, ratificato dall'Italia con l. 16 giugno 1998, n. 209.

⁴ Cfr. Lazari A (a cura di), *Ibid.*

centralizzata di cui all'art. 226 TCE ⁽⁵⁾, ha premuto per il riconoscimento della responsabilità anche in capo alle Corti nazionali di ultima istanza ⁽⁶⁾.

Il più deciso, recente spostamento di baricentro verso i temi della responsabilità dei giudici e delle amministrazioni nazionali spicca soprattutto a livello di catalizzazione d'interesse, per commentatori e studiosi, ma occorre pur sempre considerare che in realtà l'istituto della responsabilità statale è a tutto campo e coinvolge, senza distinzioni di sorta, tutte le molteplici estrinsecazioni della persona giuridica – Stato.

Ai fini del suo inquadramento in categorie note al sistema giuridico italiano, la responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario appare probabilmente meglio assimilabile alle categorie aquiliane, per la vicinanza di concetti come nesso causale e antigiuridicità ⁽⁷⁾ (familiare al requisito del “*sufficiently serious breach of law*”).

Ad ogni modo, uno sforzo comparatistico di indagine sui modelli statali riconducibili alla figura dell'illecito civile non appare sterile, se si considera il carattere “ibrido” della responsabilità degli Stati membri: questa, di fatto, affonda le sue radici nella lesione di posizioni soggettive direttamente o indirettamente riconosciute dal diritto comunitario, ma poi si attua autonomamente attraverso i mezzi di tutela predisposti dai singoli ordinamenti.

Il problema, del resto -come si vedrà più nello specifico con riguardo alla responsabilità per fatto dell'amministrazione – non è tanto capire se esista un modello nazionale univoco (sussumibile, ad esempio, negli schemi di cui all'art. 2043 c.c.) tale da accogliere al suo interno le lesioni del diritto comunitario, quanto preoccuparsi che i mezzi di tutela predisposti all'interno siano congrui ed effettivi, in linea con i principi comunitari.

Il primato e l'effettività del diritto comunitario non lasciano spazio per alcuna “via di fuga”: anche in assenza di una normativa nazionale specifica sulla tutela conseguente alla violazione del diritto comunitario, il diritto statale dovrà comunque approntare mezzi idonei alla protezione del diritto (comunitario) al risarcimento, fermo restando che i presupposti di tale obbligo risarcitorio sono quelli chiaramente enunciati nella giurisprudenza *Francovich*.

⁵ (ex art. 169) Procedura per inadempimento degli obblighi derivanti dal Trattato a carico degli Stati membri, su iniziativa della Commissione.

⁶ Si allude alle recenti pronunce Köbler (CGCE, 30 settembre 2003, causa C- 224/01, in Racc. I-10239), e Traghetti del Mediterraneo (CGCE, 13 giugno 2006, in causa C – 173/03, Racc. I-1720).

⁷ Spunti ricostruttivi e categorie utili per una sistemazione comparatistica della materia provengono anche dal dettato dell'art. 288 TCE, in materia di responsabilità extracontrattuale per danni cagionati dagli agenti o dalle istituzioni della Comunità nell'esercizio delle proprie funzioni.

1. Il rapporto fra gli ordinamenti giuridici: strumenti di integrazione e di armonizzazione sullo sfondo della supremazia del diritto comunitario. Introduzione

Il rapporto fra ordinamento interno e comunitario è un tema “sensibile” ai fini della presente disamina, perché introduce, da un punto di vista pragmatico, alla più ampia tematica degli strumenti di tutela risarcitoria o eventualmente ripristinatoria cui possono accedere i soggetti dell’ordinamento qualora lo Stato membro di appartenenza violi i diritti attribuiti da una normativa sovraordinata.

Dato il ruolo che la Corte di Giustizia, prima ancora delle Corti nazionali e della dottrina, ha da sempre giocato nello sviluppo dell’ordinamento sovranazionale, l’impostazione della giurisprudenza comunitaria è fondamentale per inquadrare i rapporti tra ordinamento nazionale e comunitario, precipitando, “a cascata”, sull’aspetto della responsabilità degli Stati membri.

1.1. Il primato del diritto comunitario sulle fonti di diritto interno

Il carattere originale della Comunità europea rispetto ad altre forme di cooperazione tra Stati è un dato ormai acquisito: l’obiettivo di una sempre più stretta, pervasiva integrazione fra i popoli europei, a livello non solo economico e sociale, ne fa un *unicum* rispetto alle organizzazioni internazionali di tipo classico⁽⁸⁾.

Pur essendo nata come organizzazione a vocazione economica, essa ha sviluppato dei caratteri così peculiari che hanno portato la Corte di Giustizia a definirla come un “*ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato ai*

⁸ Almeno in una prima fase storica, l’inquadramento della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario ha assorbito l’impegno della dottrina nella ricostruzione dei rapporti fra ordinamento statale e comunitario e nel superamento delle divergenze di fondo fra tesi dualistica e tesi monistica, portando ad evidenziare le peculiarità di un’esperienza nuova, di integrazione tra Stati sovrani, quale quella comunitaria, che non trova facili termini di confronto in altri fenomeni giuridico-politici. In tale ottica, si è distintamente rilevato che il fenomeno comunitario mostra aspetti di tale originalità da costringere spesso ad un uso diverso di categorie giuridiche tradizionali, inducendo a ripensare lo stesso concetto di sovranità statale. Se l’approccio al rapporto tra sistema comunitario e sistemi nazionali mostra punti di attrito rispetto allo studio di analoghi fenomeni di cooperazione organizzata tra Stati sovrani, in dottrina comunque si osserva che “...non è sicuro che sia utile attardarsi troppo su siffatte problematiche, con il rischio di ridurre l’approfondimento ad un esercizio puramente dialettico. E se pure non è facile, è anche opportuno resistere alla tentazione di utilizzare formule tanto suggestive quanto apodittiche e comunque giuridicamente scorrette, come sovranazionale, federale, pre-federale et similia; e di ricorrere a paragoni con modelli altrui, principalmente quello degli Stati Uniti, ancora lontani dall’Europa di oggi” (Tesauro G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, p. 209).

loro poteri sovrani e che riconosce come soggetti, non sono gli Stati, ma anche i rispettivi cittadini”⁽⁹⁾.

Oltre all’elaborazione di un proprio autonomo e capillare sistema di fonti, derivate dai Trattati istitutivi, uno dei tratti più caratterizzanti consiste nella predisposizione di un preciso sistema di responsabilità per violazione delle stesse, che trascende qualsiasi istituto analogo di diritto internazionale.

Il rilievo di questa originalità si può apprezzare, quindi, soprattutto sotto il profilo delle relazioni fra la struttura comunitaria e il diritto ed i soggetti dell’ordinamento degli Stati membri: l’applicazione del diritto comunitario è un dato imprescindibile, che travalica le esperienze normative, i principi e gli strumenti di tutela dei singoli ordinamenti interni.

Di questo impianto a vocazione dualistica, caratterizzato dall’etero-integrazione fra diversi ordinamenti di diritto (uno di tipo sovrastatale, gli altri nazionali), colpisce l’immediatezza dell’impatto sui sistemi dei Paesi membri.

Lo stesso modo di essere e di operare degli atti comunitari all’interno dei sistemi giuridici nazionali – e, per ciò che qui interessa, di quello italiano - sia sotto il profilo dell’incidenza sulle posizioni soggettive individuali, sia sotto il profilo dei rapporti con le norme nazionali, è qualificato dai due principi del “primato” del diritto comunitario e della c.d. efficacia diretta.

Sono questi i due poli attorno ai quali ruota la stessa sopravvivenza dell’ordinamento comunitario, che ne fanno al tempo stesso il parametro di orientamento e uno dei paradigmi di legittimità dell’azione amministrativa in Italia.

Con riferimento al primo, ossia “*primauté*”, l’affermazione della sua portata non sempre è stata pacifica, ma anzi è stata pazientemente ricostruita in via pretoria, a colpi di provocazione fra giudice comunitario e giudici nazionali⁽¹⁰⁾.

Nelle argomentazioni della Corte di Lussemburgo a supporto della preminenza del diritto comunitario giocano un ruolo fondante i principi di sussidiarietà e leale collaborazione, rispettivamente sanciti dagli artt. 5 e 10⁽¹¹⁾ del Trattato istitutivo della Comunità (di seguito, anche

⁹ Cfr. CGCE, sentenza *Factortame*, 19 giugno 1990, causa C-213/89, in Racc. I-2433.

¹⁰ Cfr. Tizzano A., (a cura di), “*Il diritto privato dell’Unione europea*” - “*Il diritto comunitario nell’ordinamento giuridico italiano*”, in *Trattato di diritto privato*, a cura di Bessone M., Giappichelli, Torino, 2006, 77 ss. Si segnala inoltre per importanza storica CGCE, sentenza *Costa c/Enel*, 15 luglio 1964, causa C-6/64, in Racc. I- 1127.

¹¹ In quest’ultima norma - che impone ai Paesi membri di attuare le norme di fonte comunitaria, tutelando i diritti da esse derivanti, nonché, più in generale, di astenersi da ogni azione compromettente per gli obiettivi dell’Unione europea - viene comunemente ravvisato il nucleo e fondamento della responsabilità extracontrattuale e dei conseguenti obblighi risarcitori gravanti sugli Stati membri per violazione del diritto comunitario.

“TCE”): la prevalenza delle fonti sopranazionali non può basarsi su un predominio genericamente inteso, dovendosi pienamente rispettare le sfere di azione di ogni sistema giuridico ⁽¹²⁾.

L'ordine comunitario è chiamato ad esplicare la sua azione nei limiti delle competenze conferite, oltre che degli obiettivi assegnati dal Trattato stesso; negli stessi settori di esclusiva competenza, agisce limitatamente a quanto reso necessario dall'applicazione del principio di sussidiarietà, rispettando quindi un sistema di armonizzazione diffusa.

La devoluzione di sovranità in favore dell'ordinamento comunitario implica che questo non possa “invadere” il diritto nazionale se non per stringenti esigenze di equità o per porre rimedio ad ingiustizie poste in essere dallo Stato membro, a prescindere dalla veste formale della sua responsabilità, sia essa di natura legislativa, amministrativa o giurisdizionale ⁽¹³⁾: è facile infatti osservare che questa lettura di interferenza sull'autonomia degli ordinamenti nazionali, sia pure minima, coinvolge a catena i molteplici aspetti in cui si estrinseca l'attività dello Stato – apparato.

Il riconoscimento della *primauté* in Italia è stato estremamente laborioso, venendo ricostruito “per tappe”, quasi in un processo di graduale concessione dalla Corte Costituzionale, e seguendo anche strade diverse da quelle tracciate dal giudice comunitario.

In prima battuta, esso si è fondato su un'interpretazione “forzosamente” estensiva dell'art. 11 della Costituzione ⁽¹⁴⁾, ritenuto l'unica base plausibile per giustificare a livello costituzionale una devoluzione di poteri e di sovranità in favore di un organismo sovranazionale quale la Comunità Europea. Tale lettura è partita dal dato della distinzione ed autonomia reciproca dei due ordinamenti, sia pure riconoscendo un coordinamento di fondo, poiché sulla base della citata norma costituzionale sono state trasferite alle istituzioni comunitarie le competenze relative a determinate materie.

¹² Per Adinolfi A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007, “*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*”, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 1, 1 ss., il ruolo delle istituzioni è ancorato su basi costituzionali ai fini attribuiti all'azione normativa, e a tale vincolo si aggiunge l'esigenza di giustificare il potere attribuito sulla base dei principi di sussidiarietà (ove vengano in luce competenze di tipo concorrente) e di proporzionalità (per qualsiasi tipologia di azione normativa).

¹³ Cfr. *Factortame*, C-213/89, cit. Si può del resto osservare che il principio di sussidiarietà e di armonica delimitazione delle sfere di competenza tende ad essere eroso nella sua portata da un altro principio dirompente, quale l'effettività del diritto comunitario, riconosciuta dall'art. 308 TCE attraverso la c.d. teorica dei poteri impliciti: in virtù della forza espansiva di tale principio, si riconosce alle istituzioni comunitarie la possibilità di occuparsi di ogni affare a prescindere dalle attribuzioni conferite.

¹⁴ La norma, invero, dotata di un significato peculiare nel contesto storico dell'immediato dopoguerra, in cui nasceva, in un secondo momento non è apparsa estensibile, se non per via di interpretazioni forzose, ad un'esperienza storica e politica maturata solo successivamente, come l'adesione dell'Italia alla Comunità europea.

Le relazioni fra i due ordini di fonti normative sono del resto un elemento cardine nella ricostruzione dei rapporti fra gli ordinamenti.

Lo specchio delle relazioni fra Stati membri e Comunità, negli intenti della Corte di Giustizia, era di fatto “mediato” dal rapporto fra norme comunitarie direttamente applicabili e norme nazionali, che doveva sottostare a due precise regole di contemperamento: da un lato, la teorica dell’effetto diretto consiste nella idoneità della norma comunitaria a porre diritti ed obblighi all’interno dei singoli ordinamenti statali, direttamente in capo ai cittadini comunitari; dall’altro, il primato del diritto comunitario su quello degli Stati membri, per cui le previsioni comunitarie comportano l’inapplicabilità di disposizioni interne di rango legislativo, preesistenti e da esse difformi, o comunque impediscono a successive norme statali con esse contrastanti di produrre validamente i propri effetti.

La Corte Costituzionale si è progressivamente adeguata a tali assunti, quanto meno nelle implicazioni pratiche, riconoscendo che la norma comunitaria provvista di effetto diretto va applicata immediatamente dal giudice in luogo di quella nazionale confliggente, senza bisogno di ricorrere al giudizio di costituzionalità. In termini processuali, l’effetto diretto della norma comunitaria rende *inammissibile* la questione di legittimità costituzionale della norma nazionale anticomunitaria.

Il pieno allineamento delle posizioni della Corte Costituzionale alla teorica della Corte di Giustizia, segnato dal celebre caso *Granital* ⁽¹⁵⁾, pur pervenendo a identità di risultati, muove da premesse profondamente diverse: l’ordinamento comunitario e quello nazionale vanno configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati, secondo il riparto di competenza definito dal Trattato; i regolamenti comunitari operano per forza propria, con carattere d’immediatezza, avendo il regolamento comunitario la stessa forza e valore di legge di cui è provvisto nell’ordinamento di origine; in caso di contrasto con il diritto comunitario, la legge nazionale non risulta né abrogata, né caducata, bensì “impedita” nel suo venire in rilievo nella specifica controversia, restando, al di fuori di tale ambito, pienamente applicabile ed efficace ⁽¹⁶⁾.

¹⁵ Cfr. Corte Cost., *Granital c. Ministero delle Finanze*, sent. 8 giugno 1984, n. 170, in Foro it., 1984, I, 2062, ove si riconosce che il principio di disapplicazione opera se e solo fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinsechi con una normazione compiuta e direttamente applicabile dal giudice interno. Per contro, al di fuori dell’ambito temporale e materiale in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba integro il proprio valore ed il suo portato di efficacia. Sulle successive riflessioni della giurisprudenza costituzionale e sui possibili limiti alla devoluzione della competenza in favore dei giudici comuni, cfr. Corte Cost., sent. 10 novembre 1994 n. 384; Caranta R., *La Corte costituzionale giudice della “legittimità comunitaria”*, in *Foro amministrativo* (di seguito, “*Foro amm.*”), 1996, 389 ss., nota a Corte Cost., n. 84, 30 marzo 1995.

¹⁶ Così Tesauro G., op. cit., p. 203.

Si cristallizza dunque un ben delineato assetto di rapporti fra le fonti dei due ordinamenti, ed il riconoscimento di un sindacato diffuso da parte del giudice interno sulle ipotesi di relativo conflitto (¹⁷). A fare da sfondo, c'è il riconoscimento costituzionale della *primauté* del diritto comunitario, che oggi poggia sulle ben più solide ed esplicite basi dell'art. 117 della Costituzione.

1.2. L'effetto diretto e la disapplicazione come soluzione al contrasto fra le fonti dei due sistemi

Strettamente correlata, in senso logico prima che giuridico, al principio di “*primauté*” è la teorica dell'effetto diretto, che presidia i caratteri dell'effettività ed immediatezza della prevalenza sulle fonti del diritto interno (¹⁸).

L'immediata efficacia dell'ordine sovrastatale nei sistemi nazionali, tale da non richiedere l'intermediazione di organi legislativi interni, è il diretto precipitato di un ulteriore, fondamentale carattere del sistema: sono parte dell'ordinamento comunitario non solo gli Stati membri, ma anche i rispettivi componenti, siano essi persone fisiche o giuridiche, con un comune “sostrato di fondo”.

¹⁷ In particolare, se tale riconoscimento non ha destato particolari problemi in presenza di una norma comunitaria posteriore a quella nazionale difforme, in virtù del generale principio che disciplina la successione delle leggi del tempo (*lex posterior derogat priori*), le difficoltà sono insorte nel caso opposto, di conflittualità fra norma interna posteriore rispetto a quella comunitaria, essendo il rango assegnato in origine a quest'ultima quello della legge ordinaria Cfr sul punto CGCE, *Simmenthal*, 9 marzo 1978, causa C-106/77, in Racc. 1978, p. 629, che segna il superamento della giurisprudenza interna sui rapporti fra regolamenti comunitari e norme nazionali posteriori, con essi incompatibili.

Al giudice interno era infatti vietato non applicare tale norma interna, posteriore e confliggente, o meglio era preclusa l'applicazione immediata della norma comunitaria, dovendosi previamente esaurire il controllo di compatibilità costituzionale, assumendo come “filtro” dell'eventuale contrasto l'art. 11 Cost.

Alla domanda di un giudice nazionale se l'obbligo di tale sindacato preventivo non fosse a sua volta lesivo del diritto comunitario, sotto il profilo della sua celere ed uniforme attuazione, la Corte di Giustizia rispose che in virtù dell'effetto diretto e del primato delle norme comunitarie, occorre dar loro applicazione immediata, mentre le norme successive incompatibili non si formano validamente. Il vaglio giurisdizionale sul rispetto del diritto comunitario si basa del resto sulla cooperazione fra giudice interno e comunitario, e verrebbe vanificata se quest'ultimo non potesse immediatamente disapplicare la norma anticomunitaria, dovendo attenderne la previa rimozione in sede di sindacato costituzionale.

¹⁸ La giurisprudenza dell'effetto diretto nasce con la celebre pronuncia della Corte *Van Gend en Loos v. Nederlandse Administratie der Belastingen*, 5 febbraio 1963, causa C-26/62, in Racc.1963, p. 3, ove si è sancita la necessità di verificare l'idoneità della norma comunitaria a produrre effetti diretti alla luce non del solo tenore letterale, ma anche della sua finalità.

Grazie a questa condivisione di soggetti giuridici, l'ordinamento comunitario gode di una platea di destinatari che sono direttamente rapportabili alla sua sfera giuridica, senza necessità di un'intermediazione formale delle norme nei singoli ordinamenti.

In virtù dell'effetto diretto, affinché le relative norme raggiungano i destinatari nella disciplina di fattispecie interne, non è necessario un intervento adeguatore degli ordini giuridici interni, volti a recepire o dare efficacia – a seconda della corrente internazionalistica cui si voglia aderire – a quelle norme in quanto estranee, tuttavia questa capacità di raggiungere direttamente i privati non esclude il problema dei rapporti con gli Stati membri, dei quali i cittadini sono egualmente soggetti.

Ciò fa sì che la *primauté* delle fonti comunitarie si imponga sulle fonti interne sia precedenti sia successive e quale ne sia il rango, all'occorrenza anche costituzionale - sia pure, in quest'ultimo caso, con i dovuti limiti⁽¹⁹⁾ -, in vista degli ulteriori principi dell'uniformità ed effettività del diritto comunitario.

S'impone, in tal senso, un obbligo di risultato in capo agli Stati membri, che devono osservare uno standard minimo nel dare effettiva applicazione al diritto comunitario: questa peculiare "obbligazione" si rivolge allo Stato-apparato nella sua globalità ed è tanto più interessante se si considera che produce l' "inopponibilità" del diritto nazionale contrario, senza dover attendere o esigere la sua rimozione dall'ordinamento.

La conseguenza pratica della prevalenza della norma comunitaria e del sindacato diffuso dei giudici nazionali sull'incompatibilità comunitaria delle norme nazionali è, infatti, che la norma anticomunitaria non può essere applicata, o meglio deve essere disapplicata⁽²⁰⁾, restando disciplinato il rapporto, per quanto di ragione, dalla sola norma comunitaria.

Per il resto, al di fuori dell'ambito materiale di vigenza della disciplina comunitaria, la legge tratterà la sua piena efficacia, restando soggetta al regime tipico dell'atto legislativo ordinario⁽²¹⁾.

¹⁹ In ogni caso, la Corte Costituzionale punta a mantenere un saldo dominio sulla cognizione di due ipotesi di conflitto: quello fra la norma comunitaria in ipotesi applicabile in luogo della norma interna con i principi fondamentali dell'ordine costituzionale italiano e con i diritti inalienabili della persona, e quello del contrasto con norme interne che si assumano dirette a contrastare o escludere l'osservanza del Trattato o i suoi principi fondanti (così Tesouro G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008, cit., p. 204).

²⁰ La Corte Costituzionale ha dapprima rilevato che la norma comunitaria con effetto diretto impedisce alla norma confliggente di venire in rilievo per la definizione della controversia innanzi al Giudice nazionale, in seguito ha preferito parlare di "disapplicazione". Si può tuttavia osservare che la disapplicazione è una tecnica di risoluzione delle antinomie normative, che presuppone la contemporanea vigenza delle norme reciprocamente contrastanti, ed è una nozione vagamente allusiva a "vizi" della disposizione interna, in realtà non sussistenti data l'autonomia degli ordinamenti giuridici, per cui sarebbe più opportuno parlare di un effetto di "non applicazione" della legge nazionale.

²¹ La pienezza di questo principio ha avuto ulteriori riscontri, tali da portare, in una giurisprudenza successiva, alla stessa inibitoria di atti che pur se non direttamente lesivi potessero inficiare l'effettività della supremazia, ossia alla

La disapplicazione, con la sua forza “conformatrice”, rappresenta quindi uno strumento pratico di attuazione dell’effetto diretto, particolarmente capillare, poiché i relativi poteri fanno capo al singolo giudice nazionale, senza dover attendere una pronuncia preventiva di legittimità costituzionale o un intervento abrogante del legislatore.

La rilevanza del potere di disapplicazione diretta degli atti normativi anticomunitari ha assunto poi piena operatività quando è stata riconosciuta anche in capo alle amministrazioni nazionali, nella celebre pronuncia “Fratelli Costanzo” della Corte di Giustizia ⁽²²⁾.

In una vicenda relativa ad appalto per l’ammodernamento dei campi di calcio in occasione dei Mondiali del 1990, il Governo italiano derogando alla normativa nazionale – diretto precipitato di quella comunitaria – emanava dei decreti legge volti ad accelerare l’iter concorsuale, stabilendo l’automatica esclusione di offerte anormalmente basse.

Ne derivava la reazione processuale di un’impresa esclusa e la nascita di tutta una serie di interrogativi sull’opportunità di espandere anche ai “contraenti pubblici” l’onere di una diretta disapplicazione delle norme nazionali anticomunitarie.

La questione fu risolta in termini positivi, nonostante i margini di dubbio derivanti dalla differenza sostanziale della posizione della pubblica amministrazione rispetto a quella del giudice, in termini non solo di responsabilità ma anche di possibilità di azionare la procedura del rinvio pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia, ai sensi dell’art. 234 TCE, ed ottenere risposta autorevole o vincolante in caso di dubbi applicativi o interpretativi circa la presunta incompatibilità della norma nazionale con il diritto comunitario.

La Corte ha così definitivamente consacrato il principio per cui anche le amministrazioni statali sono gravate, nell’esplicarsi delle proprie funzioni, dall’onere di disapplicare le norme di diritto nazionale incompatibili con disposizioni di rango comunitario vertenti sulla stessa materia, perché sarebbe “*contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le*

sospensione cautelare di un atto nelle more dell’accertamento della sua compatibilità. Ad una simile conclusione si è giunti ad esempio in CGCE, sentenza *Peterbroeck*, 14 dicembre 1995, causa C-312/93, in Racc.I-4599, con sospensione cautelare di una norma processuale belga che vietava al giudice nazionale di valutare d’ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest’ultima non fosse stata invocata entro un dato termine.

²² CGCE, sentenza *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano ed Impresa Ing. Lodigiani*, 22 giugno 1989, causa C-103/88, in Racc. 1989, p. 1839. Nel senso della diretta disapplicazione delle norme da parte degli organi amministrativi, cfr. anche Cons. Stato, sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, secondo cui nel contrasto fra diritto interno e diritto comunitario, quest’ultimo si deve applicare direttamente, mentre la disapplicazione del diritto nazionale fa carico oltre che al Giudice agli stessi organi amministrativi nell’esercizio delle funzioni pubbliche, anche d’ufficio, a prescindere da sollecitazioni o richieste di parte, propendendo così per la soluzione dell’annullamento quale più generale esplicazione del principio di autotutela.

disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'Amministrazione, e al contempo ritenere che l'Amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una Direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'Amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i Comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni”.

2. La genesi del sistema di responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario

2.1. Il principio di leale cooperazione

I principi elaborati in tema di responsabilità extracontrattuale degli Stati membri servono a garantire gli impegni assunti verso la Comunità e, indirettamente, a tutelare le posizioni giuridiche dei singoli interessati.

Tale obiettivo di tutela è in effetti un'istanza primaria, poiché è per suo tramite che si scongiurano rischi all'effettività ed all'espansione del diritto comunitario.

La rilevanza di questo profilo “adempitivo” rispetto all'attuazione del diritto comunitario, fa sì che il fondamento della responsabilità statale non possa ravvisarsi *tout court* nell'art. 288 TCE, che disciplina la responsabilità extracontrattuale delle Istituzioni comunitarie.

Tale “base” appare piuttosto riconducibile ad una progressiva, casistica ricostruzione in via giurisprudenziale, che ha provveduto via via a delinearne i caratteri, così come è accaduto in Italia per la ricostruzione delle fattispecie tutelate in base al paradigma aquiliano, ai sensi dell'art. 2043 c.c.

Un ruolo di primo piano in questo sforzo ricostruttivo è stato giocato dal principio di leale cooperazione, che si mostra all'interprete in un contenuto positivo ed in uno negativo⁽²³⁾.

Esso, infatti, da un lato impone l'astensione da qualunque condotta che possa vanificare il raggiungimento degli obiettivi comunitari, dall'altro obbliga ad esplicitare particolari attività e ad

²³ Ai sensi dell'art. 10 TCE, “*Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato*”. Fra le affermazioni giurisprudenziali del principio, cfr. l'obbligo di cooperazione fra istituzioni interne e comunitarie emerso nel procedimento penale a carico di

adottare determinate misure, particolari e generali, in vista dell'effettiva applicazione del diritto comunitario ⁽²⁴⁾.

L'importanza di tale principio ne ha fatto non solo il cardine dell'affermazione del primato comunitario, ma anche uno strumento primario della politica di coesione ed integrazione degli Stati, secondo quanto oggi confermato anche dalla testuale previsione dell'art. I.5 del "*Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*".

Il cerchio quindi si chiude all'interno delle stesse fonti primarie del diritto comunitario: pur essendo implicita l'asserzione di responsabilità degli Stati membri, essa promana dalla rielaborazione congiunta dei principi fondamentali del Trattato.

La peculiarità del primato del diritto comunitario e della conseguente responsabilità degli Stati membri per sua violazione sta, del resto, nel continuo tentativo di bilanciamento fra gli "effetti centrifughi" dell'autonomia procedurale del diritto nazionale da un lato e gli "effetti centripeti" della necessità del primato dall'altra.

Ripercorrendo a ritroso nel tempo i rapporti fra le nascenti Comunità europee ed i Paesi membri, si può notare come la teorica della responsabilità di questi ultimi nasca in un'ottica di protezione e di auto-rafforzamento, in risposta all'esigenza di garantire pienamente l'efficacia delle norme comunitarie.

Il principio di leale cooperazione è peraltro significativo nell'ottica di rinsaldare i legami fra amministrazione comunitaria ed amministrazioni nazionali, anche se, in senso contrario, una simile "vicinanza" può dare adito anche a violazioni e possibili patologie, così aumentando le possibilità di infrazione del diritto comunitario da parte degli amministratori nazionali.

In particolare, laddove l'amministrazione comunitaria non sia attrezzata per assolvere ai propri compiti, essa può indirizzare e coordinare l'azione dei poteri pubblici statali, che resta pur sempre soggetta a controllo giurisdizionale alla luce di principi comunitari, sotto il profilo della proporzionalità, nonché adeguatezza e congruità della motivazione.

J.J. Zwartveld, CGCE, sentenza 13 luglio 1990, causa C - 2/88, in Racc. I-2000, p. 3365, e in *Casi e materiali di diritto comunitario e dell'Unione europea*, a cura di Mengozzi P., Cedam, Padova, 2003.

²⁴ Nell'ampiezza della sua portata, il principio si è spesso prestato a letture giurisprudenziali volte a sancire gli obblighi di informazione e consultazione reciproca, e a rammentare alle amministrazioni nazionali ed alla Commissione, nel prestarsi reciproca assistenza, l'onere di diligenza e ragionevolezza. Emblematica di tale trama di relazioni è la materia della concorrenza, disciplinata dal Regolamento CE n. 1/2003, sull'applicazione delle regole di concorrenza, che postula la divisione di competenze fra la Commissione e le autorità Antitrust dei singoli Paesi membri, prevedendo un'applicazione congiunta delle norme di riferimento, e vietando alle autorità nazionali ed alle corrispondenti giurisdizioni di assumere decisioni in contrasto con una decisione adottata dalla Commissione nei procedimenti dalla medesima avviati.

L'istituto che ha fatto più evidente applicazione concreta di tale principio nei rapporti fra amministrazioni nazionali e Commissione è la coamministrazione, "invenzione" giuridica necessitata proprio dalle esigenze applicative del diritto comunitario ⁽²⁵⁾.

Di fronte alla disciplina *ex novo* in sede comunitaria di possibili *iter* procedurali, alla modifica di altri già esistenti in diritto interno o all'aggiunta di nuovi "segmenti" subprocedimentali, si è posta l'esigenza sistematica di riorganizzare la struttura di quei procedimenti che vedono coinvolti su diversi piani, una pluralità di attori, su base sia nazionale sia comunitaria ⁽²⁶⁾.

In tale contesto, alla pluralità di soggetti interessati si aggiunge la sovrapposizione di ulteriori ordinamenti giuridici, distinti per quanto "integrati", alla luce dell'interpretazione della Corte di Giustizia.

Possono darsi così ipotesi in cui i soggetti pubblici nazionali siano impegnati a livello esecutivo di decisioni già compiute, perfezionate nelle più "alte sfere", ovvero ipotesi in cui l'azione amministrativa si svolge in parallelo, frammentandosi in più segmenti a cui prendono parte, nell'ambito del medesimo procedimento, come nel caso dell'erogazione di aiuti di Stato o di concessione di sovvenzioni e finanziamenti.

Ma l'aspetto che più spicca in tale quadro è che il principio di leale cooperazione porta ad assoggettare a tanti distinti regimi normativi, quante sono le singole fasi emergenti in tali *iter*, a seconda dell'ordinamento cui appartiene l'organo di volta in volta deputato ad emanare l'atto endoprocedimentale, nel pieno rispetto delle autonomie procedurali e delle relative regole di competenza ⁽²⁷⁾.

²⁵ Sul tema - qui trattato solo per cenni - dell'azione amministrativa "integrata", qualificata dall'apporto di amministrazioni nazionali e sovranazionali che agiscono congiuntamente in vista degli obiettivi comunitari, con sovrapposizione e moltiplicazione di elementi personali, organici e *sub* procedurali, cfr. Chiti E., Franchini C., *L'amministrazione integrata*, Il Mulino, Bologna, 2003; Franchini C., *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2000, 81 ss.

²⁶ Ad un simile modello di azione amministrativa possono in effetti imputarsi delle incertezze sulle forme di tutela giurisdizionale, sull'individuazione dell'atto amministrativo lesivo, sia esso di radici statali o comunitarie, sul riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo statale e giudice comunitario: sul tema, CGCE, *Oleificio Borrelli*, 3 dicembre 1992, causa C-97/91; *Textilwerke Deggendorf*, 9 marzo 1994, causa C-188/92; sull'impugnabilità di atti endoprocedimentali, cfr. CGCE, 3 dicembre 1992, causa C-97/91 in *Foro Amm.*, 1992, 752 con nota di Caranta R., *Sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*.

²⁷ Ciò si riflette, infatti, nell'impossibilità per l'Autorità preposta all'adozione dell'atto finale di sindacare la legittimità dei singoli segmenti fino ad allora svolti, portando ad una delle più significative alterazioni dei principi cardine del procedimento amministrativo interno, che vede i vizi delle singole sequenze non come a sé stanti, ma destinati a riverberare sull'atto finale secondo gli schemi dell'invalidità derivata, laddove in sede comunitaria sarà la mancanza assoluta di un segmento procedurale ad inficiare il provvedimento finale. La ricaduta in ambito giurisdizionale è evidente, avendo chiarito proprio la giurisprudenza comunitaria che la legittimità dei singoli atti nazionali inseriti in un

2.2. Il regime di responsabilità come risposta alla parziale inefficacia della procedura comunitaria d'infrazione

Il controllo comunitario sull'adempimento da parte dei Paesi membri degli obblighi nascenti dalla loro partecipazione alla Comunità è disciplinato dagli artt. 226, 227 e 228 TCE, secondo una procedura azionabile dalla Commissione o dagli Stati membri: il suo scopo immediato è quello di armonizzare il diritto comunitario e la sua uniforme applicazione, collocandosi solo indirettamente un'eventuale condanna dello Stato quale fondamento per la tutela risarcitoria del singolo.

In aggiunta a tale metodo di verifica sulla conformità al diritto comunitario della condotta degli Stati membri, la Corte di Giustizia ha inoltre sollecitato in sede interpretativa lo sviluppo del rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 234 TCE, quale strumento nomofilattico dell'ordinamento.

Il procedimento comunitario di infrazione si caratterizza – quale effetto dell'influsso di principi riconducibili al diritto internazionale tradizionale – per l'esclusione di ogni potere sollecitatorio o di intervento dei privati cittadini, volto a far constatare dalla Corte di Giustizia la violazione dei Trattati da parte degli Stati membri.

Sebbene, quindi, sia prevista la possibilità per i singoli di far constatare dalla Corte di giustizia la violazione dei Trattati da parte delle istituzioni comunitarie⁽²⁸⁾, analogo strumento di controllo non è dato ai privati quando la violazione provenga da organi degli Stati membri.

Pur essendo parte integrante dell'ordinamento comunitario, il singolo individuo non è soggetto dell'ordinamento internazionale, quindi non è legittimato a pretendere l'osservanza di un obbligo di conformità al diritto comunitario, che è stato contratto dal proprio Stato membro di appartenenza, ma sul piano del diritto internazionale.

A questo limite se ne aggiunge un altro, negativo sotto il profilo della tutela dei diritti dei privati.

Dall'accertata violazione del diritto comunitario deriva, infatti, il solo obbligo per lo Stato di adottare i provvedimenti finali alla sua esecuzione, sotto minaccia di misure sanzionatorie di carattere pecuniario, ma non scaturisce, al contrario, la nullità della norma interna adottata in violazione del diritto comunitario, né la diretta condanna dello Stato al risarcimento del singolo leso.

più complesso ambito procedurale, destinato a sfociare in una decisione della Commissione, va sottoposta al vaglio del giudice nazionale.

²⁸ Così, nella forma del ricorso per annullamento (art. 230 TCE), del ricorso in carenza (art. 232 TCE), sempre che si tratti di soggetti coinvolti in prima persona, ossia “*direttamente ed individualmente*” dall'atto lesivo o dalla mancata emanazione di un “*atto che non sia una raccomandazione o un parere*”.

In particolare, un limite della procedura d'infrazione risiede nella non coercitività della messa in esecuzione dell'avvenuto accertamento, con strumenti vuoi di natura comunitaria vuoi interna.

Del resto, lo stesso art. 228 TCE inibisce alla Corte di Giustizia di incidere direttamente sull'ordinamento interno degli Stati membri, nonché di comprimere lo Stato nell'adozione delle misure ritenute necessarie per l'adempimento agli obblighi comunitari ⁽²⁹⁾.

Sotto altro profilo, l'art. 256 TCE esclude che i mezzi coercitivi di diritto interno possano essere impiegati per eseguire le sentenze della Corte di Giustizia che abbiano constatato l'inadempimento di uno Stato membro.

La scarsa rilevanza delle sanzioni previste dai Trattati a carico degli Stati inadempienti ha così portato la Corte di Giustizia ad un primo passo verso l'affermazione di un sistema sanzionatorio efficace verso gli Stati membri. Tale passo è segnato dalla giurisprudenza sugli effetti diretti delle direttive che, decorso il termine per il relativo recepimento, fossero idonee a fondare diritti per gli interessati in quanto sufficientemente precise e dettagliate.

3. La progressiva elaborazione del regime di responsabilità per violazione del diritto comunitario e dei suoi elementi costitutivi

3.1. Le novità del caso Francovich

Prima del riconoscimento esplicito segnato dal caso *Francovich* ⁽³⁰⁾, l'esigenza di un ristoro delle posizioni soggettive lese negli Stati membri dalla violazione del diritto comunitario era avvertita, ma non ancora oggetto di ricognizione piena da parte della Corte di Giustizia.

Tuttavia, nel periodo più risalente del diritto comunitario si assiste alla progressiva affermazione di un sistema di tutele volte a presidiare l'effettività delle quattro "libertà" comunitarie: da qui si fa

²⁹ Si prevede semmai nel vigente sistema, se non un immediato potere coercitivo, una facoltà di reazione all'ulteriore, omessa ottemperanza dello Stato membro, ai sensi dell'art. 228, comma 2 TCE, per cui, all'esito di un nuovo procedimento, la Corte su istanza della Commissione potrà imporre il pagamento di una somma forfetaria o di una penalità di mora, in un'ottica sia coercitiva sia dissuasiva dalla reiterazione della condotta contrastante con i precetti comunitari.

³⁰ CGCE, sentenza *Francovich e Bonifaci*, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in Racc. I -5357 ss; in *Foro italiano* (di seguito, "*Foro it.*"), 1992, IV, c.145 e 150 ss., con nota di Barone A.- Pardolesi R., *Il fatto illecito del legislatore*, e Ponzanelli G., *L'Europa e la responsabilità civile*; in dottrina inoltre Scoditti E., *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso "Francovich" in Cassazione*, in *Foro italiano*, 1996, I, 503.

strada il concetto di “vigilanza duale”, che prende progressivamente atto di come la procedura d’infrazione col suo meccanismo approntato dagli artt. 226 e 228 TCE, non consentisse una sufficiente tutela dei diritti individuali contro eventuali rotture del diritto comunitario da parte degli Stati membri.

A partire dagli anni '60 ⁽³¹⁾ iniziano a cogliersi allusioni alle possibili conseguenze di una violazione del sistema sovraordinato da parte degli organi nazionali, e la Corte di Giustizia si mostra propensa ad accordare ai singoli il ristoro per danno subito, specie se nell’ambito della procedura d’infrazione.

Una maggiore presa di posizione è testimoniata dalle cause *Russo v. Aima*, e *Amministrazione delle Finanze dello Stato v. San Giorgio* ⁽³²⁾, in materia di rimborsi di dazi e imposte doganali illegittimamente riscossi, in virtù dei principi di autonomia procedurale, non discriminazione ed effettività dei rimedi, in cui la Corte riconosce esplicitamente che se “*il danno è stato causato da una violazione del diritto comunitario, lo Stato risponde verso il danneggiato delle conseguenze prodottesi nell’ambito delle previsioni di diritto interno in tema di responsabilità statale*” ⁽³³⁾.

In seguito, si continua a lavorare in via giurisprudenziale sull’effettività della “*primaute*”, la cui portata appare tanto più dirompente laddove la normativa comunitaria richieda l’intermediazione del legislatore interno, richiedendo cioè una “*prior action*” da parte dello Stato, per cui i singoli non

³¹ Cfr. CGCE, sentenza *Humblet*, 16 dicembre 1960, causa C- 6/60, in Racc.I-1093.

³² CGCE, *Russo c. Aima*, 22 gennaio 1976, causa C- 60/75, in Racc. I-45; *Amministrazione dello Stato v. San Giorgio*, causa C-199/82, in Racc. I-3595. Cfr. inoltre CGCE, *Hans just*, 27 febbraio 1980, causa C -68/79, in Racc. I-501.

³³ La Corte di Giustizia ha costantemente rilevato che gli Stati membri non possono creare condizioni meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale, né strutturare le procedure interne in modo da rendere praticamente impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare (sentenze 10 luglio 1981, cause riunite C-826/79 e 811/79); in termini, su una richiesta di rimborso di diritti per servizi amministrativi e statistici, su importazioni di prodotti lattiero-caseari, avanzata da un'impresa italiana al Ministero delle finanze (con nota di Giacalone G., “*Quando il verdetto è targato “UE”*”, in *Il corriere giuridico*, 1986, 6, 627 ss.), si è giudicata in contrasto con il diritto comunitario una normativa come quella introdotta in Italia dall’art. 19, d.l. n. 688/1982, perché preclusiva dell’effettivo esercizio del diritto al rimborso nascente dall’ordinamento comunitario, a causa di presunzioni e limitazioni al regime della prova. Tali condizioni limitative sono sempre apparse gravi al giudice comunitario, perché in un’economia di mercato, basata sulla libera concorrenza, la traslazione dell’onere fiscale sui prezzi comporta un margine di incertezza non sistematicamente imputabile all’operatore che ha versato un tributo comunitariamente illecito. Le pronunce in materia sollecitano riflessioni anche sulla valenza del principio di effettività, e confermano l’interesse della Corte di Giustizia alla tutela dell’effettivo vigore dell’ordinamento comunitario, considerato che un sistema giuridico è vigente quando esiste un concreto potere di imporne l’osservanza, tutelando le situazioni soggettive attive da esso attribuite. Ponendo in capo all’attore l’onere di provare un evento improbabile, l’art. 19, d.l. n. 688 del 1982 sembrava ledere proprio tale meccanismo di garanzia, compromettendo la stessa effettività dell’ordinamento giuridico comunitario.

possono invocare la supremazia del diritto comunitario in assenza di un suo previo recepimento interno.

A partire dai primi anni '90, il filone inaugurato dalla *Francovich* desta enorme risonanza per la soluzione originale offerta al tema della responsabilità extracontrattuale dello Stato per fatto del legislatore ⁽³⁴⁾ e per il taglio comunitario impresso ad una tematica fino ad allora squisitamente domestica, oltre che per la precisa enucleazione di tutti gli elementi costitutivi di tale responsabilità. La vicenda, che ha fatto dunque da capofila nella materia della responsabilità statale, traeva origine dal mancato recepimento in Italia della direttiva 80/987/CEE in tema di garanzie minime per crediti retributivi maturati dai lavoratori subordinati nei confronti dei propri datori, poi resisi insolventi.

Il giudice nazionale, nel corso di un giudizio attivato da lavoratori coinvolti da tale spiacevole circostanza, aveva adito la Corte di Giustizia chiedendo se dalla Direttiva potessero scaturire diritti per gli interessati anche in difetto di recepimento, e se comunque lo Stato potesse essere considerato responsabile del danno subito dai lavoratori a seguito del suo mancato recepimento.

La Corte ha offerto risposta negativa al primo quesito, dato che la norma comunitaria non possedeva i caratteri di sufficiente dettaglio e precisione necessari a configurarla ad effetto diretto, tuttavia sul successivo quesito ha convenuto che lo Stato deve riparare le conseguenze del danno provocato dalla violazione del diritto comunitario, ad esso imputabile, consistente nella fattispecie nella violazione dell'obbligo di recepire tempestivamente le direttive, previsto dall'art. 249 TCE.

Le condizioni enucleate per configurare la responsabilità degli Stati membri sono state, in primo luogo, l'attribuzione di diritti in favore dei singoli, l'individuabilità di tali diritti sulla base delle medesime disposizioni della Direttiva, la sussistenza di un nesso causale fra la violazione dell'obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi.

³⁴ Il recepito principio della responsabilità dello Stato membro per violazione dello Stato-legislatore continua di fatto a scontrarsi in Italia con la radicata convinzione (dottrinale e giurisprudenziale) che il potere legislativo possa rispondere dei danni da "fatto illecito", trattandosi di un potere politico e assolutamente libero nei fini, che si ritiene non suscettibile di alcun sindacato, se non sullo stesso versante politico (cfr. Cass. sez. lav., 11 ottobre 1995, n. 10617, anche *infra*). In realtà, l'esigenza di coniugare le conclusioni del giudice comunitario nel perseguire l'effettiva applicazione del diritto comunitario, con la tradizionale impostazione interna sulla libertà degli atti politici, ha fatto prendere atto alla dottrina che la norma nazionale, in presenza di una fonte comunitaria, non è che una specificazione o un atto meramente esecutivo di scelte già adottate in sede più elevata, per cui "*il momento politico di selezione degli obiettivi da attuare si sposta in definitiva a livello sovranazionale, con la conseguenza che è con riferimento a tale frangente che viene ad emergere il profilo dell'insindacabilità in sede giurisdizionale. Il legislatore interno, viceversa, una volta che i fini da perseguire siano stati determinati in modo sufficientemente chiaro e preciso a livello comunitario, si limiterà ad emanare un atto che, pur essendo formalmente politico, è, in realtà, da un punto di vista sostanziale, esclusivamente attuativo, riducendosi la sua portata ad un semplice adeguamento alle finalità fissate aliunde*", così Caringella F., *Il diritto amministrativo*, Edizioni Simone, Napoli, 2003, I, p. 43.

Il concorso di tali fattori determina nel singolo il diritto al risarcimento dei danni, un diritto da ritenersi rigorosamente radicato nel diritto comunitario pur se azionabile davanti al giudice nazionale, sempre che le regole processuali di diritto interno non prevedano un trattamento peggiorativo rispetto a quello previsto per analoghe situazioni di matrice nazionale.

Sugli assunti della *Francovich* inizia così a cristallizzarsi il principio per cui la responsabilità dello Stato è onnicomprensiva, ed opera a prescindere dal fatto che il diritto sia stato attribuito da una fonte non immediatamente esecutiva.

La non immediata applicabilità di una norma comunitaria non impedisce quindi affatto che emerga un danno risarcibile ogniqualvolta il comportamento del legislatore (e, nei successivi riconoscimenti, dell'amministrazione o dei giudici di ultima istanza) siano censurabili per aver conculcato un diritto riconosciuto al singolo dal diritto comunitario.

3.2 *Gli sviluppi del caso Francovich*

Questa prima conquista giurisprudenziale si è esposta alla critica di aver creato una nuova e non prevista figura di danno di origine comunitaria.

Ciononostante, essa si è sviluppata e consolidata, spingendosi fino a sanzionare il mancato recepimento di direttive anche laddove esse avessero effetto diretto (c.d. direttive auto esecutive), o anche in caso di recepimento semplicemente tardivo o di mera lesione di principi comunitari.

Le successive pronunce della Corte di Giustizia hanno infatti esplicitamente sancito che la tutela riconosciuta dalla *Francovich* è da intendersi come “minimale”, essendo insufficiente a coprire la garanzia di applicazione dell'intero Trattato.

Di particolare spessore è il riconoscimento per cui l'azione risarcitoria ha carattere assolutamente autonomo rispetto alle caratteristiche specifiche della norma violata, pena un'indebita discriminazione fra Direttive dotate o meno del carattere dell'immediata esecutività.

Sotto altro profilo, si ribadisce la sostanziale autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione per inadempimento – attivabile dalla Commissione e dagli Stati membri - che può limitarsi ad agevolare, ma non condizionare in termini di pregiudizialità l'attivazione della tutela risarcitoria da parte dei privati.

Se il caso già esaminato consisteva quindi nel mancato recepimento di una Direttiva priva di effetto diretto negli Stati membri, la successiva giurisprudenza si è spinta a considerare le ipotesi di responsabilità scaturenti dalla violazione di norme direttamente applicabili.

I caratteri di tale responsabilità sono stati affinati e puntualizzati in sede pretoria (³⁵), sia quanto a requisiti di accesso alla tutela (facendo leva sulla stretta inerenza al diritto comunitario delle condizioni che fanno insorgere la responsabilità, per cui il diritto al risarcimento sussiste a prescindere dalla sussistenza di previsioni in merito nella normativa interna dello Stato membro) sia per quanto attiene ai contenuti di tale tutela (chiarendosi, ad esempio, che l'obbligo risarcitorio non può essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte, che accerti l'inadempimento di uno Stato membro).

In un'ottica di perfezionamento dei principi sulla responsabilità dello Stato-legislazione, si pongono le pronunce della Corte *Brasserie du Pêcheur e Factortame III* (³⁶), dove si evidenziano due leggi considerate violative del diritto comunitario, sotto il profilo del commercio intracomunitario e della libertà di stabilimento.

Riprendendo le considerazioni sui presupposti dell' "illecito comunitario" da parte degli Stati membri e dunque sulle modalità di accesso dei singoli alla relativa tutela giurisdizionale, la Corte comunitaria attinge all'art. 288 TCE per fondare il sistema di responsabilità statale, qualunque sia l'organo coinvolto dalla violazione.

Nelle pronunce si chiarisce che la responsabilità prescinde dal carattere esecutivo o meno della norma comunitaria violata, attributiva dei diritti, e che lo Stato risponde per qualunque lesione commessa dalle sue articolazioni interne, dunque non solamente quando si renda impossibile un'applicazione immediata della norma comunitaria, ma ogniqualvolta la condotta del legislatore, dell'amministrazione o del giudice interno abbia, a qualsiasi livello, vanificato l'attuazione del diritto comunitario, comprimendo o non riconoscendo i diritti conferiti ai singoli sulla base delle stesse previsioni sovranazionali.

³⁵ Si segnalano *Factortame*, C-213/89, cit.; *Mecanarte*, sentenza 27 giugno 1991, causa C-348/89, in Racc.I-3277; *Ford España*, sentenza 11 luglio 1989, causa C-170/88, in Racc. 1989, p. 2305; *Solred*, sentenza 5 marzo 1998, causa C-347/96, in Racc. I-937; *Min. Finanze e. Incoge 90 e a.*, sentenza 22 ottobre 1998, cause riunite C-10-22/97, in Racc. I-6307.

³⁶ CGCE, 5 marzo 1996, sentenze *Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland and The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, cause riunite C-46-48/93, in Racc 1996, p.I-1142; in *Foro it.*, 1996, IV, p. 321 con nota di Catalano G., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*: la prima sottopone a vaglio la compatibilità di una legge tedesca sulla purezza della birra, ostativa alla piena operatività dell'art. 28 TCE sulla libera circolazione delle merci; la seconda verte invece sulla compatibilità comunitaria di una legge inglese sull'immatricolazione delle navi, che di fatto ostacolava l'immatricolazione di pescherecci da parte degli armatori spagnoli, con conseguente, potenziale elusione dei principi di libera prestazione dei servizi e libertà di stabilimento.

In termini analoghi, il caso *Dillenkofer* ⁽³⁷⁾, relativo al mancato recepimento in Germania di un Direttiva sui viaggi “*all inclusive*”, in cui si è ulteriormente specificato che la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri si configura a patto che, ove lo Stato abbia una cospicuo margine di discrezionalità nel recepimento della norma non auto-esecutiva, la violazione possa definirsi “grave e manifesta”. Ciò, a maggior ragione, laddove le Direttive siano preordinate ad attribuire diritti ai singoli, così consentendo di far valere la responsabilità senza prelieve procedure di accertamento dell’inadempimento.

Un’altra specificazione giurisprudenziale consiste nel richiedere che il recepimento avvenga con efficacia contingente ed incontestabile, e con caratteri di specificità e chiarezza tali da assicurare un valore caro al diritto comunitario, ossia la certezza del diritto.

Si conferma ulteriormente, sotto tale profilo, il carattere “minimo” della garanzia di cui gode il privato, nell’invocare disposizioni del Trattato aventi efficacia diretta, cui devono aggiungersi ben altre e pregnanti forme di tutela.

La giurisprudenza è riuscita inoltre a stemperare il rigore dell’assunto per cui la responsabilità dello Stato ha efficacia soltanto verticale, potendo essere invocata unicamente dal soggetto leso nei confronti dell’apparato statale, ma non fra i privati nei rapporti reciproci, onde giustificare i rispettivi inadempimenti sulla base dell’inadempimento statale.

Infatti, il mancato riconoscimento dell’effetto diretto orizzontale delle direttive è stato in parte attenuato dalle pronunce sull’obbligo d’interpretazione conforme, che facendo leva sul combinato disposto degli artt. 10 e 249 TCE e sul principio teleologico, impongono di adattare per via ermeneutica il contenuto precettivo della disposizione interna agli obiettivi prescritti dall’ordinamento comunitario.

Sulla base di tale teoria, la Corte di Giustizia ha puntualmente richiesto a tutti gli organi nazionali, principalmente ai giudici, d’interpretare il diritto interno in modo quanto più compatibile con le prescrizioni del diritto comunitario ⁽³⁸⁾ individuando, tra tutti i possibili significati della norma

³⁷ CGCE, sentenza 8 ottobre 1996, cause riunite C-178-179-188-189-190/94, in Racc.I-4845.

³⁸ Nell’impostazione dei giudici comunitari, “*il principio di interpretazione conforme richiede... che i giudici nazionali facciano tutto quanto compete loro, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest’ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e prevenire ad una soluzione conforme alla finalità di quest’ultima*”(cfr. sentenza *Adelaner*, 4 luglio 2006, causa C-212/04, in Racc.I-6057, p.to 121 sull’obbligo di astensione dall’adozione di misure pregiudizievoli per il conseguimento dei risultati prescritti da una Direttiva, in pendenza del relativo termine di trasposizione interna). Nella normativa interna, un esplicito vincolo di interpretazione conforme a quella delle corrispondenti norme comunitarie è nella legge istitutiva dell’Autorità Antitrust (10 ottobre, n. 290, n. 287 in materia di tutela della concorrenza, richiamata da Tesoro G., *Diritto comunitario*, 2008, op.cit., p. 192), alla cui stregua “*L’interpretazione delle norme contenute nel*

interna rilevante per il caso di specie, quello più concorde con l'oggetto e lo scopo della direttiva disciplinante la materia.

Davanti a disposizioni polisenso, specie se frutto dell'adempimento di un "obbligo di risultato" da parte degli Stati, si dà quindi voce ad uno strumento a metà strada fra gli strumenti interpretativi e quelli di risoluzione delle antinomie. La scelta dell'interpretazione più fedele al dettato comunitario consente un "effetto orizzontale indiretto" delle direttive, le cui norme vengono immediatamente applicate dal giudice nazionale ai rapporti tra privati attraverso l'interpretazione conforme del diritto interno.

L'interpretazione – e la conseguente applicazione – più aderente allo "spirito" del diritto comunitario, è tale da trasformare l'effetto conforme in un vero e proprio "effetto utile", a fronte di norme sia anteriori che posteriori, perfino in ipotesi di controversie fra privati davanti al giudice nazionale ⁽³⁹⁾.

3.3 I caratteri costitutivi dell'illecito statale e l'influsso determinante della responsabilità delle istituzioni comunitarie ex art. 288 TCE

L'opera ermeneutica della Corte di Giustizia ha avuto un'indubbia efficacia espansiva del diritto comunitario, riconoscendo che il principio di responsabilità "inerisce" al sistema dei Trattati, e che il riferimento agli Stati deve intendersi comprensivo di tutti i pubblici poteri.

Gli elementi costitutivi dell'illecito statale sono stati tradizionalmente identificati nella produzione di un danno nella sfera giuridica del privato, causalmente riconducibile alla violazione – sufficientemente "seria" e manifesta - di una norma comunitaria, che sia attributiva di posizioni giuridiche di vantaggio.

Si tratta di requisiti imprescindibili: la violazione qualificata dalla "serietà" gravità" (con i correlati indici sintomatici) serve a scongiurare il rischio di una paralisi o di un eccessivo condizionamento dell'azione dei singoli Stati, la gravità e serietà della violazione, mentre sul piano soggettivo la colpa è nettamente oggettivata.

presente titolo è effettuata in base ai principi dell'ordinamento delle Comunità europee in materia di disciplina della concorrenza".

³⁹ La rilevanza dell'interpretazione "conforme" si evidenzia specialmente in tema di elementi costitutivi dell'illecito comunitario, che resta in definitiva appannaggio della Corte di Giustizia: nonostante il consacrato principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, il riconoscimento della responsabilità statale risponde pur sempre alle regole interpretative dei giudici comunitari, depauperando i legislatori nazionali del potere di definire l'estensione della fattispecie di "violazione" del diritto comunitario e di tratteggiare i limiti del diritto alla riparazione.

Il carattere “minimo” di tali requisiti è costantemente ribadito dai giudici di Lussemburgo, secondo i quali un’eventuale definizione in termini più ampi ed estensivi della fattispecie generatrice della responsabilità, disegnata nei singoli ordinamenti interni, è assolutamente ben accetta⁽⁴⁰⁾.

In questa delicata materia può apparire utile il contributo del modello delineato nell’art. 288 TCE, in tema di responsabilità delle istituzioni comunitarie, da cui la Corte di Giustizia ha attinto per ipotizzare un “parallelo” con l’analogo istituto della responsabilità statale per violazione del diritto comunitario.

Di fatto, nonostante la responsabilità extracontrattuale degli Stati non trovi espressa base giuridica all’interno dell’art. 288 TCE né in altre disposizioni collegate, essa costituisce il frutto di un’interpretazione sistematica condotta proprio sulla base dei principi estrapolabili da tale norma, il tutto alla luce del superiore principio di leale cooperazione⁽⁴¹⁾.

⁴⁰ Per una compiuta ricognizione degli elementi costitutivi dell’illecito, CGCE, sentenza *Eman e Sevinger*, 12 settembre 2006, causa C-300/04, in Racc.I-8055: “*Il principio della responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato e uno Stato membro è tenuto a risarcire i danni causati allorché la norma giuridica violata abbia lo scopo di conferire diritti agli individui, la violazione sia sufficientemente qualificata ed esista un nesso causale diretto tra la violazione dell’obbligo posto a carico dello stato e il danno subito dai soggetti lesi; non si può tuttavia escludere che la responsabilità dello stato possa essere accertata a condizioni meno restrittive sulla base del diritto nazionale; con riserva del diritto al risarcimento che trova direttamente il suo fondamento nel diritto comunitario, nel caso in cui le condizioni indicate al paragrafo precedente siano soddisfatte, è nell’ambito delle norme del diritto nazionale relative alla responsabilità che lo stato è tenuto a riparare le conseguenze del danno provocato, fermo restando che le condizioni stabilite dalle legislazioni nazionali in materia di risarcimento dei danni non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano reclami analoghi di natura interna, e non possono essere congegnate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile ottenere il risarcimento*”.

⁴¹ Cfr. Scoditti E., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, Relazione all’Incontro di studio su “*La responsabilità della Pubblica Amministrazione*”, Roma 7-9 giugno 2004, Consiglio Superiore della Magistratura, rileva il carattere innovativo delle citate *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame* nel fatto di focalizzare la responsabilità non tanto sulla natura del comportamento contestato (omesso recepimento tempestivo di una Direttiva), quanto sulla difformità in sé del diritto interno rispetto a quello comunitario.

Da ciò può trarsi, da un lato, il riconoscimento del carattere unitario della responsabilità dello Stato, dall’altro l’identità dei presupposti della responsabilità rispetto a quelli che sorreggono la responsabilità extracontrattuale delle istituzioni comunitarie, (di qui i tre requisiti del conferimento dei diritti ai singoli da parte della norma, della sufficiente caratterizzazione della violazione - che deve essere cioè grave e manifesta, in relazione ad indici come grado di precisione e chiarezza della norma violata, ampiezza della discrezionalità, intenzionalità o meno dell’infrazione, eventuale scusabilità di un errore di diritto - nonché l’incidenza causale del comportamento rispetto all’adozione di prassi contrarie al diritto comunitario).

A norma dell'art. 288 TCE, “la Comunità deve risarcire conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi organi nell'esercizio delle loro funzioni”.

In primo luogo, il riferimento ai principi comuni non viene inteso rigorosamente, nella piena consapevolezza dell'eterogeneità di sistemi giuridici i cui stessi presupposti – come nel caso degli ordinamenti di *common law* o *civil law* – differiscono vistosamente: ne scaturisce una certa elasticità di fondo nella rielaborazione di alcuni concetti, pur evidenziandosi la propensione per i modelli di responsabilità francese e tedesco, specie in tema di elemento soggettivo.

Va poi detto che l'istituto della responsabilità delle istituzioni comunitarie ha inferto un colpo decisivo alla tradizionale idea di irresponsabilità del legislatore nazionale, per danni cagionati dall'esercizio di potestà pubblicistiche, di natura politica: ha costituito infatti un esempio notevole, in tale percorso di “superamento”, la pacifica affermazione che le Istituzioni comunitarie rispondono per i danni causati da atti normativi a portata generale.

Passando ad esaminare il primo requisito, dato dall'antigiuridicità della lesione, non desta dubbi la circostanza che essa investa la condotta violativa di qualunque posizione soggettiva radicata in una fonte del diritto comunitario: non a caso, è stata l'estraneità al diritto comunitario della distinzione fra diritti soggettivi ed interessi legittimi ad imprimere un decisivo *input* in Italia alla caduta del dogma dell'irrisarcibilità del danno da lesione dell'interesse legittimo.

Analoghe considerazioni valgono non solo per i contenuti, ma anche per le modalità dell'offesa, siano esse di carattere positivo od omissivo, anche se la responsabilità degli organi comunitari si esplica per lo più attraverso i suoi atti amministrativi o normativi, inoltre possono venire in rilievo tanto comportamenti materiali quanto atti giuridici, sia normativi sia amministrativi.

È interessante, peraltro, individuare i limiti a cui la Corte di Giustizia ha subordinato il configurarsi della responsabilità, probabilmente mossa dalla preoccupazione di contenere un'eccessiva esposizione risarcitoria delle istituzioni comunitarie ⁽⁴²⁾.

In particolare, nella responsabilità per atti normativi, che appare l'ipotesi più pregnante di violazione, il conflitto deve riguardare una norma di rango superiore, chiaramente preordinata ad attribuire una posizione di vantaggio al singolo ⁽⁴³⁾.

⁴² Per le condotte materiali è del resto ravvisabile una disciplina analoga a quella civilistica tracciata dall'italiano art. 2049 c.c., dovendosi rilevare che i comportamenti materiali posti in essere dagli agenti della Comunità, generano di fatto una responsabilità a titolo di illecito aquiliano a carico della medesima Istituzione di appartenenza, quando sussista una correlazione specifica fra le funzioni istituzionali e l'agente “colpevole” dell'infrazione.

⁴³ A tal proposito, si denota una significativa differenza fra l'ordinamento comunitario e quello italiano: laddove la responsabilità dello Stato in quest'ultimo, fino alla svolta della 500/1999, è apprezzabile fondamentalmente a fronte di

Ne risulta confermato uno dei requisiti costitutivi della responsabilità, tracciati dal caso *Francovich* sul diverso fronte dell'illecito degli organi statali: la lesione grave di una "norma superiore", che nel modello "parallelo" della responsabilità dello Stato membro sarebbe dato dalla stessa norma comunitaria.

Si può, peraltro, registrare una certa perplessità di fondo circa l'individuazione di questa norma superiore, discutendosi se la stessa debba essere una norma di protezione ben circostanziata e diretta a precisi individui o se essa sia sussumibile in un principio generale del diritto: in ciò si potrebbe rilevare quindi una divergenza rispetto al modello di responsabilità interna, in cui tale limite sicuramente non opera, essendo il parametro della violazione, senza dubbi di sorta, una qualsiasi fonte comunitaria attributiva di diritti ai singoli.

Il secondo requisito dell'illecito statale è dato dalla violazione sufficientemente grave e caratterizzata, da leggere alla luce del grado di discrezionalità attribuito dalla norma superiore a quella inferiore: quanto più alto sarà il suo tasso, tanto più improbabile sarà la responsabilità emergente in capo alle istituzioni. Nondimeno, anche in questa materia il compito interpretativo è facilitato da alcuni indici sintomatici, pari a quelli invocabili nella fattispecie di responsabilità degli Stati membri: il grado di chiarezza ed inequivocità della norma violata, l'emersione di un errore di diritto scusabile, in base alla maggiore o minore oscurità del panorama normativo e giurisprudenziale, il carattere intenzionale o meno della trasgressione e del relativo danno, la pregressa contestazione dell'inadempimento.

Quanto all'elemento soggettivo, esso non ha nell'ambito dell'art. 288 TCE quella pregnanza e quei profili di problematicità che riveste, invece, nella ricostruzione dei caratteri della responsabilità degli Stati membri.

La maggiore snellezza di tale requisito si può cogliere anche rispetto agli stessi sistemi interni di responsabilità, che considerano la rimproverabilità "soggettiva" come una componente indefettibile dell'illecito aquiliano.

Nella responsabilità per "colpa" delle istituzioni comunitarie, tale profilo sembra avere più che altro connotazione oggettiva, e tende ad essere provato – sia pure indirettamente – sulla base dell'antigiuridicità.

La Corte di Giustizia non richiede pertanto la necessaria imputazione a titolo di dolo o colpa dell'istituzione, potendo assumere rilievo il profilo psicologico solo in quanto il particolare "spessore" della violazione denoti un atteggiamento colposo (⁴⁴).

attività meramente materiale, in diritto comunitario si è sempre registrato un atteggiamento contrario, di "residualità" rispetto alla responsabilità riconducibile a condotte materiali.

⁴⁴ Cfr. Caringella F., *Corso di Diritto amministrativo*, op.cit., p. 95.

In senso analogo, nel “parallelo” istituto della responsabilità statale, pur non richiedendosi l'imputazione a titolo di dolo o di colpa dello Stato membro, l'elemento soggettivo può rilevare laddove la serietà o la gravità della lesione denunciino di per sé un comportamento colposo o doloso. Sul punto, un recente ed incisivo arresto della giurisprudenza comunitaria è segnato dalla causa C-275/03, Commissione c. Repubblica Portoghese (⁴⁵), dove si è riconosciuta la netta incompatibilità fra i mezzi di tutela in tema di appalti pubblici dettati dal diritto comunitario e la norma di diritto nazionale che subordini il risarcimento del danno alla prova di dolo o colpa dell'amministrazione agente, da parte del danneggiato.

Ciò in virtù della certezza del diritto, che impone che il privato sia in grado in ogni tempo di conoscere esattamente ed azionare innanzi ai giudici nazionali i diritti riconosciutigli dall'ordinamento comunitario, in condizioni di assoluta chiarezza (⁴⁶).

Per arrivare a tale conclusione i giudici comunitari rammentano la *ratio* del diritto europeo sui mezzi di tutela in materia di appalti pubblici.

In tale ambito, le Direttive 89/655/CEE e 92/13/CEE, emanate per assicurare a tutto campo l'effettivo rispetto delle norme in materia di appalti pubblici e dei principi di parità di trattamento e trasparenza ad esse sottesi hanno imposto agli Stati membri l'adozione di strumenti di tutela il più possibile completi, rapidi ed efficienti, fra cui, indubbiamente, la tutela risarcitoria esperibile dal soggetto leso dalle illegittime decisioni della pubblica amministrazione.

Tale incidenza, per quanto riferibile alla materia della contrattistica pubblica e degli appalti in particolare, in realtà si è del resto rivelata gravida di conseguenze in Italia sul complessivo sistema di giustizia amministrativa, grazie alla portata dirompente che l'art. 13, Direttiva Appalti, ha avuto sul riconoscimento della risarcibilità dei danni da lesione dell'interesse legittimo.

Dai confini della specifica materia di riferimento, il precetto è infatti valso come stimolo di riflessione per sfociare poi nell'intero ripensamento della materia della risarcibilità dei danni nel complessivo ordinamento interno.

⁴⁵ Cfr. Barone A., *Appalti pubblici comunitari, responsabilità della pubblica amministrazione e prova dell'elemento soggettivo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2005, 3, 545 ss.

⁴⁶ La riconosciuta illegittimità dell'onere a carico del privato di provare la colpa del funzionario agente o dello Stato apparato non è stata limitata allo specifico ambito della pronuncia, ma è apparsa suscettibile di innovare l'intero ordinamento. Per Caringella F., *Corso di Diritto amministrativo*, op. cit., p.98, la netta presa di posizione della Corte alimenta dubbi circa la compatibilità dell'attuale sistema invalso nella prova dell'elemento soggettivo, dato il superamento, post. Cass. S.U. n. 500/1999, del rigido binomio colpa/illegittimità formale del provvedimento. Ci si chiede, infatti, se il correttivo della prova dell'errore scusabile da parte dell'amministrazione possa bastare a mandare esente l'Italia da censure di illegittimità, sotto il versante dell'elemento soggettivo nel sistema di responsabilità civile per violazione delle fonti comunitarie.

Infine, passando a considerare il danno prodotto dall'illecito, secondo un nesso di causalità immediato e diretto, esso deve ricomprendere le voci di danno emergente e lucro cessante, ed essere ponderato con la condotta del destinatario della norma violata: sono applicabili pertanto le valutazioni in tema di concorso di colpa del danneggiato, di cui all'italiano art. 1227 c. c. (⁴⁷), escludendo i danni solo indirettamente riconducibili all'intervento degli organi comunitari, come ad esempio quelli imputabili alle istituzioni nazionali, adottati in esecuzione di normativa sovraordinata.

Al termine di questa rapida rassegna, si può evidenziare un dato: la responsabilità delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri nelle loro articolazioni interne, al di là dei diversi presupposti teorici e di alcune differenze di fondo nell'impostazione degli elementi costitutivi, muovono pur sempre da una violazione del diritto comunitario, quindi sotto un profilo oggettivo sono più affini di quanto si possa pensare al diverso tema della responsabilità degli Stati membri.

La Corte ha evidenziato questo aspetto, ponendo in luce l'"esportabilità" dei criteri individuati nell'analisi interpretativa dell'art. 288 TCE, a tutela di un sistema il più possibile unitario di garanzie davanti alla lesione del diritto comunitario, che non possono perciò variare in base alla natura, nazionale o comunitaria, dell'organo responsabile.

La norma in esame del Trattato, in questo spirito, viene così concepita come mera espressione del "*generale principio familiare ai sistemi giuridici dei Paesi membri, per cui una condotta omissiva o positiva illecita dà luogo a responsabilità e ad una conseguente azione per danni*".

Si è parlato, al riguardo, di un "*common law of Europe*" nel campo della tutela dei diritti, che fa auspicare una rapida armonizzazione delle condizioni di efficacia del sistema della responsabilità, in uno sforzo di coordinamento fra gli ordinamenti dei Paesi membri e nell'ottica di migliorare le garanzie dei singoli (⁴⁸).

⁴⁷ Per la Corte di Giustizia (fra le altre, sentenza *Mulder*, 19 maggio 1982, cause riunite C-104/89 e C-37/90, in Racc. I-3061, p.to3), è un principio generale comune agli Stati membri quello per cui il soggetto leso, per evitare di doversi accollare il pregiudizio, deve dimostrare di avere agito con ragionevole diligenza, onde limitare l'entità del danno.

⁴⁸ Così nella sentenza *Rewe-Zentralfinanz*, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, in Racc. 1976, p.I-1989, la Corte sembra suggerire al legislatore comunitario la possibilità, se non l'opportunità sulla base degli artt. 94,96, 97 e 308 del Trattato, di implementare misure di armonizzazione in campo processuale al fine di ovviare alle divergenze fra disposizioni di leggi, regolamenti o atti amministrativi negli Stati membri, suscettibili di ripercuotersi su un cattivo funzionamento del mercato comune. Settori cruciali del diritto comunitario in cui si ha maggiore traccia di questo sforzo di armonizzazione sono la materia degli appalti e dell'evidenza pubblica in genere, di rilevante interesse per l'economia nazionale, oltre che strumentale al raggiungimento degli obiettivi dell'*acquis communautaire* (citata direttiva 89/655/Cee e la materia delle discriminazioni sessuali sul lavoro (Direttiva 97/80/Cee), che hanno unificato per i rispettivi ambiti le previsioni in tema di tutela cautelare e risarcitoria.

3.4 Primi riconoscimenti della responsabilità dello Stato- amministrazione...

Mentre un primo filone di pronunce rompe la breccia del sistema di responsabilità civile degli Stati membri – altrimenti non rinvenibile nelle previsioni dell'art. 288 TCE –, su altro versante si inizia a dare tutela agli individui contro i danni arrecati dagli atti amministrativi interni, difformi dalle norme comunitarie.

Nel ritenere, quindi, che la responsabilità dello Stato possa determinarsi per violazioni commesse da qualunque organo dello Stato interessato, inclusa l'autorità amministrativa, la Corte di Giustizia comincia a diffondere la propria peculiare visione di "apparato statale", inteso come interlocutore unitario, nonostante la diversità delle varie articolazioni interne che possano ledere il diritto comunitario⁽⁴⁹⁾.

Una sentenza chiave, in questo campo, è la *Hedley Lomas* del 1996⁽⁵⁰⁾, in cui la Corte ha vagliato un diniego di autorizzazione da parte dell'amministrazione britannica, reputandolo lesivo perché non rispettoso della direttiva invocata dall'amministrazione in causa, e direttamente violativo, nella fattispecie, di una norma del Trattato (art. 29 TCE)⁽⁵¹⁾.

La Corte di Giustizia, chiamata a pronunciarsi in via pregiudiziale sulla risarcibilità del danno cagionato al privato, ha richiamato le considerazioni espresse nel caso *Brasserie*, ricognitivo della violazione del diritto comunitario da parte di uno Stato in settori in cui si disponga di un ampio potere discrezionale per attuare scelte normative.

⁴⁹ La rilevanza delle prime affermazioni della responsabilità dello Stato-amministrazione può significativamente cogliersi in materia di appalti, dove le direttive comunitarie garantiscono il risultato della responsabilità per violazione comunitaria, imponendo un obbligo risarcitorio in capo all'amministrazione aggiudicatrice: questo dato formale, se letto alla luce della normativa interna, porta a riconoscere che tale è anche il soggetto pubblico diverso dallo Stato, nonché il soggetto privato, a patto che possa qualificarsi come "organismo di diritto pubblico".

⁵⁰ CGCE, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas* (Ireland), 23 maggio 1996, causa C-5/94, in Racc. 1996, p. I-2604, con nota di Caranta R., *Illegittimo diniego di autorizzazione all'esportazione e responsabilità della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario* (di seguito, "Riv. It. Dir. Pubbl. Com."), 1996, p. 1008.

⁵¹ Nel caso di specie, venivano in rilievo sia la violazione di una norma del Trattato dotata di diretta applicabilità, sia margini di discrezionalità estremamente ridotti. La controversia traeva origine dalla decisione del Ministero dell'Agricoltura del Regno Unito di denegare sistematicamente il rilascio di licenze per l'esportazione di animali da macello in Spagna, adducendo quale giustificazione che nei mattatoi spagnoli gli animali non venivano sottoposti al trattamento previsto dalla direttiva del 18 novembre 1974 (74/577/CEE), che impone lo stordimento degli animali prima della macellazione. Pur avendo in realtà la Spagna recepito la Direttiva in questione, l'amministrazione inglese agiva sulla base della segnalazione di un'associazione spagnola per la protezione degli animali.

Nel caso di specie, il carattere assolutamente vincolato del potere si compensa, secondo la Corte di Giustizia, con la violazione in sé del diritto comunitario, ritenendosi così comunque integrato il requisito di grave e manifesta violazione del diritto comunitario.

L'assunto per cui i ridotti margini di discrezionalità – ipotesi in cui quindi l'amministrazione dovrebbe più rigorosamente attenersi al dettato normativo – possono combinarsi con la mera violazione di una norma comunitaria, attributiva di diritti ai singoli, viene applicato rigidamente dalla Corte di Giustizia, e ricorre in diversi casi giurisprudenziali.

In sostanza, la Corte ha campo libero per estendere alla fattispecie della violazione in sede amministrativa del diritto comunitario le conclusioni già raggiunte rispetto agli atti normativi: quando l'amministrazione nazionale non dispone di margini significativi di discrezionalità nell'applicare il diritto comunitario, la mera trasgressione del diritto comunitario può bastare per l'accertamento una violazione "sufficientemente" grave e manifesta.

Sulla falsariga di questa impostazione, si colloca il caso *Larsy* (⁵²), significativo per ché in esso la tematica della violazione del diritto comunitario da parte delle autorità amministrative si scontra col più pregnante problema della disapplicazione di norme processuali interne.

⁵² CGCE, sentenza *Gervais Larsy v. INASTI*, 28 giugno 2001, causa C-118/00, in *Racc.* 2001, p. 1-5063 (massima in *Diritto commerciale e degli Scambi internazionali*, 2002, con nota di Marinai S., *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, ivi, p. 689). Nella fattispecie il ricorrente, cittadino belga, in relazione all'attività lavorativa svolta, aveva versato i contributi in due Paesi della Comunità (Francia e Belgio). In costanza di percepimento della pensione in Belgio, l'ente previdenziale belga per i lavoratori autonomi realizzava che le competenti autorità francesi da tempo versavano autonomamente una pensione di vecchiaia, commisurata al periodo in cui erano stati versati i contributi in Francia, decidendo conseguentemente di decurtare la pensione per la parte corrispondente.

L'interessato adiva i giudici interni per far valere il contrasto di una simile decisione con la normativa comunitaria e in particolare con l'art. 46, n. 3 del regolamento n. 1408/71, in base al quale non è possibile emanare norme anticumulo quando il lavoratore ha versato i propri contributi in due Stati membri. Al rigetto dei giudici interni, non faceva seguito alcuna rituale impugnazione della sentenza; successivamente il fratello del ricorrente, che versava in analoga posizione, si attivava a sua volta in giudizio, frangente nel quale il Tribunale adito accoglieva la domanda, dopo aver sottoposto alcune questioni in forma di ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Sulla scorta di questa sentenza, il primo ricorrente rivendicava innanzi all'autorità amministrativa belga il riesame del precedente provvedimento riduttivo della pensione, ma l'Inasti pur riconoscendo il proprio errore, non riteneva di poter corrispondere una pensione completa con effetto integralmente retroattivo, nonostante la pronuncia della Corte di Giustizia in materia sul caso, analogo, del fratello del ricorrente, adducendo peraltro l'omessa rituale impugnazione del provvedimento giurisdizionale a suo tempo emesso nei confronti del primo ricorrente.

La condotta veniva quindi ulteriormente censurata dai giudici di Lussemburgo, che ravvisavano la contrarietà delle norme processuali belghe alla salvaguardia effettiva dei diritti invocati dal sig. Larsy sulla base dell'efficacia diretta del diritto comunitario: da ciò, la desumibilità del principio per cui anche le norme processuali interne, fra cui quelle in punto di giudicato, vanno disapplicate qualora si rivelino preclusive dell'efficacia diretta del diritto comunitario.

Per la Corte, “sarebbe 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, legislativa, amministrativa o giudiziaria, la quale porti a una riduzione dell'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. Tale principio della preminenza del diritto comunitario impone non solo alle giurisdizioni, ma a tutte le istanze dello Stato membro di dare pieno effetto alla norma comunitaria (⁵³)”.

Analoghe problematiche si sono riproposte nel caso Norbrook, in tema di tutela risarcitoria, richiesta a fronte di un diniego di autorizzazione, motivato sulla base del mancato rilascio di determinate informazioni: tale diniego è stato riconosciuto dalla Corte di Giustizia non conforme alle pertinenti previsioni normative, precise e rigorose sul punto, che non legittimavano l'autorità nazionale a formulare richieste di integrazione documentale.

Anche nel caso analizzato, il basso tasso di discrezionalità dell'azione, congiunto alla violazione in equivoca della normativa comunitaria, ha portato al riconoscimento della responsabilità in capo all'amministrazione interna.

Analoghe considerazioni si sono riproposte nel caso Sutton (⁵⁴), relativo ad un'istanza di corresponsione – denegata dall'amministrazione nazionale - degli interessi sugli arretrati di prestazioni previdenziali.

Pur prendendo atto della mancata previsione in sede di direttiva comunitaria del diritto agli interessi, i giudici di Lussemburgo hanno imputato al principio di responsabilità statale il ritardo nel versamento delle prestazioni e la correlata, omessa percezione degli interessi, qualora questi siano riconducibili ad una violazione di una direttiva posta a tutela, nel caso di specie, della parità fra uomo e donna.

Questa pronuncia, al di là della conferma della responsabilità dello Stato - amministrazione, ha destato interesse soprattutto per il suo atteggiamento “pilatesco” rispetto ai criteri cui si sarebbe dovuto attenere, in una seconda fase, il giudice interno ai fini della tutela risarcitoria.

⁵³ Massima ufficiale, accessibile presso l'URL:

http://eurlex.europa.eu/smartapi/cgi/sga_doc?smartapi!celexplus!prod!CELEXnumdoc&numdoc=62000J0118&lg=it

⁵⁴ CGCE, sentenza *The Queen c. Secretary of State for Social Security ex parte: Eunice Sutton*, 22 aprile 1997, causa C-66/95, in Racc.I-2180.

3.5 ... fino al riconoscimento della responsabilità dello Stato-giurisdizione

Il concetto di supremazia del diritto comunitario si è ulteriormente arricchito di contenuti, toccando tutti gli aspetti in cui si estrinseca l'attività dello Stato – apparato.

L'ulteriore passo verso un sistema unitario di responsabilità civile degli Stati membri per violazione del diritto comunitario è quindi segnato dalla sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, con l'affermazione della responsabilità dello Stato-giurisdizione⁽⁵⁵⁾.

La Corte di Giustizia, nell'affrontare diversi nodi problematici, fra cui il rispetto dei principi di equivalenza ed effettività in sede di tutela giudiziale, parte anzitutto dal riconoscimento del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela derivante ai singoli dalle norme comunitarie.

In particolare, un organo giurisdizionale di ultimo grado è per definizione l'ultima istanza dinanzi alla quale i singoli possono far valere i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario, pertanto non vi sarebbe ragione alcuna per escludere che lo Stato, considerato sempre come "organismo"

⁵⁵ CGCE, sentenza *Köbler c. Repubblica d'Austria*, causa C-224/01, cit., in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, 1, 56 ss., con nota di Bastianon S., *Giudici nazionali e responsabilità del diritto comunitario*; in *Danno e responsabilità*, 2004, 3 con nota di Conti R., *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario*; in *Foro italiano*, 2004, IV, 4 con nota di Scoditti E., *Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*; l'A. rileva come la pronuncia sia "l'anello mancante di quel vero e proprio sistema della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario che la Corte di giustizia europea è venuta negli anni elaborando a partire dal caso *Francovich*, e che rinviene nella decisione nelle cause riunite *Brasserie du Pêcheur e Factortame* una delle sue principali elaborazioni".).

Nella vastissima letteratura, cfr. Afferni G., *La disciplina italiana della responsabilità civile dello stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, II, p. 261 ss.; Roppo V., *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: un case story in attesa del finale*; in *Rivista di diritto privato*, 2006, 347; Di Federico F., *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Diritto internazionale e processuale*, 2004, I. Fragola M., *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, 4, 681 ss.; Alpa G. *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso *Kobler c. Repubblica d'Austria**, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2005, 1, 1 ss; 1-5, pt. 1; Capelli F., *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, p. 52 ss.; Ferraro A., *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, in *Danno e Responsabilità*, 2007, 5-6, 518 ss.; Petruso R., *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea di Giustizia*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 2, 693 ss. Crescimanno V., *Brevi considerazioni sull'inadempimento dello Stato per (interpretazione in) contrasto con il diritto comunitario di legge con esso (in astratto) compatibile*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 1, 221 ss.

rigorosamente unitario, non debba essere chiamato a rispondere dei danni cagionati da decisioni di organi giurisdizionali di ultimo grado (⁵⁶).

In secondo luogo, la Corte contrasta le obiezioni sollevate in corso di causa, secondo cui l'affermazione della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici metterebbe a repentaglio alcuni principi fondamentali, come l'autorità della cosa giudicata, l'indipendenza e l'autorevolezza del giudice.

Per i giudici comunitari è facile replicare 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 giudicata”*, poiché il vittorioso esperimento dell'azione comporta la condanna dello Stato a risarcire il danno, ma non implica che venga rimessa in discussione la sentenza che l'ha cagionato.

Quanto al tema della indipendenza del giudice, la Corte osserva che proprio dall'affermazione della responsabilità risulta *“corroborata”* la qualità di un ordinamento giuridico *“... e quindi, in definitiva anche il potere giurisdizionale”*.

Relativamente ai criteri valutativi della colpa, essi prescindono da coefficienti di natura psicologica o soggettiva, quindi si opta per un criterio *“elastico”*, di colpa oggettiva, mentre sotto il profilo della violazione *“sufficientemente caratterizzata”*, non ogni mancato rinvio pregiudiziale è di per sé idoneo ad innescare la responsabilità dello Stato.

⁵⁶ La pronuncia in esame, resa in via pregiudiziale in occasione di una azione per responsabilità avviata contro la Repubblica d'Austria per violazione di una disposizione del diritto comunitario ad opera di una sentenza del supremo giudice amministrativo (*Verwaltungsgerichtshof*), verteva sulla richiesta di una retribuzione aggiuntiva che, in base al diritto austriaco, può essere concessa ad un professore universitario ordinario a condizione che questi abbia una anzianità di servizio di almeno quindici anni presso università statali. Il ricorrente, sig. Köbler, non aveva maturato il periodo di servizio richiesto presso le università austriache, ma avendo insegnato in altri Stati membri riteneva che la normativa interna costituisse una discriminazione indiretta, come tale incompatibile con norme comunitarie (art. 48 TCE e art. 7, n. 1 Reg. n. 1612/68) che, per giurisprudenza consolidata della Corte di Giustizia, sono dotate di efficacia diretta. Il giudice austriaco aveva proposto domanda di pronuncia pregiudiziale, ma nel frattempo la Corte di Giustizia si era pronunciata su un caso analogo, sicché il giudice austriaco aveva deciso di rinunciare alla domanda, non ritenendo più necessaria una pronuncia specifica della Corte di Giustizia sui punti controversi. Senonché, in sede di decisione, il giudice austriaco non si era poi effettivamente uniformato all'orientamento della Corte di Giustizia, ma aveva ritenuto che l'indennità speciale di anzianità di servizio costituisse un premio di fedeltà, tale da giustificare una deroga alle disposizioni di diritto comunitario relative alla libera circolazione dei lavoratori. Di qui la domanda del sig. Köbler a titolo di illecito dello Stato per violazione del diritto comunitario nell'esercizio della funzione giurisdizionale, in quanto la sentenza del supremo giudice amministrativo nazionale era contraria a norme comunitarie direttamente applicabili, in base alle quali (anche secondo l'interpretazione della Corte di Giustizia) l'indennità speciale di anzianità di servizio non costituisce un premio di fedeltà.

Al contrario, la mancata rimessione al giudice comunitario può rilevare come indice della gravità della violazione solo laddove emergano controversie giuridiche di respiro comunitario, connotate da oscurità interpretativa o dalla palese negligenza della giurisprudenza comunitaria.

Una volta, quindi, appurata la giurisprudenza comunitaria sul caso ed accertata l'irrelevanza della questione pregiudiziale nel caso di specie, la Corte potrebbe escludere la responsabilità dell'organo giurisdicente per errore inescusabile (⁵⁷).

Dalla "giurisprudenza *Köbler*" si coglie così un chiaro monito ad approfondire la conoscenza puntuale del diritto e della giurisprudenza comunitaria, fino ad affermare l'esistenza di un vero e proprio dovere "funzionale" facente capo al giudice, la cui mancata osservanza "manifesta" costituisce fonte di responsabilità dello Stato verso il singolo.

Ovviamente, si tratterà poi di stabilire, in base alle singole disposizioni interne, se l'eventuale condanna dello Stato per la violazione commessa dal giudice possa essere riversata sul giudice stesso e se questi possa essere chiamato a risponderne, a sua volta, nei confronti del proprio Stato.

Sulla falsariga del caso, si attesta la più recente pronuncia del 16 marzo 2006, n. 173 in causa C-234/04, c.d. *Traghetti del Mediterraneo*, anch'essa chiamata a giudicare sui delicati rapporti intercorrenti fra violazione del diritto comunitario, principio di *primauté* e sussistenza di un giudicato di diritto interno.

La Corte, peraltro, conferma la posizione di assoluto "disimpegno" del giudice comunitario rispetto alla gestione interna delle regole processuali, ritenendo indifferenti le modalità con cui il singolo Stato gestisce le proprie risorse processuali, l'unico punto d'interesse è che questa "libertà di manovra" del legislatore nazionale rispetti dei principi e delle garanzie indefettibili, che rispondono al nome di "equivalenza" e di "effettività".

E nella "*Traghetti del Mediterraneo*" la Corte di Giustizia riconosce che la disciplina italiana della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un suo organo giurisdizionale di ultima istanza è contraria al diritto comunitario, perché incompatibile con il principio

⁵⁷ La portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale ex art. 234 comma 3, TCE, da parte di un giudice nazionale di ultima istanza era stata già precisata dalla Corte con la sentenza *Cilfit e lanificio di Gavardo v. Ministero della Sanità*, 6 ottobre 1982, causa C-283/81, in Racc. I-3415 ove si afferma che il giudice nazionale di ultima istanza deve porre la questione pregiudiziale alla Corte di Giustizia, anche d'ufficio, ogni qualvolta la questione di diritto comunitario sia pertinente alla soluzione del caso concreto, e salvo che essa non sia stata già chiarita dalla Corte, o non sia comunque chiara di per sé (*acte clair*)-, nel senso che «*la corretta applicazione del diritto comunitario si impone con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi*». In particolare, la prima condizione è verificata quando la questione di diritto comunitario al vaglio del giudice nazionale è materialmente identica ad altra questione già decisa dalla Corte, o quando questa si sia già espressa in materia con giurisprudenza costante, pur non essendoci perfetta identità fra i contenuti delle due cause.

di effettività, dato che rende eccessivamente difficile, se non praticamente impossibile, l'esercizio del diritto comunitario di ottenere dallo Stato il risarcimento del danno sofferto.

In particolare, il conflitto è dovuto alla clausola di salvaguardia, che esclude la responsabilità dello Stato per errore del giudice quando esso si sia verificato nell'ambito dell'attività di interpretazione di norme di diritto o di valutazione del fatto e delle prove, dal momento che l'attività ermeneutica è insita nei compiti del giudice, quindi escludere la responsabilità per gli errori verificatisi nel suo ambito fa espandere un'area di irresponsabilità eccessivamente ampia, svuotando di fatto la regola che impone allo Stato di rispondere per le violazioni del diritto comunitario imputabili ai suoi organi giurisdizionali di ultima istanza.

Si può dire anzi che l'errore giudiziario per violazione di legge presuppone l'applicazione della stessa e che l'applicazione della legge a sua volta postula una qualche forma di interpretazione: escludere quindi la responsabilità per errori verificatisi in quest'"area" di attività comporterebbe una sostanziale immunità del potere giudiziario, e per il suo tramite, dello Stato-apparato di fronte alle violazioni del diritto comunitario.

Per quanto attiene poi alla prova del dolo o della colpa grave del giudice, come requisito per l'affermazione della responsabilità dello Stato, un ulteriore contrasto è censurabile qualora la prova della colpa grave sia intesa in modo più rigoroso della prova della "natura manifesta" della violazione del diritto comunitario: la Corte di Giustizia impone pertanto al giudice nazionale di limitarsi ad applicare i criteri individuati dalla Corte stessa in *Köbler* per stabilire se una violazione sia manifesta, senza invece utilizzare il grado della colpa come ulteriore ostacolo all'affermazione della responsabilità.

Un ulteriore aspetto è degno di riflessione: la Corte di Giustizia, affermando la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un suo organo di ultima istanza, ha inteso eliminare il rischio che gli organi giudiziari dei singoli Stati Membri rimanessero arbitri ultimi dell'applicazione e dell'interpretazione del diritto comunitario.

Considerando, infatti, che i cittadini della Comunità Europea non possono accedere direttamente alla Corte di Giustizia per violazione del diritto comunitario da parte di un organo di uno Stato Membro, e che l'intervento della Corte di Giustizia deve essere provocato da una questione pregiudiziale proveniente da un organo giurisdizionale nazionale, la responsabilità dello Stato può porsi come un significativo surrogato a favore dei cittadini europei, circa il mancato riconoscimento, in ambito nazionale, di diritti di matrice comunitaria.

Essa inoltre funge da stimolo agli Stati Membri affinché i giudici nazionali di ultima istanza siano incentivati ad applicare coerentemente il diritto comunitario, o quantomeno, in caso di dubbi ermeneutici sulla sua corretta applicazione, a sollevare la questione di fronte alla Corte di Giustizia Europea, così dando indirettamente voce alle istanze dei cittadini comunitari.

Infine, per effetto della sentenza *Traghetti del Mediterraneo* la responsabilità dello Stato per violazione di legge imputabile ad un suo organo giurisdizionale di ultima istanza varia in funzione della natura della legge violata.

Quando la violazione riguarda la legge comunitaria, perché sia affermata la responsabilità dello Stato è sufficiente che essa sia manifesta secondo i criteri individuati dalla Corte di Giustizia in *Köbler*; laddove, invece, la violazione ricada sulla legge nazionale, ai fini dell'affermazione della responsabilità statale la parte attrice deve provare che la violazione è dovuta al dolo o alla colpa grave del magistrato, ricorrendo una delle ipotesi tassative indicate dall'art. 2, comma 3, l. n. 117/1988, e, in aggiunta, che essa non ha avuto luogo nell'ambito dell'attività di interpretazione di una norma di diritto o di valutazione del fatto e delle prove: si tende così ad agevolare enormemente la prova in ordine al primo tipo di responsabilità.

In definitiva, nella pronuncia emerge il rapporto fra le giurisdizioni nazionali e loro giudicati ed i principi fondamentali del diritto comunitario.

La Corte nazionale, data la delicatezza della materia controversa, nel sollevare questione pregiudiziale innanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee chiede se il giudice nazionale sia tenuto, in forza del Trattato, a riesaminare ed annullare una pronuncia passata in giudicato quanto alla competenza internazionale, qualora questa risulti contraria al diritto comunitario.

Inoltre, in presenza dei presupposti fissati sempre in via giurisprudenziale circa il potere di ritiro degli atti amministrativi anticomunitari, si chiede se un simile riesame e/o annullamento, sia subordinato ad ulteriori condizioni rispetto a quelle valide per le decisioni amministrative (⁵⁸).

⁵⁸ Viene in rilievo il portato della celebre pronuncia "*Kühne & Heitz*" (CGCE, 13 gennaio 2004, causa C-453/2000, in Racc. I-837, cfr. *infra*, cap. II, sez. II), relativa al potere di ritiro di provvedimenti amministrativi anticomunitari, il cui impianto ricostruttivo non viene messo in dubbio dalla Corte di Giustizia, per sua esplicita ammissione.

Infatti, pur ammettendo che i principi elaborati in quella sede si possano "traslare" ad altro contesto, quale quello di una sentenza passata in giudicato, la sentenza richiamata subordina pur sempre l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 TCE, di riesaminare una decisione definitiva adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione di poterlo fare in base al diritto nazionale (il diritto nazionale deve consentire di tornare sulla decisione in oggetto; il carattere definitivo della decisione amministrativa deve essere stato accertato in ultima istanza da un giudice nazionale; tale sentenza deve risultare fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario, dovuta a sua volta ad un mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia, infine, l'interessato deve essersi rivolto immediatamente all'organo amministrativo, subito dopo essere stato informato della giurisprudenza comunitaria in suo favore). Dev'essere cioè la legge nazionale ad attribuirgli il potere di tornare sulla sua decisione: nel caso di specie, conclude sillogisticamente la Corte, questa condizione non sussiste, dunque il principio di cooperazione comunitaria non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato, qualora risulti che questa sia violativa del diritto comunitario.

L'importante conclusione della sentenza è che il primato del diritto comunitario e, strumentalmente ad esso, l'art. 10 TCE sul principio di leale cooperazione, non impongono al giudice nazionale di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato, qualora risulti che questa violi il diritto comunitario, disapplicando correlativamente le norme processuali interne (⁵⁹).

Nel bilanciare i principi cardine su cui si basa il potere giudiziario di ogni Stato membro, i giudici di Lussemburgo inscrivono i valori giuridici della certezza del giudicato e dell'indipendenza del giudice in una ben più rilevante cornice: quella dell'armonizzazione dei sistemi nazionali, in modo che sia assicurata l'uniforme applicazione del diritto comunitario in ogni Stato e l'effettività e la parità di tutela giuridica ai singoli, a prescindere dal Paese membro in cui essi operino.

Questa pronuncia, così nitida e consequenziale, sembrerebbe favorire gli ordinamenti nazionali, a scapito della prevalenza del diritto comunitario; in realtà la Corte, anziché cedere spazio alle istanze nazionali di effettività del diritto nazionale, non fa altro che riconoscere ampio ed autonomo respiro ai radicati principi dei sistemi interni, pur distaccando la "*primauté*" del diritto comunitario rispetto alle vicende contingenti del diritto nazionale.

Il "primato" ne risulta perciò rafforzato quale principio esclusivo della Comunità, in cui dar voce alle esigenze di uniforme applicazione e tutela del diritto comunitario, e con essa assume reale spessore anche il principio di sussidiarietà, intorno a cui ruota l'operato dell'Unione europea.

3.6 La tutela risarcitoria a fronte della violazione del diritto comunitario e la procedura d'infrazione: due rimedi a confronto

Volendo tratteggiare una differenza fra i due sistemi di tutela, si può rilevare come il primo si muova nell'ambito della tutela oggettiva del diritto comunitario, quindi la Commissione e gli Stati membri svolgono una sorta di funzione tutoria, a vantaggio della stessa effettività del diritto comunitario, mentre il secondo mira a tutelare, in un'ottica ovviamente individualistica, il singolo danneggiato per la riparazione di un torto perpetrato in danno del diritto comunitario stesso.

⁵⁹ Più precisamente, secondo la Corte il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in via generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario, imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale. Il diritto comunitario osta inoltre ad una legislazione nazionale limitativa di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove con una simile limitazione si giunga ad escludere la responsabilità statale pur a fronte di violazioni manifeste del diritto vigente (così come definita nei punti 53-56 della sentenza Köbler).

Una significativa differenza si può percepire innanzitutto sotto il profilo procedurale ed effettuale, della definizione della vicenda: nel primo caso si avrà una sentenza di accertamento della violazione commessa, strumentale all'applicazione dell'art. 228 TCE, che pone un obbligo di sanatoria a carico dello Stato membro, con onere a suo carico di individuare i mezzi per adempiere alla sentenza nel rispetto dei principi di diritto comunitario.

Da un punto di vista sostanziale, l'obiettivo di accertamento dell'infrazione, teso al rispetto obiettivo del diritto, spiega l'elasticità dei connotati che tale violazione deve possedere, tanto che la stessa non soggiace a particolari condizioni, prescindendo dal tipo di violazione, dalla natura della norma violata, dalla gravità della condotta antiggiuridica.

In senso opposto va invece la procedura "interna" di violazione, che pur muovendo dalle medesime esigenze di fondo, cioè dalla garanzia unitaria dell'effettività e della supremazia del diritto comunitario, è blindata quanto a carattere della norma violata, grado di antiggiuridicità dell'azione lesiva, accertamento del nesso causale, risvolti sanzionatori per lo Stato membro.

La sua messa in opera richiede oltre alla mera integrazione dell'illecito, ulteriori condizioni emergenti soprattutto in una seconda fase, relativa al profilo sanzionatorio, che in un'ottica accertatoria si pongono come una reazione, si potrebbe dire privatistica, alla lesione del diritto comunitario.

L'impatto più evidente di questo raffronto è che mentre la procedura d'infrazione punta al ripristino degli assetti normativi, la tutela risarcitoria interna sembra piuttosto orientata a riparare l'ordine violato sul piano degli assetti economico – privatistici.

4. Il carattere unitario della responsabilità statale. I principi di effettività ed equivalenza come garanti del primato del diritto comunitario

Sotto il profilo soggettivo della responsabilità, il riferimento allo "Stato" deve ritenersi inclusivo di tutti i pubblici poteri dell'apparato statale, che possano cagionare un danno ingiusto per violazione del diritto comunitario ⁽⁶⁰⁾.

Ciò rispecchia la visione che il giudice comunitario ha dell'apparato statale, inteso come interlocutore unitario, nonostante siano molteplici le articolazioni interne che possano ledere il diritto comunitario: la Corte di Giustizia non tollera che l'uniformità applicativa del diritto comunitario possa essere compromessa dall'osservanza di regole interne, neppure di quelle

⁶⁰ Per l'Italia, devono ritenersi incluse a tutti gli effetti le Regioni, cui compete un importante ruolo nelle fasi cosiddette "ascendente" e "discendente" di attuazione del diritto comunitario (cfr. legge 4 febbraio 2005, n. 11), e nell'adozione di una quantità di atti amministrativi a base e rilevanza comunitaria, alla luce della novella all'art. 117 Cost.

regolanti l'assetto istituzionale di uno Stato, poiché la tutela dei diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario non può variare in funzione della natura, nazionale o comunitaria, dell'organo che ha cagionato il danno.

Lo Stato non può quindi addurre a giustificazione del suo *manquement* la peculiare autonomia delle proprie strutture interne, siano esse regionalizzate o decentralizzate, né la ripartizione di competenze fra livello nazionale e regionale.

Ciò vale anche se si tratti di istituzione costituzionalmente indipendente, o se il soggetto che esplica funzioni amministrative anticomunitarie, non abbia la qualifica formale di ente pubblico. Più precisamente, *“la circostanza che uno Stato membro abbia affidato alle proprie regioni l'attuazione di direttive non può avere alcuna influenza sull'applicazione dell'art. 226 TCE. Infatti, gli Stati membri non possono richiamarsi a situazioni del loro ordinamento interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi e dei termini stabiliti dalle direttive comunitarie. Sebbene ogni Stato membro sia libero di ripartire come crede opportuno le competenze normative sul piano interno, tuttavia, a norma dell'art. 226 TCE, esso resta il solo responsabile, nei confronti della Comunità, del rispetto degli obblighi derivanti dal diritto comunitario”* ⁽⁶¹⁾.

Il principio di unitarietà si spinge addirittura fino al dato, coerente con i principi di responsabilità in diritto pubblico internazionale, che lo Stato deve essere diligente nel sorvegliare anche le condotte degli stessi cittadini: al riguardo, la Corte di Giustizia ha avuto modo di risolvere positivamente la questione se il concetto di unitarietà valesse anche nei confronti delle persone fisiche ⁽⁶²⁾.

Alla base di questa rigida regola sul carattere unitario della responsabilità statale - che appare ispirata ad un'impostazione internazionalistica del tema della responsabilità degli Stati membri - si possono scorgere due principi di fondo.

Da un lato, l'esigibilità senza esimenti della conformità del diritto interno a quello comunitario, in modo da garantire un sistema perfettamente unitario e completo di responsabilità.

⁶¹ CGCE, sentenza 10 giugno 2004, causa C – 87/2002, in Racc. I-5975; nello stesso senso già CGCE, sentenza 13 dicembre 1991, causa C-33/90, in Racc. I-5987: se ogni Stato membro è libero di articolare le competenze normative al suo interno come meglio ritiene, rimarrà responsabile, innanzi alla Comunità, di ogni conseguente obbligazione, riconducibile al diritto comunitario.

⁶² Così CGCE, sentenza 9 dicembre 1997, causa C-265/95, in Racc. I-6959, (con Commissione sollecitata da Spagna e Regno Unito c. Francia), per un episodio di attentato alla libera circolazione delle merci dovuto all'aggressione da parte di gruppi di agricoltori francesi contro i trasportatori di prodotti importati dalla Spagna.

Dall'altro, in senso più ampio, la suprema espressione della non ingerenza di un organismo sovranazionale come l'Unione Europea nell'organizzazione costituzionale dello Stato, che si traduce, nello specifico, nel principio di autonomia procedurale ed istituzionale⁽⁶³⁾.

Il diritto comunitario, infatti, non esige dagli Stati membri alcuna modifica in ordine alla ripartizione delle competenze e delle responsabilità fra gli enti pubblici territoriali⁽⁶⁴⁾, né fra le varie articolazioni dello Stato apparato.

L'assetto interno dei poteri le è anzi del tutto indifferente⁽⁶⁵⁾, rilevando unicamente che la disciplina sostanziale e procedurale approntata all'interno per far valere la responsabilità risponda ai criteri di effettività e di equivalenza.

⁶³ Condorelli L., *L'imputazione allo Stato di un fatto internazionalmente illecito*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1984, V, 188; CGCE, sentenza 5 maggio 1970, causa C-77/69, in Racc.1970, p. I-237.

⁶⁴ Così nella sentenza *Konle*, 1° giugno 1999, causa C-302/1997, in Racc.I-3099, la Corte ha esaminato le implicazioni della violazione commessa dagli Stati membri di uno Stato federale, concludendo che *“spetta agli Stati membri accertarsi che i singoli ottengano un risarcimento del danno loro causato dall'inosservanza del diritto comunitario, a prescindere dalla pubblica autorità che ha commesso tale violazione e a prescindere da quella in cui, in linea di principio, incombe ai sensi della legge dello Stato membro interessato, l'onere di tale risarcimento. Uno Stato membro non può pertanto far valere la ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi alla propria responsabilità al riguardo”*.

Nella fattispecie, era in rilievo la struttura federale dello Stato tedesco e la legittimità, alla luce del principio di leale cooperazione, della normativa tedesca nella parte in cui ammette l'azione risarcitoria avverso il solo Land e non anche una tutela cumulativa nei confronti dello Stato: si è osservato che se lo Stato membro non può esimersi da responsabilità invocando il proprio riparto interno di competenze, è pur vero che l'ordinamento nazionale ottempera agli obblighi comunitari anche quando faccia in concreto ricadere l'onere della tutela risarcitoria su un ente diverso sulla base di regole “sostanziali e procedurali non discriminatorie”, tali da non incidere negativamente sull'effettiva possibilità di ottenere soddisfazione.

La successiva pronuncia *Haim* (CGCE, sentenza 4 luglio 2000, causa C-424/97, in Racc.I-5123) è valsa a dissipare le critiche nascenti dalla peculiarità del caso risolto con la *Konle*, dettate dal sospetto che le relative soluzioni poggiassero esclusivamente sulle specificità di uno Stato federale, con una precisa ripartizione interna della sovranità.

Nella sentenza citata, la Corte ha ammesso la concorrenza della responsabilità dello Stato nazionale con un ente di diritto pubblico, responsabile dell'illegittimo diniego dell'ammissione all'esercizio della professione di dentista, nell'ambito del regime convenzionale della cassa malattia, con ciò pienamente evidenziando anche per gli Stati non federali la possibilità che uno Stato copra la tutela risarcitoria per violazione di posizioni soggettive di matrice comunitaria, anche individuando un soggetto “altro da sé”, quale un ente di diritto pubblico, non necessariamente territoriale.

⁶⁵ Un'indifferenza valida, naturalmente, fino a che non si registri un'armonizzazione nella specifica materia ad opera della normativa comunitaria, e sempre che non siano messi a repentaglio i diritti a cui il diritto comunitario offre riconoscimento e protezione. Cfr. CGCE, sentenze *Rewe- Zentralfinanz*, cit., e *Comet v. Produktschap*, 16 dicembre 1976, causa C-45/76, in Racc. I-2043.

Ciò significa che i meccanismi processuali di diritto interno devono garantire una tutela piena dei diritti derivanti dall'ordinamento comunitario, non meno efficace di quella che sarebbe assicurata a posizioni soggettive attribuite ai singoli da disposizioni di diritto interno. Al di là di questa condizione, ogni Stato gode della più assoluta autonomia procedurale.

Se, dunque, la tutela del singolo copre qualsiasi posizione soggettiva radicata nel diritto comunitario, viene devoluta agli Stati membri la concreta definizione delle procedure risarcitorie (in particolare, i tempi e le modalità di impugnazione) e dei criteri atti alla liquidazione del danno, sempre che non vi siano discriminazioni fra posizioni soggettive proteggere, a seconda della fonte – nazionale o comunitaria – che le riconosce.

Ciò si traduce, di fatto, nel divieto assoluto che la tutela dei diritti di matrice comunitaria sia resa più “onerosa” o “praticamente impossibile” rispetto a posizioni analoghe attribuite dal diritto interno ⁽⁶⁶⁾.

L'indifferenza del diritto comunitario all'articolazione interna dei poteri statali implica l'ulteriore indifferenza circa la forma degli atti lesivi del diritto comunitario, non rilevando l'autorità che li abbia posti in essere. Non avrà dunque importanza neppure la veste formale attribuita dalla disciplina interna ad una data materia, purché ciò non incida sulla tutela efficace delle norme comunitarie nell'ordinamento interno.

Ritornano quindi in gioco i concetti chiave di equivalenza ed effettività dei rimedi processuali interni ⁽⁶⁷⁾: in particolare, l'enfasi posta dal legislatore e dalla giurisprudenza comunitaria molto più sull'esigenza di “effettività” che non sull'uniformazione della tutela processuale interna, spiega perché non sia richiesta la creazione di misure di tutela aggiuntive a quelle già esistenti nei singoli sistemi, a condizione che ogni tipo di azione disponibile in base al diritto nazionale lo sia anche per la protezione dei diritti comunitari ⁽⁶⁸⁾.

La corretta interpretazione dei principi di equivalenza ed effettività è segnata negli anni '80 e '90 da uno spiccato presenzialismo della Corte di Giustizia, che ribadisce costantemente come i diritti

⁶⁶ In base a tali principi, “*Detailed procedural rules are a matter for the domestic legal order of each member state, under the principle of procedural autonomy of the member state, provided that they are not less favourable than those governing similar domestic situation, upon the principle of equivalence, and that they do not render impossible in practice or excessively difficult the exercise of rights conferred by the Community legal order, upon the principle of effectiveness*”, cfr. CGCE, sentenza *Wells*, 7 gennaio 2004, causa C-201/02, in Racc.I-723.

⁶⁷ Anche se il riconoscimento di un valore primario all'effettività incontra limiti testuali, dati dalla mancata, espressa consacrazione nei Trattati – a differenza di valori di analogo rilievo come proporzionalità e sussidiarietà –, la sua inclusione nella Convenzione europea lo ha confermato come uno dei principi cardine del diritto comunitario.

⁶⁸ CGCE, sentenza *Rewe – Handelsgesellschaft Nord mbh v. Hauptzollamt Kiel*, 7 luglio 1981, causa C-158/1980, in Racc.1981, p.1805.

garantiti dal diritto comunitario non possano sottostare a condizioni aggiuntive e/o suppletive ⁽⁶⁹⁾ rispetto alla tutela di analoghe posizioni soggettive di diritto interno.

Il concetto di equivalenza si è inoltre prestato ad una peculiare lettura, tale da non produrre “discriminazioni alla rovescia” ⁽⁷⁰⁾: si è inteso cioè scongiurare un *surplus* di tutela in favore di posizioni soggettive di diritto comunitario che, ove radicate nel diritto interno, non vi avrebbero avuto diritto.

Si sono rivelati emblematici di tale esigenza alcuni casi di illegittima imposizione fiscale, in cui la normativa di riferimento prevedeva un periodo decadenziale relativamente lungo e tassi di interesse bassi sugli arretrati ammessi al pagamento: la Corte di Giustizia ha evidenziato che tali limiti temporali sono ragionevoli, mentre sul pagamento degli interessi ha statuito che il principio di equivalenza fra le azioni di diritto nazionale e quelle di diritto comunitario non comporta che uno Stato membro debba estendere le sue regole più favorevoli in materia di sgravio anche ai procedimenti di rimborso attivati sulla base del diritto comunitario .

⁶⁹ CGCE, sentenza *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*, 8 novembre 1990, causa C-177/88, in Racc. I-3941, in materia di prova aggiuntiva rispetto alle garanzie dalla Direttiva CE sulle Pari opportunità, che in tema di discriminazioni sessuali richiedeva la sola prova del fatto, e non anche, come previsto dalla norma interna, il coinvolgimento causale del datore di lavoro. Un caso analogo di dubbia “equivalenza” di tutele si è registrato in materia di indebito arricchimento, sentenza *Cotter and McDermott v. Ministry for Social Welfare*, 13 marzo 1991, causa C-377/89, in Racc. I-1155; nella pronuncia *Emmot v. Minister for Social Welfare*, sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, in Racc. I-4269, per la Corte i limiti temporali nell’attivazione di ricorsi possono essere legittimamente previsti dal legislatore interno solo a far data dall’avvenuta, trasparente implementazione delle corrispondenti previsioni di diritto comunitario nello Stato.

⁷⁰ Cfr. CGCE, sent. *Edilizia Industriale Siderurgica v- Ministero delle Finanze*, 15 settembre 1998, causa C-231/96, in Racc. I-4951.

⁷⁰ CGCE, sentenza *Rewe – Handelsgesellschaft Nord mbh v. Hauptzollamt Kiel*, 7 luglio 1981, causa C-158/1980, in Racc.1981, p.1805.

⁷⁰ CGCE, sentenza *Dekker v. Stichting Vormingscentrum voor Jong Volwassenen*, 8 novembre 1990, causa C-177/88, in Racc. I-3941, in materia di prova aggiuntiva rispetto alle garanzie dalla Direttiva CE sulle Pari opportunità, che in tema di discriminazioni sessuali richiedeva la sola prova del fatto, e non anche, come previsto dalla norma interna, il coinvolgimento causale del datore di lavoro. Un caso analogo di dubbia “equivalenza” di tutele si è registrato in materia di indebito arricchimento, sentenza *Cotter and McDermott v. Ministry for Social Welfare*, 13 marzo 1991, causa C-377/89, in Racc. I-1155; nella pronuncia *Emmot v. Minister for Social Welfare*, sentenza 25 luglio 1991, causa C-208/90, in Racc. I-4269, per la Corte i limiti temporali nell’attivazione di ricorsi possono essere legittimamente previsti dal legislatore interno solo a far data dall’avvenuta, trasparente implementazione delle corrispondenti previsioni di diritto comunitario nello Stato.

⁷⁰ Cfr. CGCE, sent. *Edilizia Industriale Siderurgica v- Ministero delle Finanze*, 15 settembre 1998, causa C-231/96, in Racc. I-4951.

Del resto, sempre in materia fiscale, nell'ambito degli strumenti di riparazione dei danni prodotti da un atto anticomunitario, fra cui il rimborso di tributi irregolarmente percepiti dall'Amministrazione finanziaria, si registra una delle più incisive forme di condizionamento del sistema comunitario sugli ordinamenti nazionali.

Alla base di tale fenomeno, come evidenziato in dottrina, devono riscontrarsi due motivazioni convergenti: il necessario "effetto utile" del diritto comunitario, che risulterebbe compromesso dalla mancata previsione di un'obbligazione restitutoria, e in secondo luogo la tutela dei privati, che verrebbe vanificata dalla mancata rimozione delle conseguenze pecuniarie pregiudizievoli, prodotte dalla violazione statale ⁽⁷¹⁾.

Una delle più significative pronunce che ha visto protagonista lo Stato italiano è data dalla pronuncia della Corte di Giustizia 9 dicembre 2003, in causa C-129/00 ⁽⁷²⁾, che ha dichiarato l'inadempimento della Repubblica italiana per non aver provveduto a modificare, rendendolo conforme al diritto comunitario, l'art. 29, comma 2, legge 29 dicembre 1990, n. 428 in tema di rimborso di tributi riconosciuti incompatibili con norme comunitarie.

Nella fattispecie, è apparsa gravemente lesiva del dettato comunitario l'interpretazione resa dagli organi amministrativi e giudiziari nazionali in tema di dazi ed altre tasse all'importazione, il cui rimborso, ove le suddette tasse fossero state riscosse in violazione del diritto comunitario, era subordinato alla circostanza che il relativo onere non fosse stato trasferito in capo ad altri soggetti. Il regime di presunzione legale relativa in ordine al trasferimento a valle da parte delle imprese dei tributi riscossi dallo Stato italiano in violazione del diritto comunitario istituiva perciò un regime probatorio particolarmente gravoso per le imprese ⁽⁷³⁾.

⁷¹ Il diritto alla ripetizione dell'indebito diventa quindi un'esigenza "inerente" allo stesso primato del diritto comunitario, fermo restando che spetta alle singole legislazioni statali ed ai tribunali interni definire le modalità procedurali di esercizio delle azioni di ripetizione dell'indebito.

⁷² *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana*, in Racc. 2003, p. I-14637, con nota di Pallotta O., *Interpretazione conforme ed inadempimento dello Stato*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 253 ss.

⁷³ L'illegittimità di tale interpretazione era stata peraltro già materia di questione pregiudiziale nella causa *Dilexport* - sentenza 9 febbraio 1999, causa C-343/96, in Racc. I -579, in cui si dichiarava irragionevole fondare la prova del trasferimento a valle del peso dell'imposta sulla sola mancanza di insolvenza delle imprese, quindi su una presunzione di recupero del costo. In senso contrario, le difese del Governo eccepivano l'infondatezza delle accuse sulla base di un'ampia percentuale di rimborsi effettuati, e sostenevano l'assenza di qualsiasi violazione del principio di effettività considerato che grava sull'amministrazione l'onere di provare il trasferimento del tributo sul terzo, onde sottrarsi al tributo ed avvalersi del principio *Comateb* (14 gennaio 1997, cause riunite da C-192/95 a C-218/95, Racc. I-165), secondo cui la questione della traslazione o meno, in ogni singolo caso, di un'imposta indiretta costituisce una questione di fatto ricadente nella competenza del giudice nazionale, che potrà liberamente formare il proprio convincimento; nell'ambito della problematica, si rinvia alla nota n. 29 nel presente capitolo.

La Corte ha così affermato l'incompatibilità comunitaria di un onere probatorio particolarmente stringente, il cui effetto sia quello di rendere praticamente impossibile una restituzione di somme riscosse in violazione del diritto sovranazionale, dovendosi anzi predisporre le procedure più adeguate a ristorare i diritti di derivazione comunitaria, nel rispetto dei noti principi di effettività ed equivalenza ⁽⁷⁴⁾.

Nella casistica più interessante sul principio di effettività della tutela giurisdizionale spiccano inoltre le pronunce sull'adeguatezza delle sanzioni ⁽⁷⁵⁾: in relazione ad una previsione giuslavoristica sull'equo trattamento, legittimante la scelta giudiziale fra un *range* di differenti soluzioni, la Corte conclude che *“se uno Stato membro sceglie di sanzionare violazioni di quel divieto con misure compensatorie, per garantirne l'effettività e l'efficacia deterrente, quella misura deve essere in ogni caso adeguata al danno subito e non può ridursi ad una compensazione meramente nominale”*.

Un caso significativo si è registrato nel Regno Unito ⁽⁷⁶⁾, in tema di sanzioni pecuniarie contro discriminazioni sessuali sul lavoro, che la Corte di Giustizia ha dichiarato adeguate solo se previste in misura piena e comprensiva di interessi, poiché solo questo poteva garantire una protezione giudiziale effettiva, oltre che produrre effetti deterrenti sui datori di lavoro. In tale sistema si è

Fra le più recenti applicazioni in tema di onere probatorio, per Cass. Civ., sez. III, 12 febbraio 2008, n. 3283, in ipotesi di responsabilità civile dello Stato per tardiva attuazione di direttive comunitarie sull'istituzione di corsi di specializzazione medica con previsione di adeguata remunerazione per i partecipanti, ai fini del risarcimento del danno non spetta agli specializzandi provare di aver frequentato tali corsi nel rispetto delle condizioni poste dalle norme comunitarie non ancora recepite dall'ordinamento interno. La Suprema Corte ha peraltro precisato in tale occasione che, trattandosi di corsi disciplinati con legge statale, il danno subito dai discenti è eziologicamente connesso alla condotta omissiva illecita dello Stato e, pertanto, va risarcito ai sensi dell'art. 1223 c.c..

⁷⁴ In un simile sforzo di adeguamento ermeneutico si può cogliere la più chiara espressione della teoria dell'effetto utile, unitamente al quale garantire l'efficacia della norma comunitaria. Un simile obbligo di interpretazione conforme viene affermato anche per norme di natura strumentale, utili per l'esercizio di diritti comunitari, imponendo di considerare incompatibili con il diritto comunitario tutte quelle modalità di prova che abbiano l'effetto di rendere praticamente impossibile o eccessivamente oneroso il rimborso dei tributi riscossi in contrasto con il diritto comunitario. Vero è anche che in un caso così delicato, vertente sulla responsabilità dell'ordine giudiziario per erronea interpretazione normativa, ad essere chiamato in causa era il legislatore, per controversa redazione e formulazione della norma.

⁷⁵ Fra le prime trattazioni, CGCE, sentenza *Von Colson and Kamann v. Land Nordrhein-Westfalen*, 10 aprile 1984, causa C-14/83, in Racc. 1984, p. 1909.

⁷⁶ CGCE, sentenza *Marshall v. Southampton and South West Hampshire AHA (Marshall II)*, sentenza 2 agosto 1993, causa C-271/1991, in Racc.1993, p. 4367.

inoltre dichiarato congruo, rispetto all'obiettivo di "effettività" del diritto comunitario, il controllo giurisdizionale sull'azione amministrativa circa il diritto di ottenere misure cautelari (⁷⁷).

Appartiene invece alla giurisprudenza comunitaria l'elaborazione della teorica sull'arricchimento *sine causa*, volta a giustificare l'applicazione di regole processuali interne che prevedessero un esonero o una riduzione dell'obbligo di rimborso a carico delle amministrazioni nazionali. In altre circostanze, la Corte ha ritenuto incompatibile col principio di supremazia, sotto il profilo dell'efficacia "minima", le regole sulla prova dell'assenza di "ripercussioni" per l'Erario, volte a rendere impossibile o eccessivamente oneroso l'obiettivo della restituzione (⁷⁸).

5. La responsabilità come fattispecie "mista".

5.1 Il coordinamento fra le posizioni soggettive di radice comunitario ed i mezzi di tutela apprestati dal diritto interno

La vera portata innovativa del caso *Francovich* sta nel fatto che per la prima volta la responsabilità degli Stati, pur scaturendo da una lesione del diritto comunitario, viene radicata nelle giurisdizioni interne, in modo da non lasciare incompiuto il sistema di tutela dei singoli.

L'aspetto più intrigante di tale risposta sanzionatoria sta nel suo carattere "misto", considerando che le sue vicende nascono da presupposti "sovranzionali", ma i suoi profili risarcitori si attuano a livello interno. I meccanismi della giurisdizione interna daranno quindi reale contenuto al principio di effettività, che rimarrebbe altrimenti su un piano dogmatico e fumoso, dato dalla mera affermazione dei principi del "primato" e dell' "effetto diretto".

Su altro fronte, del resto, gli ordinamenti dei Paesi membri non possono interferire, attraverso le proprie qualificazioni di diritto interno, né sulle condizioni cui è subordinato l'obbligo risarcitorio, né sui fondamenti della posizione giuridica lesa.

⁷⁷ Cfr. caso *Factortame* del 1990 (causa C-213/89, cit.): all'obiezione del giudice britannico - che adduceva una risalente norma di *common law* secondo cui non può essere inibita in giudizio l'applicazione di un atto del Parlamento, né contestata la presunzione di conformità, fino a prova contraria, delle leggi interne al diritto comunitario - la Corte di Giustizia ha opposto la necessità un'uniforme applicazione del diritto comunitario a qualsiasi costo, se del caso anche tramite provvedimenti provvisori, volti a scongiurare che un diritto protetto dalle norme dell'Unione possa subire un danno grave ed irreparabile.

⁷⁸ Nella pronuncia *The Queen . v. Secretary of State for Social Security, ex parte Eunice Sutton*, 22 aprile 1997, causa C-66/95, in Racc. I-2163, la Corte ha rifiutato di estendere quest'approccio alle regole di diritto inglese sul pagamento retroattivo di benefici di Stato, denegando che gli interessi fossero una componente essenziale del diritto di non discriminazione e del principio di adeguatezza della sanzione.

Quanto alla posizione soggettiva di cui si invoca la tutela, essa è in ogni caso definita nei suoi presupposti e contenuti dal diritto comunitario, che circoscrive le basi della sua protezione, fondando la pretesa risarcitoria su una violazione sufficientemente caratterizzata, commessa dallo Stato membro, laddove per “sufficiente caratterizzazione” si può intendere l’illecito commesso dagli organi interni con piena cognizione di causa dell’infrazione ⁽⁷⁹⁾.

Ci si può chiedere, alla luce di tutto ciò, se emerga un illecito di tipo comunitario, come tale riconducibile per fonti e disciplina al solo diritto sovranazionale, che richiederebbe una disapplicazione *tout court* di qualsiasi normativa eventualmente confliggente con essa, o piuttosto un illecito civile di diritto interno, che imporrebbe dunque un’applicazione del solo diritto nazionale (per quanto, rigorosamente conforme al diritto sovrastatale).

La dottrina tende ad eludere simili problemi qualificatori, ritenendo di avere davanti, al di là di definizioni trancianti, una fattispecie “comunitaria” nei suoi presupposti normativi - senza la cui violazione, in effetti, non si potrebbe parlare a monte né di responsabilità né di illeciti -, ma con implicazioni dirette negli ordinamenti interni.

In quest’opera di mediazione e di “incasellamento” dei vari tratti della responsabilità, il ruolo definitorio della giurisprudenza è notevole, se solo si considera che la gran parte di pronunce che hanno aperto pionieristicamente lo studio della materia, nelle varie branche dell’attività statale, sono state rese dalla Corte di Giustizia, sia pure nell’ambito di rinvii pregiudiziali, quindi scaturendo da vicende strettamente radicate nell’ordinamento statale ⁽⁸⁰⁾.

Lo stesso giudice comunitario, nel demandare in misura costante l’accertamento degli elementi costitutivi ai giudici nazionali, implicitamente lascia intendere che la disciplina comunitaria non è destinata a sostituirsi al diritto interno, ma ad integrarsi con esso: in particolare, i giudici sono chiamati a riscontrare, da “tutori” dell’ordine comunitario, l’integrazione di quei requisiti che lungi dall’essere tipizzati sono stati indicati solo in modo astratto e per “categorie” dalla Corte di Lussemburgo ⁽⁸¹⁾.

⁷⁹ Tale carattere viene associato a ipotesi in cui sussista una pregressa e consolidata giurisprudenza comunitaria, in cui sia stata constatata l’infrazione, o sia stata comunque resa una pertinente pronuncia in sede di rinvio pregiudiziale.

⁸⁰ Cfr. Calzolaio E., *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Giuffrè, Milano, 2004, 70 ss.; per l’A. “quando si riconosce al singolo di invocare davanti ai giudici nazionali i diritti nascenti dal sistema comunitario, la responsabilità degli Stati membri, non attiene più al piano dei rapporti internazionali ... ma sembra costituire piuttosto l’espressione della natura stessa del diritto comunitario: ci si rivolge direttamente al giudice nazionale perché assicuri al singolo la tutela dei diritti attribuiti in sede comunitaria, garantendo ad essi quella rilevanza non riconosciuta dallo Stato inadempiente”, *Ivi*, p. 10.

⁸¹ Cfr. Caranta R., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1, 81 ss., rileva come in assenza di specifiche misure di armonizzazione, rivolgendosi il diritto comunitario non solo agli Stati ma anche ai cittadini di questi, “I giudici, ordinari, amministrativi e speciali nazionali

5.2 I riscontri applicativi in Italia ed il problema della qualificazione delle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto comunitario

Le difficoltà di attuazione e coordinamento in Italia del sistema di responsabilità per illecito comunitario sono pressoché riconducibili ad una malintesa applicazione del principio di autonomia procedurale, riconosciuto agli Stati membri nella messa in opera delle posizioni soggettive scaturenti dal diritto comunitario.

In particolare, si è colta tutta l'inadeguatezza della classica bipartizione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo, prendendo atto dell'assoluta indipendenza della tutela dal diritto comunitario dalla diversa entità delle posizioni soggettive lese. La relativa qualificazione è infatti una questione assolutamente ininfluyente, si potrebbe dire di carattere politico, rimessa al prudente apprezzamento del singolo Stato, e deve solo premurarsi di non comprimere ingiustamente la tutela di posizioni di diritto comunitario rispetto alla tutela riconosciuta per analoghe posizioni fondate sul diritto interno.

È escluso quindi, in virtù dei principi di effettività ed equivalenza, che posizioni giuridiche nascenti dal diritto comunitario, ammesse alla tutela risarcitoria per un generale principio dello stesso ordinamento comunitario, si possano tradurre in categorie interne per le quali la tutela risarcitoria è esclusa.

Questi principi hanno naturalmente avuto in Italia un effetto dirompente su categorie e concetti cristallizzati, facendo ripensare l'approccio non solo all'individuazione dei mezzi interni di tutela dei diritti comunitari, ma anche allo stesso modello classico di "responsabilità civile" dello Stato. È innegabile, in tal senso, l'influsso del "*post-Francovich*" sulla revisione del riparto di giurisdizione interna fra giudice ordinario e amministrativo, sull'elaborazione di normative come la l. n. 241/1990 e il d.lgs. n. 80/1992 e, come naturale epilogo, sull'ammissione degli interessi legittimi violati alla tutela risarcitoria nei confronti della pubblica amministrazione⁽⁸²⁾.

sono divenuti i "giudici ordinari" del diritto comunitario, quelli cioè cui è demandato in via normale l'enforcement della disciplina prodotta dalle istituzioni europee" (p. 82).

⁸² F. Patroni Griffi, *L'interesse legittimo alla luce del diritto comunitario e dei paesi membri: quali prospettive?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 1993, 367 ss.; G. Ponzanelli, *L'Europa e la Responsabilità civile*, op. cit., segnala come il caso Francovich potesse dare un preciso impulso ai nuovi equilibri della responsabilità civile in diritto interno, in rapporto alla risarcibilità dei danni derivanti dalla violazione di interessi legittimi e di quelli causati dall'attività legislativa dello Stato; Greco G., *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento*

La dicotomia tutta italiana fra interessi legittimi e diritti soggettivi faceva sì che le posizioni comunitarie tradotte nella categoria degli interessi legittimi, si vedevano automaticamente negata, secondo la monolitica impostazione della giurisprudenza antecedente a Cass.Civ., S.U. 22 luglio 1999, n. 500, la tutela risarcitoria in caso di loro illegittima compressione da parte della Pubblica Amministrazione.

Ciò portava a una “dequotazione”, per usare un termine caro alla giurisprudenza amministrativa italiana di questi ultimi tempi, delle posizioni soggettive di matrice comunitaria.

L’epocale svolta recepita nel sistema di giustizia amministrativa ha tuttavia rilevato che la mera qualificazione di una posizione giuridica, ricevuta sulla base del diritto interno, non potesse occultarne la sua effettiva origine comunitaria ed ha fatto cadere i residui ostacoli alla tutela anche in favore di situazioni soggettive di radice comunitaria, ma ascritte al *nomen juris* dell’interesse legittimo in virtù del discutibile meccanismo di “traduzione” nelle categorie interne applicato dalla giurisprudenza italiana (⁸³).

6. Profili attuativi. Tutela risarcitoria e considerazioni a margine sul rimedio della cosiddetta “pregiudiziale amministrativa”

Di fronte ad una disciplina comunitaria non autosufficiente, l’illecito dello Stato può essere ricostruito solo attraverso il delicato, ma necessario, coordinamento tra diritto comunitario e diritti nazionali.

Pertanto, i modelli di responsabilità elaborati, nello specifico, nell’ordinamento italiano – cui è limitata la presente analisi – non possono essere accantonati, ma anzi sono chiamati a fornire tutta la strumentazione giuridica del caso: in tale processo un ruolo basilare è svolto dal modello di responsabilità civile dei pubblici poteri.

La peculiarità di quest’influsso non toglie in ogni caso che il fondamento della tutela risarcitoria resti squisitamente comunitario, imponendosi come tale anche laddove l’ordinamento interno non

nazionale?), in *Diritto amministrativo* (di seguito, “*Dir. Amm.*”), 2003, 2; Leone C., *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, nota a TAR Lombardia Milano, sez. III, ord. 8 agosto 2000, n. 434, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 5, 1174 ss.

⁸³ Del resto, riconoscere prima del mutato orientamento della giurisprudenza italiana pienezza di tutela ai soli interessi legittimi corrispondenti a posizioni soggettive di fonte comunitaria, avrebbe comportato un’indebita disparità di trattamento (c.d. discriminazione “alla rovescia”, cfr. *supra*, p. 56) rispetto ad analoghe figure soggettive di diritto interno. Si sarebbe trattato, infatti, di dare tutela in forma risarcitoria ai soli interessi legittimi di derivazione comunitaria, lasciando scoperte corrispondenti posizioni soggettive di origine nazionale.

la accolga per corrispondenti fattispecie di diritto interno, come nell'ipotesi dell'attività legislativa ⁽⁸⁴⁾, oppure la ammetta ma a condizioni più rigorose, come nell'ipotesi della responsabilità dei magistrati ⁽⁸⁵⁾.

Al ricorrere di circostanziati requisiti, sorgerà comunque in capo ai privati un diritto al ristoro del danno che, per quanto radicato nel diritto comunitario, deve essere rivendicato davanti alle Corti interne, secondo le regole sostanziali e procedurali del singolo Stato ⁽⁸⁶⁾.

La soluzione risarcitoria, sebbene paventata per la mole di richieste da cui potrebbe essere investita l'amministrazione, è del resto lo strumento più idoneo a garantire l'effettività del primato comunitario: essa interviene a rafforzare la piena efficacia delle norme comunitarie, diversamente messa a repentaglio se i singoli non potessero ottenere, con pronuncia dei giudici nazionali, un

⁸⁴ La giurisprudenza di legittimità italiana si mostra renitente a riconoscere che possa configurarsi un reale illecito del legislatore, pur se derivante da mancata trasposizione di una direttiva in diritto interno; così per Cass. sez. lav., 11 ottobre 1995 n. 10617, cit. (sulla legittimazione passiva in un caso di mancato recepimento di una direttiva sulla tutela dei lavoratori subordinati, ai sensi della Dir. 80/987/Cee), *“di fronte all'esercizio del potere politico non sono configurabili situazioni soggettive protette dei singoli; deve perciò escludersi che dalle norme dell'ordinamento comunitario, come interpretate dalla Corte di Giustizia, possa farsi derivare nell'ordinamento italiano il diritto soggettivo del singolo all'esercizio del potere legislativo e comunque la qualificazione in termini di illecito ai sensi dell'art. 2043 c.c. da imputare allo Stato-persona, di quella che è una determinata conformazione dello Stato – ordinamento. Ne discende che, alla stregua dell'ordinamento giuridico italiano, la pretesa dei singoli ad ottenere il risarcimento dei danni che siano stati loro provocati a seguito della mancata attuazione di una direttiva comunitaria, sussistendo le condizioni individuate dalla sentenza della Corte di Giustizia, non può essere altrimenti qualificata che come diritto ad essere indennizzati delle diminuzioni patrimoniali subite in conseguenza dell'esercizio di un potere non sindacabile dalla giurisdizione”*.

⁸⁵ La relativa disciplina interna, dettata dalla l. n. 117/1988, oltre a non fondare il principio di risarcibilità del danno subito, che resta esclusivamente di fonte comunitaria, non individua neppure le relative condizioni, rimanendo peraltro le sue regole procedurali soggette ad un rigoroso vaglio di adeguatezza ai requisiti comunitari di “protezione efficace”. Di conseguenza, i limiti contenuti nella legge italiana sia sotto il profilo oggettivo della definizione dell'azione dannosa, sia sotto quello soggettivo, che esclude la responsabilità per colpa lieve, non sono invocabili a fronte di un'attività giurisdizionale rivelatasi contraria al diritto comunitario.

⁸⁶ Ciò si renderà del resto possibile a condizione che non sussista una specifica disciplina comunitaria della materia e che la disciplina nazionale garantisca un trattamento non peggiorativo rispetto a quello previsto per analoghe posizioni di diritto interno, secondo il costante richiamo all'equivalenza ed all'effettività di tutela.

Si può osservare peraltro come la teorica della tutela risarcitoria non sia andata esente da critiche: per Tesauro G., *Diritto comunitario*, op. cit., ci sarebbe un salto logico nel ragionamento della Corte, per cui la violazione di una norma quale l'art. 249 TCE direttamente vincolante lo Stato verso la Comunità, è stata intesa come produttiva di un illecito verso un altro soggetto, cioè il singolo leso, trasformando il legislatore inadempiente verso la Comunità in un debitore diretto del singolo.

ristoro del pregiudizio subito dai loro diritti, sorti in base al diritto sovranazionale ma violati dalla condotta difforme dello Stato-apparato.

Circa l'entità della tutela, il danno, scaturente secondo un nesso di causalità immediato e diretto, deve ricomprendere le voci di danno emergente e lucro cessante e soppesare eventuali negligenze del destinatario della norma violata: il diritto ad una riparazione adeguata rientra del resto nel più ampio concetto di tutela dell'effettività: fra i casi di riconosciuta adeguatezza, la Corte ha rilevato, in ipotesi di responsabilità per omessa trasposizione di direttive, che il recepimento interno completo, pur se retroattivo, potesse costituire uno strumento di riparazione sufficientemente idoneo.

Sul tema, di recente la Grande Sezione della Corte di Giustizia ⁽⁸⁷⁾ ha richiesto che il risarcimento sia *“effettivo, adeguato al danno subito e non ammissibile alcuna condizione aggiuntiva, che possa rendere eccessivamente oneroso il conseguimento di tale rimedio”*: è forte l'affermazione per cui non è conforme al diritto comunitario una disciplina nazionale che, in via generale, limiti il danno risarcibile alle sole lesioni inferte a determinati e specifici beni, che sarebbero così passibili di *“tutela speciale”*.

Quanto ad uno dei profili più pragmatici della tutela risarcitoria nel sistema di responsabilità, esso è dato dall'individuazione dell'organo da adire.

Si può ipotizzare, coerentemente con l'articolazione interna della funzione giurisdizionale, che laddove la violazione incida su materie devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo o vengano in rilievo provvedimenti illegittimi, potrebbe espandersi la giurisdizione del giudice amministrativo.

In particolare, laddove si deduca la lesione di un interesse legittimo derivante da provvedimento illegittimo, la domanda risarcitoria dovrebbe proporsi innanzi allo stesso giudice amministrativo, e qualora l'impugnativa dell'atto possa efficacemente prevenire il danno o limitarne l'entità, dovrebbe imporsi una tutela caducatoria in via *“pregiudiziale”* rispetto a quella risarcitoria.

In senso contrario, se l'impugnativa appare come mero adempimento di un onere di diligenza *“civilistico”* e si allega la sola violazione del diritto comunitario, si può ipotizzare la proposizione dell'azione risarcitoria innanzi al giudice ordinario.

Tuttavia, nel complesso, le considerazioni sinora svolte sul carattere rigorosamente unitario della responsabilità statale dovrebbero far propendere per una diretta chiamata in causa dello Stato, con

⁸⁷ Grande Sez. II, sent. 17 aprile 2007, causa C – 470/03, in Racc. I-2749.

conseguente affermazione della giurisdizione ordinaria ⁽⁸⁸⁾, a prescindere dalla specifica natura dell'organo responsabile (sia esso legislatore, giudice o pubblica amministrazione).

Le precedenti analisi sollevano peraltro perplessità in ordine all'effettivo rispetto dei principi di equivalenza ed effettività di tutela.

Bisogna infatti considerare le travagliate vicende della giustizia amministrativa ed il controverso rapporto fra tutela caducatoria e risarcitoria, con particolare riguardo al terreno scivoloso della pregiudiziale - su cui Consiglio di Stato e Cassazione si fronteggiano con continue "scosse" di assestamento, nonostante alcune miliari pronunce del giudice di legittimità (ordd. nn. 13659 e 13660 del 2006) -: in tale ottica, sembrerebbe non rispettata la giurisprudenza di Lussemburgo, per la quale gli Stati, come visto, *"non possono rendere eccessivamente difficile l'esercizio dell'azione risarcitoria, né esigere il previo esperimento di altre forme di tutela, quale condizione di accesso al risarcimento del danno"* (così nel caso *Hedley Lomas*, in causa C-5/94, cit.).

La necessità di attivarsi pregiudizialmente per una tutela di tipo demolitorio, al fine di ottenere giustizia delle proprie ragioni e vedersi risarcito il danno, sembra in effetti andare al di là dei dettami del giudice comunitario: appare quantomeno incongruo uno strumento processuale, che esige quale condizione di accesso alla tutela risarcitoria il previo esperimento di ulteriori mezzi di tutela (l'annullamento del provvedimento illegittimo).

Del resto, al di là di questa divergenza di fondo dai principi comunitari, si può notare che in base di principi di diritto interno, per altri aspetti, l'istituto della pregiudiziale risponde al principio di civiltà giuridica per cui la persona lesa deve dimostrare di avere usato la dovuta diligenza per evitare il danno o comunque limitarne l'entità, tentando ogni possibile mezzo giuridico a disposizione: si ritorna così ai contenuti di cui all'art. 1227 c.c., sul "concorso del fatto colposo del creditore".

⁸⁸ In tal senso, cfr. Calzolaio E., op. cit., p. 98, per il quale *"l'oggetto specifico dell'azione resta sempre la condotta dello Stato, «considerato nella sua unità», come insegna la Corte comunitaria", dovendosi rilevare che secondo un ragionamento contrario "si aprirebbbero anche ulteriori profili di contrasto con la giurisprudenza comunitaria sull'illecito dello Stato: ... per la Corte di Giustizia gli Stati non possono rendere particolarmente difficile l'esercizio dell'azione risarcitoria e a questo riguarda l'avvocato generale Léger, nelle conclusioni rese nel caso Hedley Lomas ha chiaramente affermato che il diritto comunitario si oppone al previo esperimento di altri mezzi di tutela (come l'annullamento di un atto amministrativo illegittimo) quale condizione per l'accesso alla tutela risarcitoria"*.

7. L'autonomia "inter-dipendente" del sistema comunitario ed il rapporto con i modelli di responsabilità in diritto interno. Alcune considerazioni conclusive

L'autonomia e la diretta applicabilità del diritto comunitario ha implicato per i cittadini dei Paesi membri un notevole ampliamento del proprio "ventaglio" di diritti e facoltà nel mondo giuridico.

È come se, assumendo come contesto l'ordinamento sovranazionale, le posizioni soggettive facenti capo ai singoli di fatto "raddoppiassero", dovendosi dare piena cittadinanza e tutela nella rispettiva sfera giuridica anche alle situazioni giuridiche di derivazione comunitaria.

Del resto, le potenzialità insite nel diritto comunitario possono essere concretamente sfruttate, perché non solo riconosciute in sede sovranazionale, ma anche attuabili nelle competenti giurisdizioni interne.

Al tempo stesso, con "moto circolare", poter invocare in giudizio le posizioni soggettive di matrice comunitaria ed azionare forme di tutela corrispondenti alla loro lesione, significa rafforzare ulteriormente il primato e l'effetto diretto del diritto comunitario.

Del resto, già dagli anni '70, nella *Rewe –Zentralfinanz* ⁽⁸⁹⁾, si riconosce che il singolo possa chiedere al giudice nazionale la tutela dei diritti derivanti da un Regolamento e che, simmetricamente, non gli siano opponibili "disposizioni legislative o amministrative non conformi ad un obbligo tassativo e sufficientemente preciso imposto da una Direttiva".

Infatti, "qualsiasi tipo d'azione contemplato dal diritto nazionale deve poter essere esperito dinanzi ai giudici nazionali per garantire il rispetto delle norme comunitarie direttamente efficaci alle stesse condizioni di ricevibilità e di procedura che valgono quando si tratta di garantire l'osservanza del diritto nazionale".

Nondimeno, l'assenza di un sistema "compiuto" di garanzie all'interno del diritto comunitario ha portato ad abbracciare i rimedi offerti dal diritto nazionale: del resto, in assenza dei dettami della giurisprudenza *Francovich*, non esisteva neppure uno strumento alternativo per i cittadini degli Stati membri, non potendo questi eccepire l'inadempimento dell'Autorità statale per invocare, quindi, la violazione del diritto comunitario, né potendo, d'altro canto, azionare gli strumenti di diritto strettamente comunitario (attivabili dalle sole Istituzioni e dagli Stati membri).

Ciò si ripercuoteva sulla possibilità stessa di identificare il sistema comunitario come un organismo autonomo e dotato di propria dignità "giuridica", poiché, per quanto imperativo, esso non appariva dotato dei caratteri della coercitività.

⁸⁹ CGCE, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, in Racc. 1976, p.I-1989, cit.

Di fronte a questo vuoto di tutela, è il soggetto privato (con le sue istanze di tutela) il reale propulsore della costruzione del sistema di responsabilità statale per violazione del diritto comunitario.

Al di là della mera procedura di infrazione, si è demandata così al diritto positivo interno l'individuazione di ulteriori strumenti di tutela, la cui messa in opera fosse attivabile nei sistemi giuridici nazionali (tanto da far parlare di "nazionalizzazione della disciplina della responsabilità statale"⁹⁰), pur se sulla base di procedure e di principi di derivazione comunitaria, ed in stretta cooperazione con la Corte di Giustizia.

Ne è derivato un sistema in cui, pur operando su piani differenti, la tutela di tipo "comunitario" e quella di matrice "nazionale" contro le violazioni degli Stati membri creano in realtà una sinergia tale da coprire ogni possibile esigenza di tutela.

Nonostante le distinzioni tecnico-processuali e sostanziali, esse si mostrano quali coerenti "complementi" di una "funzione unitaria di garanzia" dell'osservanza degli obblighi comunitari⁹¹). Sviluppando ulteriormente queste considerazioni conclusive sull'illecito statale per violazione del diritto comunitario, possono emergere altri, interessanti aspetti.

La necessità di un riconoscimento pieno della supremazia del diritto comunitario, non solo nei principi ma anche nelle applicazioni concrete del diritto vivente, è stata una delle prime intuizioni della Corte di Giustizia. E il tramite di un simile pragmatismo, che riflette lo stesso approccio spesso "atecnico" al diritto, proprio del giudice comunitario, non potevano che essere le giurisdizioni interne.

L'assunta autonomia e supremazia dell'ordinamento comunitario sembra a questo punto cadere in un trabocchetto: il costante richiamo ai sistemi di tutela nazionale porta a rilevare facilmente l'anomalia del "primato" comunitario, dato che il sistema comunitario vive *nell'*ordinamento e *dell'*ordinamento degli Stati membri, in un rapporto simbiotico.

⁹⁰ Peraltro, l'ampia discrezionalità lasciata ai giudici nazionali ha sollevato dubbi sulla possibilità che in sede nazionale residuino margini di elusione al complessivo sistema di responsabilità; così in Regno Unito la pronuncia della *House of Lords, R. v. Chief Constable of Sussex, ex parte International Trader's Ferry Ltd.* (1999), 1, Ali E.R. 129, ha escluso la responsabilità per violazione del diritto comunitario, senza adire pregiudizialmente la Corte di Giustizia, sulla base di una lettura degli artt. 30 e 34 TCE apparsa discutibile perché difforme da CGCE, *Commissione v. Repubblica francese*, 9 dicembre 1997, causa C-265/95, *infra*, (sulla lesione del principio di libera circolazione delle merci e del dovere di cooperazione imposto agli Stati membri dal Trattato), in *Racc.*1997, p. I-6959 ed in *Foro it.*, 1998, IV, p. 400.

⁹¹ Cfr. Timmermans C. W.A., *Judicial Protections against the Member States: Articles 169 and 177 Revisited*, in *Institutional Dynamics of European Integration Essays in honour of Henry G. Schermers*, II, Dordrecht – Boston – London, 1994, 392 ss., rileva come i rapporti fra i due ordini di tutele debbano impostarsi in termini di complementarietà e non di sussidiarietà.

Se il giudice interno deve accertare la sussistenza dei presupposti indicati dalla Corte alla base della responsabilità statale “secondo le regole del diritto interno”, è evidente che la disciplina nazionale dell'illecito civile, lungi dal poter essere disapplicata per far posto al cosiddetto “illecito comunitario”, dovrà al contrario rappresentare il contesto normativo pronto ad accoglierlo.

Sono dunque i Paesi membri i reali “dispositivi” di sicurezza, i tutori della sua effettività, posti a chiusura del sistema (⁹²): è dai meccanismi attuativi di diritto interno che dipende funzionalmente il diritto comunitario, nonostante la separatezza formale di rispettivi ordinamenti (⁹³).

Da ciò si evidenzia l'opportunità di analizzare gli strumenti di messa in opera della responsabilità dello Stato di fronte ai giudici nazionali, ai fini della tutela risarcitoria, considerando anche possibili interferenze con i meccanismi comunitari di protezione e l'eventuale intervento della Corte di Giustizia, che sia chiamata a pronunciarsi in una procedura d'infrazione.

È facile del resto osservare che questo processo di “ibridazione” fra sistemi è reciproco: come non si può analizzare la materia della responsabilità per illegittimità comunitaria senza l'apporto dei diritti nazionali, così l'impatto “creativo” della giurisprudenza comunitaria ha inciso profondamente sulla configurazione dei modelli di responsabilità in diritto interno, oltre a giocare un ruolo consistente nella politica di integrazione dei Paesi membri (⁹⁴).

⁹² cfr. Bridge J.W., *Procedural Aspects of the Enforcement of European Community Law through the legal system of Member States* in *European Law Review*, 1984, in materia di relazioni definite “one-side” e “symbiotic”; Collins L., *European Community Law in the United Kingdom*, London-Dublin-Edimbourg, 1990; Curtin D., Mortelmans J., *Application and Enforcement of Community Law by the Member States: Actors in Search of a Third Generation Script*, in *Institutional Dynamics of European Integration. Essays in honour of Henry G. Schermers*, Dordrecht-Boston-London, 1994; Rideau J., *Le mie des Etats membres dans l'application du droit communautaire*, in *Ann. francais dr. int.*, 1972.

⁹³ Cfr. Calzolaio E., op. cit., secondo cui “non solo non esiste una disciplina comunitaria completa, ma probabilmente neppure esiste una unica fattispecie di illecito dello Stato, quanto piuttosto coesistono più ipotesi, eterogenee, tutte egualmente catalogabili come “illecito civile dello Stato membro per violazione del diritto comunitario”, ma comunque diverse e con un proprio sistema di regole opportunamente adattate” (part. 70 ss.).

⁹⁴ Alla base delle riflessioni della Corte di Giustizia sulla “conformazione” della responsabilità statale ai principi comunitari, c'è per S. Cassese (*Per una nuova disciplina dei diritti dei privati nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, in *Corriere giuridico* – di seguito, “Corr. Giur.” -, 2007, 1, p. 119), un postulato giuspositivistico, consistente nel riconoscere ed applicare la teoria della responsabilità civile a tutti i poteri pubblici, non potendosi accettare la tesi di un “potere politico illimitatamente libero nei fini”. La prevalenza del pubblico interesse rispetto alla tutela delle posizioni giuridiche soggettive appare in tale ottica il normale tributo da versare all'organizzazione di uno Stato di diritto, ma quando esso travalichi i suoi limiti, il titolare del potere deve pagare, secondo le categorie classiche della responsabilità civile. Il rilievo di quest'assunto segnalato peraltro nella giurisprudenza di legittimità, (cfr. Cass. Civ., ord. N. 13911/2007) che considera tale sistema in linea con l'evoluzione subita dall'interesse legittimo, ed il suo acquisto di contenuti sostanziali, “coerentemente del resto con l'evoluzione della stessa nozione di interesse pubblico,

Sul processo di “ripensamento” della responsabilità statale hanno avuto un grande peso le direttive di stampo processuale sugli appalti pubblici ⁽⁹⁵⁾, che hanno imposto per la prima volta agli Stati membri, in nome dell’effettività della tutela della concorrenza, di munirsi di un idoneo strumentario giuridico atto a tutelare i privati che fossero lesi da provvedimenti illegittimi o, più indirettamente, dalla violazione della normativa comunitaria in materia ⁽⁹⁶⁾.

Dalla forza di tali stimoli derivano ulteriori considerazioni, su un’altra, peculiare incidenza che il diritto comunitario ha avuto sui sistemi nazionali.

L’elaborazione di una sistema di responsabilità “diffuso” per violazione del diritto comunitario da un certo punto di vista sembrerebbe attentare alla sovranità dei Paesi membri.

In realtà, si deve considerare come l’ordinamento comunitario sia esso stesso “Comunità di diritto” ⁽⁹⁷⁾, sensibile al richiamo della legalità e della certezza dei valori giuridici di ogni moderno “Stato di diritto”.

Tutto ciò che a prima vista i Paesi membri possono aver perso in termini di sovranità statale, può ritenersi ampiamente recuperato sotto il profilo dell’arricchimento giuridico e dell’evoluzione di nuovi strumenti di tutela in diritto interno, se solo si considera la tematica relativa alla risarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi.

Se è vero quindi che, da un lato, i singoli Paesi membri sono chiamati a vigilare sul primato di un nuovo ordinamento sovranazionale quale l’Unione europea, cedendo anche una quota-parte dei propri poteri, sotto altro aspetto vedono arricchito il proprio ordinamento, grazie al rafforzamento del principio di legalità ed all’elaborazione di nuove forme di tutela per le posizioni soggettive dei loro cittadini.

In questi termini, l’appartenenza all’Unione – ed il correlato sistema di responsabilità statale ⁽⁹⁸⁾ – non necessariamente deve leggersi come decurtazione di poteri, offrendo una concreta occasione di crescita per i singoli ordinamenti.

al cui perseguimento si accompagna un aumento della discrezionalità, ma anche della connessa responsabilità dell’amministrazione”.

⁹⁵ Dir. 89/655/CEE e 92/13/CEE, cit., (rispettivamente regolanti i settori non esclusi ed esclusi), confluite in seguito nelle direttive CE/2004/17 e CE/2004/18.

⁹⁶ La Corte di Giustizia, nella pronuncia *Dorsch* (17 settembre 1997, causa C-54/96, in Racc.I-4961) si è riconosciuta incompetente a conoscere tali posizioni giuridiche con effetti diretti negli ordinamenti interni degli Stati membri, pur ritenendo che, in linea col principio di effettività, la tutela risarcitoria spetti anche a fronte di posizioni soggettive qualificabili come interessi legittimi. Peraltro, l’ala protettiva dell’azione risarcitoria secondo i dogmi comunitari è arrivata a coprire anche le mere ipotesi di “rischio di lesione”, codificate in Italia solo con l’adozione del *Codice dei contratti pubblici*, D. lgs. 12 aprile 2006, n. 163.

⁹⁷ L’espressione è di Adinolfi A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, op. cit., p. 5.

Il diritto comunitario diventa il motore per una macchina di nuovi adempimenti o limitazioni che in sua assenza non avrebbero gravato sugli ordinamenti nazionali, ma dalle “restrizioni” derivanti dalla *primauté* comunitaria s’innescia un processo virtuoso, che coinvolge tutte le manifestazioni del potere statale, incrementando le possibilità di sviluppo, i diritti e gli strumenti di tutela di tutti i soggetti dell’ordinamento comunitario, dagli operatori economici a quelli privati.

Al di là della prospettiva teorica cui si intenda aderire circa i rapporti fra Stato e Comunità, è innegabile che l’espansione del diritto comunitario ha avuto effetti dirompenti sul diritto amministrativo italiano, facendogli compiere a livello sia sostanziale sia processuale dei “passi da gigante” nell’arco di pochi decenni.

Di tale spinta propulsiva è una dimostrazione anche lo sforzo di sistematizzazione che ha impegnato negli ultimi anni dottrina e giurisprudenza, nel dare un preciso spazio ed una disciplina a quella particolare forma di illegittimità che colpisce l’atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario, di cui si tratterà nel successivo capitolo.

⁹⁸ Al riguardo, Calzolaio E., op. cit., rileva come “*la responsabilità civile ha un ruolo di pregio, essendo utilizzata dalla Corte di Giustizia proprio per intervenire nei rapporti che intrecciano gli Stati membri con l’Unione, quindi in un “settore estraneo agli scopi ed all’ambito applicativo che sono tradizionalmente assegnati alla materia dell’illecito extra-contrattuale”*”.

II. LA PATOLOGIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE PER VIOLAZIONE DEL DIRITTO COMUNITARIO (I sezione)

1. *La responsabilità dello Stato - amministrazione: premesse generali*

Un'ampia letteratura giuridica ha indagato i rapporti fra ordinamento statale e comunitario, guardando soprattutto alle antinomie intercorrenti fra le norme dei rispettivi sistemi.

In realtà la violazione del diritto comunitario può prodursi anche attraverso atti statali individuali e concreti, potendo risultare affetto da “incompatibilità comunitaria” anche l'esercizio dell'attività amministrativa.

Del resto, la giurisprudenza dell'effetto diretto e della supremazia del diritto comunitario hanno portato a ricostruire la responsabilità degli Stati membri per violazione delle fonti sovraordinate come un'entità unitaria, in modo da colmare ogni possibile lacuna nella tutela giurisdizionale spettante ai privati.

Dall'analisi delle inottemperanze del legislatore statale, la materia della responsabilità statale si è così irradiata in modo “tentacolare” su tutte le manifestazioni del potere statale, coinvolgendo anche lo Stato-amministrazione e lo Stato-giurisdizione (⁹⁹).

Il riconoscimento costituzionale della disapplicazione delle norme anticomunitarie e del sindacato “diffuso” del giudice nazionale, per quanto innovativo, ha insinuato tuttavia il dubbio di aver risolto solo una parte dei problemi legati ai conflitti fra ordinamenti.

Per certi aspetti, infatti, la questione reale sarebbe solo “migrata” verso altri lidi: pur avendo sottratto il sindacato diffuso alla Consulta, almeno in parte, l'esame di tali antinomie, questo sarebbe in realtà ricaduto nella sfera di cognizione di tutti gli altri giudici (¹⁰⁰).

⁹⁹ Per CGCE, sentenza *Faccini Dori*, 14 luglio 1994, causa C-91/92, in Racc.I-3325 “*l'obbligo degli Stati membri, derivante da una Direttiva, di conseguire il risultato da questa contemplato, come pure l'obbligo loro imposto dall'art. 5 del Trattato di adottare tutti i provvedimenti generali o particolari atti a garantire l'adempimento di tale obbligo, valgono per tutti gli organi degli Stati membri ivi compresi, nell'ambito di loro competenza, quelli giurisdizionali*”; nello stesso senso, nell'ambito della più specifica giurisprudenza sul c.d. obbligo di interpretazione conforme, cfr. *Adelaner*, cit., p.to 117, secondo cui “*l'obbligo di uno Stato membro, ai sensi dell'art. 10, secondo comma, CE, e 249, terzo comma, CE nonché della stessa direttiva considerata, di adottare tutti i provvedimenti necessari per raggiungere il risultato prescritto da quest'ultima si impone a tutti gli organi nazionali*”.

¹⁰⁰ Cfr. Cocco G., *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 2001, 3-4. 447 ss.

Alla giurisdizione amministrativa è così passato, in via naturale, il compito di valutare la compatibilità degli atti amministrativi rispetto al diritto comunitario.

Sin dalla “Fratelli Costanzo”⁽¹⁰¹⁾ si è imposta con chiarezza la natura pervasiva del diritto comunitario, le cui norme, qualora attribuiscono diritti direttamente azionabili in capo ai cittadini dei Paesi membri, vanno attuate in misura diretta ed immediata anche dalle Amministrazioni pubbliche nazionali, autorizzate se del caso a disapplicare norme di rango legislativo o regolamentari interne.

Da qui è stato breve il passo per affermare l’inedita figura di Stato responsabile anche in veste di “amministratore”, in relazione ad atti o provvedimenti posti in essere nell’esercizio delle funzioni pubbliche, in difformità dal dettato comunitario.

La ricognizione delle tematiche via via emergenti ha consentito di isolare una serie di principi.

Innanzitutto, è stata individuata anche a fronte dell’azione amministrativa l’esigenza di garantire ai singoli una tutela piena ed effettiva delle posizioni fondate sul diritto comunitario, quale corollario del principio di leale cooperazione.

L’“impunità” degli organi amministrativi, in caso di violazione delle fonti comunitarie, non garantirebbe la tenuta di un sistema che vede proprio nell’effettività il suo fulcro: come più volte osservato dalla Corte di Giustizia, sarebbe del resto messa a repentaglio la piena efficacia delle norme comunitarie e risulterebbe infirmata la tutela dei diritti da essa riconosciuti se i singoli non potessero essere risarciti, a prescindere dalla fonte e dal mezzo della violazione.

Un secondo principio evidenziato fa invece leva sulla sussidiarietà: il principio in base al quale “*la responsabilità gravante su un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli dai provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario può sorgere in concomitanza e in aggiunta a quella dello Stato membro stesso*”⁽¹⁰²⁾, si colloca per sua natura proprio al guado fra attività normativa ed attività amministrativa dello Stato.

¹⁰¹ *Fratelli Costanzo*, sentenza 22 giugno 1989, causa C-103/88, cit.

¹⁰² Cfr. CGCE, sentenza *Haim*, 4 luglio 2000, causa C – 424/97, in racc.I- 5123, sul tema della responsabilità “concorrente” dello Stato per comportamento tenuto da altri soggetti pubblici, o privati equiparati: “*Il diritto comunitario non osta a che la responsabilità gravante su un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario possa sorgere oltre a quello dello Stato membro stesso*, derivandone una possibile articolazione del sistema di responsabilità secondo le competenze di volta in volta emergenti, salvo il problema della responsabilità sussidiaria dello Stato. Per una definizione di “sussidiarietà” nella sfera comunitaria, cfr. Cassese S., “*L’aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell’area europea*”, in *Foro it.* 1995, V, 373; Strozzi G., *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell’Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 1-2, 67-68.

Di più, esso rappresenta il contraltare della natura unitaria della responsabilità dello Stato verso l'Unione europea per infrazione del diritto comunitario (¹⁰³), dal momento che a livello interno tale responsabilità andrà poi redistribuita sulla base di precise competenze.

1.1. Il rapporto fra diritto amministrativo nazionale e diritto comunitario fra tesi monistica e tesi dualistica

L'intreccio indissolubile fra ordinamento interno e comunitario, e soprattutto la spinta di accelerazione che il primo ha impresso allo sviluppo del sistema di responsabilità civile della pubblica amministrazione nel nostro sistema, impone che il complesso tema dell'"invalidità comunitaria" degli atti amministrativi sia ricostruito proprio alla luce dei rapporti intercorrenti fra i sistemi giuridici interessati.

È proprio sulla falsariga di tali rapporti, improntati alla supremazia e alla diretta applicabilità del diritto comunitario nei Paesi membri, che la giurisprudenza nazionale tenta di tracciare le coordinate dell'illegittimità comunitaria, restando peraltro il più possibile fedele alla collocazione che le fonti comunitarie hanno nell'alveo dell'ordinamento interno.

Il presente lavoro si prefigge di esaminare il carattere vincolante delle singole fonti di derivazione comunitaria nei confronti dell'attività amministrativa italiana, sotto il profilo della difformità degli atti interni e del correlato, possibile regime di tutela.

È noto come sulla ricostruzione dei rapporti fra i due ordinamenti (nazionale e sovranazionale) si siano tradizionalmente contesi il campo una concezione monistica ed una dualistica: le due letture,

¹⁰³ In tal senso, per CGCE sentenza 13 dicembre 1991, causa C-33/90 (*Commissione c. Italia*), in Racc. 1991, I-5987 "uno Stato membro non può richiamarsi a situazioni del proprio ordinamento interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi e dei termini stabiliti dalle direttive comunitarie. Esso resta il solo responsabile, nei confronti della Comunità, del rispetto degli obblighi derivanti dal diritto comunitario, quale che sia l'uso che esso ha fatto della libertà di ripartire le competenze normative sul piano interno". Secondo due successive ordinanze (21 marzo 1997, C-95/97, *Vallonia c. Commissione*, in Racc. I-1787 e 1° ottobre 1997, *Toscana c. Commissione* C-180/97, in Racc. I-5245), "emerge con chiarezza dal sistema generale dei Trattati che la nozione di Stato membro, ai sensi delle norme istituzionali ed in particolare di quelle relative ai ricorsi giurisdizionali, comprende le sole Autorità di governo degli Stati membri delle Comunità europee e non può estendersi agli esecutivi di Regioni o di comunità autonome, indipendentemente dalla portata delle competenze attribuite a questi ultimi. Ammettere il contrario equivarrebbe a mettere in pericolo l'equilibrio istituzionale voluto dai Trattati, i quali determinano in particolare le condizioni alle quali gli Stati membri, vale a dire gli Stati firmatari dei Trattati istitutivi e di quelli di adesione, partecipano al funzionamento delle istituzioni comunitarie. Le comunità europee non possono infatti comprendere un numero di Stati membri superiore a quello degli Stati membri che le hanno costituite."

pur pervenendo egualmente alla conclusione della *primauté* del diritto comunitario, ricostruiscono in termini antitetici le relazioni fra i rispettivi sistemi giuridici.

Tale divergenza ha una serie di implicazioni: muovendo dall'indirizzo che postula la separatezza degli ordinamenti, si deve coerentemente concludere che le norme comunitarie non s'inseriscono in quanto tali nell'ordinamento interno, e che un eventuale conflitto tra esse e le norme nazionali non inficia la validità di queste ultime, comportandone esclusivamente la disapplicazione, in modo tale da salvaguardare sempre e comunque la supremazia del diritto sovranazionale.

Ciò, per altri aspetti, fa sì che la norma comunitaria, per la sua "estraneità", non sia suscettibile di porsi né come parametro di legalità e legittimità dell'azione amministrativa, né come fonte del potere esternato dall'autorità amministrativa interna nell'emanare l'atto.

A sfavore di tale teorica ha giocato soprattutto il rischio che essa possa neutralizzare sul piano della disciplina dell'azione amministrativa il principio del primato del diritto comunitario, inducendo a *"negare alle norme comunitarie direttamente applicabili qualsiasi efficacia diretta sull'operato amministrativo, non potendo le stesse costituire né il presupposto normativo fondante la potestà amministrativa di adozione dell'atto, né il parametro alla cui stregua valutarne l'eventuale illegittimità, o, per converso, la legittimità di un provvedimento, nonostante la sua contrarietà rispetto alla norma interna incompatibile con il dettato comunitario e quindi disapplicabile"* ⁽¹⁰⁴⁾.

Un celebre, ma isolato precedente giurisprudenziale in cui si evidenzia un simile rischio, è dato da TAR Piemonte II, 8 febbraio 1998, n. 34, che disconosce l'efficacia invalidante di un eventuale conflitto fra le due tipologie di norme, anche rispetto ad atti interni di natura amministrativa.

La pronuncia citata, da un lato fa discendere la nullità dell'atto amministrativo quale piana conseguenza della mera constatazione dell'inesistenza un parametro di legittimità ⁽¹⁰⁵⁾, dall'altro segnala il rischio di vanificare la supremazia dell'ordinamento comunitario, e porta la tesi dualistica della "separazione" alle sue estreme conseguenze.

¹⁰⁴ Garofoli R., Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self – executing, in *Urbanistica e Appalti* (di seguito, "Urb. App."), 1997, 338 ss; per Pignatelli N., *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, 4, 3635 ss., la teoria della separatezza degli ordinamenti giuridici, portata alle sue estreme conseguenze, è in grado di mortificare la primazia del diritto comunitario sul piano dell'attività amministrativa, negando alle norme comunitarie, in quanto appartenenti ad un altro ordinamento, sia la funzione attributiva di un potere amministrativo sia la funzione di regolamentazione del quomodo di esercizio del potere".

¹⁰⁵ "Se la norma che l'amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità amministrativa, e siccome non esiste attività amministrativa *legibus soluta*, egli non può che dare atto della radicale nullità dell'atto medesimo", sentenza in commento.

Del resto, si osserva che la logica di “separatezza” può arrivare, paradossalmente, ad escludere la stessa configurabilità teorica di tale vizio. Ad accogliere tale impostazione, l’atto emanato sulla base di una norma comunitaria dovrebbe sempre qualificarsi come inesistente per carenza assoluta di potere, che non risulterebbe infatti radicato in una fonte riconosciuta dall’ordinamento.

Così ragionando, non sarebbe neppure ammissibile, a rigore, un’invalidità di tipo comunitario, mancando il “referente” di tale illegittimità, dato che le uniche norme fondative del potere amministrativo potrebbero essere quelle nazionali.

Diversamente, la tesi monistica - che pare ormai imporsi come ricostruzione dominante - aderendo alla formula degli “ordinamenti coordinati e comunicanti”⁽¹⁰⁶⁾ riporta nel recinto dell’ordinamento interno le disposizioni comunitarie direttamente applicabili.

Logico corollario di quest’ultima tesi è che la norma di diritto interno con esse contrastanti non sarà semplicemente inapplicabile, ma affetta da invalidità, e, soprattutto, troverà nelle fonti comunitarie un possibile parametro diretto di legittimità, se non la fonte stessa di attribuzione del potere⁽¹⁰⁷⁾.

Un esplicito punto di svolta nella diafrasi fra tesi monista e dualista appare segnato dalla novella alla legge n. 241/1990 recata dalla l. n. 15/2005, in particolare dall’aggiunta del comma 1-ter all’art. 1, che annovera fra i principi generali dell’azione amministrativa i principi dell’ordinamento comunitario, assunti quindi come parametri diretti, pienamente integrati nel sistema delle fonti interne. Il rinvio alle fonti comunitarie, per la sua natura onnicomprensiva, sembra peraltro destinato ad operare non solo per le materie di stretta derivazione comunitaria, ma a tutto tondo per l’attività amministrativa in genere, nelle sue più vaste applicazioni.

Tuttavia, ad un più attento esame dell’ordinamento giuridico italiano, si può ritenere che verso il riconoscimento della tesi monistica abbia spinto prima ancora che la legge sul procedimento amministrativo, l’art. 117 Cost., che ha segnato un importante passo avanti nella ricerca di un solido fondamento costituzionale alla “cessione” di sovranità in favore delle istituzioni sovranazionali.

Invero, una lettura innovativa della norma costituzionale in esame, nel contrapporsi ad una visione di tipo “continuista o minimalista”⁽¹⁰⁸⁾, ritiene che essa abbia elevato il contrasto tra norma interna

¹⁰⁶ Secondo la suggestiva visione di Corte Cost., in *Granital c. Ministero delle Finanze*, cit.

¹⁰⁷ Così l’art. 1, l. n. 241/1990, come novellato dalla legge 1 febbraio 2005, n. 15 recante “*Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa*”, suffraga secondo accorta dottrina la prospettiva della compenetrazione fra gli ordinamenti, richiamando espressamente il diritto comunitario fra i parametri di legalità dell’azione amministrativa.

¹⁰⁸ Per la ricostruzione dei rapporti fra le due tesi, Chieppa R., *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte Costituzionale*, Relazione al Convegno “*Diritto comunitario e diritto interno*” (Roma, Corte Cost., 20 aprile 2007), in *Il diritto dell’Unione europea*, 2007, 3, 493 ss., esclude che i riconoscimenti innovativi dell’art. 117 Cost. possano implicare un ritorno al passato, ovvero ad un giudizio di costituzionalità accentrato come

e norma comunitaria a “parametro di costituzionalità”, sottraendo così le regole dei rapporti tra ordinamenti alla disponibilità della legge ordinaria e dando quindi piena forza all'accoglimento della tesi monistica.

È alla luce dei rapporti fra sistemi giuridici, così delineati, che la giurisprudenza amministrativa ricostruisce l'illegittimità comunitaria degli atti amministrativi interni.

2. Le possibili fattispecie degli atti amministrativi “anticomunitari”.

Si possono prospettare diverse ipotesi di invalidità dell'atto amministrativo per contrasto con la norma europea, rilevabili e sanzionabili dal giudice nazionale attraverso distinte discipline. Tuttavia, le “macroaree” in cui convogliare le possibili situazioni di conflitto sono due: da un lato, il contrasto diretto con normativa comunitaria *self-executing*, dall'altro il contrasto mediato, attraverso l'attuazione in via amministrativa di una norma italiana difforme dal diritto comunitario, e come tale disapplicabile.

Nell'ambito della prima categoria, la prima e macroscopica ipotesi consiste nella violazione diretta, non mediata da fonti interne, ravvisabile quando l'amministrazione adotti un atto in diretto contrasto con la norma sovraordinata e auto-esecutiva.

Tale può essere il caso della violazione di un regolamento comunitario, parametro diretto di legalità per l'atto amministrativo, perché direttamente applicabile e vincolante in ogni suo elemento, oppure il contrasto immediato con direttive auto-esecutive, da considerare come parametri, sia pure mediati, di legalità dell'atto amministrativo interno.

Il problema del rapporto tra atti amministrativi nazionali e diritto comunitario si è inoltre posto per contrasto diretto rispetto a norme comunitarie non *self-executing*, quali direttive non direttamente applicabili o non ancora attuate: l'autorità amministrativa potrebbe infatti operare a prescindere da una direttiva non tempestivamente attuata, assumendo atti che ad essa non fanno alcun riferimento, o che da essa si discostano.

Giurisprudenza e dottrina sono tuttavia concordi nel ritenere che le direttive, pur se non “auto-esecutive”, vincolano pienamente le autorità chiamate ad attuarle sotto un duplice profilo: da un lato, ponendosi in positivo quale parametro di legittimità per l'attività diretta alla loro esecuzione, dall'altro, in negativo, precludendo qualsiasi iniziativa amministrativa da esse difforme.

unico strumento per risolvere le antinomie tra diritto interno e diritto comunitario, ritenendosi, al contrario, che il riconoscimento del sindacato diffuso ponga un vincolo di stretta derivazione comunitaria, secondo la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia.

In base al fondamentale principio dell'*estoppel* enucleato dalla Corte di Giustizia, del resto, lo Stato non può opporre ai singoli l'inadempimento degli obblighi derivanti dalle direttive, ed anche a fronte di autorità diverse da quelle preposte a darvi attuazione, si impone quanto meno un vincolo di interpretazione conforme.

Ne deriva un duplice ordine di conseguenze.

Innanzitutto, nell'ambito del contrasto "diretto" fra atti amministrativi e norme comunitarie, si azzerano le distinzioni fra direttive immediatamente applicabili (o auto-esecutive, o *self – executing*) e direttive non auto-esecutive (¹⁰⁹).

In secondo luogo, pur essendo inidonee le direttive non immediatamente applicabili ad integrare la fattispecie normativa dell'atto amministrativo, esse devono ritenersi dei parametri di riferimento diretto per l'esercizio della discrezionalità, sempre che un simile potere faccia capo all'amministrazione nel caso specifico.

Una loro ipotetica violazione, pertanto, pur non integrando il vizio di violazione di legge, potrà rilevare in termini di eccesso di potere, e in tale conclusione potrà leggersi un'ulteriore conferma della tesi predominante, relativa all'integrazione degli ordinamenti.

Analoghe considerazioni si pongono per ulteriori atti di derivazione comunitaria non vincolanti, quali raccomandazioni, pareri e comunicazioni, da valutare per la prevalente dottrina secondo lo stesso valore attribuito ai pareri non vincolanti previsti nell'ordinamento interno, quali criteri di "indirizzo" della discrezionalità amministrativa.

In particolare, sono le comunicazioni della Commissione destinate ad incidere spesso sull'azione amministrativa dei Paesi membri, in virtù del loro carattere di atti atipici a contenuto eterogeneo, ora interpretativo o ricognitivo, ora esplicativo ed ampliativo della normativa comunitaria di riferimento.

In ambiti di salda matrice comunitaria, come la libertà di circolazione delle merci, la sicurezza alimentare, gli aiuti di Stato, tali indicazioni della Commissione, spesso con spiccata valenza "additiva", hanno confezionato veri e propri *iter* procedurali valevoli per i singoli Stati membri .

¹⁰⁹ In quest'ultimo ambito, una correlazione potrebbe porsi nell'emanazione di fonti regolamentari o altri atti amministrativi generali, chiamati ad operare in materie già toccate dalle fonti sovranazionali non immediatamente esecutive. Invece, in relazione ai singoli provvedimenti amministrativi – singolari e concreti, poiché configuranti "precetti compiuti e incondizionati" – autorevole dottrina (cfr. Chiti M. P. – Greco G., *Diritto comunitario e atti amministrativi comunitari*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo*, - di seguito, "*Tr. Dir. Amm. Eur.*"-, Giuffrè, Milano, 1997, p. 568), esclude una correlazione di tipo diretto, trattandosi di norme inidonee, di per sé, a disciplinare fattispecie concrete: l'inattitudine "tipica" di simili norme comunitarie a "scavalcare" preesistenti o successivi precetti nazionali fa sì che questi ultimi pongano un limite anche all'attuazione con regolamenti o atti amministrativi generali, sempre che la c.d. "legge comunitaria" non proceda preventivamente ad una loro delegificazione.

Con riguardo invece a raccomandazioni e pareri – non vincolanti per definizione, e come tali non impugnabili -, essi evidenziano in ogni caso un “effetto utile” nell’ambito dell’ordinamento comunitario, garantendo senz’altro la liceità dei comportamenti ad esse conformi, ed obbligando le autorità giurisdizionali degli Stati membri a tenerne conto nell’attività ermeneutica ed applicativa degli atti comunitari vincolanti.

Le linee guida tracciate da tali atti, se sono stringenti per i giudici nazionali, lo sono a maggior ragione per l’azione prettamente amministrativa, tracciando delle linee-guida per porla al riparo da possibili censure, quanto meno sotto il profilo degli aspetti sintomatici dell’eccesso di potere ⁽¹¹⁰⁾.

Altro profilo di possibile contrasto attiene inoltre al rapporto tra atti amministrativi nazionali e decisioni comunitarie.

La dottrina prevalente, sulla base del rilievo secondo cui la “decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi per i destinatari da essa designati” (art. 249 Trattato CE), ritiene che essa vincoli i suoi destinatari anche a livello di successiva attività amministrativa: l’atto da essa difforme dovrà quindi considerarsi illegittimo, non diversamente da quanto accade per l’atto amministrativo adottato in violazione di un regolamento ⁽¹¹¹⁾.

Rispetto alle decisioni, la causa più frequente di conflitti è riconducibile alla dichiarata incompatibilità di alcuni aiuti di Stato con il mercato comune, con specifico riguardo alle misure esecutive di diritto interno ⁽¹¹²⁾: queste sono state ritenute annullabili dalla più rigorosa giurisprudenza, che ha fatto leva sul carattere vincolante e sulla diretta applicabilità delle decisioni di cui recavano attuazione ⁽¹¹³⁾.

¹¹⁰ Un simile influsso sulla discrezionalità potrebbe apprezzarsi, ad esempio, in sede di motivazione, inducendo a meglio esplicitare le ragioni per le quali la singola Amministrazione reputi eventualmente di discostarsene (cfr. Chiti M.P. – Greco G., *Tr. Dir. Amm. Eur.*, op. cit., p. 575 ss).

¹¹¹ Cfr. TAR Lazio, sez. III, sent. 6 dicembre 1988, n. 1746 e sez. III, sent. 12 novembre 1988, n. 1340, secondo cui “*le decisioni devono ritenersi obbligatorie in tutti i propri elementi, sicché, per esse, può parlarsi come di strumenti dotati d’un’efficacia diretta negli Stati membri quando siano suscettibili di operatività immediata*”.

¹¹² Cfr. Gallo F., *L’inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell’ordinamento fiscale interno*, Relazione al Convegno “*Aiuti di Stato nel Diritto comunitario e misure fiscali*” (Roma, Corte Cass., 1 settembre 2003), in *Rassegna tributaria*, 2003, 6, sulla procedura di verifica della compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune, distingue fra aiuti esistenti, perché istituiti prima dell’entrata in vigore del Trattato ed aiuti nuovi, perché istituiti successivamente a tale data o all’adesione dello Stato membro all’UE, con un accento sull’efficacia in diritto interno dell’obbligo di sospensione della concessione degli aiuti nuovi, e delle possibili conseguenze sanzionatorie derivanti dall’inosservanza dell’obbligo di sospensione delle agevolazioni fiscali autoliquidabili.

¹¹³ Per CGCE, ord. 21 maggio 1977, cause riunite C-31-53/77, in *Racc.*1977, p.923, in tema di aiuti di Stato la circostanza che uno Stato membro ritenesse il provvedimento d’aiuto “*compatibile con il mercato comune e la decisione negativa della Commissione incompatibile con le norme del Trattato, non poteva autorizzare lo Stato membro a tenere in non cale il chiaro disposto dell’art. 93 ed agire come se tale decisione fosse giuridicamente inesistente*”.

In senso contrario, sono stati ritenuti legittimi atti amministrativi che, a prescindere dalla formale abrogazione di una legge interna difforme dal dettato delle decisioni, se ne fossero in concreto discostate, così dando indiretta attuazione al provvedimento comunitario (¹¹⁴).

Passando alla seconda “macroarea” di possibili violazioni, propria del contrasto mediato, essa ricomprende le ipotesi in cui l’amministrazione emani un atto sulla base, quindi conforme ad una norma interna contrastante con una norma comunitaria, direttamente applicabile.

Rispetto all’invalidità comunitaria c.d. “diretta”, quest’ultima tipologia non implica una violazione né un autonomo vizio dell’atto, presupponendo anzi il rispetto del parametro di legittimità statale: il contenuto lesivo deve ricondursi quindi alla fonte normativa interna, e l’illegittimità può qualificarsi come “derivata” o indiretta.

A ben guardare, l’illegittimità indiretta potrebbe ravvisarsi nel vizio di un atto amministrativo difforme da una norma statale, applicativa di una norma comunitaria. Tuttavia quest’ipotesi sembra riconducibile allo schema proprio della illegittimità “diretta”, con la mera differenza che nel parametro di legalità si accorpano la fonte interna e quella comunitaria.

Un’ulteriore ipotesi, forse di più difficile inquadramento, consta nella violazione, mediata anch’essa, per il tramite di una norma nazionale contrastante ma con norma comunitaria non direttamente applicabile nell’ordinamento.

In senso analogo, la mancata disapplicazione della norma interna, che avrebbe dovuto essere “ignorata” dato il contrasto con la fonte sovraordinata, porta in via automatica all’invalidità del provvedimento amministrativo che si sia ad essa conformato.

¹¹⁴ Sempre in tema di aiuti di Stato, TAR Lazio (II, 16 dicembre 2004, n. 16262, in *Servizi pubblici e appalti*, 2005), ha ritenuto che il provvedimento nazionale di revoca di un aiuto di Stato, conforme ad una decisione della Commissione, non fosse sindacabile dal giudice interno, perché relativo all’attuazione di vincoli di matrice comunitaria, “rispetto ai quali è da escludersi la possibilità di una difforme valutazione da parte di organi nazionali”. Accanto al rimedio dell’impugnazione diretta della decisione, è stata riconosciuta al limite la possibilità di un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia in qualità di “unico organo competente a verificare la legittimità di un atto amministrativo comunitario, dotato di esecutività e vincolante non solo per gli Stati membri, ma anche per i soggetti destinatari degli aiuti”.

Nella singolare materia degli aiuti di Stato si è inoltre posto il problema dell’affidamento dei singoli beneficiari dei provvedimenti di aiuto, riconosciuto meritevole di tutela sempre che l’erogazione degli aiuti si fosse strettamente conformata alla procedura, “stante il carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione”. Pertanto, un’eventuale negligenza dello Stato nell’erogazione dell’aiuto o nel successivo procedimento d’infrazione, instaurato innanzi alla Commissione, può fungere da presupposto per un’azione risarcitoria, mentre l’annullamento della misura determina una situazione di indebito oggettivo, non d’inadempimento, “per la quale sussiste l’obbligo della restituzione, unitamente alla sorte capitale, dei soli interessi maturati, restando quindi priva di ogni ragione giustificativa la maggiorazione derivante dalla rivalutazione monetaria”.

3. La categoria dell'invalidità del provvedimento anticomunitario. Introduzione ai modelli ricostruttivi e possibili affinità con l'invalidità costituzionale.

Sciolto positivamente il nodo sulla responsabilità dello Stato in veste di amministratore e identificate le varie fattispecie di violazione, si erge in tutta la sua complessità la questione del regime da riservare agli atti amministrativi nazionali difformi dal diritto comunitario.

Giurisprudenza e dottrina s'interrogano non solo sulla portata teorica del problema, ma anche sui possibili, correlati profili di tutela in termini di affidamento del destinatario dell'azione amministrativa e dei terzi.

L'aspetto più suggestivo è dato dalla domanda se l'invalidità invocabile sia una mera variante dell'invalidità tradizionale, in cui l'elemento nuovo è solo il parametro di riferimento comunitario, oppure una categoria nuova e autonoma.

In sostanza, ci si chiede se l'atto amministrativo "anticomunitario" sia affetto da una patologia diversa o meno da quella incanalabile nei circuiti tradizionali, propri del diritto interno: se così è, spetta all'interprete ricostruire in termini positivi il relativo sistema di invalidità, così come i costituzionalisti hanno cercato di fare (con esiti diversi), per gli atti normativi posti in violazione del diritto comunitario.

In particolare, per l'anticomunitarietà "diretta" si evoca l'originario modello del vizio di violazione di legge, considerato che la norma sovranazionale si pone senza "filtri" quale parametro di legittimità dell'atto amministrativo; da una simile violazione derivano diversi interrogativi, in particolare se possa configurarsi *"una sorta di quarta specie rispetto alla trilogia classica dei vizi dell'atto, se il riconoscimento di una nuova tipologia sostanziale abbia delle ricadute sul regime processuale di giustiziabilità ed infine se da tale regime processuale qualcosa possa desumersi quanto alla tenuta della teoria della separazione tra gli ordinamenti"* ⁽¹¹⁵⁾.

Sull'inquadramento del "genus" cui sia plausibilmente riconducibile l'invalidità dell'atto anticomunitario, pesa del resto la consapevolezza che il tema dell'efficacia degli atti amministrativi in contrasto con l'ordinamento comunitario si basa non solo sul principio di legalità, ma anche sul necessario bilanciamento di valori come effettività, equivalenza della tutela e certezza giuridica: equilibrio instabile, non suscettibile di determinazione aprioristica, che si è ritenuto ben potesse dipendere dalle condizioni giuridiche delle diverse fattispecie violative.

Nel tentativo di sciogliere il primo, dirimente quesito sul carattere "innovativo" e originale o meno dell'anticomunitarietà dell'atto amministrativo, gli interpreti, nonostante i diversi approcci al problema, si muovono all'ombra di un assunto di fondo, ossia la preminenza del diritto comunitario

¹¹⁵ Cfr. Pignatelli N., *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, op. cit., p. 3639 ss.

sui sistemi giuridici nazionali, mantenendosi fedeli alla collocazione delle fonti comunitarie rispetto al diritto interno.

La ricostruzione più pacifica, in giurisprudenza e in dottrina, è quella che inquadra i rapporti fra ordinamenti in un'ottica di piena integrazione, così ricollegandosi anche alle preliminari considerazioni del presente lavoro, in tema di incidenza del diritto comunitario sui diritti interni.

Di fatto l'ordinamento comunitario, pur nascendo autonomo rispetto ai singoli ordinamenti statali, si è creato grazie alla cooperazione ed alla reciproca interferenza dei sistemi giuridici dei Paesi membri.

Una forte impronta autonomistica è comunque "sopravvissuta" nell'ordito delle fonti normative, in modo da tessere una trama molto complessa di meccanismi di produzione normativa e di diverse Autorità che prendono parte alla funzione legislativa, operanti sia in sede statale sia a livello sovranazionale.

In tal senso, appare suggestiva l'espressione di Donati (¹¹⁶), che parla di "*separazione genetica dotata di collegamento funzionale*", proprio a rendere la reciproca interdipendenza nei rapporti, pur a fronte di un'autonoma formazione dei rispettivi ordinamenti.

Una simile ricostruzione è perfettamente coerente, del resto, con la tesi del primato comunitario e con la necessaria disapplicazione della legge interna contrastante con il diritto sovranazionale, dato che nel nostro stesso ordinamento l'antinomia fra le fonti non sempre si risolve nell'abrogazione della norma di grado inferiore, potendo anche portare alla mera disapplicazione della fonte incompatibile con l'atto gerarchicamente sovraordinato.

La tesi dell'integrazione fra gli ordinamenti, nel supportare l'idea del "collegamento funzionale", fa rientrare a pieno titolo la violazione delle fonti comunitarie nel vizio di "violazione di legge". Peraltro, al di là della mera "violazione di legge" si potrebbe ipotizzare il vizio dell'eccesso di potere, laddove le stesse modalità di esercizio del potere, incidenti su posizioni soggettive di derivazioni comunitaria, s'impongano agli amministratori nazionali nella logica di un sistema "funzionalmente integrato".

La tesi dell'eccesso di potere potrebbe quindi fare da giusto contrappeso al mancato accoglimento della tesi della disapplicazione provvedimento, soluzione rifiutata dalla dottrina e giurisprudenza pressoché generali (¹¹⁷).

¹¹⁶ Donati F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 49; Pinelli C., *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 1986, I.

¹¹⁷ Riguardo alle modalità di esercizio del potere, per Valaguzza S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Rivista di Diritto processuale amministrativo*, 2005, p. 1155, rileva come "l'inserimento dei parametri

Da ultimo, è interessante rilevare che nell'approccio alle plausibili categorie di inquadramento dell'invalidità comunitaria, la possibilità di un contrasto mediato o immediato dell'atto amministrativo rispetto alle fonti comunitarie ha suggerito alla dottrina delle affinità con l'ulteriore, possibile vizio di illegittimità costituzionale. Il parallelismo tra illegittimità comunitaria e incostituzionalità dell'atto amministrativo può affascinare, derivando dal rango sovraordinato nella gerarchia delle fonti, proprio sia delle norme costituzionali, sia di quelle comunitarie.

In effetti, la lesione – in sede di azione amministrativa – di un parametro di rango costituzionale potrebbe essere eccepita in giudizio, lamentando il relativo vizio di difformità del provvedimento.

In queste ipotesi si è anche parlato di “non trasferibilità” del vizio dell'atto sulla legge, potendosi riferire l'incostituzionalità al medesimo atto amministrativo (¹¹⁸).

Occorre del resto distinguere ipotesi molto diverse, anche sotto il profilo delle reazioni approntate dall'ordinamento.

Se, infatti, il provvedimento viola in via diretta la Costituzione, sarà il giudice amministrativo a sindacare diffusamente della relativa illegittimità; al contrario, ove l'atto amministrativo sia impugnato solo perché conforme ad una legge di dubbia costituzionalità – ipotesi questa analoga all'“anticomunitarietà indiretta” -, il vizio sarà filtrato dall'eventuale, riscontrata illegittimità della norma, in sede di giudizio accentrato della Corte costituzionale, dovendosi quindi verificare gli effetti di un'eventuale declaratoria di incostituzionalità sull'atto (¹¹⁹).

comunitari nell'attività di contenimento svolta dalle amministrazioni nazionali, comporterebbe, in ordine al sindacato dei giudici amministrativi, il dovere di censurare i provvedimenti puntuali che realizzino risultati contrari ai principi comunitari (tra cui il principio di proporzionalità, il principio di sussidiarietà, il principio di legalità sostanziale, il principio di certezza del diritto), ricorrendo al vizio dell'eccesso di potere”.

¹¹⁸ Cfr. Lauricella G., *L'«incostituzionalità» dell'atto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1999; Onida V., *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. cost.*, 1966, 1036; Montinaro D., *Gli atti amministrativi applicativi di norme dichiarate incostituzionali*, in *Rivista del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati presso la Corte d'Appello di Lecce*, Edizioni del Grifo, Lecce, 2003, 1; nelle sue riflessioni sulla materia, Pignatelli N., op. cit., cita testualmente fra le prime teorizzazioni dell'incostituzionalità dei provvedimenti H. Kelsen, *La giustizia costituzionale*, Giuffré, Milano, 1981, 19, secondo cui: “*le leggi costituzionali in senso formale (...) regolano non solo il procedimento legislativo ma direttamente anche altri oggetti particolarmente importanti, per i quali appare desiderabile una disciplina salda e sottratta a troppo facili cambiamenti. In questi casi la concretizzazione del diritto nell'atto individuale di applicazione ha luogo direttamente in base alla legge costituzionale, senza che tra quest'ultima e il concreto atto amministrativo s'inserisca una legge ordinaria. L'atto amministrativo pertanto reca in sé immediatamente il carattere della costituzionalità o della incostituzionalità*”.

¹¹⁹ Si fa peraltro osservare che quando l'atto sia impugnato esclusivamente perché emanato sulla base di una norma incostituzionale e il giudizio si basi sulla sola incostituzionalità dell'atto, la Corte, valutando la conformità o meno a Costituzione potrà esaurire attualmente il *petitum* del ricorso, risolvendolo nel merito, e caducare il presupposto normativo dell'atto.

Rispetto all'illegittimità comunitaria, il sindacato sull'atto amministrativo si caratterizza invece per la natura "diffusa" del giudizio, sia nell'ipotesi di violazione "indiretta" del diritto comunitario, visto che spetta ai giudici amministrativi non applicare la norma statale anticomunitaria su cui si fonda l'atto impugnato, sia nei casi di lesione diretta del diritto comunitario, "*analogamente a quanto accade per la violazione diretta della Costituzione, sull'evidente presupposto che la giurisdizione della Corte costituzionale è esclusa perché ancorata al rango dell'oggetto del giudizio e non al rango del parametro*"⁽¹²⁰⁾.

3.1. Lo schema dell'annullabilità ed i suoi profili applicativi

Nell'opera di "selezione" dei vizi che colpiscono i provvedimenti amministrativi contrari al diritto comunitario, ha notevoli ricadute applicative l'accoglimento o meno del modello monistico dei rapporti fra ordinamento interno e comunitario.

La tesi in questione è oggi, del resto, assolutamente consolidata, e dai suoi assunti muove il presente lavoro.

In particolare, "incastrando" le previsioni di cui agli artt. 1, comma 1-*bis*, 21-*septies* e 21 - *octies*, della legge sul procedimento amministrativo, si otterrebbe il seguente quadro: l'azione amministrativa deve conformarsi ai principi dell'ordinamento comunitario; il vizio di illegittimità comunitaria non è espressamente contemplato fra le cause tassative di nullità; il regime di annullabilità in diritto amministrativo è ricondotto, in via generale, al vizio di violazione di legge.

In altri termini, la tesi della integrazione fra ordinamenti, nell'equiparare le fonti cui soggiace l'azione amministrativa (interne e comunitarie) fa discendere dalla loro violazione le medesime conseguenze⁽¹²¹⁾.

¹²⁰ Cfr. Pignatelli N., op. cit, cfr. 3639 ss.

¹²¹ Così Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005 n. 579, ha ritenuto in contrasto "diretto" con le norme comunitarie sulla libera circolazione e non discriminazione dei lavoratori nel territorio dell'Unione (diretto parametro di legalità dell'atto nazionale) la previsione di un bando di concorso limitativo dell'accesso alla procedura ai soli cittadini italiani con conseguente regime ordinario di illegittimità-annullabilità. In particolare per il Supremo consesso di giustizia amministrativa, "*non può sostenersi che, se oggetto di disapplicazione può essere l'atto normativo, a fortiori, se anticomunitario, deve essere sottoposto al medesimo regime l'atto di natura amministrativa, sotto pena di inversione del valore giuridico degli atti nazionali. E' vero, al contrario, che, una volta che la norma comunitaria sia entrata a fare parte integrante dell'ordinamento interno, essa gode del medesimo regime di illegittimità-legittimità degli atti o conformi alle altre disposizioni dell'ordinamento nazionale*".

In sostanza, l'equiparazione di atti normativi ed amministrativi rispetto alla violazione comporta che l'esecutivo, in qualità di componente fondamentale dell'apparato statale, sia chiamato a garantire l'effettiva applicazione di tutte le previsioni normative.

Il diritto comunitario, quindi, una volta entrato a far parte integrante del sistema delle fonti interne, costituisce un paradigma di legittimità dell'atto amministrativo nazionale, la cui lesione ricadrà in quell'ampia nozione di "violazione di legge" che costituisce causa di annullabilità del provvedimento amministrativo (in base, evidentemente, al disposto di cui all'art. 21 – *octies*).

In ogni caso, tale assunto deve fare i conti con la considerazione che le norme attributive del potere amministrativo di regola vengono adottate a livello nazionale, poiché difficilmente in sede sovranazionale il legislatore comunitario statuisce sulla ripartizione delle competenze e delle potestà amministrative.

Ricomponendo le tessere del mosaico, aderendo all'integrazione dei due ordini di fonti normative, e concludendo che il diritto di matrice comunitaria convive col sistema delle fonti comuni, dottrina e giurisprudenza dominanti assumono che la lesione del diritto comunitario da parte degli atti amministrativi produca conseguenze analoghe alla violazione del diritto interno, dovendo quindi inquadarsi negli schemi della invalidità – annullabilità.

Si ritiene così che il provvedimento "anticomunitario" sia affetto non da carenza di potere, bensì da cattivo uso del potere, implicante la semplice illegittimità del provvedimento stesso e, conseguentemente, la sua annullabilità, con tutte le conseguenze del caso, a livello processuale e probatorio.

Di tale regime, infatti, si fanno valere "onori ed oneri", sotto il profilo della tempestiva impugnazione: la parte interessata dovrà far valere l'invalidità nella competente sede giurisdizionale o giustiziale, entro i prescritti termini di decadenza, con la conseguenza che si dovrà ritenere sottratta al potere del giudice amministrativo, senza limiti di tempo, la disapplicazione di un atto amministrativo a contenuto non regolamentare (tipico caso integrato da una clausola o da un intero bando di gara o di concorso, la cui natura non normativa è ormai riconosciuta unanimemente in giurisprudenza e dottrina).

Del resto, un argomento a favore della tesi dell'invalidità-annullabilità fa leva proprio su considerazioni di natura processuale, in particolare sulla circostanza che la Corte di Giustizia ha ritenuto compatibile il regime di decadenza, cui soggiace l'azione di annullamento dell'atto illegittimo, con la tutela delle posizioni giuridiche conferite dall'ordinamento comunitario (¹²²).

Semmai, a parità di contrasto con le fonti comunitarie, una distinzione d'interesse fra atti normativi e provvedimenti amministrativi potrebbe essere data dalla circostanza che nel primo caso resterebbe in piedi anche la responsabilità innanzi alle Autorità comunitarie, potendo la Commissione promuovere ricorso per infrazione.

¹²² CGCE, sentenza "Ciola", 29 aprile 1999, causa C-224/97, in Racc.1999, p. 2517; sentenza 18 giugno 2002 causa C-92/00, in Racc. I-5553; sentenza "Santex" 27 febbraio 2003, causa C-327/2000, in Racc.I-1877, resa su ord. TAR Lombardia, Milano, 8 agosto 2000, n. 234.

A tali riflessioni si è pienamente conformato il Supremo Consesso di giustizia amministrativa italiana (¹²³), del resto già propenso alla tesi dell'ordinario regime di annullabilità.

Se la soluzione dell'annullabilità deve ritenersi più appagante per i suoi aspetti di pragmatismo, bisogna però considerare che il "tipo" di illegittimità dell'atto amministrativo varia a seconda del rango della norma comunitaria violata.

Nell'ipotesi di violazione di regolamenti e direttive auto-esecutive, l'annullabilità si ritiene configurata sotto il profilo della violazione di legge.

Analogo apprezzamento non può farsi invece per la violazione di direttive non "*self-executing*", dovendosi ritenere che la mancata osservanza di tali fonti, suscettibili di incanalare o frenare l'esercizio della discrezionalità amministrativa, può cogliersi sotto il diverso profilo dell'eccesso di potere (¹²⁴).

Infatti, la mancata attuazione in sede nazionale della norma sovraordinata impedirebbe all'amministrazione nazionale di disapplicare la norma interna, benché costituzionalmente illegittima per violazione degli artt. 11 e 117 della Costituzione, e soggetta al sindacato del Giudice delle leggi.

Al contrario, per il consolidato orientamento della Corte di Giustizia gli organi amministrativi nazionali sono tenuti, per quanto possibile, ad applicare la norma interna in misura conforme alla direttiva comunitaria (¹²⁵), che pone delle linee guida per orientare la scelta discrezionale dell'amministrazione (¹²⁶).

Più blandi, seppur riconducibili nell'ambito dell'eccesso di potere, si ritengono gli effetti dovuti all'inottemperanza a decisioni, raccomandazioni e pareri: di essi comunque l'amministrazione

¹²³ Cons. Stato, sez. IV, n. 579/2005, cit.

¹²⁴ Tale potrebbe essere il caso, rilevato anche in Cons. Stato, VI sez., 8 marzo 2006, n. 1270, della norma nazionale difforme da Direttiva non auto-esecutiva, non ancora recepita nel nostro ordinamento senza che sia però decorso il termine fissato all'uopo dal legislatore con legge comunitaria.

¹²⁵ Cfr. CGCE, sentenza 26 settembre 2000, causa C-443/1998; 13 novembre 1990, causa C-106/1989.

¹²⁶ Del resto, per Chiti M.P. – Greco G., *Tr. Dir. Amm. Eur.*, op. cit., p. 563, un problema di rapporti – ed eventuali contrasti - fra direttive comunitarie non immediatamente applicabili ed atti amministrativi italiani potrebbe porsi, in linea di principio, solo in caso di attuazione di tali fonti attraverso regolamenti o atti amministrativi generali, ai sensi dell'art. 11, l. n. 183/1987, assumendosi le prime quali veri e propri parametri di legittimità dei secondi. Le direttive non *self-executing* sono infatti portatrici di un doppio vincolo all'azione amministrativa: da un lato, prima del recepimento, esse precludono l'adozione di misure eventualmente difformi, dall'altro, all'atto della trasposizione in diritto interno, tracciano un sicuro indirizzo all'agire discrezionale della pubblica amministrazione (sempre che vengano in rilievo poteri di natura discrezionale), potendo rilevare la relativa violazione sotto il profilo dell'eccesso di potere.

nazionale deve tener conto in sede di esercizio delle potestà pubbliche, potendo discostarsene solo motivatamente.

3.2 La tesi della nullità per carenza di potere

Nonostante la pressoché generale riconducibilità del vizio di illegittimità comunitaria nelle “maglie” dell’annullabilità, in alcune, residuali ipotesi si ritiene che esso possa inquadrarsi nello schema della nullità per carenza di potere in capo all’amministrazione agente.

In ipotesi di contrasto indiretto con le fonti sovranazionali, si invoca quindi il ben più grave vizio di nullità dell’atto, quando la norma interna che “filtra” il conflitto fra ordinamento comunitario e provvedimento interno sia l’unica a fondare il potere dell’amministrazione agente e risulti a sua volta viziata per contrasto col diritto comunitario.

A queste condizioni, la nullità del provvedimento è stata rilevata d’ufficio, ravvisandosi la completa assenza del relativo presupposto normativo, idoneo a radicare l’azione amministrativa (¹²⁷).

Occorre infatti considerare che la “primauté”, imponendo di dare immediata applicazione alla norma comunitaria, chiede che si disapplichi la norma interna con essa incompatibile, o meglio che la medesima venga *non applicata*, quasi a sottolineare che essa, più che passare in secondo piano, non viene affatto in rilievo (¹²⁸).

Più precisamente, se in linea di principio il diritto comunitario non incide sull’attribuzione del potere alle amministrazioni, lasciando il legislatore nazionale libero di ripartire le attribuzioni di competenza, le fonti comunitarie potrebbero incidere indirettamente sulla norma nazionale attributiva del potere: quest’ultima, quindi, qualora contrastante con la fonte sovraordinata, è destinata a “soccombere”, attraverso il meccanismo della disapplicazione.

Al di là di queste disquisizioni teoriche, la soluzione della nullità non ha riscosso successo in dottrina, né in giurisprudenza, prestandosi ad applicazioni più che altro “scolastiche”.

¹²⁷ Cfr. TAR Piemonte, sez. II, 8 marzo 1989, n. 34; CGCE, sentenza 9 settembre 2003, causa C- 198/01, in Racc. I- 8055 (sul regime degli atti nazionali emanati sulla base di norme interne difformi dal regime comunitario in materia di concorrenza e mercato) ha riconosciuto in capo all’autorità Garante della concorrenza non solo la facoltà di disapplicare la norma interna, ma anche l’obbligo di sanzionare i comportamenti pregressi delle imprese che fossero stati semplicemente agevolati o incoraggiati dalla norma illegittima.

¹²⁸ La sottigliezza della distinzione, più che a dare risalto al “declassamento” della norma interna serve a valorizzare l’efficacia piena ed immediata della fonte esterna, che viaggia su una corsia di applicazione per così dire “preferenziale”; rilievi terminologici sul punto sono espressi da Tesauro G., *Diritto comunitario*, 2008, op. cit., p. 203.

La tesi della carenza di potere, pur se suscettibile in astratto di riscontri (¹²⁹), in concreto si mostra “inadeguata” per il nostro ordinamento, considerando che le norme attributive del potere sono per lo più di esclusivo diritto interno, e il diritto comunitario raramente vi interferisce.

Nonostante la pervasiva influenza del diritto comunitario nel ramo amministrativistico, sono in effetti rare le ipotesi in cui il provvedimento amministrativo investa esclusivamente competenze rimesse alle sole istituzioni comunitarie, in settori in cui anche le mere funzioni esecutive si svolgono senza l'intervento di apparati statali.

Inoltre, il vizio di nullità è stato escluso laddove il contrasto della norma italiana col diritto sovranazionale ricada solo su alcuni “segmenti” della disciplina del potere amministrativo, non sull'intera fattispecie che radica il potere: in questi casi, infatti, le norme disciplinano le modalità di esercizio del potere, ma non dettano i presupposti indefettibili per la sua spendita, quindi la loro disapplicazione non dovrebbe ripercuotersi in termini di carenza di potere-nullità dell'atto.

Quest'ultimo regime è riservato alle sole ipotesi di mancata corrispondenza fra il procedimento concreto ed il relativo paradigma normativo, cioè fra le modalità “normative” di esercizio del potere e quelle fatte valere in concreto dall'amministrazione: il vizio non attiene all'esistenza dell'atto finale, ma alla sua validità, restando l'atto perfezionato nei suoi elementi essenziali e costitutivi, pur se difforme dall'archetipo normativo in virtù del complessivo comportamento tenuto dall'autorità.

Un simile vizio potrebbe, per l'appunto, rilevarsi solo laddove la norma anticomunitaria fosse l'unica attributiva del potere amministrativo e suscettibile di disapplicazione, determinando con effetto “a cascata” la caducazione dell'atto amministrativo, emanato in assenza del potere, e non con “cattivo uso” dello stesso.

Con effetto a cascata, la disapplicazione della norma interna che non si limiti a regolare le semplici modalità di esercizio del potere ma radichi il potere stesso, essendone l'unica fonte attributiva, comporterà che l'amministrazione che abbia agito in base ad essa, avrà adottato un atto in carenza di potere, non facendone semplicemente un “cattivo uso” (¹³⁰).

¹²⁹ Cerulli Irelli V., Luciani F., *Diritto comunitario e diritto interno, fra Stato e Regioni*, in *Rivista italiana di Diritto pubblico comunitario*, 2007, 5, p. 873, sull'incompatibilità con il diritto comunitario dovuta ad una norma nazionale facoltizzante provvedimenti restrittivi di quote di importazione, quindi emananti in “carenza di potere” sulla base di norma attributiva del potere radicalmente viziata.

¹³⁰ In tal senso Cons. Stato, V, 16 novembre 2005, n. 6023/2005, sui presupposti per la nullità o inesistenza dell'atto amministrativo (individuati, normativamente, nella c.d. nullità testuale ed in quella strutturale, dovuta al difetto di connotati essenziali – quali radicale carenza di potere da parte dell'autorità procedente, difetto dell'oggetto o del destinatario); in senso conforme TAR Basilicata, 17 ottobre 2006, n. 723 abbraccia la tesi per cui, mentre la violazione di una disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo con essa

Come ulteriore conseguenza, l'atto viziato non sarebbe più suscettibile di divenire inoppugnabile, rendendo oltretutto problematica la giurisdizione del giudice amministrativo: mancando una degradazione di posizioni di interesse, la controversia dovrebbe spostarsi nella sfera cognitiva del giudice ordinario, almeno laddove venga a incidere su preesistenti figure di diritto soggettivo ⁽¹³¹⁾.

La tesi della nullità per carenza di potere ha tuttavia, nel suo complesso, destato perplessità relative al regime di trattamento differenziato che verrebbe a crearsi nell'ambito della stessa categoria di "illegittimità comunitaria": questo risulterebbe infatti discriminatorio, a parità di condizioni sostanziali delle situazioni disciplinate.

Si è inoltre censurata l'inopportunità del richiamo alla "carenza di potere", nozione inerente piuttosto alla nullità di provvedimenti emessi nell'esercizio di un potere non riconosciuto affatto dall'ordinamento, o esistente ma attribuito ad un diverso plesso di poteri.

In senso contrario, si obietta che diverse ipotesi di nullità potrebbero più plausibilmente venire in luce applicando i principi generali in tema di invalidità, rilevando ad esempio il difetto di taluni elementi essenziali dell'atto, ove previsti nel diritto sovranazionale, come pure l'elusione o violazione del giudicato.

3.3 La tesi contraria alla mera dicotomia nullità- annullabilità

Altra dottrina ⁽¹³²⁾ si è opposta alla classica, quanto tormentata dicotomia fra regime di nullità ovvero di annullabilità degli atti amministrativi anticomunitari.

contrastante, la nullità (o 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); ne consegue che, 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

¹³¹ In tal senso cfr. Antonioli M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6, 1375 ss; nell'amplessima produzione di Caranta R. sui temi dell'illegittimità comunitaria, cfr. *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?* in *Giurisprudenza italiana* (di seguito, "Giur. It."), 1989, 3, 284 ss.; *Il Conseil d'Etat e la responsabilità della Pubblica amministrazione per violazione del diritto comunitario*, nota a *Conseil d'Etat*, 28 febbraio 1992, in *Riv.it. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 3, 495 ss; *Conferme e precisazioni in materia di responsabilità per violazioni del diritto comunitario*, nota a CGCE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46-48/93, in *Il Foro amministrativo TAR* (di seguito, "Foro amm. TAR"), 1997, 1, 58 ss.

¹³² Cfr. Torchia L., *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni sul tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 203; Chiti M.P., *I signori del diritto comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto*

In particolare, poiché molti fautori della tesi dell'annullabilità invocano a paradigma il sistema del controllo di costituzionalità delle leggi - per cui, caducata la legge incostituzionale, gli eventuali atti amministrativi di esecuzione devono ritenersi annullabili - un indirizzo contrario non ritiene traslabile in via automatica la categoria dell'annullabilità al caso in esame.

Essa, infatti, non valuterebbe la fondamentale differenza fra il controllo costituzionale, costituito come controllo accentrato, e quello di illegittimità comunitaria, che invece è diffuso in capo al complessivo potere giurisdizionale.

Inoltre si obietta - in senso analogo a quanti rilevano che verrebbe falsato il rapporto fra atti normativi ed atti amministrativi rispetto alle fonti comunitarie - il paradosso per cui il giudice nazionale sarebbe chiamato a disapplicare una norma contraria al diritto comunitario, mentre non potrebbe mai disapplicare il relativo provvedimento di attuazione, salvo suo ritiro da parte della pubblica amministrazione competente in sede di autotutela decisoria.

Resterebbe allora da percorrere un'unica soluzione: il giudice nazionale, una volta rilevato il contrasto fra norma comunitaria e norma esecutiva interna, dovrebbe rilevare d'ufficio anche l'illegittimità comunitaria degli atti amministrativi, attuativi della norma disapplicata.

Il riconoscimento del potere, per il giudice amministrativo, di dichiarare "l'illegittimità comunitaria sopravvenuta del provvedimento attuativo della norma disapplicata" ⁽¹³³⁾, conduce quindi innanzitutto a criticare la qualificazione dell'atto come radicalmente nullo.

La tesi della nullità, fondata sull'inesistenza del parametro cui ragguagliare la legalità dell'azione amministrativa (a causa della ritenuta "separatezza" degli ordinamenti) viene così contestata perché, diversamente, *"si finisce con l'assimilare la condizione della legge interna inapplicabile a quella della legge inesistente, contraddicendo così apertamente la premessa di principio secondo cui la legge interna, in conformità alla quale il provvedimento è stato adottato, è esistente e valida ancorché inefficace e... per giunta, tale inefficacia si è determinata solo all'indomani dell'adozione della normativa comunitaria confliggente, cosicché il provvedimento non può dirsi adottato in carenza di potere"* ⁽¹³⁴⁾.

In ogni caso, a prescindere dalla tesi più persuasiva di quelle rassegnate, le considerazioni finora svolte evidenziano l'importanza del corretto inquadramento dogmatico da dare alla norma italiana in contrasto con la normativa comunitaria, e la rilevanza dell'intreccio fra norma comunitaria, norma nazionale e provvedimento amministrativo.

pubblico (di seguito, "Riv. Trim. Dir. Pubbl.")1991, 3 796 ss., richiamato da Stigliani V., *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in Riv. It. Dir. Pubbl. Com.,1999, 6, 1413 ss.

¹³³ Niro R., *Disapplicazione di norme e declaratoria di illegittimità di provvedimento*, in *I garanti delle regole*, (a cura di) Cassese S. e Franchini C., *Il Mulino*, 1996, 202 ss.

¹³⁴ Cfr. Stigliani V., op. cit., p. 1422.

Quest'ultimo, in effetti, sembra porsi quale ultimo anello di una vera e propria catena di rapporti. Nel paradigma dell'illegittimità comunitaria degli atti amministrativi, la norma interna fa dunque da diaframma: da una sua qualificazione in termini di "inesistenza" deriverebbe un'analoga considerazione per il provvedimento amministrativo che l'avesse assunta a paradigma di azione. Invero, la Corte Costituzionale nelle sue pronunce ha rilevato che la norma italiana anticomunitaria dovrebbe essere considerata non nulla, bensì valida pur se inapplicabile. In ogni caso, tali differenze nominalistiche non porterebbero a conseguenze di molto difformi, dal momento che l'atto amministrativo, fondandosi su un atto inefficace, risulterebbe pur sempre emesso in carenza di potere.

Problemi applicativi possono poi discendere dal contrasto con norme non auto-esecutive.

In tale ipotesi, nonostante il mancato recepimento della norma comunitaria precluda all'amministrazione di disapplicare la norma nazionale, l'obbligo di collaborazione sancito dai Trattati impone pur sempre un onere di interpretazione conforme alla direttiva *non self – executing*, i cui principi guida si pongono come limite esterno ad eventuali scelte discrezionali. Un eventuale "scostamento" rileverà pertanto sotto il profilo dell'irragionevolezza.

Laddove, peraltro, sia necessario chiarire e circoscrivere la portata della norma comunitaria, il giudice nazionale potrà esperire il rimedio del ricorso pregiudiziale alla Corte di Giustizia: a seguito di tale pronuncia, una volta precisato il significato della norma, il giudice nazionale avrà davanti una norma direttamente applicabile, quale risulta dalla statuizione del giudice comunitario. Qualora si evidenzi, a seguito di tale meccanismo interpretativo, il contrasto della norma nazionale con quella comunitaria, l'autorità giurisdizionale interna potrà far valere l'invalidità dell'atto amministrativo nazionale incompatibile con la disciplina comunitaria.

3.4 I provvedimenti amministrativi e la disapplicazione in pejus delle norme nazionali

La necessità di disapplicare le norme interne difformi dal dettato comunitario, non solo in sede giurisdizionale ma anche di amministrazione attiva, ha fatto emergere la questione se disapplicare in via amministrativa possa operare a sfavore del privato, comportando l'irrogazione di sanzioni per condotte che, seppure formalmente rispettose della norma nazionale, si pongano in contrasto col diritto comunitario.

In questo caso, la violazione del diritto comunitario, "mediata" dalla norma anticomunitaria, non porterebbe all'illegittimità del provvedimento amministrativo.

Al contrario, lascerebbe questo fermo nella sua validità, ma legittimerebbe l'adozione di un provvedimento sanzionatorio contro la condotta degli operatori che, erroneamente, si siano uniformati al dettato della norma di diritto interno.

Il problema si è posto in particolare in materia di concorrenza, sul potere-dovere dell'Autorità garante di disapplicare o meno una norma interna anticomunitaria, posta a fondamento di determinate pratiche economiche, perciò contrarie al diritto europeo della concorrenza.

Le tesi a favore e a sfavore della disapplicazione sono state superate da una soluzione mediana del giudice comunitario (¹³⁵).

La Corte da un lato ha cercato di far salvo il principio di leale cooperazione anche nello svolgimento dell'azione amministrativa e il carattere generalissimo del potere-dovere di disapplicazione delle norme anticomunitarie, dall'altro ha voluto evitare conseguenze inique a carico di privati "incolpevoli", che si fossero conformati ad una normativa nazionale formalmente vigente, mancando il requisito della gravità della colpa e della serietà della violazione.

Richiamandosi così a conclusioni già raggiunte nella celebre *Fratelli Costanzo* (¹³⁶), sul principio del primato, che esige sia disapplicata qualsiasi disposizione normativa nazionale anticomunitaria, la Corte in diverse pronunce su pratiche anticoncorrenziali, dunque violative dell'art. 81 TCE, ha rilevato che le norme comunitarie, pur rivolgendosi ad operatori privati, dipendono di fatto nella loro attuazione da disposizioni di diritto interno.

In base al principio dell'effetto utile, quindi, non possono né essere introdotte, né a maggior ragione essere tenute in vita, disposizioni di palese natura anticomunitaria, che ben si prestano ad essere sanzionate dall'Autorità interna di regolazione.

L'Antitrust vede così enormemente rafforzati i suoi poteri sanzionatori e di controllo, fino a poter disapplicare disposizioni di legge (¹³⁷), mentre dal punto di vista degli operatori privati, si opera comunque un distinguo ai fini della sanzione.

¹³⁵ CGCE, Grande Sezione, 9 settembre 2003, causa C- 198/01, in Racc. I-8055, chiamata a pronunciarsi su una controversia nascente dall'impugnazione da parte del Consorzio industriale fiammiferi di un provvedimento dell'Autorità antitrust, ha riconosciuto al Garante non solo la facoltà di disapplicare la norma interna, ma anche l'obbligo di sanzionare i comportamenti delle imprese successivi alla disapplicazione pur se facoltizzati dalla legge, o anteriori alla disapplicazione, ma solo incoraggiati dalla legge.

¹³⁶ *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano ed Impresa Ing. Lodigiani*, 22 giugno 1989, causa C-103/88, cit.

¹³⁷ Sul punto Niro R., *Disapplicazione di norme e declaratoria di illegittimità di provvedimento*, in *I garanti delle regole*, Cassese S. e Franchini C. (a cura di), *Il Mulino*, 1996, 202 ss; è opportuno inoltre richiamare Corte Cost., n. 389/89, che si è allineata all'orientamento già espresso dalla Corte di Giustizia, ritenendo che l'obbligo di disapplicare le norme interne incompatibili con quelle comunitarie si imponga a "tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi [...] - tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi".

Ci potrebbe essere infatti un'esimente, parlando in termini "penalistici", laddove la condotta anticoncorrenziale fosse imposta senza eccezioni di sorta dalla norma nazionale, mentre si potrebbe invocare un'attenuante laddove la normativa interna si fosse limitata ad agevolare o sollecitare le condotte anticomunitarie, queste ultime restando pur sempre assoggettate in via diretta alle previsioni di cui agli artt. 81 e 82 del Trattato.

4. La tesi più controversa: la disapplicazione dell'atto amministrativo difforme dal diritto comunitario. Premesse

Volendo accedere alla diversa tesi della disapplicabilità dell'atto e dell'inesistenza di termini decadenziali per la sua impugnazione, la giurisprudenza amministrativa vacilla, perché avverte il peso della posta in gioco.

Da un lato, si paventa il rischio di alterare l'intero sistema di giustizia amministrativa - fondato sulla regola di impugnazione degli atti lesivi non regolamentari -, con conseguente pregiudizio per le istanze di certezza del diritto, oltre che per i principi di stabilità, affidamento e continuità dell'azione amministrativa.

Dall'altro lato, vengono in rilievo la presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, e l'unica condizione posta dai giudici comunitari all'osservanza dei termini di decadenza in sede di impugnazione degli atti lesivi: la necessità di non comprimere in modo ingiustificato la tutela giurisdizionale delle situazioni soggettive radicate nel diritto europeo.

Il risultato di una riconosciuta disapplicabilità dei provvedimenti anticomunitari sarebbe, peraltro, quello di equiparare gli atti amministrativi agli atti normativi nazionali.

Come ulteriore conseguenza, si riconoscerebbe rispetto ad entrambi, in caso di violazione della normativa comunitaria, un potere di rilevazione *ex officio* da parte del giudice nazionale e ciò non è un passo di poco momento, poiché influenzerebbe la sovranità statale nel definire le posizioni soggettive, nell'affidarle ad un determinato giudice e nello stabilirne il regime processuale.

Da ciò si dipana tutta una serie di argomentazioni, dialetticamente contrapposte nel sostenere o nel confutare la tesi della disapplicazione degli atti amministrativi anticomunitari.

In particolare, le perplessità legate alla "sorte" della tesi della disapplicazione sono legate al fatto che proprio in virtù del meccanismo di tale meccanismo si è potuto diffondere lo schema del giudizio diffuso di compatibilità comunitaria sugli atti normativi: i suoi fautori temono, quindi, che un suo disconoscimento significhi "tornare indietro", compromettendo il senso del cammino comunitario.

4.1 La tesi favorevole alla disapplicazione

Fra i fautori della disapplicazione, quanti supportano la tesi monistica dell'integrazione fra gli ordinamenti, ragionando *a contrario* si chiedono innanzitutto perché l'anticomunitarietà dell'atto amministrativo debba essere trattata diversamente rispetto ai casi ordinari di contrarietà delle norme interne alle disposizioni dell'ordinamento nazionale (¹³⁸).

Inoltre, si rileva che disapplicare norme processuali interne impositive di termini impugnatori a pena di decadenza creerebbe una pesante discriminazione in danno di quelle norme sostanziali la cui violazione va dedotta negli stretti termini di decadenza, e, di riflesso, delle posizioni incise dalla violazione di tali norme (¹³⁹).

Le conseguenze di una simile lettura sono significative: l'atto amministrativo comunitariamente illegittimo non può diventare inoppugnabile, nonostante il decorso del termine decadenziale per la relativa impugnazione diretta.

Al contrario, esso sarà impugnabile senza limiti di tempo e disapplicabile dalla medesima amministrazione o nell'ambito di giudizi amministrativi contro atti connessi o consequenziali.

Sulla formazione di tale indirizzo ha avuto un indubbio ascendente un celebre caso (¹⁴⁰) ("sentenza *Ciola*"), in cui la Corte di Giustizia ha sancito l'illegittimità comunitaria di una norma processuale

¹³⁸ In senso favorevole alla disapplicazione, fra le sporadiche pronunce di merito – significativamente risalenti e superate in seguito dall'orientamento maggioritario –, cfr. TAR Veneto, sez. I, 10 giugno 1991, n. 432, che non esige l'immediata impugnazione da parte degli interessati degli atti anticomunitari, pur se lesivi di posizioni giuridiche soggettive, poiché "*potendo l'organo amministrativo competente alla sua esecuzione disapplicarlo, la concreta lesione della posizione giuridica dedotta in causa si produce unicamente per effetto del provvedimento applicativo*"; inoltre per T.A.R. Puglia Bari, sez. II, 10/05/1996, n. 253, in *Tribunali Amministrative Regionali*, 1996, I, 2727, l'amministrazione è legittimata a disapplicare qualsiasi norma o atto amministrativo avente carattere generale in contrasto con la normativa comunitaria, applicando direttamente quest'ultima.

¹³⁹ È facilmente ravvisabile la lesione degli artt. 3 e 24 della Costituzione, privilegiandosi la tutela di alcune posizioni giuridiche piuttosto che di altre, in violazione dei principi di eguaglianza sostanziale e di effettività della difesa in giudizio.

¹⁴⁰ CGCE, 29 aprile 1999, in causa C-224/97, "*Ciola*", cit., in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 6, 1347 ss., con note di Antonioli M., op.cit., e Stigliani V., op. cit., che condivide le conclusioni della Corte, ritenute strumentali alla massima espansione del diritto comunitario; cfr. inoltre Rossolini R., *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Ciola*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, 4, 729 ss., che ripercorre il contrasto dottrinale e giurisprudenziale sul confronto fra procedimento amministrativo interno e diritto comunitario: nel condividere la tesi della Corte di Giustizia, l'A. esprime delle perplessità sulla motivazione, ritenendo che la disapplicazione debba definirsi funzionale non al rispetto del diritto comunitario ma alla sua efficacia diretta; inoltre, nega che le finalità della disapplicazione dell'atto presupposto

che vieti al giudice nazionale di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, laddove quest'ultima non sia stata invocata dal singolo entro un prescritto termine di decadenza (¹⁴¹).

Nel rispondere ad un quesito sollevato dal Tribunale superiore amministrativo austriaco, la Corte dopo aver rilevato che nelle disposizioni di diritto interno in contrasto con la disposizione comunitaria ricadono anche disposizioni amministrative, non inclusive unicamente di norme regolamentari, ma anche di provvedimenti individuali, ha significativamente ammesso la disapplicazione dell'atto amministrativo individuale e concreto, divenuto definitivo, che si ponesse tuttavia in contrasto con il diritto comunitario.

Più precisamente, la Corte non ha statuito la generale disapplicazione provvedimentoale per esigenze di effettività del diritto comunitario, ma ha disposto che *“un divieto emanato anteriormente all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea non attraverso una norma generale ed astratta, bensì attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione di servizi, va disapplicato nella valutazione della legittimità di una ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto”* (142).

In dottrina si è peraltro acutamente rilevato che quanto risulta disapplicato nella fattispecie non è tanto l'ammenda, quanto l'atto amministrativo sulla cui base essa era stata adottata, pertanto il provvedimento puntuale e concreto sembra in realtà possedere i caratteri dell'atto amministrativo generale, non assistendosi ad una reale disapplicazione quanto piuttosto all'invalidazione di una sanzione, previo accertamento incidentale dell'illegittimità provvedimentoale dell'atto presupposto (¹⁴³).

(asseritamente mirante alla sola valutazione di legittimità dell'atto conseguente) possano salvaguardare che l'autonomia processuale degli Stati membri sui termini d'impugnazione.

¹⁴¹ In realtà, come si darà conto nel prosieguo, la Corte di Giustizia ha ampiamente riaperto il dibattito, ammettendo la disapplicabilità d'ufficio dell'atto amministrativo “anticomunitario”, solo laddove un analogo potere faccia capo agli organi di diritto interno, rispetto alla violazione di norme nazionali.

¹⁴² Cfr. Valaguzza S., op. cit., p. 1141, rileva del resto come la Corte, nel perseguire l'obiettivo della piena effettività dell'ordinamento comunitario, avrebbe potuto raggiungerlo facendo leva sull'interesse a ricorrere e sull'istituto dell'invalidità sopravvenuta, *“considerando che l'interesse a ricorrere contro l'illegittimità del divieto previsto dalla normativa nazionale si sarebbe potuto computare solo dal momento in cui la sanzione è stata irrogata e non in un momento antecedente ad esso, per carenza di lesività concreta del divieto medesimo, nonostante la sua incompatibilità con il diritto comunitario della libertà di circolazione delle persone si fosse già consumata”*.

¹⁴³ Nel caso specifico, il signor Ciola, amministratore di una società di noleggio imbarcazioni, prendeva in locazione taluni terreni siti nella zona litoranea del lago di Costanza, ottenendo l'autorizzazione dalle autorità austriache per l'allestimento di 200 posti per imbarcazioni, in un'area dove però, in base a quanto stabilito dalle medesime autorità, potevano trovare al massimo ricovero 60 imbarcazioni i cui proprietari fossero residenti all'estero. L'organo

Le peculiari conclusioni dei giudici comunitari poggiano sulla considerazione che la tutela giurisprudenziale spettante ai singoli in virtù delle norme comunitarie direttamente efficaci non può dipendere dalla “natura” delle disposizioni di diritto interno, contrastanti con il diritto comunitario (¹⁴⁴).

Alle riflessioni suscitate dal caso “Ciola” si mostrano quindi particolarmente sensibili i sostenitori della disapplicazione, i quali premono per un’estensione generalizzata dell’istituto a tutte le ipotesi di contrasto con il diritto comunitario, in nome di superiori esigenze di coerenza con l’ordine comunitario.

Si osserva, in tal senso, che se è indifferente l’articolazione interna dei poteri statali, deve esserlo anche la forma degli atti lesivi del diritto comunitario, non rilevando l’autorità che li abbia posti in essere. Pertanto, non ha importanza la veste attribuita dalla disciplina interna ad una data materia, purché ciò non incida sull’efficacia delle norme comunitarie nel diritto interno: da ciò si trae l’ulteriore corollario per cui non si può negare tutela al singolo che pretenda di esercitare un diritto discendente da norme comunitarie immediatamente applicabili, a causa della *particolare natura* (parafrasando il caso *Peterbroeck*) delle disposizioni di diritto interno che ne ostacolano il godimento, siano esse cioè di stampo normativo o amministrativo.

Lo strumento della disapplicazione potrebbe così rivolgersi non ai giudici rispetto a fonti normative, ma alla stessa autorità amministrativa rispetto a provvedimenti puntiformi, suscettibili di rimozione dall’ordinamento ove contrastanti col diritto sovranazionale.

Del resto, una delle notazioni più forti della tesi *pro* disapplicazione è il rischio di creare una sorta di “gerarchia alla rovescia” delle fonti nel nostro sistema, dato che le disposizioni di legge si presterebbero ad una disapplicazione incondizionata, mentre gli atti amministrativi lo sarebbero solo in ipotesi di tempestiva impugnazione.

Si giungerebbe cioè al paradosso di una capacità di resistenza degli atti amministrativi maggiore rispetto a quella delle stesse fonti normative, “*cedevoli ogni qualvolta se ne prospetti*

amministrativo incaricato del controllo di legalità degli atti dell’amministrazione dichiarava quindi colpevole il signor Ciola (con comminatoria di sanzione amministrativa) di aver concesso in locazione due posti barca a proprietari di imbarcazioni residenti all’estero, nonostante il contingente di 60 posti fosse già assegnato.

¹⁴⁴ Sul punto è significativa la pronuncia *Peterbroeck* del 1995 in cui già si rileva che “il diritto comunitario osta all’applicazione di una norma processuale nazionale che, a condizioni analoghe a quelle del procedimento di che trattasi nella causa davanti al giudice a quo, vieta al giudice nazionale, adito nell’ambito della sua competenza, di valutare d’ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest’ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine”(CGCE, sent. 14 dicembre 1995, causa C-312/93, cit., in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 688, con nota di Barbieri E., *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, 692 ss., e Russo E., *E’ sempre “diffuso” il controllo di conformità al diritto comunitario ad opera del giudice nazionale?* 701 ss.)

un'anticomunitarietà”: si assisterebbe ad una “*inversione del valore giuridico degli atti giuridici nazionali, non giustificata da nessun convincente argomento generale*” (¹⁴⁵).

A rinforzare tale assunto, si evidenzia che il principio di disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario ha per gli atti amministrativi una valenza molto più stringente che non per gli atti normativi: per questi ultimi, la disapplicazione – o meglio, non applicazione rispetto al caso specifico - , lascia ferma l'efficacia per ogni caso distinto da quello esaminato, che tale si conserva anche nella percezione dei suoi destinatari.

Per rimuovere realmente la violazione del diritto comunitario, sarebbe quindi necessaria l'espressa abrogazione della norma anticomunitaria.

Al contrario, per gli atti amministrativi nazionali, che in via naturale sono diretti a disciplinare particolari fattispecie, la disapplicazione produce effetti ben più pesanti, eliminando *in nuce* l'incompatibilità, così da rendere l'annullamento “*un incumbente solo formale*” (¹⁴⁶).

Si osserva inoltre che in determinati casi la mera possibilità dell'annullamento giudiziale non si sposa con la più netta esigenza di disapplicare le disposizioni in contrasto con precetti comunitari direttamente applicabili. Al contrario, può accadere che nessuno dei soggetti potenzialmente lesi da un atto anticomunitario possa ritenere utile esperire le vie processuali del ricorso.

Infine, i fautori della disapplicazione fanno leva sullo stesso fondamento costituzionale dei poteri del giudice e sulla *ratio* della “soggezione” del giudice alla legge, quale montesquieuana “*bouche de la loi*”: una simile sudditanza alla legge imporrebbe di trovare sempre gli strumenti adatti a dare tutela ai singoli e a ricomporre le fratture del sistema, pur nell'osservanza stretta della legge.

In nome di questo imperativo di legalità, si suggerisce quindi una disapplicazione ad ampio “residuale” ma a più ampio spettro, al di là dell'ambito storico e letterale nel quale è “confinato” l'istituto della disapplicazione di cui agli artt. 2, 4 e 5, l. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, c.d. Legge di abolizione del contenzioso amministrativo, di seguito anche “LAC” (¹⁴⁷).

¹⁴⁵ Così Chiti M. P., *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2003, 356 ss.

¹⁴⁶ Caringella F., Garofoli R., cit.

¹⁴⁷ A norma dell'art. 4, LAC, “*Quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'Autorità amministrativa, i tribunali si limiteranno a conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio. L'atto amministrativo non potrà essere revocato o modificato se non sovra ricorso alle competenti autorità amministrative, le quali si confermeranno al giudicato dei Tribunali in quanto riguarda il caso deciso*”. Ai sensi del citato art. 5, “*In questo, come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*”. Per una ricostruzione generale del potere di disapplicazione del giudice amministrativo, Giampiccolo G., Pellegrini C., *La disapplicazione tra tutela dei diritti e tutela del diritto*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2002, 1, 288 ss.

La disapplicazione sarebbe così invocabile da chiunque e d'ufficio, in senso sia migliorativo sia peggiorativo, in spregio o a favore di un diritto soggettivo, ogniqualvolta non soccorrano altri strumenti apprestati dall'ordinamento per tutelare la decisione del giudice da presupposti illegittimi (¹⁴⁸).

Tale soluzione è interessante, perché a fronte della classica diatriba fra annullabilità e nullità (che pare peraltro nettamente superata a favore della prima), suggerisce l'obsolescenza di un criterio distintivo fra i due regimi: si dovrebbe, in senso contrario, propendere per un “*potere affatto originale, che non si può recepire isolatamente rispetto ai suoi corollari, tra i quali quello della vanificazione della base normativa degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario e, quindi, della loro inefficacia e disapplicazione anche da parte della P.A.*” (¹⁴⁹).

4.2 La tesi contraria alla disapplicazione. Cenni alle sue ragioni storiche e giuridiche nel sistema italiano di giustizia amministrativa.

Nonostante le considerazioni a favore, desta perplessità lo stravolgimento del sistema di giustizia amministrativa cui perverrebbe la tesi della nullità, nel portarsi ben al di là dei limiti al potere di disapplicare, sanciti dagli artt. 4 e 5 LAC.

Gli argomenti a sfavore della disapplicazione corrono quindi principalmente sul filo dell'esigenza giuridica della certezza sull'azione amministrativa e della tutela dell'affidamento dei controinteressati.

In particolare, la suggestiva tesi del “paradosso” della cedevolezza degli atti normativi a fronte della non cedevolezza degli atti amministrativi viene smantellata considerando la diversità di *ratio* fra disapplicazione normativa e disapplicazione provvedimentoale.

Con la prima, si tende a tutelare nell'immediato l'efficacia del diritto comunitario e gli obblighi attuativi, incombenti su ogni Stato membro; nell'ambito della seconda vengono in gioco soprattutto

¹⁴⁸ Tale funzione “estrema” potrebbe così giustificare la grave impronta lasciata per Giacchetti S. (*La risarcibilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in *Consiglio di Stato*, 1999, 10, p.1605), dall'incertezza sulla legittimità o meno degli atti amministrativi disapplicati, con grave lacunosità del sistema e mancanza di un sistema legale di conoscibilità da parte di tutti i suoi operatori, con conseguenti ripercussioni sulla stessa certezza del diritto. Sempre sul controverso tema della disapplicazione dei provvedimenti anticomunitari; Id., *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, Relazione al 38° Convegno di studi amministrativi di Varenna “*Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*”, in *Giur. Amm. Sic.* 1992, 879 ss.

¹⁴⁹ Giacchetti S., *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, cit.

materie in cui il diritto comunitario conferisce determinati diritti e prevede strumenti di tutela degli stessi, necessari in tutti i Paesi membri (¹⁵⁰).

La tesi contraria alla disapplicazione punta quindi a dimostrare che la logica della paradossale diversità di trattamento fra disapplicazione di atti normativi e non disapplicazione degli atti amministrativi, in realtà si radica proprio nella diversa veste formale dell'uno o dell'altro strumento giuridico.

In effetti, la disapplicazione di un atto normativo non risolverebbe il contrasto diretto con il diritto comunitario, restando salva l'efficacia della norma per ogni ipotesi diversa da quella in cui l'atto venisse disapplicato; invece, rispetto alla natura puntuale dell'atto amministrativo, una sua disapplicazione impedirebbe il suo venire in rilievo proprio nel "caso concreto", eliminando alla radice il conflitto con la fonte sovraordinata.

Ciò fa cogliere ai detrattori della tesi della disapplicazione l'inadeguatezza di rapportare una simile nozione agli atti amministrativi, non potendo uno specifico provvedimento – rilevante in una controversia davanti al Giudice amministrativo - essere disatteso per il giudizio in corso e mantenere invece efficacia al di fuori di esso.

La qualifica di provvedimento, infatti, viene comunemente riferita a quegli atti specifici a contenuto individuale, il cui contenuto dispositivo si esaurisce nella singola controversia in cui i medesimi vengono in questione.

È quindi l'individualità di provvedimenti puntuali e concreti che fa assumere una particolare luce al principio di legalità, portando a ritenere che la tesi della disapplicazione verrebbe a stravolgere lo stesso concetto di legalità amministrativa.

Questo, quale vero caposaldo della nostra cultura giuridica, contemperandosi con il principio di certezza del diritto ed il legittimo affidamento degli amministrati, implica la consolidazione e conseguente inoppugnabilità del provvedimento.

Un ulteriore argomento "forte" a sostegno della non disapplicabilità dell'atto anticomunitario si basa dunque sulla necessità di non vanificare la posizione di favore riconosciuta ai soggetti avvantaggiati dagli atti amministrativi (¹⁵¹), esponendola senza limiti di tempo al rischio di essere posta nel nulla.

¹⁵⁰ Cfr. Ferrari E., *La Corte di Giustizia indica al giudice amministrativo una terza via fra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro italiano*, 2003, IV, c. 477/480.

¹⁵¹ Deve infatti richiamarsi la posizione di netta apertura dei giudici comunitari sulla libertà degli strumenti processuali interni, sempre che rispettosi dei principi di equivalenza ed effettività (cfr. *supra*, in cap. I).

Sulla falsariga della giurisprudenza Peterbroeck, in tema di "procedure" di tutela giurisdizionale dei diritti di derivazione comunitaria, la Corte ha rilevato anche in pronunce meno recenti (ord. 21 novembre 1990, C-12/90) che la previsione di un termine di decadenza non è incompatibile ma, al contrario, in armonia con la normativa

Infine, è insito nell'istituto della disapplicazione il contrasto insanabile con alcuni istituti processuali di ordine pubblico, che soccomberebbero in nome dell'effettività del diritto comunitario.

Più precisamente, una disapplicazione provvedimentoale senza limiti di tempo si scontra con il dato difficilmente superabile dell'autonomia procedurale e processuale interna, indefettibile e propria degli Stati membri.

Del resto, si fa rilevare che lo stesso art. 230 TCE è rigoroso nell'imporre l'impugnazione a pena di decadenza degli atti illegittimi delle istituzioni comunitarie. Tenuto conto di ciò, una disapplicabilità "a priori" di atti nazionali difformi sarebbe senz'altro problematica, innescando una discriminazione ingiustificata tra atti amministrativi comunitari (che diventerebbero così inoppugnabili, salvo i casi specifici di inapplicabilità di cui all'art. 241 TCE) ed atti amministrativi interni, che sarebbero invece sempre disapplicabili dal giudice nazionale.

In via ancora più generale, si osserva che la soluzione "disapplicativa" non poggia su astratte necessità comunitarie, né su asserite esigenze di temperamento dei rapporti fra diritto comunitario e diritto processuale interno, che sono subordinate al solo rispetto dei canoni di effettività ed equivalenza di tutela delle posizioni giuridiche soggettive.

Come rilevato dai giudici di merito, la stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia, in applicazione del principio di autonomia degli Stati membri, nel fissare le modalità procedurali che governano la tutela giurisdizionale dei diritti di derivazione comunitaria, ritiene che la fissazione di termini decadenziali, e regimi di preclusioni che ne derivano, siano legittimi, a meno di non rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti.

In sostanza, lo stravolgimento delle regole processuali interne a cui condurrebbe la tesi della disapplicazione non sarebbe auspicabile neppure alla luce degli insegnamenti della giurisprudenza comunitaria, la quale mostra di preferire la legalità sostanziale rispetto a quella formale. Piuttosto che la piena conformità "a tutti i costi" dell'atto amministrativo al diritto comunitario, la Corte di Giustizia nelle sue riflessioni ha più volte dato preminenza alla stabilità degli assetti di interessi cristallizzati nel provvedimento concreto.

comunitaria, salva la verifica in concreto che non siano minati i principi di effettività ed equivalenza di tutela. Un termine di decadenza o una procedura di diritto nazionale sono quindi "eludibili" solo quando collocabili in un regime restrittivo di reclusioni, tali da inibire o rendere eccessivamente oneroso l'esercizio del diritto di difesa al singolo (più diffusamente sul punto, cfr. caso "Santex", *infra*).

L'istituto dell'impugnazione, pena il consolidamento degli atti amministrativi, configura quindi un assetto "intangibile", posto a presidio della certezza dell'azione amministrativa (¹⁵²): una volta decorsi i termini d'impugnazione, l'ordinamento tende ad assestarsi su un ordine - almeno apparentemente - immutabile, rispetto al quale l'originaria illegittimità del provvedimento riveste scarsissima rilevanza. In tal senso, si può scorgere nel regime di mera annullabilità un mezzo di salvaguardia della certezza giuridica e della stabilità dell'azione dei pubblici poteri.

Ma c'è di più. Gli unici, rarissimi casi in cui lo stesso giudice comunitario ha in via derogatoria ammesso la disapplicabilità - anche d'ufficio - dell'atto amministrativo anticomunitario, richiedevano che un analogo potere sussistesse rispetto alla violazione di norme nazionali (¹⁵³), in modo che l'attuazione del diritto sovranazionale, in sostanza, non risultasse discriminata.

L'impatto di un simile assunto è peraltro molto più nominale che sostanziale, considerando che il principio di inoppugnabilità degli atti amministrativi è nel sistema italiano un caposaldo, insuscettibile di sradicarsi, quantomeno per gli atti di natura strettamente provvedimentoale, neppure di fronte ad ipotesi di illegittimità comunitaria (¹⁵⁴).

Infine, ad ulteriore supporto della non disapplicabilità degli atti anticomunitari, il caso Ciola viene richiamato proprio per smentirne la rilevanza: si sostiene, infatti, che la citata sentenza poggiava su

¹⁵² Per Gallo C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2001, è la stabilità dei rapporti giuridici a richiedere l'individuazione di un termine per ricorrere, in vista della stabilità e definitività dei rapporti fra consociati, per non esporre le situazioni giuridiche a tempo indeterminato al rischio di un contenzioso.

¹⁵³ CGCE, sentenza *Kraaijeveld e a.*, 24 ottobre 1996, causa C-72/95, in Racc.I-5403, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 130, con nota di Barbieri E. M., *Poteri del giudice nazionale e situazioni soggettive di diritto comunitario*.

¹⁵⁴ Si assiste quindi ad un "ritrarsi" spontaneo del diritto comunitario, subordinato alla stretta condizione che non sia resa più difficile, né praticamente impossibile, la tutela di posizioni giuridiche di origine comunitaria rispetto a quelle analoghe di origine interna. Il problema dell'incidenza del diritto comunitario su posizioni soggettive nazionali, o meglio, disciplinate in via esclusiva dal diritto interno, in modo da evitare discriminazioni alla rovescia o violazioni del principio costituzionale di eguaglianza, è stato particolarmente avvertito dalla dottrina giuscomunitaria. Cfr. Daniele L., *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. It. Pubbl. Com.*, 1996, 1385 ss; Caranta R., *"Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare"* in *Foro Amm. TAR*, 1991, 1889; Id., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, op. cit. Sulla falsariga delle considerazioni evidenziate dalla giurisprudenza Ciola, cfr. Stigliani V., *Poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, nota a Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 6, in cui a fronte della presunta violazione del diritto comunitario da parte di un *iter* amministrativo interno, puntuale e concreto, emerge la questione pregiudiziale di irricevibilità per tardività del ricorso introduttivo del giudizio di primo grado (per omessa impugnazione del provvedimento nei termini decadenziali), aspetto che induce l'A. a domandarsi se gli schemi processuali amministrativi possano garantire una tutela adeguata alle posizioni giuridiche soggettive riconosciute dal diritto comunitario.

circostanze particolarissime, non elevabili a fondamento di una regola generale, dato che nella fattispecie, dalla violazione della norma comunitaria per il tramite dell'atto amministrativo, derivavano sanzioni di natura penale a carico del contravventore (¹⁵⁵).

La Corte, infatti, lungi dallo statuire la generale "disapplicabilità" per generali esigenze di effettività del diritto comunitario, aveva soltanto riconosciuto che un divieto contrastante col diritto comunitario, assunto nelle forme del provvedimento amministrativo, va disapplicato laddove venga in rilievo un giudizio sulla legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza del divieto stesso (¹⁵⁶).

Tutte queste considerazioni portano la giurisprudenza maggioritaria, avallata dal Consiglio di Stato, a prendere le distanze senza troppe titubanze dalla tesi dell'automatica disapplicazione degli atti amministrativi (¹⁵⁷).

Volendo poi brevemente tracciare le coordinate di diritto interno, che spingono verso il rifiuto della disapplicazione, vengono in rilievo principalmente considerazioni di natura processualistica, legate alla natura e alle radici della giustizia amministrativa.

L'assenza di una previsione normativa che attribuisca esplicitamente il potere di disapplicare all'autorità giurisdizionale amministrativa, al pari degli artt. 4 e 5 LAC (¹⁵⁸), segna l'incompatibilità

¹⁵⁵ Del resto, nell'ordinamento italiano, di fronte ad una fattispecie penale, avente fra i suoi presupposti o elementi costitutivi un atto amministrativo, il giudice ordinario non potrebbe limitarsi a valutare o verificare l'esistenza materiale dell'atto o provvedimento, ma dovrebbe ritenere configurato o meno il reato "*in vista dell'interesse sostanziale che tale fattispecie assume a tutela, nella quale gli elementi di natura extrapenale convergono organicamente, assumendo un significato descrittivo*" (cfr. Cass. Pen., S.U., 28 novembre 2001 – 8 febbraio 2002, n. 5115).

¹⁵⁶ Ciò significa, ad una più attenta lettura del dispositivo, che quanto è stato disapplicato non è l'atto amministrativo – sulla cui base la sanzione era stata emanata -, bensì il provvedimento sanzionatorio, cioè l'ammenda. Pertanto, quel che sembrerebbe un provvedimento individuale e concreto, in realtà ha i connotati dell'atto generale, suscettibile di molteplici applicazioni nella fase attuativa del divieto, e quel che appare a prima vista una disapplicazione provvedimentoale, non è altro che un'invalidazione della sanzione, passata per il preventivo accertamento incidentale dell'illegittimità del divieto posto *a priori*.

¹⁵⁷ Cons. Stato, sez. V., 10 gennaio 2005, n. 35, riconosce chiaramente che la violazione di una disposizione comunitaria da parte di un atto amministrativo implica un vizio di illegittimità-annullabilità (con conseguente onere di impugnazione nei termini) contrastante con il relativo paradigma di validità, e che la diversa forma patologica della nullità /inesistenza è configurabile solo laddove l'atto nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna, interamente attributiva del potere nel cui esercizio è stato emanato l'atto, incompatibile con il diritto comunitario.

¹⁵⁸ Invero, dall'affermazione ricorrente per cui il potere di disapplicare sarebbe stato attribuito al giudice ordinario per compensarlo dei vincoli posti con l'art. 4 LAC, - essendogli precluso di annullare, revocare o modificare l'atto amministrativo – e dalla circostanza che tale potere di annullamento, di contro, fu attribuito al giudice amministrativo, ex l. 13 marzo, 1889 n. 5992, si trae la conclusione per cui "disapplicare" sarebbe un potere proprio ed esclusivo del giudice ordinario, essendo il giudice amministrativo titolare di un potere maggiore.

giuridica di una simile tecnica di tutela con l'esigenza di non travalicare i termini perentori d'impugnazione degli atti amministrativi, in vista di un superiore principio di certezza dell'azione amministrativa e dei rapporti con gli interessati.

La tecnica della disapplicazione è in effetti vista nell'odierno sistema di giustizia amministrativa come appannaggio del solo giudice ordinario, a mo' di compensazione dei minori poteri che gli sono riconosciuti in sede di cognizione dell'atto amministrativo, non potendo questi annullare, riformare o revocare l'atto come invece può il giudice amministrativo.

Simmetricamente, avendo così pervasivi poteri, il giudice amministrativo è legittimato a disapplicare solo in ipotesi eccezionali. Una prima eccezione è stata riconosciuta rispetto alla giurisdizione esclusiva del Giudice amministrativo, sia pure solo in tema di diritti soggettivi, da un lato perché si è sostanzialmente equiparata la giurisdizione vertente su diritti soggettivi alla tutela giurisdizionale presso il giudice ordinario, dall'altro perché si è evidenziato che in tali ipotesi il giudizio non avrebbe natura impugnatoria, incentrandosi sul rapporto fra le parti piuttosto che sull'atto (¹⁵⁹).

La seconda deroga è stata riconosciuta rispetto agli atti di normazione secondaria, in quanto atti a valenza normativa e di portata generale, potenzialmente destinati a disciplinare una serie indeterminata di casi e situazioni giuridiche.

Prima della storica svolta della pronuncia del Consiglio di Stato (¹⁶⁰) a partire dagli anni '50 si è formato un orientamento assolutamente sfavorevole alla disapplicazione non solo degli atti provvedimenti, ma anche dei regolamenti in senso stretto, con una chiusura netta quindi rispetto ad atti di normazione secondaria non ritualmente impugnati.

La decisione giurisprudenziale che ha segnato il *revirement* in materia è Consiglio di Stato, sez. V, n. 154/1992, che ha ammesso la disapplicazione di una norma contenuta in un regolamento adottato in violazione di legge e non tempestivamente impugnato (¹⁶¹).

¹⁵⁹ Deve peraltro segnalarsi un orientamento dottrinario per il quale il giudice amministrativo, dotato di pienezza di poteri in sede di giurisdizione esclusiva, può in quel contesto sempre disapplicare un provvedimento amministrativo. La scelta normativa della giurisdizione esclusiva, ispirandosi alla *ratio* di eliminare il riparto di giurisdizione, non potrebbe poi riverberare in un riparto del rito ed in una correlata incertezza del processo: il giudice amministrativo dovrà in queste ipotesi pronunciare sul risarcimento del danno ai sensi dell'art. 35, D.lgs. n.80/1998, primo comma.

¹⁶⁰ Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, cfr. *infra*.

¹⁶¹ Per questa via, invero, si è rilevato che proprio dal "varco" aperto da una simile eccezione, si potrebbe introdurre nell'ordinamento italiano il generale sistema della disapplicazione degli atti a valenza regolamentare, affetti da incompatibilità comunitaria: "*infatti, data la notoria circostanza che il diritto comunitario non conosce distinzione fra diritto soggettivo ed interesse legittimo, si potrebbe ... sostenere che per evitare discriminazioni, il potere di disapplicazione da parte del giudice amministrativo debba estendersi ad ogni caso di contrasto con la disciplina comunitaria. Tutto ciò non è da escludere ... anche se a stretto rigore si tratterebbe di un'implicazione ultronea. In*

La “tassatività” delle eccezioni al principio di non disapplicabilità degli atti provvedimenti, peraltro, appare confortata proprio dalla natura demolitoria del giudizio amministrativo italiano, la cui ragionevolezza è stata riconosciuta dalla stessa direttiva Ricorsi (89/655/CEE), che ha ritenuto compatibile con il sistema sovranazionale il meccanismo impugnatorio (¹⁶²).

Inoltre, un riconoscimento in senso “evolutivo” della possibilità di disapplicare gli atti amministrativi non regolamentari, verrebbe a scardinare concetti cruciali della giustizia amministrativa italiana, quali decadenza, impugnazione, tardività, irricevibilità ed inoppugnabilità: tutti, significativamente, accomunati dal concorrere alla tutela della certezza del diritto.

Ulteriore effetto deteriore di una simile rivoluzione “concettuale”, prima ancora che istituzionale e giuridica, sarebbe dato dalla violazione del principio della domanda, ex art. 112 c.p.c., e da quello

*ogni caso, non potrebbe che riguardare gli atti di formazione secondaria, senza che possa essere posto in discussione – per tale profilo – il regime consueto del provvedimento amministrativo”, cfr. Chiti M.P., in Tr. Dir. Amm. Eur., op. cit., p. 598. Fra i commenti in materia sulla specifica tematica, cfr. Morbidelli G., La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa, in Diritto processuale amministrativo (di seguito, “Dir. Proc. Amm.”), 1997, 4, 661 ss., secondo cui la disapplicazione potrebbe costituire un rimedio utile nei confronti di regolamenti amministrativi a portata generale, così da evitare che possa restare in vita una norma generale ed astratta *contra legem*, come tale foriera di ulteriori illegittimità e di instabilità; Cintioli F., Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo, in Dir. amm., 2003, 1, 43 ss. e L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti, in Foro amm. TAR, 2003; Greco G., Impugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudiziale amministrativa), in Riv. It. Dir. Pubbl. Com., 2006, 513 ss.*

¹⁶² Ai sensi dell'art. 1, n. 1, della direttiva del Consiglio 21 dicembre 1989, 89/665/CEE, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle procedure di ricorso in materia di aggiudicazione degli appalti pubblici di forniture e di lavori, come modificata dalla direttiva del Consiglio 18 giugno 1992, 92/50/CEE, relativa alle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi “1. Gli Stati membri prendono i provvedimenti necessari per garantire che, per quanto riguarda le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici disciplinati dalle direttive 71/305/CEE, 77/62/CEE e 92/50/CEE (...), le decisioni prese dalle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorsi efficaci e, in particolare, quanto più rapidi possibile, secondo le condizioni previste negli articoli seguenti, in particolare nell'articolo 2, paragrafo 7, qualora violino il diritto comunitario in materia di appalti pubblici o le norme nazionali che lo recepiscono”. Ai sensi dell'art. 2, n. 1, lett. b), della direttiva 89/665: “Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di: (...) b) annullare o far annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specificazioni tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione”. Tale normativa, improntata ad istanze di uniformazione ed armonizzazione sostanziale delle forme di tutela, muove dunque dall'esigenza di prescrivere il famoso “standard minimo” di tutela affinché le decisioni delle autorità aggiudicatrici possano essere oggetto di ricorso efficace, assistito da debite garanzie di tutela cautelare e risarcitoria, in aggiunta a quella demolitoria di tipo classico.

di corrispondenza fra chiesto e pronunciato, con conseguente vizio di ultra petizione, non potendosi pronunciare un annullamento non specificamente richiesto dalle parti, anche per l'esigenza di non ledere affidamento ed eguaglianza, rispetto a soggetti e rapporti diversi da quello controverso.

A tutte queste valutazioni, si aggiunge il dato che il principio della domanda di parte nel giudizio amministrativo e l'inammissibilità del ricorso tardivo non appaiono alla dottrina maggioritaria dettati a capriccio, ma si risolvono in un effettivo bilanciamento di principi costituzionali come il diritto all'azione in giudizio, la legalità dell'azione amministrativa e la stabilità dei rapporti fra privati e pubblico potere.

Un aspetto, in particolare, merita considerazione a livello di principi generali di giustizia amministrativa.

La rilevabilità d'ufficio del vizio di un atto comporta che esso possa essere disapplicato anche per motivi diversi da quelli dedotti dall'interessato nell'atto di impugnazione, e questa è tra le implicazioni che più confondono gli interpreti. Il giudice, oltre a disapplicare per motivi diversi da quelli prospettati, potrebbe addirittura considerare l'atto *tamquam non esset*, senza che al riguardo sia stata richiesta alcuna disapplicazione (¹⁶³).

In definitiva, l'accoglimento della "tesi disapplicatoria" farebbe, in via eclatante, perdere al giudizio amministrativo il suo ordinario carattere demolitorio, per farlo evolvere sempre più verso una tutela dichiarativa ed incentrata sul rapporto, che giunga all'esito di un giudizio introdotto in un'azione di accertamento.

È pur vero che una simile conclusione non appare distonica con le più recenti tendenze evolutive del processo amministrativo, suggellate dalle recenti modifiche alla legge sul procedimento, ed orientate sia pure parzialmente verso un giudizio incentrato sul rapporto, piuttosto che sull'atto (¹⁶⁴).

¹⁶³ Ulteriori storture rispetto al sistema tradizionale di giustizia amministrativa, per Gatto A., *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 6, 1429 ss., consisterebbero nella lesione del principio che impone l'esame delle questioni pregiudiziali; al contrario, superando la declaratoria di irricevibilità per tardività, il principio processualcivilistico per cui il Collegio decide in via gradata le questioni pregiudiziali proposte dalle parti o rilevabili d'ufficio, e quindi il merito della causa, verrebbe a cadere. Risulterebbe inoltre travolto il principio devolutivo, recante il divieto di "nova" in appello, poiché per i Giudici di Lussemburgo sarebbe deducibile anche in seconde cure e senza limiti di tempo la violazione di principi o norme comunitari.

¹⁶⁴ In tal senso sono state lette in senso "evolutivo" le norme del nuovo capo sull'invalidità dell'atto amministrativo, in particolare la disposizione sui "vizi non invalidanti" dell'atto amministrativo, alla stregua dell'art. 21-octies, l. n. 241/1990; cfr. Caringella F., *Manuale di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, p. 102, sulla possibile apertura verso "una rilettura, in chiave sostanzialistica e finalistica, del giudizio amministrativo" e sulla circostanza per cui l'art. 21-octies porterebbe a compimento, perlomeno per gli atti vincolati, l'evoluzione in chiave sostanzialistica del giudizio amministrativo, dal momento che "malgrado l'espressione ambigua utilizzata dalla norma, l'art. 21-octies non è ...

In tal senso, si potrebbe leggere la vera portata rivoluzionaria della soluzione disapplicatoria, che giungerebbe a conferma di alcuni fermenti innovativi nella giustizia amministrativa italiana.

Tuttavia, al di là delle considerazioni sul verosimile “attacco” agli schemi classici del processo amministrativo, si osserva che la tesi a favore della disapplicazione, puntando a generalizzare casi in realtà specifici ed isolati, porterebbe a risultati esorbitanti e neppure necessari.

Al di là del principio di autonomia processuale degli Stati membri, si creerebbe infatti una tutela svincolata dal regime di tipo impugnatorio-caducatorio per le sole invalidità di tipo comunitario, mentre il regime processuale sarebbe ben più rigido per le posizioni di diritto interno, senza che un simile rigore sia neppure formalmente richiesto dal diritto comunitario.

Ne deriva il rischio di una sorta di “doppio ordine” di legalità - uno debole, di matrice nazionale, ed uno forte, dipendente dalla lesione delle fonti comunitarie - con due distinti sistemi processuali a seconda dell'origine della norma violata.

Tutte queste valutazioni, unite all'atteggiamento estremamente cauto e conservatore della giurisprudenza nazionale, portano parte della dottrina a chiedersi se le finalità garantistiche sottese alla strada della disapplicazione non possano, in realtà, più efficacemente essere raggiunte grazie ad altri strumenti di diritto interno. Si suggerisce così di valorizzare altri strumenti, come il principio di ragionevolezza, l'istituto dell'errore scusabile o la successiva sopravvenienza dell'interesse a ricorrere, nonché di estendere la tutela demolitoria ad atti non nominativamente indicati nel ricorso.

5. L'orientamento della Corte di Giustizia: la riconosciuta autonomia del sistema processuale interno

L'invalidità comunitaria degli atti amministrativi coinvolge da vicino molti profili di valenza processuale.

interpretabile nel senso di attribuire al G.A. il compito di valutare la fondatezza della pretesa al solo fine di rigettare le richieste del privato, non potendo i poteri del giudice variare secundum eventum litis. In questo senso, la vera forza innovativa della disposizione è costituita non da ciò che la norma afferma, ma da ciò che la norma sottintende: così come (ciò che la norma dice) in caso di infondatezza della pretesa al privato non compete neanche l'annullamento, così specularmente (ciò che la norma non dice ma sottintende) ove, in tema di atti vincolati, la pretesa sia fondata e sia stata proposta rituale domanda, il Giudice non concederà solo l'annullamento ma valuterà anche la fondatezza della pretesa sostanziale condannando l'amministrazione all'adozione del provvedimento spettante. Si anticipa così alla fase cognitoria alcune statuizioni proprie del giudizio di ottemperanza”.

Lo studio di tali aspetti è senz'altro un modo indiretto per saggiare la "tenuta" di istituti di ordine pubblico ed il vigore delle norme processuali interne, di fronte alle violazioni del diritto comunitario perpetrate dagli organi amministrativi.

La Corte di Giustizia si attesta in termini di "disimpegno" rispetto alla gestione interna delle regole processuali, sempre che in questa libertà di manovra la posizioni di matrice comunitaria ricevano tutela in misura effettiva ed equivalente a quella riconosciuta alle corrispondenti posizioni di diritto interno.

Il regime dell'illegittimità comunitaria degli atti amministrativi si gioca quindi, come anticipato, in un "ibrido" di libera definizione delle modalità di tutela interne e di garanzie di tutela dell'effettività comunitaria

Il punto di partenza da cui muove la Corte di Giustizia nella materia degli appalti e dei bandi di gara coincide col dato su cui si è assestata la più robusta giurisprudenza di merito italiana: non occorre disapplicare un atto anticomunitario, quando la tutela delle posizioni soggettive da esso derivanti possa essere garantita altrettanto efficacemente utilizzando le regole processuali interne.

Si evidenzia con ciò una visione più fattuale che giuridica, non cercandosi soluzioni univoche o conclusioni innovative, ma piuttosto incoraggiando risposte "ritagliate" sulle peculiarità del caso di specie, e in ogni caso incentivando forme di tutela diretta ed effettiva per gli interessati, come è tradizione nell'esperienza giuridica degli Stati membri.

La rinuncia aprioristica al meccanismo della disapplicazione implica, del resto, una sorta di "ipervigilanza" dei giudici nazionali, alla cui sensibilità e attenzione è affidata l'attuazione effettiva del diritto comunitario (¹⁶⁵).

Ciò significa, in sostanza, che la Corte di Giustizia vuole estendere il suo raggio di controllo fino al singolo giudizio, diventando "giudice del caso concreto" (¹⁶⁶): alla stregua delle indicazioni dei giudici di Lussemburgo, l'interprete nazionale dovrà innanzitutto chiedersi se l'interpretazione dell'atto interno sia suscettibile di mettere in crisi i principi base del sistema giurisdizionale

¹⁶⁵ Le situazioni in cui operano i limiti dell'effettività e dell'equivalenza sono comunque casi di effettiva impossibilità a far valere i propri diritti di derivazione comunitaria davanti ad un'autorità giurisdizionale (come nell'ipotesi di norme del diritto nazionale che impediscano l'attivazione del procedimento di rinvio pregiudiziale). Per l'identificazione di tali limiti, secondo la *Peterbroek*, cit., ogni qualvolta sorga "*la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto comunitario, essa dev'essere esaminata tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e della peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali. Sotto tale profilo si devono considerare, se necessario, i principi che sono alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali la tutela dei diritti della difesa, il principio della certezza del diritto e il regolare svolgimento del procedimento*".

¹⁶⁶ cfr. Cocco G., *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi*, op. cit.

nazionale, poiché, “*spetta al giudice nazionale conferire alla legge nazionale che è tenuto ad applicare un’interpretazione per quanto possibile conforme ai precetti del diritto comunitario. Se una tale applicazione conforme non è possibile, il giudice nazionale ha l’obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, eventualmente disapplicando ogni disposizione nazionale la cui applicazione, date le circostanze della fattispecie, condurrebbe ad un risultato contrario al diritto comunitario*”⁽¹⁶⁷⁾.

In tale compito di fedele attuazione del diritto comunitario, emergono dei parametri stringenti per il giudice nazionale, in particolare per quello amministrativo, il principio dell’inoppugnabilità dei provvedimenti ed il principio dispositivo.

Se quest’ultimo non ha suscitato particolari “diverbi” nella materia dell’illegittimità comunitaria⁽¹⁶⁸⁾, il consolidamento degli atti inoppugnati rispecchia intimamente la struttura del processo amministrativo, quale giudizio imperniato sull’atto e non sul rapporto, al di là delle più recenti tendenze “evolutive” suggerite da alcune modifiche normative, come sopra visto.

L’inoppugnabilità è dunque quel carattere che contraddistingue in modo permanente l’atto amministrativo non impugnato nei termini, portando alla sua consolidazione, nonostante i suoi eventuali vizi⁽¹⁶⁹⁾.

¹⁶⁷ Nelle conclusioni dell’Avv. Generale in causa *Santex* (C-327/2000, sentenza 27 febbraio 2003, cit), prendendo le mosse dalla consolidata giurisprudenza della Corte per cui un termine di decadenza di 60 giorni per l’impugnazione di un atto amministrativo nazionale non è di per sé oneroso, si evidenzia come sia impossibile risolvere in via generalizzata la questione relativa all’ammissibilità di una data norma di preclusione, dovendosi attentamente valutare tutte le specificità del caso concreto.

¹⁶⁸ Cfr., fra le isolate pronunce, TAR Sicilia, sez. III, 30 maggio 2006, n. 1354, adita per l’annullamento di un bando di gara e di un capitolato speciale d’appalto per l’affidamento del servizio di manutenzione meccanica di autovetture della polizia municipale. Non avendo il ricorrente espressamente censurato la violazione della normativa sulla concorrenza nel settore interessato, il Collegio si è ritenuto non legittimato, né a conoscere della sua lesione ad opera del bando impugnato, né - in virtù del principio dispositivo - a pronunciarsi sul rilievo della natura comunitaria o meno della norma non ritualmente invocata. Pur dichiarando preclusa la sua cognizione nel merito, il Collegio si richiama alla medesima giurisprudenza comunitaria, in particolare al suo monito a tutelare, nell’ambito di ogni sistema giuridico, i principi processuali fondamentali del processo amministrativo. In particolare, il principio della domanda di parte, non solo non osta all’attuazione del diritto comunitario, ma è pienamente meritevole di tutela, specie se si considera che unitamente al principio di inammissibilità del ricorso tardivo, costituisce il frutto di un delicato bilanciamento fra valori fondamentali di giustizia, quali legalità dell’azione amministrativa, stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico, onere dell’impugnazione.

¹⁶⁹ Nella consolidata visione del Consiglio di Stato, è ragionevole, se non necessario, un sistema fondato su meccanismi impugnatori e sulla certezza dei termini di decadenza, pena la messa in crisi di principi fondanti dell’azione amministrativa come la stabilità dei rapporti, l’affidamento, la continuità, la presunzione di legittimità. Peraltro, il supremo Consesso di Giustizia amministrativa ricorda costantemente come una simile ricostruzione sia in linea con le

Questa “intangibilità” formale dell’atto si ritiene possa cedere il passo soltanto in ipotesi eccezionali, in cui, nonostante lo sbarramento della decadenza, il giudice amministrativo può rilevare d’ufficio i vizi di legittimità comunitaria.

In peculiarissime condizioni, infatti, i termini di decadenza per l’impugnazione di atti amministrativi anticomunitari sono derogabili perché l’inoppugnabilità potrebbe nuocere ad altri e più cogenti principi dello stesso diritto comunitario.

Alla disapplicazione, in sostanza, si può fare ricorso come ad un male minore, di fronte alla minaccia di più rilevanti principi (ad es., difesa in giudizio, tutela dell’affidamento), quando le modalità di attuazione del ricorso o il comportamento delle autorità nazionali precludano la stessa esperibilità dell’azione per decorrenza dei termini. A tali drastiche conseguenze non si arriva invece laddove il diritto di azione non sia precluso *tout court*, ma l’ordinamento nazionale si limiti a circoscrivere il periodo anteriore alla presentazione della domanda, per il quale può essere ottenuto il risultato utile (¹⁷⁰).

Al di là del noto caso Ciola, in cui si è ammessa la disapplicabilità di atti amministrativi definitivi contrari al diritto comunitario (¹⁷¹), le più interessanti coordinate dei rapporti fra giustizia amministrativa italiana e precetto comunitario sono state di recente tracciate dalla Corte di Giustizia, nel caso *Santex s.p.a.*

previsioni del Trattato, che per gli atti delle Istituzioni comunitarie prevedono espressamente, a tutela dei suddetti principi, dei precisi termini di decadenza.

Il principio di non elusività dei termini processuali è stato anche in epoca più risalente ritenuto pienamente meritevole da Corte di Giustizia, 27 febbraio 1987, in causa C-15/1985 che ha chiarito come “*nei diritti nazionali dei diversi Stati membri, un atto amministrativo, pur se irregolare, gode di una presunzione di validità, sino a quando non sia stato annullato o ritualmente revocato dalla istituzione che lo emana*”.

¹⁷⁰ In tale ottica, si è ritenuto incompatibile col diritto comunitario limitare il rimborso di una tassa dichiarata contraria al Trattato con sentenza della Corte di Giustizia ai soli soggetti che avessero proposto azione di ripetizione prima della pronuncia della medesima sentenza, perché profondamente lesivo dei principi di uniforme ed effettiva applicazione del diritto sovranazionale.

¹⁷¹ Per quanto visto, in quest’occasione la Corte, pur rispondendo indirettamente, ha sancito che le disposizioni del Trattato direttamente efficaci nell’ordinamento di ciascuno Stato membro attribuiscono agli interessati delle posizioni soggettive che le autorità nazionali devono rispettare e tutelare, pertanto ogni disposizione contraria di diritto interno diviene inapplicabile nei loro confronti. Le conseguenze enormi che un simile assunto avrebbe potuto avere sulla giustizia amministrativa sono in realtà state attutate dalla assoluta specificità/specialità del caso, per certi versi enfatizzata dalla circostanza nella fattispecie veniva in rilievo la derivazione di sanzioni penali a carico del contravventore, dalla violazione del provvedimento.

5.1 Il caso *Santex*

La pronuncia in esame s'inquadra nel più ampio tema dell'effettività della tutela dei diritti radicati nel diritto comunitario, ed in particolare nel filone relativo alla compatibilità con il diritto comunitario di norme processuali nazionali incidenti sulle concrete possibilità di realizzare le posizioni soggettive dei singoli (¹⁷²).

In essa la Corte ha desunto dal comportamento mutevole dell'autorità aggiudicatrice - tradottosi nella lesione del diritto alla tutela giurisdizionale di uno degli offerenti -, l'obbligo del giudice *a quo* d'interpretare le norme processuali nazionali in maniera conforme al diritto comunitario ovvero, qualora ciò risulti impossibile, di procedere alla loro disapplicazione.

Il caso origina da un'ordinanza di rimessione del Tar Lombardia (¹⁷³), che esprimendosi in senso favorevole alla disapplicabilità di una norma regolamentare, nella misura in cui essa contrasti con

¹⁷² Per costante giurisprudenza della Corte, “*spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto. Tuttavia, dette modalità non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna né rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario*”. Sul caso, cfr. Chiti M. P., *L’invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie ed il relativo regime processuale*, in *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, 689 ss.

¹⁷³ TAR Lombardia Milano, sez. III, 9 agosto 2000, n. 234 (in senso conforme, della stessa sez., ord. 6 ottobre 2000, n. 288, in *Appalti, urbanistica, edilizia*, 2001, 467) ha ritenuto che il giudice amministrativo in caso di norma regolamentare contrastante con una fonte sovraordinata ed incidente su un diritto soggettivo, possa disapplicare al pari dell'autorità giudiziaria ordinaria, estendendosi tale facoltà anche all'ipotesi di una norma contrastante con l'ordinamento comunitario. Sulla questione della disapplicazione degli atti amministrativi da parte del G.A. e i problemi di effettività della tutela giudiziaria nel rapporto fra l'ordinamento comunitario e quello interno cfr. Acerboni F., *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del Giudice amministrativo ed il termine di decadenza dall'impugnazione. Problemi di effettività della tutela giudiziaria nel rapporto tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale*, in *I contratti dello Stato e degli Enti locali*, 2000, nota a TAR Lombardia, n. 234/2000 e Cons. Stato, n. 265/1999. Nella vasta letteratura sul punto, cfr. Dato G.A., *La “risposta” del Giudice comunitario ai quesiti del Giudice amministrativo milanese – qualche osservazione in merito a Corte di Giustizia CE, sez. VI, sentenza del 27 febbraio 2003*, accessibile presso l'URL: <http://www.diritto.it/materiali/amministrativo/dato3.html>; *ratio* analoga a quella dell'ordinanza di rimessione ricorre in TAR Lombardia Milano, sez. III, 5 giugno 1997, n.900 e sez. III, 5 maggio 1998, n.922. In realtà una simile impostazione è stata sconfessata già dalla fine degli anni '90, da quella che si impone come giurisprudenza assolutamente consolidata, consacrata peraltro da Cons. Stato, A.P. n. 1/2003 (cfr. *infra*) Così già per Cons. Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, n.568, le prescrizioni di un bando di gara pubblica, ancorché illegittime, non sono disapplicabili dal giudice amministrativo, trattandosi di manifestazioni di volontà provvedimentale, “*non riconducibili ad atto regolamentare o, comunque normativo, e immediatamente impugnabili qualora contengano prescrizioni suscettibili di arrecare una lesione diretta e immediata*”.

una fonte sovraordinata ed incidente su un diritto soggettivo, ha posto due quesiti alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

Più precisamente, dopo che il TAR Lombardia aveva sospeso l'esecuzione degli atti impugnati dal ricorrente, affermando che anche a ritenere tardiva la impugnazione del bando di gara si sarebbe dovuto in ogni caso procedere con la disapplicazione della clausola controversa perché lesiva dei principi comunitari in tema di concorrenza, il Consiglio di Stato annullava l'ordinanza di rimessione e poco dopo l'Amministrazione stipulava il contratto con la ditta aggiudicataria.

Il TAR, nel definire il merito della lite, aveva quindi adottato ordinanza di rinvio alla Corte di Giustizia, sostenendo che la clausola controversa limita il diritto d'accesso alla gara in lesione dell'art. 22, Direttiva 93/36 ed in particolare in spregio dei principi di proporzionalità e non discriminazione, di chiaro stampo comunitario.

Il primo quesito riguardava la compatibilità con il diritto comunitario del regime nazionale sui termini di ricorso nei confronti di clausole del bando di gara illegittime dal punto di vista comunitario; il secondo richiedeva di accertare se le norme dei Trattati vanno interpretate nel senso che un atto di esclusione dalla gara consente, ricorrendo idonee circostanze, "l'applicazione d'ufficio del diritto comunitario in ordine ai successivi provvedimenti adottati nel corso della procedura di gara": in sostanza, se tale applicazione officiosa possa configurarsi quando un'applicazione per vie ordinarie sia gravemente impedita o resa difficile, o comunque sussista un interesse pubblico di matrice comunitaria tale da giustificarla.

La questione è stata vagliata da una doppia visuale: da un lato, occorre valutare se fosse estensibile *tout court* ai bandi di gara la strada della disapplicazione degli atti normativi; dall'altro, e più nello specifico, l'attenzione si è incentrata sul tema della disapplicabilità del bando in contrasto con le norme inderogabili di derivazione comunitaria.

Con riguardo al primo tema, la disapplicabilità dei bandi di gara è stata più volte supportata dal giudice rimettente.

Seguendo le coordinate relative alla disapplicazione dei regolamenti, si è ritenuto che l'istituto fosse applicabile anche a tutela delle posizioni giuridiche soggettive connesse all'applicazione degli atti amministrativi generali *sub specie* di bandi di gara o di concorso.

Prendendo le mosse dalla distinzione fra disapplicazione normativa e disapplicazione provvedimentoale, si è rilevato che quest'ultima è invocabile solo rispetto ad atti di natura non normativa, ma incidenti su diritti soggettivi, dunque nelle sole materie di giurisdizione esclusiva.

Per contro, la disapplicazione normativa prescinde dalle posizioni soggettive coinvolte, ma attinge in radice alla sollevabilità d'ufficio dell'obiettiva esistenza di un atto normativo in contrasto con una superiore disposizione di legge, secondo i principi di gerarchia della fonti.

Nella ricostruzione del collegio milanese, si pone come fondamentale punto di partenza la considerazione che il bando di gara ha natura normativa, sostenendo dunque una tesi ampiamente disattesa dalla dottrina maggioritaria⁽¹⁷⁴⁾.

La presunta natura normativa, in particolare, viene tratta dalla precipua funzione di *lex specialis*, volta a dettare le regole della procedura selettiva: così argomentando, il bando di gara viene inteso come una norma secondaria che s'inserisce nella gerarchia delle fonti⁽¹⁷⁵⁾.

L'estensione della disapplicazione ai bandi di gara si radica quindi nella relativa caratterizzazione in senso normativo e nella conseguente esigenza sostanziale di assicurare un meccanismo invalidante delle norme di grado inferiore, contrarie ai precetti superiori. In altri termini, occorre estendere ai bandi di gara la “strada della disapplicazione degli atti normativi”, emergendo un onere di immediata impugnazione delle clausole del bando “preclusive” dell’accesso stesso alla competizione⁽¹⁷⁶⁾.

Sulla base di tali premesse, il Collegio ha rilevato che, pur prescindendo dalla definizione dogmatica del regime di invalidità dell’atto anticomunitario e dalla distinzione delle posizioni soggettive in interessi legittimi o diritti soggettivi, le esigenze correlate al primato del diritto

¹⁷⁴ In particolare, il presupposto delle considerazioni del collegio milanese è ampiamente disatteso dall’Adunanza plenaria, n. 1/2003, secondo cui: “*i bandi di gara e di concorso e le lettere di invito vanno di regola impugnati unitamente agli atti che di essi fanno applicazione, dal momento che sono questi ultimi ad identificare in concreto il soggetto leso dal provvedimento ed a rendere attuale e concreta la lesione della situazione soggettiva dell’interessato; a fronte, infatti, della clausola illegittima del bando di gara o del concorso, il partecipante alla procedura concorsuale non è ancora titolare di un interesse attuale alla impugnazione, dal momento che egli non sa ancora se l’astratta e potenziale illegittimità della predetta clausola si rivolgerà in un esito negativo della sua partecipazione alla procedura concorsuale, e quindi in una effettiva lesione della situazione soggettiva, che solo da tale esito può derivare*”.

¹⁷⁵ Il mancato riconoscimento della natura normativa dei bandi di gara è infatti l’argomento cardine sul quale poggia la tesi contraria alla disapplicazione delle clausole dei bandi di gara e, di riflesso, delle clausole difformi dal diritto comunitario; in tal senso, cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 ottobre 2005, n. 5992, TAR Calabria Catanzaro, sez. II, 11 giugno 2002, n. 1636.

¹⁷⁶ Sulla tematica, di amplissima trattazione, cfr. Vaiano D., *L’onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. Proc. Amm.* 2004, 3, 693; Perfetti N., *Interesse a ricorrere e confini dell’azione di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, 809; Mari D., *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolazione*, in *Foro Amm.*, 2002, 1133; Zingales N., *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari di bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, nota a TAR Lombardia- Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922, in *Foro Amm.* 1998, I, 2452.; in giurisprudenza di merito, per un interessante decalogo dei principi e della disciplina relativa ai bandi di gara, cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 35/2003, cit., che ribadisce come il sindacato disapplicativo ed incidentale valga nelle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva, vertente su diritti soggettivi (perché altrimenti si assisterebbe ad un’ingiustificata ed incostituzionale disparità di trattamento con la giurisdizione ordinaria, di per sé implicante i diritti soggettivi), oltre che nei confronti dei regolamenti illegittimi.

comunitario dovrebbero consentire al Giudice amministrativo di sindacare d'ufficio la legittimità dell'atto nazionale difforme dal diritto europeo e di rimuovere i provvedimenti di diritto interno che dovessero opporsi alla sua piena attuazione, con un meccanismo quindi doverosamente analogo alla disapplicazione degli atti normativi nazionali incompatibili con l'ordinamento comunitario (¹⁷⁷).

La previsione del termine di decadenza appare pertanto in linea con le istanze di supremazia ed effettività del diritto comunitario, sia perché quest'ultimo impone agli Stati di seguire procedimenti celeri e snelli in tema di appalti pubblici, sia perché la decorrenza del termine inizia dal momento in cui l'interessato riceve la notifica o ha piena conoscenza dell'atto lesivo. Ciò spiega perché le conclusioni del giudice comunitario vanno contro la tesi del collegio lombardo, ritenendo che il regime processuale eccessivamente oneroso per la parte, benché divenuto inoppugnabile, debba essere disapplicato dall'autorità giudiziaria di uno Stato membro (¹⁷⁸).

Ribadendo le conclusioni già raggiunte nella sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale Bau*, la Corte di Giustizia sancisce quindi che spetta all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso, destinate a salvaguardare i diritti conferiti dal diritto comunitario, purché siano rispettati il principio di equivalenza e il principio di effettività.

Sotto il primo profilo, la Corte di Lussemburgo rileva che il termine di decadenza di sessanta giorni previsto dall'ordinamento italiano rispetta il principio di equivalenza in quanto trova applicazione indifferentemente, a *prescindere dalla circostanza che le posizioni giuridiche soggettive fatte valere siano fondate sulle norme nazionali oppure su quelle comunitarie*.

¹⁷⁷ È noto come sulla scorta di tali principi la tutela delle posizioni di derivazione comunitaria deve essere sempre assicurata dai giudici nazionali, secondo le forme e modalità dei singoli ordinamenti, non potendo essere meno favorevole di quella apprestata alle posizioni soggettive nate e maturate negli ordinamenti interni. Eventuali deroghe a questi stringenti principi sono ammesse solo per la salvaguardia di alcuni principi generali, considerati di rilievo dallo stesso ordinamento comunitario: fra questi, la buona amministrazione della giustizia, il regolare svolgimento del procedimento, la tutela del diritto di difesa, la certezza del diritto, che possono giustificare l'imposizione di alcune forme modalità e limiti di esercizio delle posizioni soggettive davanti alle giurisdizioni nazionali; cfr. Biagioni G., *Norme processuali e principio di effettività: ulteriori sviluppi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, 1, 545 ss.

¹⁷⁸ Attenendosi alle coordinate della Corte, il Tribunale Regionale di Giustizia amministrativa, sezione autonoma di Bolzano, sent. 19 aprile 2005, n. 140, ha dichiarato “*ammissibile, previa disapplicazione dell'art. 21, comma 1, l. 6 dicembre 1971, n. 1034, il ricorso contro un atto interno contrastante con il diritto comunitario proposto oltre il termine decadenziale di 60 gg., nell'ipotesi in cui, con il proprio comportamento, l'amministrazione abbia reso impossibile o eccessivamente difficile, entro detto termine, dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario a un cittadino dell'Unione leso dal provvedimento emanato da tale Autorità*”.

Quanto al principio di effettività, la sentenza rileva che in linea di principio il termine di impugnazione di sessanta giorni non osta all'effettiva applicazione del diritto comunitario, assolvendo anzi ad esigenze di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento dei concorrenti in ordine alla fasi processuali già esauritesi.

Nondimeno, la garanzia della tutela non impossibile né eccessivamente onerosa deve essere vagliata tenendo conto di tutta una serie di fattori, come il ruolo giocato dalla norma processuale nell'ambito complessivo del procedimento, nonché le relative regole di ed eventuali peculiarità.

Pertanto, rileva la Corte, *“se un termine di decadenza come quello della causa principale non è, di per sé, contrario al principio di effettività, non si può escludere che nelle particolari circostanze della causa sottoposta al giudice a quo, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio”*.

Proprio dall'analisi delle peculiarità della vicenda processuale sottoposta al suo esame, il giudice comunitario ritiene che nella fattispecie il rispetto del principio di effettività imponesse al giudice nazionale di disapplicare le norme sul termine di decadenza previsto per insorgere contro gli atti amministrativi illegittimi.

A favore di questa conclusione, gioca il comportamento a più riprese ambiguo dell'amministrazione aggiudicatrice; in particolare si rileva che sebbene la clausola controversa fosse nota agli interessati all'atto della pubblicazione del bando di gara, l'autorità con la sua condotta altalenante aveva creato uno stato d'incertezza in ordine alla sua interpretazione, e che tale incertezza era stata rimossa solo in virtù della decisione di esclusione.

L'amministrazione, infatti, inizialmente aveva lasciato intendere che avrebbe considerato le riserve espresse dalla ricorrente, non applicando in sede di ammissione il requisito economico della clausola controversa; in un secondo momento però, e solo con la decisione di esclusione, aveva estromesso dalla procedura concorsuale gli offerenti privi di tale requisito, con ciò esprimendo il proprio orientamento definitivo sulla controversa questione.

L'offerente leso aveva quindi potuto conoscere l'effettiva interpretazione della clausola da parte dell'autorità aggiudicatrice solo nel momento in cui si era visto escludere in via definitiva dalla gara, ma *“tenuto conto del fatto che, a quel punto, il termine previsto per l'impugnazione del detto bando era già scaduto, tale offerente è stato privato, per effetto delle norme di decadenza, di qualsiasi possibilità di far valere in giudizio, nei confronti di successive decisioni arrecantigli pregiudizio, l'incompatibilità di tale interpretazione con il diritto comunitario”*.

In definitiva, il comportamento mutevole dell'autorità aggiudicatrice, vista l'esistenza di un termine di decadenza, ha reso eccessivamente difficile per l'offerente leso l'esercizio dei diritti conferitigli dall'ordinamento giuridico comunitario, pertanto *“in circostanze quali quelle della causa*

principale, spetta al giudice a quo assicurare il rispetto del principio di effettività derivante dalla direttiva 89/665, applicando il proprio diritto nazionale in modo tale da consentire all'offerente leso da una decisione dell'autorità aggiudicatrice, adottata in violazione del diritto comunitario, di conservare la possibilità di addurre motivi di diritto inerenti a tale violazione a sostegno di impugnazioni avverso altre decisioni dell'autorità aggiudicatrice, ricorrendo, se del caso, alla possibilità, derivante secondo il suddetto giudice dall'art. 5 della legge n. 2248/1865, di disapplicare le norme nazionali di decadenza che disciplinano tali impugnazioni”.

Si risolve in tal senso la questione pregiudiziale rimessa dal TAR Lombardia, rilevando che la *primauté* del diritto comunitario - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento abbia reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, disapplicando, se del caso, le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, una volta decorso il termine per impugnare il bando di gara, non sia più possibile invocare una tale incompatibilità.

Viene così respinta la versione innovativa del collegio milanese - peraltro in netta controtendenza con la tradizionale impostazione amministrativistica italiana - della disapplicabilità *tout court* dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario, perché si osserva che la previsione di un termine di decadenza per impugnare i bandi di gara risponde anzi “*all'esigenza di effettività derivante dalla direttiva 89/665, in quanto costituisce l'applicazione del principio della certezza del diritto*”.

La Corte di Giustizia, appianando le distanze tracciate proprio dal giudice nazionale, si riallinea così all'indirizzo prevalente nella giurisprudenza amministrativa nazionale, secondo cui la violazione del diritto comunitario determina, di regola, la mera annullabilità dell'atto amministrativo.

Non può cogliersi una rottura con i solidi principi processualistici italiani neppure nella parte dove si afferma la possibilità, per il giudice nazionale, disapplicare, all'occorrenza, le norme processuali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando, non sia più possibile invocare tale possibilità.

La natura “rivoluzionaria” di tale assunto è in realtà meramente apparente, potendosi ben ricondurre nel solco già tracciato dalla giurisprudenza nazionale.

Difatti, la possibilità di disapplicare le norme nazionali sui termini di decadenza è riconosciuta solo in via eccezionale, laddove l'Autorità aggiudicatrice abbia reso eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario, o ingenerando – come nel caso di specie – un legittimo affidamento in ordine all'aggiudicazione dell'appalto.

Il clamore suscitato dalla pronuncia sembra quindi derivare più che altro dal giudice di provenienza, che non dai suoi contenuti intrinseci.

In realtà, sembra riproporsi quanto già affermato dal nostro Consiglio di Stato in tema di clausole c.d. plurivoche, connotate da sostanziale arbitrarietà interpretativa: l'impugnazione di queste ultime, nella ricostruzione offerta dall'Adunanza Plenaria n. 1/1998 e confermata nelle decisioni successive, deve essere differita al momento dell'impugnazione del provvedimento di esclusione, dato che solo in questo momento la relativa lesività diviene chiara e percepibile.

In effetti, se il fine primario della sentenza sin qui esaminata era l'effettività di cui alla Direttiva appalti (89/655/CE) in quanto applicativa del principio di certezza, l'assoluta particolarità della fattispecie non permette di elevarla a "principio generale tale da sovvertire gli altri principi" (¹⁷⁹).

Tutto ciò giustifica perché in alcune pronunce concomitanti il Consiglio di Stato abbia anche cercato di ridimensionare le istanze di certezza del diritto (¹⁸⁰), che emergono prepotentemente nella *Santex*, rilevando che *"il giusto equilibrio tra i diversi principi esige che la decorrenza del breve termine di decadenza per la proposizione del ricorso sia raccordata ad adeguate forme di conoscenza effettiva o legale dei provvedimenti amministrativi censurati. L'affermazione secondo cui il termine non inizia a decorrere se non sono state seguite le formalità prescritte per la pubblicazione del provvedimento rappresenta l'applicazione doverosa del principio di effettività della tutela delle posizioni protette dall'ordinamento comunitario"*.

Tornando all'accoglimento "tiepido" dei contenuti della *Santex*, si è perfino segnalato che la decisione suggerita al giudice nazionale in realtà dovrebbe risolversi in una mera rimessione in termini del ricorrente, e che una vera e propria "disapplicazione", ai fini della Legge abolitrice del contenzioso, si avrebbe solo laddove a chiedere la cognizione in via incidentale del bando fosse stato chi non avrebbe avuto interesse ad impugnarlo, neppure contestualmente all'atto applicativo.

¹⁷⁹ Per Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, cit., *"non va enfatizzata oltremodo la parte della suddetta sentenza 23 febbraio 2003 C-327/00, nel punto in cui consente eccezionalmente l'elusione del principio di decadenza, e la possibilità di disapplicazione di bandi in contrasto con il diritto comunitario, in quanto, come è stato in modo condivisibile osservato, la fattispecie all'esame di quel giudice era del tutto particolare, non suscettibile di assurgere a principio generale (o, per altro verso, affermativa del principio generale, laddove consente una eccezione solo per la violazione in concreto del principio dell'affidamento), tale da sovvertire gli altri principi (di decadenza per decorrenza dei termini, certezza, presunzione di validità, necessità di impugnare le clausole dei bandi immediatamente preclusive), in quanto si riferiva alla situazione in cui la medesima autorità aggiudicatrice, con il suo comportamento non rettilineo e contraddittorio, aveva, di fatto, reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio tempestivo dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario."*

¹⁸⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012, cit., richiamata da Caranta R., *Fino a che punto un contratto invalido vincola la pubblica amministrazione?*, in *Urb. App.*, 2009, 2, p. 197.

Tale potrebbe essere il caso del controinteressato aggiudicatario, che si veda impugnare l'aggiudicazione, costretto ad opporre in via incidentale l'illegittimità delle prescrizioni del bando di gara su cui il ricorrente principale abbia invece fondato la propria impugnazione.

Volendo esprimere qualche riflessione conclusiva sul caso, appare significativo nelle parole della Corte di Giustizia il costante riferimento al concetto di "ragionevolezza", lo stesso frequentemente usato dalla Corte Costituzionale italiana per vagliare il contrasto fra fonti primarie e parametro di costituzionalità delle leggi, di volta in volta rilevante.

Non a caso, l'irragionevolezza di una norma è stata spesso interpretata come l'equivalente, in sede legislativa, del vizio di eccesso di potere proprio dell'atto amministrativo, anche se tale suggestiva somiglianza è respinta da quanti negano il carattere discrezionale in capo alla funzione legislativa.

Appare inoltre significativo il richiamo costante allo stato di incertezza e di errore causato dalle ambiguità dell'amministrazione, evocando così un tema assolutamente trasversale, che taglia più campi del sistema giuridico fino a richiamare il concetto di "errore scusabile" e valorizzare il profilo del dovere di leale cooperazione fra cittadino e pubblica amministrazione, ancora più rafforzato dalle modifiche della l. n. 241/1990⁽¹⁸¹⁾.

5.2 Le più recenti "conferme" del giudice comunitario

Una recente pronuncia della Corte di Giustizia⁽¹⁸²⁾ conferma lo spirito di indifferenza della giurisprudenza comunitaria rispetto all'organizzazione processuale interna degli Stati membri.

In sede di rinvio pregiudiziale, un giudice olandese ha chiesto chiarimenti interpretativi in ordine al potere del giudice nazionale di valutare d'ufficio la compatibilità di un atto amministrativo con la Direttiva 85/511 del Consiglio - recante misure di lotta contro l'afta epizootica -, che impone agli Stati membri di usare tutti i mezzi d'indagine ufficiali, atti a confermare o escludere la presenza della malattia e a prendere tutte le misure di contrasto alla relativa diffusione.

¹⁸¹ Cfr. Dato G.A., cit., che evidenzia come la tematica dell'errore o incertezza cagionati dalla condotta della pubblica amministrazione rappresenti una sorta di tema "trasversale", riscontrabile in diversi settori dell'ordinamento italiano ed in particolare affrontato dall'A.P. n. 21 del 2001, che nel trattare dell'errore scusabile ha valorizzato il profilo del dovere di cooperazione imposto dalla P.A. in base all'art. 3, comma 4 della l. 241/1990, in un'ipotesi di omessa indicazione dei termini e dell'autorità giurisdizionale cui ricorrere, nel corpo di un atto amministrativo. In senso analogo, le riflessioni sul concetto di "errore scusabile" hanno ricevuto una forte spinta dalla tematica dell'ignoranza del diritto incolpevole o scusabile, oggetto di rivoluzionarie pronunce dalla Corte Costituzionale in diritto penale (in particolare, Corte Cost. n. 364/1988).

¹⁸² CGCE, sez. IV, 7 giugno 2007 in cause riunite C-222-225/05.

Nello specifico, i ricorrenti avevano sollevato motivi attinenti alla violazione da parte dell'autorità amministrativa nazionale di alcune definizioni di carattere tecnico – sanitario, oltre che di alcuni *iter* procedurali.

La Corte di Giustizia, nel ricordare che spetta ai singoli Stati membri designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali, intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, passa a valutare se il principio di equivalenza sia rispettato nella fattispecie.

Sotto tale profilo, il collegio olandese è competente a sollevare d'ufficio motivi inerenti alla violazione delle norme di ordine pubblico, relative secondo il diritto olandese non solo ai poteri degli organi amministrativi ma anche a quelli del giudice stesso, norme che sono evidentemente alla base anche dei procedimenti interni, poiché fissano i requisiti in presenza dei quali questi ultimi possono essere innescati e le autorità competenti sono titolate a incidere su diritti e obblighi degli amministrati.

Le disposizioni della direttiva invocata non sono però, secondo la Corte sopranazionale, assimilabili a tali norme, dal momento che “*non fissano né i requisiti al ricorrere dei quali possono essere introdotti procedimenti in materia di lotta contro l'afta epizootica, né le autorità competenti, in tale contesto, a determinare la portata dei diritti e degli obblighi degli amministrati*”. Non valendo alcun tipo di equiparazione, le norme comunitarie non possono essere considerate di ordine pubblico, pertanto il giudice del rinvio non è tenuto a procedere d'ufficio al controllo di legittimità degli atti amministrativi interessati nell'ottica dei criteri di cui alla Dir. 85/511.

Quanto al principio di effettività, l'esame di una norma processuale interna della cui legittimità comunitaria si dubiti, va svolto tenendo conto della rilevanza che tale norma ha nel cuore del procedimento, nel suo svolgimento e in relazione alle sue peculiarità.

In particolare, si dovranno considerare i principi posti 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.

Richiamando le cause *Peterbroek, Van Schijndel e Van Veen* (¹⁸³), la Corte fa presente come sotto il profilo della effettività sia stata già riscontrata la compatibilità comunitaria di un principio di diritto nazionale in forza del quale “*il potere del giudice di sollevare motivi d'ufficio in un procedimento interno è limitato dall'obbligo del giudice stesso di limitarsi all'oggetto della controversia e di fondare la propria decisione sui fatti sottoposti al suo esame*”. Tale principio, comprensibile alla luce del principio della corrispondenza fra il chiesto e il pronunciato, non sminuisce il diritto di

¹⁸³ Sentenze *Peterbroeck* 14 dicembre 1995, causa C-312/1993, Rac. I-4599 e *Van Schijndel e van Veen*, cause riunite C- 430/1993 e C-431/1993, in Racc. I-4705.

difesa, anzi garantisce il regolare svolgimento del procedimento e lo preserva da ritardi dovuti alla valutazione di motivi nuovi.

La Corte conclude che non osta al principio di effettività una norma di diritto interno che precluda al giudice interno di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione del diritto comunitario stesso, qualora l'esame di tale motivo lo costringa a soprassedere al principio dispositivo, oltretutto esulando dai confini della lite circoscritta dalle parti, e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte interessata alla loro applicazione ha posto alla base della propria domanda.

Non potendo quindi mettere in discussione giurisprudenza già consolidata sul punto, il giudice comunitario conclude che, avendo già avuto i ricorrenti la possibilità, nella causa nazionale, di sollevare motivi attinenti alla Direttiva in esame, né il principio di effettività, né quello di equivalenza impongono al giudice del rinvio di sollevare d'ufficio un motivo attinente alla violazione di disposizioni della normativa comunitaria da parte di un atto amministrativo.

Se dalla sentenza esaminata risulta rafforzato il principio di piena autonomia processuale degli Stati membri, a breve distanza un'altra pronuncia ha ribadito, per altri aspetti, che le peculiarità degli ordinamenti interni non possono essere mai invocate per giustificare lo Stato – e in esso la Pubblica amministrazione, per appalti aggiudicati in violazione del diritto comunitario – per lesioni inferte all'effettività del diritto comunitario.

Con pronuncia del luglio 2007, la II sezione della Corte ha esaminato un'ipotesi di aggiudicazione illegittima, perché giunta all'esito di una procedura negoziata non preceduta da pubblicazione del bando di gara, sebbene non ricorressero i presupposti della Direttiva 92/50, che consente di aggiudicare appalti mediante trattativa privata, senza bando di gara a livello comunitario.

Relativamente alla Dir. 89/665 in tema di appalti pubblici, la Corte ribadisce come, benché gli Stati membri siano autorizzati in virtù della normativa comunitaria a mantenere gli effetti di contratti conclusi in violazione delle direttive sull'aggiudicazione degli appalti pubblici, tutelando così il legittimo affidamento dei contraenti, ciò non può esimere le amministrazioni aggiudicatrici dal rispondere, verso i terzi, della violazione del diritto comunitario, successivamente alla conclusione di tali contratti (richiamando in ciò la sentenza 10 aprile 2003, Commissione/Germania, punto 39). Ne risulterebbe altrimenti inficiata la piena efficacia delle norme del Trattato sull'effettività del mercato comune.

In sostanza, se la Direttiva appalti non incide sull'applicazione dell'art. 226 TCE in tema di infrazione, essa non può neppure incidere sull'applicazione dell'art. 228 TCE, pena la riduzione della portata delle disposizioni del Trattato CE istitutive del mercato interno.

Poiché nella controversia venivano in rilievo anche i principi di certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento, si osserva che anche a voler ritenere che l'amministrazione aggiudicatrice

possa vedersi opporre il principio *pacta sunt servanda* e il fondamentale diritto di proprietà da parte del suo contraente in caso di risoluzione del contratto, uno Stato membro non potrebbe mai avvalersene per giustificare la mancata esecuzione di una sentenza che constati l'inadempimento ai sensi dell'art. 226 CE e sottrarsi in tal modo alla propria responsabilità di diritto comunitario.

Le particolarità di un regime di proprietà esistente in uno Stato membro non possono quindi giustificare la persistenza di un inadempimento che vada a pregiudizio della libera prestazione dei servizi; né, sotto altro profilo, si possono addurre disposizioni, prassi o situazioni dell'ordinamento interno per giustificare l'inosservanza degli obblighi risultanti dal diritto comunitario (sentenza Commissione/Italia, cit., punto 25 e giurisprudenza ivi citata).

6. L'approccio al problema nella giurisprudenza amministrativa italiana: il raccordo con i principi della Corte di Giustizia

All'approccio pragmatico della Corte di Giustizia, volto ad affermare il primato del diritto comunitario, pur nel rispetto dell'autonomia processuale dei Paesi membri, si contrappongono le argomentazioni della giurisprudenza amministrativa nazionale.

Mentre la prima fa leva sulla "non necessità" di disapplicare gli atti difformi, i giudici nazionali evidenziano la "necessità di non" disapplicare, pena la violazione di principi basilari del nostro diritto, come la non elusività del termine di decadenza e del superiore principio di certezza dei rapporti giuridici pubblicistici.

Si giunge quindi al medesimo risultato, dato dalla regola della non disapplicazione, pur partendo da diverse considerazioni di fondo e valutazioni giuridiche.

La più immediata impressione che si ha dell'approccio della giurisprudenza di merito è che essa si destreggia fra il rispetto di equivalenza ed effettività, propri del diritto comunitario, e l'osservanza di due principi fondanti del processo amministrativo. Non è difficile immaginare che le attenzioni interpretative si concentrino per lo più sul principio di consolidazione degli atti, strettamente connesso a sua volta alla certezza dei rapporti giuridici pubblicistici, alla tutela dell'affidamento, alla stabilità e continuità dell'azione amministrativa.

Fra i provvedimenti che più comunemente si prestano ad un contrasto col diritto comunitario viene in rilievo la materia dei bandi di gara e di concorso.

In tale ambito, infatti, è molto probabile che un vizio procedurale integri la violazione di legge per contrasto, mediato o immediato, con le fonti comunitarie, che hanno letteralmente "riscritto" l'evidenza pubblica ed il principio di concorsualità a partire dagli anni '80.

La contiguità della materia alle fonti sovranazionali ha anzi più volte sollecitato la riflessione del giudice comunitario, che proprio in questo campo si è indotto a stemperare e poi superare il suo più rigido, iniziale orientamento, proclive ad ammettere l'istituto della disapplicazione, così vanificando i termini di decadenza.

In questo peculiare settore il problema della disapplicazione è inoltre complicato dall'“interferenza” con la tematica dell'interesse a ricorrere.

È infatti dirimente, rispetto alla possibilità stessa di disapplicare l'atto lesivo, stabilire in quale momento sorga e vada esercitato l'interesse a ricorrere: si è posta così la tormentata questione se esso debba essere coevo all'emanazione dell'atto applicativo delle disposizioni del bando – che, di conseguenza, non deve essere tempestivamente impugnato – ovvero se emerga in una fase anteriore, coincidente con quella in cui l'amministrazione detta le regole con cui autolimita la propria libertà di apprezzamento .

Se un primo orientamento, espresso dalla giurisprudenza maggioritaria, ha fissato l'interesse ad impugnare gli atti di aggiudicazione di un appalto solamente all'esito del relativo procedimento, una seconda tesi lo ha ravvisato nel momento di formazione del bando, in cui sono definiti i criteri di aggiudicazione, con conseguente onere di tempestiva impugnazione in capo alle imprese partecipanti.

Un emblematico punto di contatto di questa problematica con la più ampia questione della disapplicabilità dei bandi di gara si ravvisa in una recente pronuncia del Consiglio di Stato (¹⁸⁴).

Nel caso portato all'attenzione dei giudici di Palazzo Spada, una cittadina austriaca, senza aver previamente impugnato la clausola del bando contestata, lamentava l'illegittimità comunitaria del bando nella parte in cui prevedeva la cittadinanza italiana quale requisito essenziale per partecipare ad una procedura selettiva per l'assegnazione di alloggi con beneficio dei mutui agevolati; conseguentemente, chiedeva la disapplicazione della clausola controversa al fine di conformare la procedura di gara alle regole comunitarie.

Il Consiglio di Stato, anziché far leva sul principio di efficacia diretta delle norme comunitarie, ha fondato il suo ragionamento su una posizione consolidata della giurisprudenza amministrativa, che sostiene la necessità di impugnare tempestivamente le clausole del bando immediatamente lesive.

Tale ricostruzione poggia sulla classificazione dei bandi quali atti amministrativi: come tali, essi non sono passibili di quella disapplicazione riservata ai soli atti normativi (al pari di quelli regolamentari), imponendo a chi li ritenga viziati di impugnarli tempestivamente, a pena di decadenza.

¹⁸⁴ Cons. Stato, sez. V, 29 novembre 2005, n. 6759, cit.

A sua volta l'impugnazione, secondo i principi generali del sistema, postula una lesione attuale, immediata e concreta.

Ora, gli atti di gara, essendo atti generali, insuscettibili per loro natura di incidere concretamente ed attualmente sulla sfera giuridica dei destinatari (determinabili, peraltro, soltanto *a posteriori*), vanno impugnati secondo la dominante visione giurisprudenziale congiuntamente agli atti esecutivi, anche perché solo questi permettono di identificare il soggetto leso dal provvedimento e di rendere attuale ed effettiva la compressione della posizione soggettiva dell'interessato.

L'atto finale, in altri termini, non ripeterà una lesione già sostanziata nel bando, ma susciterà solo per la prima volta una violazione che, nel bando, esisteva solo "in potenza".

Per contro, quelle clausole che si pongano come immediatamente lesive (¹⁸⁵), perché richiedenti determinati requisiti di partecipazione, ovvero impeditive dell'accesso stesso alla selezione, vanno tempestivamente impuguate, pena la sanzione della decadenza (¹⁸⁶).

Non si perverrebbe a questa conclusione se si ritenesse, come sostenuto solo da parte minoritaria di giurisprudenza e dottrina, che il bando ha natura di *lex specialis*: il supremo Consesso di giustizia amministrativa (con Adunanza Plenaria n. 1/2003) ha del resto sancito che un bando di gara non è fonte dell'ordinamento, non avendo attitudine all'indefinita ripetibilità, ponendosi al contrario come atto sostanzialmente e formalmente amministrativo, pienamente assoggettato al principio generale della perentorietà dei termini d'impugnazione.

Tale inquadramento si riflette, a catena, sul regime di disapplicazione, se si tiene conto della distinzione, elaborata in via pretoria, fra disapplicazione provvedimento e disapplicazione

¹⁸⁵ Tali sono nella giurisprudenza del Consiglio di Stato quelle che non lasciano alcuna "libertà di manovra" all'amministrazione nell'esercizio del suo potere, vincolandola in modo così stringente da escludere ogni possibile ulteriore valutazione sul punto. La materia è stata esaurientemente trattata dall'Ad. Plenaria del Consiglio di Stato, 29 gennaio 2003, n.1, secondo cui sussiste un onere di immediata impugnazione di un bando laddove esso "*rechi una immediata lesione, per i contenuti requisiti di partecipazione, tali da precludere ex ante la proposizione, con esito favorevole, della domanda di ammissione, quali quelle che ammettono o escludono determinate categorie di soggetti. Sono immediatamente impugnabili (nel senso che ne sussiste l'onere) le clausole del bando che stabiliscono i requisiti di partecipazione o siano impeditive dell'ammissione agli interessati alla selezione, in quanto idonee a ledere immediatamente e direttamente l'interesse sostanziale del soggetto, perché esattamente identificate, preesistenti alla gara, non condizionate dal suo svolgimento*" (AP 1/2003, richiamata da Cons. Stato, n. 579/2005).

¹⁸⁶ Nell'ampia dottrina sul punto, cfr. Chirulli P., *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza conservativa e fermenti innovativi*, in *Giustizia civile*, 2004, 547; Vaiano D., *L'onere di immediata impugnazione del bando*, cit.; Pizza P., *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 3, 743 ss.; Id., *L'Adunanza Plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, nota ad Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003, n. 1, in *Foro amministrativo Consiglio di Stato* (di seguito, "*Foro amm. CdS*"), 2003, 1, 66 ss.

normativa: mentre la prima coinvolge singoli provvedimenti non normativi, incidenti su posizioni di diritto soggettivo, ed è ammessa in via incidentale nell'ambito della sola giurisdizione ordinaria (¹⁸⁷), ovvero – per assimilazione - nella sola giurisdizione esclusiva del G.A., la disapplicazione normativa prescinde dalle posizioni soggettive in gioco, attenendo piuttosto alla necessità di rilevare d'ufficio un atto normativo contrario ad una superiore previsione di legge, secondo i principi comuni in tema di gerarchia fra le fonti.

La tesi dell'impugnabilità immediata delle clausole direttamente lesive s'intreccia col principio di non disapplicazione degli atti amministrativi difformi dal diritto comunitario, anche in un'altra importante sentenza del Consiglio di Stato (¹⁸⁸): il parallelismo di queste tematiche ha offerto al Collegio lo spunto per passare in rassegna alcuni punti cardine della giustizia amministrativa.

La questione sollevata in primo grado verteva sulla disapplicabilità di un capitolato speciale, ritenendosi illegittima una clausola del bando, impugnata dal ricorrente perché ritenuta in contrasto col criterio comunitario di aggiudicazione al prezzo più basso.

¹⁸⁷ Cfr. art. 5 Legge di abolizione del contenzioso amministrativo (n. 2248/1865, all. E); per consolidata visione dottrinale e giurisprudenziale, i contenuti della legge abolitrice del contenzioso sarebbero più generale espressione del principio di ragionevolezza, riconoscendo la necessità che il giudice, nell'individuare lo schema normativo da applicare al caso concreto, applichi quanto strettamente conforme a diritto, superando in favore della legge l'eventuale contrasto fra questa e gli atti di normazione secondaria come i regolamenti. Inoltre, si evidenzia che l'eventuale, riconosciuta illegittimità di un atto amministrativo pur non potendo portare in sede di giurisdizione ordinaria al suo annullamento, non può tuttavia generare diritti opponibili alla controparte nell'ambito di un processo. La disapplicazione sarebbe quindi un fondamentale principio processuale volto a consentire al giudice ordinario – originariamente giudice unico – di ovviare all'infrazione del principio di legalità da parte delle amministrazioni pubbliche, preservando il superiore parametro della legalità dell'azione amministrativa.

¹⁸⁸ Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003 n. 35. In materia, peraltro, si è “rischiata” una pronuncia risolutiva da parte dell'Adunanza Plenaria (1/2003) che tuttavia ha espresso il *non liquet*: la questione (disapplicabilità delle disposizioni del bando di gara contrastanti con norme comunitarie) presupponeva infatti che si fosse di fronte ad una omessa o tardiva impugnazione della clausola del bando di gara, circostanza non sussistente nel caso concreto, in cui il bando era stato impugnato con ricorso tempestivo.

Il problema dell'illegittimità comunitaria *sub specie* di contrasto con una clausola nazionale, disciplinante i criteri di valutazione delle offerte anomale, è stato sollevato con ordinanza di rimessione da Cons. Stato, sez. V, 6 maggio 2002, n. 2406. L'ordinanza, dopo aver richiamato l'orientamento di alcuni giudici di merito secondo cui il bando deve essere disapplicato - anche in difetto di impugnazione tempestiva - almeno quando l'illegittimità derivi dal contrasto con la normativa comunitaria, aveva demandato alla decisione anche la soluzione di tale questione.

L'ordinanza, dopo aver richiamato l'orientamento di alcuni giudici di merito secondo cui il bando deve essere disapplicato - anche in difetto di impugnazione tempestiva - almeno quando l'illegittimità derivi dal contrasto con la normativa comunitaria, aveva demandato alla decisione anche la soluzione di tale questione.

Il giudice di primo grado ammetteva tale soluzione, ritenendo annullabile l'esclusione della ricorrente dalla procedura e l'aggiudicazione del servizio alla società controinteressata, poiché viziate in via derivata.

In sede di gravame il Consiglio di Stato si focalizza sull'illegittimità della clausola, controversa perché confliggente con un criterio comunitario di aggiudicazione, oltre che priva di adeguata giustificazione nel suo contenuto precettivo (¹⁸⁹).

Analizzare tale contrasto significa per il collegio concentrarsi sulla violazione dei canoni di "coerenza, logicità e ragionevolezza" che presiedono all'azione amministrativa e non anche, nonostante alcune diverse indicazioni rinvenibili nella motivazione, l'inosservanza di specifiche disposizioni normative.

Da una simile qualificazione dei vizi, il Consiglio di Stato trae che l'indagine sulla disapplicabilità del capitolato speciale non involge il più complesso tema dell'ammissibilità della disapplicazione di atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario (o con le norme nazionali derivate), in quanto estraneo alla materia controversa.

L'indagine che compete al Collegio dev'essere, invece, circoscritta alla verifica del potere del giudice amministrativo di sindacare incidentalmente ed eventualmente disapplicare gli atti amministrativi (tardivamente impugnati), sotto il profilo della difformità dal diritto nazionale.

¹⁸⁹ Il problema si pone, ovviamente, nei soli casi in cui il bando (o altro atto contenente la disciplina di gara) non sia stato impugnato tempestivamente, ma solo insieme all'atto applicativo (ad es. esclusione dalla procedura dell'impresa ricorrente) della prescrizione (contenuta nel bando) che si assume illegittima. Occorre perciò verificare in via preliminare la sussistenza, nel caso di specie, dell'onere (e, in caso positivo, del suo rituale assolvimento dalla parte onerata) di immediata impugnativa del capitolato speciale (relativamente alla clausola contestata).

Sul punto, il Consiglio di Stato si riallaccia ad una plenaria (Ad. Plen., ord. 4.12.1998, n. 1), che, specificamente investita della questione, aveva provveduto a distinguere le clausole immediatamente lesive dell'interesse degli aspiranti concorrenti alla partecipazione alla procedura, da impugnarsi autonomamente e tempestivamente nel termine di decadenza dalla pubblicazione del bando, rispetto alle altre regole di gara, che possono essere impuginate unitamente all'atto applicativo.

¹⁸⁹ In quest'ambito, la Corte afferma che il potere del giudice amministrativo di disapplicare atti non ritualmente impugnati è ammesso nelle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva, relativamente alla controversie su diritti soggettivi (sulla base di un'interpretazione estensiva dell'art. 5 L. n. 2245/1865 all. E), nonché avverso regolamenti illegittimi, sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento (Cons. Stato, Sez. V, n. 154/92) sia quando sia conforme al presupposto atto normativo (Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 1993, n. 799) e, in ogni caso, anche quando si verte in materia di interessi legittimi (Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 1995, n. 1332).

L'organo giudicante nega inoltre ogni carattere normativo ai provvedimenti di disciplina della gara, non ritenendo in essi configurabili i requisiti essenziali per la qualificazione di un atto come fonte dell'ordinamento, in particolare gli elementi dell'innovatività e dell'astrattezza.

Questa prima parte della sentenza ragiona sul tema della disapplicabilità senza direttamente chiamare in causa il contrasto con le fonti comunitarie, ma il Collegio non ignora che la problematica è attuale e merita ulteriori considerazioni.

Si prende così in esame il presunto vizio di violazione di norme comunitarie (da un lato, la surrettizia introduzione, in contrasto con l'art. 25 D. Lgs. n. 157/1995, di un meccanismo di esclusione automatica delle offerte anomale, dall'altro principi di estrazione comunitaria, come la tutela della concorrenza) per concludere che, in ogni caso, si perverrebbe alle “*medesime conclusioni reiettive*”.

Infatti, “*la più complessa questione della disapplicabilità di atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario*” (al quale può equipararsi il diritto interno di recepimento delle fonti sovranazionali) per il Collegio va risolta in ogni caso in senso negativo, negando, come per il caso di violazione di norme dell'ordinamento interno, il relativo potere in capo al giudice amministrativo.

Una disposizione comunitaria violata – argomenta il Collegio giudicante -, soprattutto quando convertita in norma nazionale, si pone come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti, da giudicarsi preferibile rispetto alla tesi dualistica che condurrebbe alla reciproca separatezza ed autonomia.

Conseguenza logica e coerente della tesi monistica è la “compenetrazione” del sistema delle fonti, e da qui il passo è breve per affermare che la violazione di una norma comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno difforme dal relativo paradigma di validità⁽¹⁹⁰⁾.

Appare significativo, in tal senso, che nell'originario progetto di riforma della legge sul procedimento amministrativo, l'art. 13-*sexies* – poi non confluito nella l. n. 15/2005 - qualificasse espressamente come “annullabile” il provvedimento viziato da violazione di disposizioni di fonte comunitaria⁽¹⁹¹⁾: l'inciso è stato quindi eliminato nella versione definitiva, tuttavia non può ignorarsi che l'art. 21-*octies* attualmente qualifichi come causa di annullabilità la violazione di legge, e che per tale, nell'ottica dell'integrazione degli ordinamenti, deve intendersi anche la norma comunitaria dotata di efficacia diretta.

Nessun riferimento all'illegittimità comunitaria appare invece, fra le tassative cause di nullità, nell'art. 21-*septies*, che ha aderito al criterio dell'enunciazione tassativa delle ipotesi di nullità

¹⁹⁰ Al contrario, la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) sarebbe configurabile per il Collegio nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale fosse stato adottato esclusivamente 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.

¹⁹¹ È in ogni caso significativo che nell'art. 1, l. n. 241/90 attualmente vigente sia stata espressamente indicata la fonte comunitaria come parametro diretto di legalità dell'azione amministrativa.

radicale dell'atto amministrativo. La mancata codificazione del contrasto al diritto comunitario fa dunque propendere per la tesi del residuale, ordinario regime di annullabilità (¹⁹²).

Accertato così che il provvedimento contrastante con il diritto comunitario soggiace al regime sostanziale e processuale dell'atto illegittimo-annullabile, occorre verificare se la disciplina processuale interna, che impedisce il sindacato incidentale ed ufficioso dell'atto inoppugnato o tardivamente impugnato (ad eccezione degli atti di normazione secondaria) e, quindi, la sua disapplicazione, sia compatibile con la *primauté* del diritto comunitario e con il suo carattere vincolante per i giudici, oltre che per i legislatori e le amministrazioni, degli Stati membri.

Sul tema, il Consiglio di Stato si riallaccia puntualmente alla Corte di Giustizia: l'esercizio della potestà normativa in materia di tutela giurisdizionale di posizioni soggettive fondate sul diritto comunitario è libera, pur se soggetta ai noti, inderogabili principi di equivalenza e di effettività.

In base al primo, nel caso di specie non è dato riscontrare alcun trattamento deteriore riservato al ricorrente che azioni una posizione soggettiva costituita dal diritto comunitario, rispetto a chi denunci invece l'illegittimità dell'atto per contrasto con la legislazione nazionale.

Quanto all'effettività, essa appare invece garantita dalla fissazione di termini ragionevoli, congegnati in modo da far valere efficacemente le pretese comunitariamente protette.

In particolare, l'ordinamento processuale nazionale (come quello italiano) deve porre il soggetto in grado di comprendere pienamente il pregiudizio generato da un atto amministrativo violativo del diritto comunitario, ed apprestare validi strumenti di reazione, agevolmente azionabili (quali la proposizione di un ricorso giurisdizionale entro il termine di sessanta giorni).

In un simile contesto, l'omessa attivazione di tali rimedi deve addebitarsi a negligenza della persona (fisica o giuridica) lesa dal provvedimento rimasto inoppugnato, e non a disfunzioni o a carenze del sistema di tutela di riferimento. Sarebbe semmai interessante, in quest'ipotesi, avanzare la tesi di un concorso del fatto colposo del creditore, ricorrendo a schemi propriamente civilistici.

Oltre alla clausole di bandi di gara, un'ulteriore, rilevante ipotesi di lesione del diritto comunitario da parte di provvedimenti – sia pure “atipici” - può risiedere nell'adozione di ordinanze di necessità

¹⁹² Le considerazioni sulla tassatività delle cause di nullità sono fatte proprie anche dalle più recenti pronunce del Consiglio di Stato (cfr. sez. V, 22 novembre 2006, nn. 6831, 6832 e 6833,) secondo cui, neppure in tema di impatto ambientale si può sostenere che il provvedimento adottato in violazione del diritto comunitario sia nullo, in quanto l'entrata in vigore dell'art. 21-*septies* l. 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono quindi un numero chiuso. Peraltro, le più recenti pronunce del Collegio (fra cui, cfr. sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, in *Giur. It.*, 2006, p. 2414), spostano l'analisi sul versante dell'autotutela, riconoscendo che il principio del consolidamento dei provvedimenti amministrativi non impugnati e della non doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela opera anche quando il vizio dedotto sia costituito dalla violazione del diritto comunitario (sul tema, *amplius*, sez. II del presente capitolo).

ed urgenza, tipicamente espressive del potere di derogare a norme di legge, sia pure nel rispetto del quadro costituzionale e dei principi generali dell'ordinamento.

L'interrogativo che si è prontamente manifestato, all'indomani dell'emersione del sistema di responsabilità civile degli Stati membri per violazione del diritto comunitario, è se tali fonti possano derogare, sia pure nel rispetto dei principi inviolabili dell'ordinamento costituzionale, alle disposizioni di diritto comunitario.

La questione ha ovviamente destato clamore, dividendo giurisprudenza – tendenzialmente favorevole a tale deroga – e dottrina.

Quest'ultima, in particolare, denuncia come da un simile regime possa derivare un sistema gerarchico di fonti “rovesciato”, in cui si concederebbe ad atti amministrativi, sia pure “speciali”, quanto non concesso, neppure in via di eccezione, alle fonti normative. Con il risultato, in definitiva, di attentare pesantemente al primato del diritto comunitario.

In termini pragmatici, si suggerisce quindi di risolvere il problema a monte, avvalendosi di strumenti flessibili ed alternativi messi a disposizione dallo stesso diritto comunitario (¹⁹³).

7. Limiti e condizioni al(l'eventuale) regime di disapplicabilità. Alcuni fermenti innovativi...

Nonostante la tesi dominante voti a sfavore della disapplicabilità dell'atto anticomunitario, negli ultimi anni per alcune letture interpretative l'istituto della disapplicazione non è totalmente estraneo alla gestione della giustizia amministrativa, specie quando vengano in rilievo atti inidonei ad incidere direttamente sulle situazioni giuridiche dei privati.

A livello processuale, la possibilità di disapplicare consentirebbe di valutare incidentalmente la legittimità del bando, nell'ambito del giudizio sulla condotta tenuta dall'amministrazione: i fautori di questa tesi, pur se in netta minoranza, ne mettono in luce la maggiore consonanza con un processo amministrativo moderno, improntato a maggiore duttilità degli strumenti di tutela, ponendo l'accento più sull'effetto di accertamento che non su quello di annullamento e sulla disponibilità di una gamma più vasta e flessibile di rimedi.

¹⁹³ Cfr. Caringella F., Corso di Diritto amministrativo, 2005, cit., p. 121, che cita TAR Puglia, sez. II, 25 febbraio 1997, n. 208, in *Urb. App.*, 1997, 651 ss. come concreta applicazione giurisprudenziale (caso relativo alla costruzione di un impianto di depurazione indetto per fronteggiare il rischio legato alla diffusione di malattie, in occasione del quale si è derogato all'applicazione delle regole dettate dal d.lgs. n. 406/1991, sulla valutazione delle offerte anomale, norma attuativa delle disposizioni comunitarie in materia).

Rispetto alla classica dicotomia fra i suoi sostenitori e detrattori, può emergere peraltro una situazione diversa, in cui la disapplicazione vale come “soluzione necessitata”, pena un’ulteriore violazione del diritto comunitario.

È il caso su cui si è interrogato di recente il T.A.R. Sardegna Cagliari, sez. I, n. 549/2007, che ha offerto un’innovativa ricostruzione di questo istituto a proposito di illegittimità comunitaria degli atti amministrativi nazionali.

Il Collegio riconosce che alla base delle difficoltà che hanno portato dottrina e giurisprudenza a dividersi soprattutto negli ultimi tempi c’è il problema di contemperare da un lato il principio di legalità dell’azione amministrativa, che come tale risponde, ai sensi dell’art. 1, comma 1-*bis* l. 241/1990, non solo ai dettami della normazione interna ma anche a quelli comunitari, dall’altro l’affidamento dei privati e basilari esigenze di certezza del diritto.

Principio, questo, che se è caro a tutti gli ordinamenti interni, lo è a maggior ragione alla Corte di Giustizia delle Comunità europee.

La vicenda dedotta in giudizio nasce dalla costituzione di una società a partecipazione pubblica locale promossa da un Comune, che partecipando in qualità di socio minoritario, le affida la gestione del servizio idrico integrato comunale, senza ricorso a previa procedura di evidenza pubblica. A distanza di tempo, lo stesso ente locale bandisce una procedura di gara per l’ampliamento della rete di distribuzione dell’acqua potabile ed un intervento di adeguamento dell’impianto esistente.

L’affidataria obietta che tali lavori rientrano tra le attività oggetto di convenzione stipulata fra l’ente comunale e la società e ricorre al giudice amministrativo per l’annullamento del bando di gara.

Il Tribunale estende il suo giudizio alla valutazione dell’eventuale sussistenza di vizi propri del precedente atto di affidamento, rilevando così che la determinazione di affidare in via diretta il servizio, pur poggiando su una normativa interna a ciò non ostativa, viola il diritto comunitario, precisamente “*le disposizioni in materia di appalti pubblici e le norme del Trattato poste a presidio della libera circolazione delle merci e (art. 28) e dei servizi (art. 49), della libera concorrenza (art. 81) e della libertà di stabilimento (art. 43), di cui le prime sono espressione*”. Come noto, alla stregua della normativa comunitaria gli affidamenti di opere e di servizi erano e sono consentiti a condizione che gli stessi avvengano “*in house*”, in favore di società a partecipazione pubblica totalitaria, che realizzino la parte più importante della propria attività con l’ente pubblico controllante e su cui quest’ultimo eserciti un controllo analogo a quello esercitato sui propri apparati burocratici, condizione che nella fattispecie non è neanche lontanamente rinvenibile.

Da tale violazione non rifuggono conseguenze sulla procedura di evidenza pubblica.

Sul piano processuale si respinge innanzitutto, in sintonia con i più recenti orientamenti, la tesi della nullità del susseguente contratto (¹⁹⁴).

Prendendo le mosse dalla tesi che riconduce ad unità e integrazione l'ordinamento nazionale e comunitario, il vizio generato dall'inosservanza della normativa sovrazionale viene quindi classificato come illegittimità per violazione di legge, con conseguente annullabilità del provvedimento.

Vero è che sul piano processuale il giudice ha il potere di far prevalere la legalità sostanziale in una con il rispetto della legalità comunitaria e della certezza nell'applicazione del relativo diritto: ebbene, la possibilità di disapplicare metterebbe in crisi i superiori principi di certezza dei rapporti giuridici pubblicistici oltre a quelli di stabilità, affidamento, continuità e presunzione di legittimità che assistono in generale l'attività amministrativa.

Non viene posto in dubbio dunque il generale indirizzo a sfavore della disapplicazione degli atti anticomunitari.

Fermi tali principi, l'originalità della pronuncia risiede tuttavia nel "capovolgimento" dell'impostazione tradizionale: più che il problema della disapplicazione, viene in rilievo l'ammissibilità di un' "eccezione disapplicatoria" (¹⁹⁵).

Di fatti, se la problematica del vizio da violazione della normativa comunitaria è stata sempre affrontata dal punto di vista del soggetto leso, incentrandosi il dibattito per lo più sul principio di non elusività dei termini di decadenza, qui si può riscontrare una situazione opposta, con conseguente diverso ordine di tutela.

Il privato che ricorre nel caso di specie, infatti, lungi dall'essere leso, fonda le proprie ragioni proprio sull'atto inficiato da illegittimità comunitaria, di cui chiede quindi l'applicazione sotto ogni aspetto: egli afferma infatti che il provvedimento impugnato (il bando per il nuovo affidamento dei

¹⁹⁴ La tesi della nullità, invero recessiva, ritiene che le norme sull'evidenza abbiano carattere imperativo, in quanto volte alla tutela di interessi di ordine pubblico generale, la cui violazione comporta la nullità virtuale del contratto, ex art. 1418 c.c., e ad analoga conclusione perviene un ulteriore indirizzo, che muovendo dalla natura giuridica mista del provvedimento di aggiudicazione e valorizzandone la componente negoziale, ritiene che il relativo annullamento faccia venir meno il consenso della P.A., con conseguente nullità del contratto per difetto del requisito sostanziale dell'accordo. Nonostante su tale tesi prevalga l'impostazione intermedia che parla di inefficacia ad effetti caducanti sul susseguente contratto, e nonostante il recente intervento di Cass., S.U. 28 dicembre 2007, n. 27169 e di Consiglio di Stato, 28 marzo 2008, n. 1328, il Cons. Stato con Adunanza Plenaria 30 luglio 2008, n. 9 non ha sciolto il principale nodo relativo alla "qualificazione" dell'invalidità del contratto all'esito dell'annullamento dell'aggiudicazione, disinteressandosi di tale profilo ed anzi spezzando il filo di consequenzialità logica che per anni sia la dottrina sia la giurisprudenza hanno colto fra i profili sostanziali e quelli processuali della materia.

¹⁹⁵ Cfr. Macchia M, *La violazione del diritto comunitario e l' «eccezione disapplicatoria»*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 7, 589 ss.

lavori) è illegittimo perché in contrasto con un atto che a sua volta è difforme dal diritto comunitario (previo affidamento in via esclusiva e senza gara del servizio idrico comunale).

La novità interpretativa consiste nel far leva sulla richiesta dello stesso privato, il quale ricorre non per tutelarsi dall'atto illegittimo, ma anzi per invocare l'applicazione del provvedimento contrario alla normazione comunitaria.

Di fronte ad una simile richiesta, osserva il Collegio sardo che *“non possono frapporsi ostacoli a che il giudice giudichi la controversia alla luce degli effettivi parametri di legalità sostanziale, nel pieno rispetto del principio di preminenza del diritto comunitario”*.

Questa ricostruzione, come si può notare, è molto vicina alla recente lettura in termini sostanziali della legittimità del provvedimento amministrativo ed evoca, in parallelo, le recenti novità legislative in tema di invalidità dell'atto amministrativo.

Attenta dottrina ha già rilevato come l'art. 21 – *octies* abbia consacrato, a livello normativo, la rottura della coincidenza fra *“l'interesse obiettivo alla legittimità dell'atto amministrativo e l'interesse individuale, soggettivizzato nella figura dell'interesse legittimo”* ⁽¹⁹⁶⁾: la norma, negando la possibilità di annullare l'atto illegittimo per vizi formali, laddove riproducibile con contenuto immutato, di fatto attribuisce una valenza autonoma e realmente sostanziale all'interesse protetto, facente capo al privato.

È evidente qui il contemperamento fra salvezza del contenuto sostanziale ed esigenze di legalità del sistema: in quest'ottica, se la disciplina della fattispecie, nei suoi aspetti sostanziali, esclude la possibilità di soddisfare l'interesse materiale, vengono a mancare sia il pregiudizio per l'interesse materiale, sia la lesione dell'interesse legittimo.

Proprio sulla scorta di questa ricostruzione sostanziale del principio di legalità dell'azione amministrativa, il collegio suggerisce una riflessione: può il divieto di disapplicazione di atti comunitariamente illegittimi non ritualmente impugnati spingersi al di là dei limiti segnati dalla sua stessa ragion d'essere? Se si risponde negativamente a questo interrogativo, appare evidente che l'atto su cui il ricorrente fonda le sue pretese potrà esplicare i suoi effetti solo laddove pienamente conforme al diritto comunitario, *“non potendo, in caso contrario, costituire fonte di legittime aspettative del privato”*.

In quest'ipotesi, al giudice non resta che disapplicare l'atto, o comunque giudicare della controversia senza tenerne conto. Peraltro, un accoglimento delle prospettazioni del ricorrente porterebbe al paradosso di dover annullare un atto conforme al diritto comunitario, che impone in via assoluta l'affidamento in appalto di pubblici servizi mediante svolgimento di gara.

¹⁹⁶ Cfr. Caringella F., Garofoli R., in *Giurisprudenza amministrativa 2005, La natura giuridica della responsabilità della P.A.*, Giuffrè, Milano, 2005, p. 18.

Un aspetto molto interessante di questa ricostruzione è che la qualificazione del vizio di incompatibilità comunitaria viene nettamente disgiunta da considerazioni di ordine tecnico – processuale: pur potendosi più impugnare in via diretta il provvedimento anticomunitario, il giudice si sente titolato ad usare un sindacato di tipo incidentale e a contestare l’illegittimità d’ufficio.

Si fa strada allora al rimedio della disapplicazione, pur a termini di impugnazione ampiamente scaduti, perché si ritiene che a fronte di un atto anticomunitario, il termine di decadenza semplicemente non venga in essere, né si verifichi una compressione o degradazione di diritti.

8. ... prontamente spenti dal Consiglio di Stato (sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263).

Il caso sinora trattato, giunto in secondo grado, ha subito un brusco arresto.

I possibili spiragli di apertura verso la soluzione disapplicatoria, sia pure in via di “eccezione”, sono stati prontamente bloccati dal Consiglio di Stato, che ha anzi inasprito la propria posizione.

Ne è uscita confermata la lettura per cui un atto puntuale e concreto della pubblica amministrazione, affetto da illegittimità comunitaria, deve ricondursi al vizio di annullabilità- illegittimità ordinaria, stante l’equiparazione dei due ordini di fonti normative ⁽¹⁹⁷⁾.

Resta quindi rigidamente preclusa la possibilità, sia per il giudice nazionale sia per la pubblica amministrazione, di disapplicare un provvedimento anticomunitario

La diversa patologia della nullità è invece ravvisabile qualora il provvedimento sia stato adottato sulla sola base di una norma – fondante il potere – incompatibile con il diritto comunitario, quindi disapplicabile

Da tutto ciò deriva, complessivamente, che eventuali “*dubbi di legittimità sugli atti comunitari presupposti di atti amministrativi interni devono essere proposti, dai privati, nei termini di legge previsti dall’ordinamento processuale interno, con il ricorso introduttivo del giudizio*”.

Nonostante la particolarità della fattispecie (dove non era il ricorrente ad invocare l’invalidità comunitaria dell’atto contestato, una volta spirati i termini per la relativa impugnazione, bensì l’amministrazione resistente ad invocarlo per ottenere il rigetto del ricorso), il Consiglio di Stato ha mostrato quindi contrario avviso all’impostazione di prime cure.

Si è perciò rilevato che l’atto amministrativo, di cui si lamenta l’illegittimità sul fronte comunitario, non è disapplicabile *sic et simpliciter* dall’amministrazione, ma va eventualmente rimosso facendo

¹⁹⁷ Si conferma quindi la più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, nel senso che il capo sulle invalidità dell’atto amministrativo ha offerto nuovi riscontri puntuali al fine di escludere, ai sensi dell’art. 21-*septies*, l. n. 241/1990, che il vizio di illegittimità comunitaria dell’atto possa integrare una causa di nullità del medesimo.

ricorso ai poteri di cui questa disponga, sempre rispettando i “*principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di ragioni di pubblico interesse alla rimozione dell’atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dall’osservanza delle garanzie che l’ordinamento appresta per i soggetti incisi dall’atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento*”.

Del resto, considerando che la fattispecie nasceva da un affidamento diretto della gestione di un servizio idrico comunale, in violazione del principio di concorsualità comunitaria, ci si può interrogare se la questione della disapplicazione non sia meramente nominalistica, configurando un falso dilemma (¹⁹⁸).

Il vero punto di snodo potrebbe essere suggerito dalla stessa disciplina comunitaria, spesso improntata ad esemplare pragmatismo e meno invischiata nella risoluzione di diatribe teoriche.

In particolare, spunti significativi nella materia potrebbero giungere dalla direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell’11 dicembre 2007 (da recepire entro il 20 dicembre 2009), modificativa delle storiche Direttive ricorsi (89/655/CEE e 92/13/CEE del Consiglio) in termini di miglioramento delle procedure di ricorso per gli appalti pubblici: essa disciplina infatti casi analoghi a quello risolto dalla pronuncia in rassegna, prevedendo ipotesi di privazione di effetti per contratto stipulati in violazione di regole di fonte comunitaria.

9. La responsabilità dello Stato-amministrazione. Una possibile comparazione con la responsabilità per fatto degli organi giurisdizionali di ultima istanza.

Chiarite le possibili coordinate – pratiche e teoriche – della patologia dell’atto amministrativo anticomunitario, può essere interessante valutare se vi siano dei possibili punti di contatto fra i principi elaborati in due diversi ambiti in cui si può esplicare attività di matrice statale, contraria al diritto comunitario, ossia il potere giurisdizionale e l’azione amministrativa.

In realtà, si possono rilevare alcune divergenze in sede di constatazione dell’una o dell’altra “forma” di responsabilità.

¹⁹⁸ Caranta R., *Fino a che punto un contratto invalido vincola la pubblica amministrazione?*, cit., 195 ss., l’A. auspica che “la giurisprudenza si preoccupi meno delle beghe di confini e più della necessaria coerenza del sistema giuridico, che tenga conto delle correzioni anche importanti imposte dal diritto comunitario”, p. 201.

Sotto il profilo dell'attività amministrativa degli Stati membri, la Corte di Giustizia non ha dettato dei parametri di riferimento precisi, tali da poter individuare univocamente una condotta contraria al diritto comunitario.

Non a caso, il conflitto viene schermato da disposizioni normative quando viene in rilievo un'invalidità di tipo indiretto, oppure è la norma comunitaria che assurge a diretto parametro di legalità, quando emerge un'invalidità di tipo diretto: al di là del contrasto con le fonti normative, non soccorrono criteri aggiuntivi, tali da connotare in modo "speciale" la responsabilità dello Stato-amministrazione.

Sul punto, si possono registrare semmai delle pronunce (così, nel caso *Santex*) in cui la Corte ha biasimato il comportamento ambiguo e non pacifico dell'amministrazione, capace di sovvertire i basilari principi di decadenza per decorrenza dei termini, di certezza e presunzione di validità dell'atto, con grave lesione di principi consacrati anche dal diritto comunitario, quali l'affidamento e la certezza del diritto.

Tuttavia, non esistendo un parametro univoco, tale da qualificare la violazione come "grave", deve ritenersi che la mera violazione delle disposizioni comunitarie ponga l'amministrazione statale in una posizione di difetto, facendo scattare la responsabilità statale.

In tema di responsabilità dello Stato-giurisdizione, forse la delicatezza della materia ed il rischio di ingerenze in un potere "sensibile" come quello giudiziario, ha portato invece la Corte a individuare un più chiaro indice di selezione, in presenza del quale la violazione possa definirsi "grave", così innescando la fattispecie della responsabilità.

Qualora siano in rilievo controversie giuridiche di respiro comunitario, connotate da oscurità interpretativa o da palese negligenza della giurisprudenza comunitaria, la mancata rimessione al giudice comunitario può rilevare come indice della "gravità" o "serietà" della violazione.

Ne risultano così meglio configurati i caratteri della violazione degli organi giurisdizionali, rispetto all'ipotesi di incompatibilità comunitaria amministrativa: il *vulnus* al diritto comunitario, ravvisato nell'omessa attivazione del rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia ex art. 234 TCE, in ipotesi d'incertezza interpretativa, contribuisce infatti a delineare il concetto di "colpa grave".

Al contrario, laddove l'operato degli organi nazionali possa dirsi immune da censure e sia stata garantita l'effettiva tutela giurisdizionale di diritti radicati nel diritto comunitario, quest'ultimo si ritrae, nulla potendo contestare in merito alla gestione "interna" del diritto nei Paesi comunitari.

In definitiva, si può ravvisare in un preciso e ben delineato inadempimento dei giudici nazionali l'*escamotage* più idoneo ad accogliere il bilanciamento dell'esercizio di altissime funzioni costituzionali, quali il potere giurisdizionale, l'autorità di cosa giudicata e più in genere la responsabilità dello Stato.

Ciò segna un distacco dalle violazioni commesse dallo Stato-amministrazione, dove i requisiti per affermare l'illecito non sono isolabili *a priori*, ma rispondono ad una puntiforme e casistica individuazione giurisprudenziale, senza che si stagli un vero e proprio tratto identificativo dell'illecito, una precisa "*condicio sine qua non*", la cui inosservanza determini senz'altro la lesione del diritto sovrastatale.

I ragionamenti sviluppati dalla Corte stanno così portando a ritenere che la "certezza" del diritto possa connotarsi di sfumature diverse a seconda che venga in rilievo la responsabilità dello Stato – amministrazione rispetto a quella dello Stato – giurisdizione.

10. L'invalidità sopravvenuta per jus superveniens di diritto comunitario

Il tema dell'illegittimità sopravvenuta del provvedimento rispetto ad una fonte comunitaria rappresenta un banco di prova per il principio *tempus regit actum*, saldamente radicato in diritto amministrativo.

La questione è particolarmente viva e complessa, coinvolgendo l'ipotesi di una invalidità del tutto peculiare dell'atto amministrativo e dei correlativi poteri, esercitabili dalla pubblica amministrazione in tale evenienza. In ciò, peraltro, si guadagnano uno spazio le stesse sentenze della Corte di Giustizia, anch'esse integranti *ius superveniens* comunitario.

Ad esse sembra attribuibile una forza retroattiva superiore a quella delle stesse sentenze di illegittimità costituzionale, per le quali l'intervenuto giudicato costituisce un limite di efficacia insuperabile, a prescindere dal fatto che la pronuncia sia stata adottata da un organo giurisdizionale o amministrativo.

Punti cardinali della delicata materia sono da un lato la distinzione fra norme procedurali e sostanziali, dall'altro il principio per cui, alla luce del principio di legalità occorre considerare la conformità di ogni atto amministrativo, anche endoprocedimentale, alla legge vigente nel preciso momento in cui lo stesso venga posto in essere.

Quanto alle norme procedurali, si ritiene che, in assenza di espressa disposizione contraria, l'avvio del procedimento non escluda l'applicabilità della normativa sopravvenuta ai procedimenti in corso, e ciò vale per l'applicazione del "pregresso" a singoli segmenti dell'*iter* procedimentale, specie quando, come evidenziato dal Consiglio di Stato "*la procedura si divida in varie fasi coordinate, ma dotate di una certa autonomia; in tali ipotesi, invero, la nuova norma può trovare applicazione*

per le fasi che all'atto della sua entrata in vigore non siano state ancora realizzate, non anche per fasi già espletate e compiute" (¹⁹⁹).

Al contrario, le fasi procedurali già esaurite non vanno rinnovate, ma rispetto a quelle ancora *in fieri* potrebbe ben venire in rilievo la nuova norma.

Giurisprudenza e dottrina tendono quindi ad escludere che un provvedimento inizialmente conforme possa "venir meno" per il mutato contesto normativo (²⁰⁰).

Sulle modalità con cui fronteggiare il contrasto sopravvenuto con una fonte di diritto comunitario, Consiglio di Stato (²⁰¹) e Corte di Giustizia(²⁰²) si mostrano in ogni caso allineate su posizioni analoghe, ritenendo non necessaria una rimozione in sede di autotutela dell'atto rivelatosi solo *ex post* contrario a norme sovraordinate.

Si paventa del resto che un'eventuale rimozione dell'atto possa comportarne l'annullamento sostanziale, regolando l'atto amministrativo in oggetto (a differenza dell'atto normativo che può, tramite la disapplicazione, essere vanificato limitatamente al caso concreto) una specifica e determinata situazione giuridica.

Sembra quindi più corretto in linea di principio, anche alla luce del tradizionale diniego opposto dal Consiglio di Stato alla disapplicazione di atti non regolamentari, sostenere che non si debbano operare distinzioni di sorta in ordine alla fonte dello *jus superveniens*, ai fini della regola per cui

¹⁹⁹ Cons. Stato, sez. VI, parere n. 440/2007, richiamato da Arlotta A., *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo*, accessibile presso l'URL: <http://www.altalex.com/index.php?idstr=32&idnot=37636>; per un'analisi, in parallelo, delle relazioni fra provvedimento e legge incostituzionale, cfr. Giovagnoli R., *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, nota a *Consiglio di Giustizia Amministrativa*, 13 giugno 2001, n. 458 in *Urbanistica e appalti*, 2002, 2.

²⁰⁰ Per Cons. Stato, sez. V, n. 6361/2003, la legittimità di un provvedimento amministrativo va valutata rispetto alle norme di legge vigenti all'atto della sua emanazione, non potendosi configurare un'illegittimità sopravvenuta a seguito di norme successive, a meno che questa non sia espressamente prevista da una specifica norma dell'ordinamento, o non sopravvengano norme di sanatoria anche in favore di situazioni su cui l'amministrazione abbia già provveduto.

²⁰¹ La Corte di Giustizia mostra un atteggiamento ambiguo, da un lato propugnando l'effettività della supremazia del diritto comunitario, con forti affermazioni di principio fra cui quella che esige in nome del primato la disapplicazione di qualsiasi disposizione della legislazione nazionale in contrasto con norma comunitaria, a prescindere dalla sua anteriorità o posteriorità; dall'altro promuovendo l'esigenza basilare di garantire in ogni caso tutela giurisdizionale ai singoli in forza di previsioni di diritto comunitario, innegabile neanche in contesti peculiari, ad esempio laddove si controverta sulla natura della disposizione di diritto interno contrastante con il diritto comunitario.

²⁰² Cfr. CGCE, causa C-198/2001, cit., secondo cui il vizio di violazione del diritto comunitario non comporta il necessario, e sostanzialmente vincolato, esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione. Si rinvia per una più ampia disamina alla sez. II del presente capitolo.

tempus regit actum: in ciò si eviterebbe il rischio di scomode “discriminazioni alla rovescia”, in danno delle norme nazionali.

Una limitatissima deroga a questa ricostruzione potrebbe residuare soltanto nei margini di discrezionalità di cui dispone l'amministrazione al fine di adottare atti di secondo grado, secondo i poteri conferiti dalle ormai canonizzate figure di cui al capo IV bis, l. n. 241/1990.

Simili conclusioni del resto ripropongono i solidi principi riguardanti, sotto altro profilo, l'immutabilità del giudicato di fronte a norme sopravvenute, consacrata anche da Cons. Stato, Ad. Plen. 21 febbraio 1994, n. 4 (²⁰³).

11. Le possibili implicazioni dell'invalidità comunitaria degli atti amministrativi. L'evoluzione della responsabilità amministrativa per danno all'erario.

Uno dei risvolti più immediati dell'incidenza del diritto comunitario sul diritto interno è dato dall'estensione delle ipotesi di responsabilità erariale, che vede coinvolti interessi sia nazionali che comunitari (²⁰⁴).

²⁰³ Secondo tale pronuncia, il superamento del giudicato consentirebbe al legislatore di “*vanificare in ogni momento la funzione propria della Magistratura, rendendo aleatoria ... quella tutela giurisdizionale che costituisce un fondamentale diritto assicurato al singolo dalla Costituzione: tutela che non può dirsi tale se non è completa e indipendente dall'ingerenza di ogni altro potere*”. Peraltro, in via derogatoria, va rammentato che per la stessa giurisprudenza amministrativa ove sopravvenga una modifica legislativa non pertinente alle specifiche questioni dedotte in giudizio, lo *jus superveniens* dovrà applicarsi alla successiva azione amministrativa, nonostante le possibili incidenze sull'esecuzione del giudicato. Ciò costituirebbe un “*effetto della portata logica del giudicato e non della possibilità di un suo superamento in nome del principio di astratta legalità talvolta fatto valere dalla Corte di Giustizia*”: così Montedoro G., *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'“insostenibile leggerezza del processo impugnatorio”)*, in *Diritto e politiche dell'Unione europea*, 2007, 3, p. 76.

²⁰⁴ I casi più evidenti di violazione del diritto comunitario, in cui dalla procedura d'infrazione è scaturita la contestazione della responsabilità erariale, attengono all'evasione di dazi doganali ed alla gestione dei fondi comunitari, in particolare per erogazioni illegittime, per omesso controllo statale nella riscossione di entrate proprie della Comunità, ovvero per omessa vigilanza sull'utilizzo dei fondi. In tema di aiuti comunitari, dichiarati illegittimi dalla Commissione con condanna dello Stato, il concetto di “danno erariale” è stato in via pretoria identificato sostanzialmente nell'importo dell'aiuto non recuperabile, oppure considerato come un danno *in re ipsa* qualora dall'erogazione non fosse derivata alcuna utilità.

Fra le questioni più controverse, si registra quella sui limiti del sindacato sull'azione discrezionale nell'attuazione degli obblighi comunitari, nonché sull'elemento soggettivo della colpa grave in relazione all'interpretazione della norma comunitaria; così Corte dei Conti, sez. giur. Rg. Lazio, 26 febbraio 1998 n. 23, in *Rivista della Corte dei Conti*, 1998, 1,

In primo luogo, in determinate ipotesi l'inosservanza della doverosa "disapplicazione" di atti e norme nazionali in contrasto con l'ordinamento comunitario può integrare ipotesi di responsabilità civile e di condanna dello Stato per infrazione (art. 226 TCE) e per danno ingiusto; a ciò si aggiunge la necessità di verificare se l'omessa disapplicazione possa integrare un danno erariale diretto, derivante dal pregiudizio per l'economicità e l'efficienza dell'azione amministrativa ⁽²⁰⁵⁾.

Risolta in senso negativo dalla stessa Corte di Giustizia la questione se il funzionario debba o meno disapplicare atti anticomunitari, una volta spirato l'ordinario termine di decadenza, va comunque affrontata in via generale questione se l'agente pubblico possa rispondere in sede erariale della mancata disapplicazione di atti normativi, e provvedimenti in genere, contrari al diritto comunitario. Un simile obbligo potrebbe avere riflessi molto rilevanti sull'accertamento dell'elemento soggettivo della colpa o del dolo, e sulla conseguente valutazione dell'illiceità della condotta, distinta dall'illegittimità del provvedimento.

Le segnalate difficoltà ricostruttive possono essere incrementate da un'erronea interpretazione ed attuazione del diritto comunitario, intesa come errore dell'apparato amministrativo, che tuttavia non può fare ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234 TCE, essendo tale facoltà riconosciuta al solo potere giudiziario.

Un'ulteriore, frequente occasione di responsabilità amministrativa del funzionario potrebbe derivare dall'attuazione (od omessa attuazione) di atti comunitari la cui illegittimità (o legittimità) sia stata accertata in un secondo momento dal giudice comunitario ⁽²⁰⁶⁾.

In quest'ambito, un'implicazione di rilievo deriva dal carattere duplice della responsabilità amministrativa conseguente alla lesione del diritto comunitario, che verrà contestata non solo allo Stato membro in sede di infrazione (oltre che risarcitoria, se dall'atto derivino posizioni giuridiche soggettive), ma anche a carico del singolo dipendente.

In difetto di una disciplina specifica sul punto, la Corte di Giustizia ha in più sedi rilevato che la questione del risarcimento da parte di un ente nazionale dei danni arrecati ai singoli da enti o

partendo dal presupposto che la colpa grave consista in una sprezzante trascuratezza dei doveri di ufficio, l'ha esclusa in presenza di oscurità normative e interpretazioni "ondivaghe" in sede nazionale.

²⁰⁵ Cfr. Antoniazzi S., *Responsabilità amministrativa per violazione del diritto comunitario: alcune riflessioni sull'evoluzione del danno "all'erario comunitario"*, Relazione al 51° Convegno di Studi amministrativi "Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)", Varenna, 15-17 settembre 2005), in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, 2251, evidenzia come fra le più frequenti ipotesi di responsabilità erariale collegate alla violazione del diritto comunitario si annoverano l'evasione di dazi doganali e la gestione e i controlli dei fondi comunitari.

²⁰⁶ L'ipotesi si può riscontrare specialmente in tema di decisioni, efficaci nei confronti delle autorità degli Stati membri senza una previa verifica di legittimità della Corte di giustizia, che potrebbe intervenire in seguito all'esperimento di un ricorso per annullamento.

dipendenti degli Stati membri in occasione dell'applicazione del diritto comunitario, va valutata dai giudici nazionali in funzione del diritto interno dei rispettivi ordinamenti ⁽²⁰⁷⁾.

Ciò porta ad ipotizzare l'opportunità di un accertamento in sede di rinvio pregiudiziale di cui all'art. 234 TCE, volto a verificare se il funzionario debba rispondere del danno derivante dall'esecuzione di un atto comunitario in effetti illegittimo ⁽²⁰⁸⁾.

L'ipotesi di responsabilità erariale in cui entri invece in gioco, in via diretta, un provvedimento illegittimo di diritto interno, anticomunitario, richiede due presupposti. Oltre alla presenza dell'illecito civile, rilevante per l'ordinamento nazionale, deve rilevarsi infatti un collegamento con un obbligo di rifusione e di recupero da parte dello Stato ⁽²⁰⁹⁾.

Nella casistica giurisprudenziale, si può notare che le *chances* di connessione fra violazione comunitaria e responsabilità amministrativa riguardano generalmente i casi di frodi e di irregolarità realizzate da agenti pubblici in sede di gestione o utilizzo di fondi comunitari, durante la fase nazionale del procedimento amministrativo "composto", perché di competenza in parte comunitaria e in parte nazionale.

Un interessante elemento di cui si è arricchita la fattispecie di responsabilità amministrativa per danno alla Comunità europea consiste nell'estensione della nozione di "amministrazione o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza" ⁽²¹⁰⁾: in rapporto ai finanziamenti dell'Unione indebitamente erogati ad un Comune, una recente interpretazione della giurisprudenza contabile ha riconosciuto la giurisdizione per il danno alla Comunità provocato da amministratori o funzionari pubblici nell'esercizio di attività amministrative, richiamando l'art. 1 comma 4, l. 14 gennaio 1994, n. 20, secondo cui *"La Corte dei conti giudica sulla responsabilità amministrativa degli amministratori e dipendenti pubblici anche quando il danno sia stato cagionato ad amministrazioni o enti pubblici diversi da quelli di appartenenza"*.

²⁰⁷ CGCE, 13 febbraio 1979, cause riunite 103-109/78, in Racc.I-17, e 14 ottobre 1984 causa C-103/83, in Racc., 1984, p.3483.

²⁰⁸ Antoniazzi S., *"Responsabilità amministrativa per violazione del diritto comunitario"*, op. cit.

²⁰⁹ Così Corte dei Conti, S. riun., 16 gennaio 1991 n. 696, cit., secondo cui va stabilito se all'evasione del dazio, e al conseguente pregiudizio alla Comunità, si ricollegli l'obbligo di rifusione e ristoro da parte del nostro paese.

²¹⁰ Ne è derivato il superamento del limite proprio della responsabilità contrattuale per la giurisdizione della Corte dei conti, con correlata estensione verso altre amministrazioni ed enti, compresi gli enti pubblici economici, sulla base di una recente, ma univoca interpretazione giurisprudenziale; in tal senso Cass. S.U., ord. 25 maggio 2005, n. 10973 sulla responsabilità dell'amministratore di consorzi di sviluppo industriale; Cass. S.U., ord. 12 ottobre 2004, n. 20132, in materia di c.d. quote-latte, sulla responsabilità del presidente di un'associazione privata verso un ente pubblico non economico per i danni prodotti nell'attività spettante a tale ente di individuazione degli aventi diritto a indennizzi per la sospensione della produzione lattiera.

Fra questi ultimi è stata infatti inclusa l'Unione europea, con un'interpretazione estensiva coerente con l'indirizzo prevalente per la nozione di amministrazione pubblica ⁽²¹¹⁾.

Un' "espansione" dal punto di vista soggettivo dei caratteri della responsabilità, derivante dalla l. n. 20 del 1994, fa sì che siano anche coinvolti tutti i soggetti operanti per la Comunità secondo un rapporto diretto, sulla base di una specifica funzione attribuita per l'attuazione di un programma, l'erogazione dei fondi o l'attribuzione di compiti.

È stato inoltre invocato il principio di assimilazione, desumibile dall'art. 280 TCE secondo cui *"Gli Stati membri adottano, per combattere contro la frode che lede gli interessi finanziari della Comunità, le stesse misure che adottano per combattere contro la frode che lede i loro interessi finanziari"*.

L'affermazione di un simile principio ha fatto espandere notevolmente le ipotesi di responsabilità amministrativa, con conseguente incardinarsi della giurisdizione contabile.

Fra le condotte rilevanti ai fini di tale responsabilità, "qualificata" o rinforzata dalla violazione del diritto comunitario, c'è un filo conduttore che unisce la lesione di norme comunitarie con effetto diretto, l'applicazione di atti comunitari illegittimi, la mancata esecuzione di decisioni, la mancata disapplicazione di atti normativi o amministrativi contrastanti con il diritto comunitario: l'oggetto del sindacato della Corte dei conti si prospetta quindi molto ampio, estendendosi da vere e proprie frodi a mere irregolarità, procedurali da cui possano comunque derivare danni.

In tutte queste circostanze, la responsabilità mostra caratteristiche distinte rispetto all'ordinario regime di responsabilità civile dello Stato e delle istituzioni comunitarie, potendosi prospettare il danno con una valenza "ibrida", sia verso lo Stato sia verso la Comunità.

Tale ambivalenza è tanto più percepibile se si considera che il suo presupposto può risiedere nell'illecito comunitario dello Stato, già accertato dai giudici comunitari, o al contrario in un'infrazione al diritto comunitario accertata in sede di giurisdizione domestica.

Altri possibili profili della responsabilità si riallacciano al carattere discrezionale o meno dell'attività posta in essere, in relazione ai limiti del sindacato del giudice contabile ai sensi della l.

²¹¹ Sulla responsabilità erariale verso amministrazione diversa da quella di appartenenza, cfr. Tenore V., in V. Tenore (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffrè, Milano, 2004; Ursi R., *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3, p. 706; Miele T., *L'evoluzione in senso oggettivo della giurisdizione contabile: il criterio della natura oggettivamente pubblica delle risorse gestite*, in Atelli (a cura di), *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Satura ed., Napoli, 2005; Lasalvia M., *La responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici dipendenti pubblici, I giudici innanzi alla Corte dei Conti*, EPC Libri, Roma, 2007, 227 ss.

n. 20 del 1994, nonché al carattere della colpa grave, che rileva nell'ambito dell'ordinamento interno, non assumendo invece rilevanza nei procedimenti di infrazione ai sensi dell'art. 226 TCE. Volendo rassegnare delle conclusioni sullo specifico tema della responsabilità erariale, l'incidenza comunitaria ha portato ad una pervasiva analisi da parte del giudice contabile: quest'ultimo, senza l'intervento diretto né la mediazione dell'amministrazione di appartenenza, è infatti oggi legittimato a decidere su casi di danno erariale subito non solo da un ente pubblico nazionale, ma dalla stessa Unione europea, facendo valere la sua giurisdizione anche in assenza di specifiche norme di legge, *“alla luce di una motivazione che invoca ... l'autonoma personalità giuridica della Comunità prevista dal Trattato”* ⁽²¹²⁾.

12. Considerazioni sull'incompatibilità comunitaria del provvedimento amministrativo. La natura ibrida dell'atto nazionale difforme, fra “elemento costitutivo” della responsabilità e “oggetto” della violazione del diritto comunitario.

Vista nell'ottica della lesione del diritto comunitario, l'illegittimità dell'atto amministrativo sembra perdere quel connotato di “rilevanza in sé”, che possiede invece qualora il parametro di riferimento sia dato da una norma di diritto interno.

Davanti alla violazione delle fonti sopranazionali, infatti, l'attenzione del giurista appare assorbita dall'infrazione commessa dall'apparato statale e dal *vulnus* arrecato alle posizioni soggettive individuali. In altri termini, vengono in primo piano la “conseguenza” del vizio e la disobbedienza dell'amministrazione, piuttosto che l'atto viziato in sé.

Ci si può chiedere se una simile impostazione abbia qualche tratto d'unione con la nuova disciplina sull'invalidità dell'atto amministrativo, all'indomani della riforma della legge sul procedimento, e se emergano anche rispetto alla cosiddetta invalidità comunitaria le difficoltà dogmatiche segnalate in dottrina circa i rapporti fra l'illegittimità e la più ampia categoria dell' “invalidità”.

Sicuramente, sulla scorta di diversi stimoli giurisprudenziali, il legislatore è intervenuto sulla materia dapprima in maniera puntiforme, in seguito codificando precise ipotesi di invalidità dell'atto amministrativo, convertendo la classica monade dell'illegittimità nel binomio “nullità /illegittimità-annullabilità”.

Un risultato significativo di questo nuovo assetto sembra essere quello per cui *“l'illegittimità ... si pone al contempo quale ipotesi generale d'invalidità, ma anche come forma residuale (non essendo tassativamente prevista) rispetto alla nullità: ne deriva che l'illegittimità, con una formula sintetica, pare venire alla luce come invalidità virtuale, cioè in caso di violazione di norme*

²¹² Antoniazzi S., *“Responsabilità amministrativa per violazione del diritto comunitario..”*, op. cit.

imperative non sanzionate espressamente con la nullità” continuando perciò a porsi come creatura dottrinale, privata però della propria tradizionale forza dogmatica, dovendo “fare i conti con le ambizioni sistematiche dello jus superveniens” (213).

La vera novità della l. n. 15/2005 consisterebbe quindi nell’aver abbattuto l’“illegittimità” del provvedimento quale “unica” forma di patologia dell’atto, termine finora usato pressoché in simbiosi con quello di annullabilità.

Al contrario, le tendenze evolutive in diritto comunitario e diritto amministrativo hanno spezzato il legame fra i concetti di illegittimità ed annullabilità, che prima apparivano inscindibili, ed hanno introdotto una prospettiva nuova, che potrebbe improntare di sé anche il tema dell’anticomunitarietà dell’atto amministrativo, al di là della correttezza formale di tutte le letture interpretative che si contendono il campo.

Già prima dell’introduzione del capo sull’invalidità nella l. n. 241/1990, del resto, la dottrina parlava di “nullità” del provvedimento anticomunitario, laddove per determinate ragioni mancasse una norma efficace, idonea a radicare l’esistenza, legittimando la spendita dei poteri amministrativi.

12.1 Alcune “esimenti” a favore dei soggetti pubblici, di fronte al vizio di illegittimità comunitaria degli atti amministrativi.

Se la lesione del primato comunitario perpetrata dallo Stato-amministrazione non tollera scriminanti, si può azzardare come scusante la circostanza che, almeno nell’ordinamento italiano, la materia amministrativa è estremamente complessa e normativamente “stratificata”, dato che l’incidenza delle fonti comunitarie si registra per lo più in settori cruciali (214) dell’azione amministrativa, come la contrattualistica, la tutela dell’ambiente, i servizi pubblici.

²¹³Bartolini A., (*Illegittimità del provvedimento amministrativo*, voce in *Enciclopedia dir. pubblico*, Utet, c. 2864), sottolinea come da un punto di vista dogmatico è discutibile se il concetto di illegittimità dell’atto rientri nel più ampio *genus* dell’invalidità o sia una figura a sé stante, di diritto speciale: ciò probabilmente riflette, a livello storico, l’avversione e il timore quasi reverenziale in diritto amministrativo per forme di invalidità diverse dall’illegittimità, che potessero minare la stabilità dei rapporti e la certezza dell’agire amministrativo.

²¹⁴ Cfr. F. Fracchia, *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, 5, 1142 ss., rileva che gli operatori giuridici ed in particolare le amministrazioni incontrano spesso difficoltà nell’applicare il diritto al caso concreto, data la non univocità dei modelli di riferimento, a volte ricollegabile alla stessa, scarsa chiarezza sul profilo della diretta applicabilità delle norme comunitarie.

In questo contesto poliedrico, lo stesso istituto della disapplicazione della norma nazionale difforme – pur se pacificamente ammesso ed anzi doveroso - può risultare ostico per un organo amministrativo.

In chiave di assoluta problematicità si può leggere una recente pronuncia del Consiglio di Stato (²¹⁵), che ha rilevato l'insussistenza della colpa, mandando esente da responsabilità per danno un'amministrazione che aveva applicato la normativa italiana, anziché rilevarne il contrasto con una direttiva comunitaria.

In secondo luogo, al di là dell'ipotesi canonica di contrasto con le fonti normative, gli stessi istituti del diritto amministrativo mostrano aspetti di criticità, per quanto attiene all'osservanza del diritto comunitario.

Un possibile disallineamento è stato infatti colto, in maniera significativa, in materia di procedimento amministrativo.

Se a seguito della novella apportata alla l. n. 241/1990, i vizi cosiddetti formali hanno ricevuto espressa regolamentazione, consentendo così un recupero di legittimità a fronte di infrazioni meramente procedurali, questa sorta di sanatoria standardizzata non sembra rispettosa dell'ordinamento comunitario in peculiari materie dove questo impone, al contrario, un rafforzamento di tutela, esigendo forme più intense di partecipazione.

Fra i settori più delicati in tal senso, si coglie la valutazione d'impatto ambientale, profondamente permeata delle direttive di settore.

Appare rilevante la disciplina recata dalla convenzione di Aarhus, del giugno 1998, ratificata in Italia dalla legge n. 108/2001 e della direttiva 2003/35/CEE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 maggio 2003 in tema di "*partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale*", recante modifica alle direttive del Consiglio 83/337/CEE e 96/61/CE sulla partecipazione del pubblico e sull'accesso alla giustizia.

Tali fonti consentono all'interessato di contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni riconducibili nell'alveo della partecipazione procedimentale, dotati di pregnanza ed autonomia, e rispetto alle quali probabilmente la regolamentazione interna, dettata dal 21 – *octies*, dovrebbe recedere.

La maggiore attenzione riservata dal legislatore comunitario a queste forme di tutela in ambito procedimentale, soprattutto in materie sensibili dell'ordinamento sovranazionale, quali ambiente, tutela dei consumatori, concorrenza, si giustifica per la giustapposizione fra regole di forma e regole di sostanza: in questo meccanismo di assimilazione, le regole procedurali diventano in realtà norme di contenuto, divenendo strumentali alla pienezza di tutela riservata al singolo.

²¹⁵ Sez. V, n. 20454/2005.

Ponendosi in un'ottica esclusiva di tutela del singolo, procedimento e forma, nell'impostazione comunitaria, non dovrebbero restare esposti all'apprezzamento delle autorità amministrative o giudiziarie, né essere affidati alle contingenze del caso concreto.

Potenziati attriti si sono manifestati anche nel settore dell'*in house providing* e dei servizi pubblici, dove la Corte di Giustizia ha ricostruito analiticamente i limiti e le condizioni entro cui può ritenersi legittima una società mista, sollecitando un intervento adeguatore del giudice interno: il Consiglio di Stato si è quindi attivato nel rilevare la non riconducibilità automatica delle società miste alla figura dell'*in house*, chiarendo che non è in sé esclusa la compatibilità comunitaria della diversa figura della società mista a partecipazione pubblica, in cui il socio sia stato scelto con una procedura di evidenza pubblica.

Oltre all'ipotesi del contrasto diretto, un tema che ha destato interesse nell'ambito della responsabilità statale per attività amministrativa anticomunitaria, è dato dalla riformulazione o dalla rilettura di alcuni istituti di diritto interno alla luce del giudizio espresso dalla giurisprudenza comunitaria.

Questo fenomeno, invero, ha coinvolto non solo istituti con una propria configurazione autonoma, quale l'occupazione acquisitiva e appropriativa, ma anche intere materie o principi, che dall'incidenza delle norme e dei principi comunitari sono usciti rivoluzionati nelle linee ispiratrici e nell'impostazione di fondo.

È questo il caso della concorrenza, che da meccanismo a tutela di interessi pubblici si pone ormai come strumento di controllo sull'imparzialità dei procedimenti di evidenza pubblica e di garanzia della corretta competizione in settori nevralgici dell'economia (²¹⁶).

Un'altra sfera di incidenza della normativa comunitaria si può cogliere in materia procedurale, in particolare nei modelli di azione procedimentale derivanti della generalizzazione del silenzio – assenso.

La riforma della materia, che ha visto un'espansione della denuncia di inizio attività e del silenzio assenso come nuovo modello di azione amministrativa, ha in ogni caso lasciato immuni materie di particolare "sensibilità" comunitaria, come patrimonio culturale e paesaggistico, ambiente, difesa, pubblica sicurezza ed immigrazione, nonché settori – quale l'ambiente – in cui la normativa sovranazionale impone in generale l'adozione di provvedimenti amministrativi formali.

²¹⁶ Corte dei Conti, Sez. giur. Lombardia, 22 febbraio 2006, n. 114, nel valorizzare il ruolo fondante della concorrenza per il sistema economico, ha sancito che la lesione della normativa sull'evidenza pubblica integra un danno erariale, qualificando perciò la tutela della concorrenza economica come un valore pubblico piuttosto che come un interesse delle imprese.

È rilevante considerare, del resto, che in tali materie gli interessi in gioco, alla luce dei principi comunitari, non tollerano che l'interesse pubblico possa essere gestito mediante i meccanismi del silenzio: l'ordinamento sovranazionale preferisce infatti piuttosto l'aggiunta di segmenti procedurali, che non contrazioni o riduzioni degli stessi.

13 Notazioni conclusive sul sistema di responsabilità dello Stato-Amministrazione

La paziente ricostruzione in via esclusivamente dottrinale e giurisprudenziale di un istituto "nuovo" quale la patologia dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario permette di formulare alcune considerazioni.

Il "vizio" dell'atto anticomunitario, inquadrato dalla tesi pressoché dominante nello schema dell'ordinaria annullabilità-impugnabilità, è un tipico strumento di diritto nazionale, che in virtù del principio di autonomia procedurale offre concretezza alle istanze di tutela dei privati lesi da provvedimenti in contrasto con le fonti sovraordinate.

Indirettamente, esso permette anche allo Stato di andare immune da censure sotto il profilo dei principi di effettività ed equivalenza nella tutela da garantirsi alle posizioni soggettive di derivazione comunitarie.

La scelta del classico regime dell'annullabilità è apparsa dunque naturale, e a tratti forse doverosa, considerata la necessità di non sconvolgere i principi processuali consolidati nella materia amministrativa.

Fatto sta che il modello impugnatorio, con cui si può dare un "nome" alla patologia dell'atto amministrativo anticomunitario, forse è andato anche al di là dei suoi reali intenti: esso consente di qualificare autonomamente e di attribuire un volto proprio alla responsabilità dello Stato-amministrazione, ben distinguendola dalle ulteriori ipotesi di violazione commesse dagli altri poteri statali.

Sotto tale profilo, si assiste infatti ad un rimedio indipendente dalla disapplicazione in via diffusa delle disposizioni normative difformi dalle fonti comunitarie.

In ogni caso, esso appartiene al generico sistema sanzionatorio predisposto per rendere operativo il sistema della responsabilità statale per violazione del diritto comunitario, e contribuisce alla sua ulteriore effettività, rafforzandola. La progressiva costruzione di questo sistema di tutela delle posizioni soggettive del resto denota quel processo suggestivo di "*circolazione giurisprudenziale*

dello schema comunitario di responsabilità statale”, che ha fatto addirittura scorgere nel cittadino europeo un nuovo “*private attorney*” del diritto comunitario (²¹⁷).

Il classico rimedio “caducatorio”, di fondamento squisitamente nazionale, si aggiunge pertanto e rinsalda, sul particolare fronte dell’attività amministrativa, il meccanismo di risposta agli illeciti comunitari dello Stato - apparato, apportando alla materia tutti gli strumenti propri del diritto amministrativo, sostanziale ed eventualmente processuale (²¹⁸).

Al di là di tutte queste considerazioni, la scelta del modello impugnatorio, oltre a rivelarsi un’efficace soluzione mediana fra i vari modelli ricostruttivi che si sono contesi il campo in materia, appare emblematica sotto un altro punto di vista.

Essa evita quel processo di “snaturamento” del processo amministrativo - per dirla con il Consiglio di Stato – che il vizio dell’illegittimità comunitaria comunque non è legittimato ad operare, non potendo neppure conferire, in tal senso, poteri “straordinari” al giudice amministrativo, come quello della disapplicazione c.d. amministrativa.

La forte coerenza del sistema di patologia dell’atto amministrativo nazionale anticomunitario con le tradizioni processualistiche del diritto interno, conferma oltretutto il carattere ibrido della responsabilità per violazione del diritto comunitario: questa affonda pienamente i suoi presupposti nel diritto sovranazionale, ma poi si attua in concreto nelle singole giurisdizioni nazionali, e nella piena osservanza di norme processuali di diritto interno.

Del resto, in un’ottica più lungimirante si può osservare che questo forte radicamento dei meccanismi di tutela nei sistemi giuridici di diritto interno è assolutamente premiante.

Esso infatti non solo è di più facile e pronto utilizzo, ma si pone anche in linea con la visione monistica del sistema comunitario, la più efficace per un reale processo di integrazione fra la Comunità ed i suoi Stati membri.

²¹⁷ Cfr. Lazari A. (a cura di), *La responsabilità statale in Diritto comunitario e nei singoli diritti nazionali*, cit., p. 143. Per l’A. si può realizzare un fenomeno di reciproca contaminazione o “cross fertilization”, interprete del vero spirito del “*progetto politico europeo, inteso in termini di scambio non tanto di merci, persone, servizi e capitali, quanto di idee e visioni*”.

²¹⁸ Nonostante, infatti, la ricostruzione dominante propenda per l’invocabilità della responsabilità dello Stato in sede di giurisdizione ordinaria, anche in considerazione del carattere unitario dello Stato ai fini del c.d. illecito comunitario, nulla toglie che si possa ipotizzare, nelle peculiari materie devolute alla giurisdizione esclusiva, una “discesa in campo” del giudice amministrativo.

II. IL REGIME DI TUTELA AVVERSO L'ILLEGITTIMITÀ COMUNITARIA DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI NELLA GIURISPRUDENZA DI MERITO E DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELLE COMUNITÀ EUROPEE (II sezione).

Premessa

L'illegittimità comunitaria degli atti amministrativi interni, al di là dei profili sostanziali, relativi al tipo di "invalidità" attribuibile all'atto, tocca aspetti di valenza processuale ed impone una riflessione su quello che è il regime di protezione spettante al privato leso.

In particolare, l'analisi degli strumenti di tutela serve a saggiare la "tenuta" di istituti di ordine pubblico e il vigore delle norme processuali interne di fronte alle violazioni perpetrate dagli organi amministrativi interni.

A livello procedurale, la disciplina di questa materia si gioca fra la libera definizione delle modalità di tutela giurisdizionale interna, demandata a ciascun ordinamento nazionale, e la garanzia dei principi comunitari di effettività ed equivalenza.

Proprio la "libertà di manovra" riconosciuta agli Stati membri e l'assenza di una reale armonizzazione della materia non escludono la possibilità per la Corte di Giustizia di verificare la conformità ai principi comunitari degli strumenti di garanzia apprestati dal legislatore nazionale.

Nello studio dei rimedi disponibili per reagire alla lesione del diritto comunitario, possono quindi rivelarsi utili delle considerazioni sui tradizionali mezzi di "correzione" di cui l'amministrazione italiana dispone per ritornare sugli effetti dei propri provvedimenti.

Un'ulteriore verifica attiene quindi alla possibilità di traslare simili istituti alla figura dell'invalidità comunitaria dell'atto comunitario, peraltro con una debita premessa: lo spessore dei principi in gioco che si fronteggiano, cioè effettività ed equivalenza di tutela da un lato, e certezza del diritto dall'altra, rappresentano un nodo problematico, non suscettibile di definizione aprioristica, essendo rimessa la definizione del singolo caso alle peculiarità delle singole fattispecie.

1. L'autotutela nel diritto amministrativo italiano

Il potere di ritornare su precedenti provvedimenti e incidere sulla rispettiva durata e permanenza di effetti risiede nella potestà dei pubblici poteri, non configurando quindi un preciso privilegio della

pubblica amministrazione, ma corrispondendo alla potestà in gran parte posseduta anche da altri organi pubblici di rettificare propri atti.

Definita tradizionalmente come un complesso di attività con cui ogni pubblica amministrazione è legittimata a risolvere i conflitti potenziali o attuali relativi ai suoi provvedimenti o alle sue pretese, in virtù dei mezzi a sua disposizione, la matrice dell'autotutela risiede pertanto nella potestà generale di ogni amministrazione, implicando il potere di pronunciarsi unilateralmente su tutte le questioni di propria competenza.

Se vista come “potere di farsi giustizia da sé”, senza dover ricorrere all'ordine giurisdizionale, l'autotutela è senz'altro una delle manifestazioni più pregnanti dell'autoritatività (²¹⁹): di essa si sottolineano fortemente i caratteri della funzionalità e funzionalizzazione, preordinata alla “revisione” di quanto già espresso attraverso un potere tipico.

Del resto, qualora l'organo amministrativo ne usufruisca nell'ambito di rapporti privatistici, il potere di autotutela ha natura eccezionale (²²⁰), tassativamente delineato dalla legge.

In tutti gli altri casi in cui l'amministrazione spenda la sua potestà pubblicistica, l'autotutela si pone come una regola generale, intimamente connaturata ai suoi poteri di azione, che la giurisprudenza identifica nel potere di riesaminare i provvedimenti precedentemente adottati, nelle forme dell'annullamento e della revoca.

Circa i “contenuti” di questo potere di azione, il suo configurarsi - specie in passato - in termini di mera imperatività è stato motivo di profonde perplessità, ritenendosi che l'amministrazione, una volta rilevata l'invalidità dell'atto, avesse il dovere di agire per ripristinare l'osservanza della

²¹⁹ Per Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, rist. Padova, Cedam 1992 (citato da Corso G., *Autotutela (Dir. Amm.)*, Enc. Dir. Pubbl., Utet, Torino, c. 608 – con richiami bibliografici anche a Benvenuti F., voce Autotutela (dir. Amm.) in *Enc. Dir.*, IV, Giuffrè, Milano, 537 ss., Coraggio G., voce Autotutela 1) Dir. Amm., in *Enc. Giur.*, IV, Treccani, Roma, 1988), nell'esercizio del potere di riesame dei propri atti, l'amministrazione può surrogare “un atto proprio a quelle sentenze di accertamento e costitutive che nel sistema del diritto positivo occorrerebbero in egual caso”, laddove con l'esecuzione coattiva si potrebbe “surrogare il giudizio di cognizione diretto ad ottenere una sentenza di condanna, come il giudizio di esecuzione, che altrimenti occorrerebbe secondo il sistema procedurale privato”. L'idea della sostituzione al modello statualistico di tutela giurisdizionale è stata successivamente sviluppata da Benvenuti, che considerando la Pubblica amministrazione come un microcosmo compiuto e perfetto nel sistema-Stato, di questo racchiude potenzialmente tutti gli aspetti, potendo così provvedere a correggere sue precedenti manifestazioni di potere o a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese.

²²⁰ Cfr. art 21 –sexies l. n. 241/1990, sul recesso dell'amministrazione dai contratti stipulati coi privati.

norma, in linea con il superiore principio di legalità sancito dall'art. 97 della Costituzione, cui deve improntarsi l'intera azione amministrativa ⁽²²¹⁾.

In realtà, per come impostato e da ultimo disciplinato dalla legge sul procedimento amministrativo, il riesame degli atti amministrativi in sede di revoca o di annullamento d'ufficio costituisce espressione di un potere discrezionale, di una "mera facoltà" riconosciuta alla pubblica amministrazione, stante il principio di inesauribilità dei relativi poteri ⁽²²²⁾.

La forma di autotutela che interessa ai fini del presente esame è quella decisoria, realizzata attraverso l'emanazione di decisioni amministrative vertenti sia su atti sia su rapporti giuridici, diretta a misurare tanto la validità dei primi, quanto la persistente utilità dei secondi.

Le sue manifestazioni più rilevanti, date dall'annullamento d'ufficio e dalla revoca, hanno ricevuto una collocazione normativa nella novella alla legge n. 241/1990.

In una precedente fase storica, i due istituti avevano configurazione esclusivamente dottrinale o pretoria, e l'inquadramento dogmatico del potere dell'amministrazione pubblica di riesaminare atti in precedenza emanati era oggetto di un intenso dibattito, volto a supplire proprio al difetto di riferimenti normativi. Si riteneva, diversamente, incompatibile il riesercizio del potere alla stregua dei principi di legalità e tipicità dei provvedimenti amministrativi.

Se in un primo momento queste due figure-cardine di riesercizio del potere confluivano nell'indistinta nozione di "revoca", poi sono state riportate ciascuna alla propria autonoma dignità giuridica dall'evoluzione dottrina, giurisprudenziale, ed infine dalla codificazione normativa.

Ad oggi, le relative fattispecie sono nitidamente separate dalla formulazione degli artt. 21 *quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990 ⁽²²³⁾.

Peraltro, va osservato per completezza ricostruttiva che l'inquadramento dei poteri di ritiro nell'alveo dell'autotutela non è neppure pacifico, ritenendo parte della dottrina che l'emanazione

²²¹ Una soluzione attualmente antistorica, pur non potendosi semplificare il discorso: ci sono oggi, del resto, casi in cui l'amministrazione può non agire per la mera rimozione della situazione di illegittimità, sia pure a fronte di espressa previsione di legge.

²²² In effetti, tale carattere discrezionale sembra discendere dal peso giocato dal corretto perseguimento dell'interesse pubblico per il quale è attribuito il potere. Non bastano, del resto, a giustificare il ritiro la sola illegittimità e l'inopportunità del provvedimento, occorrendo anche un distinto interesse alla eliminazione dei suoi effetti.

La discrezionalità può dunque apprezzarsi nella ponderazione degli interessi coinvolti, incluso quello alla eliminazione del vizio eventuale e di quello che la pubblica amministrazione e gli altri soggetti coinvolti abbiano alla conservazione degli effetti prodotti, dall'altro la scelta fra mantenere o eliminare gli effetti provvedimenti.

²²³ Sulle novità in tema di patologia dell'atto amministrativo e riesame, e sullo sforzo di codificazione e "recepimento" di decennali orientamenti giurisprudenziali, con riflessi anche verso la definitiva evoluzione del giudizio amministrativo dalle secche del giudizio sull'atto alla cognizione piena del rapporto, cfr. *Caringella F., L'annullabilità dell'atto amministrativo alla luce della legge di riforma del procedimento, in Diritto e Formazione, 2005, 2.*

dei provvedimenti di secondo grado incidenti sui correlativi provvedimenti di primo grado sia in realtà espressione del medesimo potere, originariamente speso.

Aderire alla tesi dell'amministrazione attiva piuttosto che a quella dell'autotutela non è una distinzione puramente scolastica, implicando un diverso atteggiamento nella valutazione dell'interesse pubblico all'emanazione dell'atto.

Se lo si considera un'esternazione canonica dell'autotutela, il ripensamento dell'amministrazione esprimerà un nuovo ed autonomo potere, potendosi quindi prescindere dalla riconsiderazione dell'originario interesse, cristallizzato nell'originario provvedimento.

Verranno allora in esame, se necessario, tutti i rilevanti interessi pubblici, anche se sopravvenuti e distinti da quelli considerati nella norma attributiva del potere originario.

Avrà inoltre un peso considerevole l'esame dell'affidamento nutrito dalla controparte privata della pubblica amministrazione nella persistenza dell'atto che si intende rimuovere.

Secondo il distinto orientamento, l'amministrazione dovrà riesaminare il medesimo interesse fondante la norma attributiva del potere, non anche interessi pubblici diversi ed estrinseci, e il maturare dell'affidamento non precluderà il riesame, strettamente ancorato alla valutazione dell'interesse originario.

Ai fini della presente ricerca, interessano i caratteri tanto della revoca quanto dell'annullamento d'ufficio.

In effetti, se la prima postula un ripensamento della pubblica amministrazione in vista della rivalutazione dell'interesse pubblico sotteso all'atto "incriminato", anche a seguito di sopravvenienze che impongano di rivisitare l'interesse pubblico originario, il secondo poggia su un'illegittimità di tipo originario, pur se sorretto da un interesse pubblico attuale e concreto, ossia ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata dall'atto viziato.

In dottrina si pone l'accento sulla riferibilità al rapporto e non all'atto quale elemento peculiare della revoca rispetto all'annullamento, che a differenza della prima interviene a fronte di un vizio originario dell'atto (²²⁴).

Come ulteriore tratto distintivo, la giurisprudenza richiede ai fini della legittimità della revoca che sussista un interesse pubblico attuale alla rimozione degli effetti del provvedimento originario.

Nel caso dell'annullamento d'ufficio, l'amministratore è tenuto ad un più delicato bilanciamento degli interessi coinvolti, incluso quello all'eliminazione del vizio ed all'eventuale conservazione degli effetti prodotti, oppure alla modifica degli effetti del provvedimento stesso.

²²⁴ Questa distinzione vale ad inquadrare nell'una figura piuttosto che nell'altra le particolari ipotesi di invalidità sopravvenuta dell'atto amministrativo, a seguito di *jus superveniens* con cui il medesimo risulti confliggente.

Quest'opera di mediazione rispetto all'esigenza di non incidere su posizioni consolidate e definitive, non a caso, potrebbe sfociare nella decisione di conservare l'atto, ancorché illegittimo: in sostanza, la validità del ritiro dipende dal corretto perseguimento dell'interesse a cui risponde la causa del potere conferito, quindi la mera illegittimità o inopportunità del provvedimento di primo grado, per comune ammissione di dottrina e giurisprudenza, non bastano a giustificarne il ritiro, dovendo sussistere un distinto interesse alla eliminazione dei suoi effetti ⁽²²⁵⁾.

Ne consegue la qualificazione dell'annullamento d'ufficio in termini di discrezionalità, che in questa sede rispecchia le sue più "classiche" definizioni, volte a dipingerla come ponderazione fra più interessi ed esigenze configgenti, onde giungere alla soluzione più opportuna e ragionevole per il caso concreto, anche nelle ipotesi in cui il riesame si attivi su istanza del privato ⁽²²⁶⁾.

La connotazione pubblicistica del riesercizio del potere appare dunque indefettibile ⁽²²⁷⁾: non è del resto configurabile un interesse legittimo in capo al privato, se non in caso di attivazione spontanea da parte dell'amministrazione, così come non appare ipotizzabile un'ipotesi di silenzio – rifiuto nel caso d'inerzia verso l'istanza dell'interessato.

2. L'autotutela come rimedio esperibile di fronte alla violazione del diritto comunitario

Una dinamica di fondo, chiaramente avvertibile nel sistema comunitario, è l'affermazione progressiva di forme di tutela diretta ed effettiva per gli interessati: come suo costume, la Corte ha manifestato anche in questo campo un approccio più pragmatico che giuridico, preferendo "lavorare" sulle peculiarità del caso concreto, piuttosto che adottare conclusioni d'effetto o definizioni univoche.

²²⁵ Questa distinta ponderazione degli interessi coinvolti vale ad evidenziare, peraltro, una profonda divergenza dell'istituto dai ricorsi amministrativi, il cui obiettivo precipuo sarebbe il ripristino dell'ordine di legalità violato.

²²⁶ Sull'ammissibilità dell'esercizio discrezionale del potere nella funzione di autotutela amministrativa nell'*an*, cfr. TAR Latina, 4 settembre 2007 n. 631, in *Foro amm. TAR*, Giuffrè, 2007, 9, 2803, che ravvisa nel privato terzo il detentore in un interesse di mero fatto, restando quindi l'amministrazione libera se aprire o meno il procedimento e come concluderlo; rispetto a tale decisione, l'unico titolare di un interesse legittimo che qualifichi all'impugnazione è il soggetto che ne sia – in ipotesi – direttamente attinto nella propria sfera giuridica, in quanto privato del bene della vita preesistente all'esercizio di detta potestà. Per un'analisi del principio di affidamento in tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi, cfr. Consiglio di Stato, 13 marzo 2000, n. 1311 in *Rivista Giuridica dell'Urbanistica* 2001, 2, 357.

²²⁷ Corso G., voce Autotutela, in *Enc. Dir. Pubbl.*, Utet, Torino, c. 610.

L'opportunità di rimediare ad atti amministrativi anticomunitari facendo ricorso anche a forme alternative ⁽²²⁸⁾ di tutela rispetto ai canonici rimedi giurisdizionali ha senz'altro portato in primo piano l'istituto dell'autotutela.

Ed è proprio in questo campo che si segnalano le maggiori difficoltà interpretative attinenti al potere di riesame della pubblica amministrazione ⁽²²⁹⁾.

Le principali perplessità, sistematiche e dogmatiche riguardano il quesito se l'esercizio del potere di riesame sia doveroso o meno di fronte ad una violazione del diritto comunitario, e se siano applicabili le stesse regole che vincolano l'autotutela della pubblica amministrazione nei casi in cui l'illegittimità sia, invece, determinata dalla violazione di norme interne.

Il dubbio attiene quindi alla possibilità di qualificare in termini obbligatori questa forma di "riedizione" del potere, che, in deroga alla discrezionale determinazione del volere della PA, sarebbe imposta da un'esigenza superiore di ripristino della legalità comunitaria, dunque non più libera nei contenuti e nel fine.

Parte della dottrina concepisce l'autotutela come un atto dovuto, in forza del principio di supremazia del diritto comunitario, che precluderebbe all'autorità amministrativa nazionale ogni ulteriore valutazione sul complessivo assetto degli interessi, e più precisamente dell'interesse privato alla conservazione degli atti.

Si ritiene quindi non solo doveroso il riesame dell'atto anticomunitario, ma anche automatico il relativo ritiro, a prescindere da qualsiasi contraria valutazione, dato che l'interesse alla rimozione risiede in *re ipsa* nell'avvenuta lesione dell'ordinamento sovrastatale.

Su tale, rigida posizione, si è attestata la prima giurisprudenza del Consiglio di Stato ⁽²³⁰⁾, secondo cui "*in presenza di una illegittimità derivante dalla violazione di norme comunitarie, il concreto ed*

²²⁸ Riguardo al concetto di alternatività, per M. P. Chiti (in *Le Influenze della CE sulla giustizia amministrativa*, Luiss, Roma, 20 aprile 2001, atti del Seminario accessibili presso l'URL: <http://www.luiss.it/semcost/europa/chiti/index.html>) l'aggettivo "alternative", appartenente alla tradizione giuridica anglosassone, non appare tecnicamente proprio: non c'è, infatti, una vera e propria alternatività di tali forme rispetto alla giurisdizione, ponendosi esse, piuttosto, come una opportunità ulteriore.

²²⁹ In generale sull'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo nazionale e sul regime di autotutela esperibile dalla pubblica amministrazione a fronte di un atto amministrativo illegittimo per lesione del diritto comunitario, cfr. Giovagnoli R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela*, in *Diritto e formazione*, 2002, 11, 1635 ss.; Grüner G., *L'annullamento di ufficio in bilico fra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, e di principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli stati membri, dall'altro*, in *Dir. Proc. Amm.* 2007, 2, 240 ss; De Luca P., *Sull'obbligo di riesame delle decisioni amministrative contrarie al diritto comunitario*", in *Giustizia amministrativa*, 2009, 2, 177 ss.

²³⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. V, n. 918 del 05.06.1998.

attuale interesse pubblico al ritiro dell'atto amministrativo è da considerare non solo in re ipsa, ma anche sempre prevalente su altri interessi privati, militanti in favore della conservazione dell'atto". Tale soluzione, che si traduce di fatto in una disapplicazione dell'atto, viene fatta discendere da una riconosciuta violazione degli obblighi comunitari, intesi come fonte di responsabilità internazionale dello Stato.

Fra i motivi addotti a sostegno di tale tesi, si registra l'opportunità di evitare un procedimento di infrazione a carico dello Stato, oltre all'esigenza di garantire un'uniforme interpretazione ed attuazione del diritto comunitario, a tutela di più assorbenti interessi quali l'effettività del mercato comune e delle libertà che sono al cuore dell' "acquisto comunitario".

Secondo un opposto e più recente orientamento, non si può invece parlare di doverosità dell'esercizio dell'autotutela, con la conseguenza che il c.d. vizio di incompatibilità comunitaria non comporta il necessario, e sostanzialmente vincolato, esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione.

Successive pronunce giurisprudenziali, quindi, smentendo la funzione di "controllo" a cui assurgerebbe l'autotutela secondo il primo orientamento, si sono mostrate più propense a riconoscerne il carattere discrezionale ⁽²³¹⁾: in quest'ottica, la valutazione se attivare o meno i poteri di autotutela rimarrebbe libera e non giustiziabile, altrimenti si riaprirebbe un contenzioso, ormai precluso in virtù dell'inoppugnabilità del provvedimento, in palese violazione dello stesso principio di certezza valorizzato anche dal giudice comunitario ⁽²³²⁾.

Le due tesi vedono schierati in campo, su fronti contrapposti, principi di eguale rilevanza.

Da un lato, il principio di leale collaborazione fra Stati membri verso l'ordinamento comunitario, che in difetto di altre espresse prese di posizione nei Trattati viene comunemente assunto alla base del sistema di legalità comunitaria e di supremazia dell'ordinamento comunitario sui diritti

²³¹ In tal senso Cons. Stato, sez. V. n. 54/1996, in *Foro italiano*, 1996, III, c. 442, cit.

²³² La più recente giurisprudenza di merito si è attestata sulla considerazione per cui l'annullamento in via di autotutela di un atto amministrativo illegittimo non può prescindere, anche quando l'illegittimità derivi da contrarietà a norma comunitaria direttamente applicabile, dalla verifica della sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto al ritiro, ritenuto prevalente, alla stregua di un'adeguata ponderazione comparativa, rispetto ad altri interessi militanti in favore della conservazione dell'atto stesso; cfr. TAR Abruzzo L'Aquila, 20 novembre 1996, n. 598, in *Urb. App.*, 1997, 3, 298, TAR Lazio, 7 ottobre 1996, n. 1834, in *Urb. App.* 1997, 3, 332; per TAR Toscana sez. II, 20 marzo 1996, n. 156, l'esplicito riconoscimento da parte del Consiglio delle Comunità europee, avvenuto attraverso l'art. 2 direttiva Ce 21 dicembre 1989 n. 665, che l'atto amministrativo nazionale, pur se anticomunitario, deve rimanere soggetto all'ordinario regime di illegittimità-annullabilità, con conseguente onere di tempestiva impugnazione, chiarisce che l'indiscutibile primato del diritto comunitario, non snatura comunque gli atti di diritto interno, né impongono l'abrogazione o disapplicazione delle norme processuali dei singoli Stati.

nazionali: tale principio resterebbe, evidentemente, lettera morta qualora si consentisse ai singoli aderenti alla Comunità di adottare ed applicare disposizioni in contrasto con esso.

Dall'altro lato, si pongono i principi di stabilità della decisione amministrativa e di tutela del legittimo affidamento, radicati nelle tradizioni giusprocessualistiche di tutti i Paesi membri.

In una prima prospettiva, quindi, l'annullamento d'ufficio di atti in contrasto col diritto comunitario si porrebbe come l'adempimento di un preciso obbligo internazionale, assunto legittimamente dallo Stato italiano in virtù della sua appartenenza alla Comunità, rispetto al quale non può che soccombere ogni interesse pubblico o privato.

Ad una seconda analisi, tuttavia, occorre rilevare che il rispetto della certezza del diritto e soprattutto della tutela dell'affidamento sono valori fondanti di qualunque ordinamento: come tali, essi sono mutuati anche dall'ordinamento comunitario, che ambisce a porsi quale *summa* dei valori e delle tradizioni giuridiche consacrate nei singoli Paesi membri, raccogliendone il sostrato comune per ricondurlo ad unità.

Del resto, anche grazie alla cosiddetta teoria dei controlimiti si garantisce l'effettività di quello zoccolo duro di principi fondamentali dei sistemi giuridici nazionali, in particolare dei diritti inviolabili della persona: ipotesi di superamento di simili principi da parte dell'ordine comunitario è da ritenersi teorica, se non di scuola (²³³).

Questo secondo orientamento, in base al quale l'illegittimità comunitaria non può da sola giustificare la decisione di rimuovere il provvedimento invalido appare in definitiva il più plausibile, non solo alla luce delle recenti modifiche legislative apportate alla L. n. 241/1990 in tema di autotutela decisoria, ma anche rispetto alla stessa giurisprudenza comunitaria.

L'autotutela conserverebbe in questo modo i suoi connotati di discrezionalità, dovendo sempre l'amministrazione interessata esaminare la sussistenza di un pubblico interesse, attuale e prevalente, su cui fondare la rimozione dell'atto illegittimo, secondo quanto peraltro dettato dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990.

Del resto, la normativa italiana in tema di autotutela non opera distinguo in ordine alla fonte dalla cui violazione derivi l'illegittimità dell'atto soggetto a ritiro.

Il legislatore italiano sembra dunque aver voluto risolvere l'attrito fra i principi di legalità e di certezza del diritto, senza reciproche prevaricazioni, ma attraverso un'armonica ponderazione di interessi configgenti: questa "ponderazione" altro non è che una riflessione comparativa, cioè il

²³³ Come rilevato in più occasioni e sin dalle più risalenti pronunce della Corte di Giustizia (cfr. CGCE, 13 dicembre 1979, in causa C-44/79, in Racc.I-3745), i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi del diritto comunitario, "di cui la Corte garantisce l'osservanza, informandosi alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, di guisa che non possono essere ammessi nella Comunità dei provvedimenti incompatibili coi diritti fondamentali riconosciuti dalle Costituzioni di detti Stati".

cuore della valutazione discrezionale a cui è normalmente chiamata l'amministrazione nell'esplicazione dei suoi poteri ⁽²³⁴⁾.

E, come ogni espressione di discrezionalità, tale analisi dovrà confrontarsi non solo con il principio di tutela dell'affidamento e con la salvaguardia di posizioni giuridiche definitive, ma anche con l'adeguatezza della misura emananda rispetto allo scopo perseguito.

Una simile opera di bilanciamento è del resto richiesta nello stesso sistema comunitario, dove la mera illegittimità degli atti delle istituzioni comunitarie non basta a giustificarne l'integrale rimozione in sede amministrativa, occorrendo invece un'accorta mediazione fra gli interessi in campo, tra cui quello del destinatario che abbia fatto affidamento sull'atto illegittimo ⁽²³⁵⁾.

Ne scaturisce un necessario giudizio di prevalenza fra l'interesse pubblico ad annullare l'atto e l'esigenza, anch'essa di stampo pubblicistico, a non turbare posizioni giuridiche ormai consolidate. Estendendosi quindi all'illegittimità di fonte comunitaria i principi codificati dalla l. n. 241/1990, non residuano spazi per la doverosità dell'autotutela.

Di "doverosità" potrà semmai parlarsi rispetto all'avvio del procedimento di riesame, - in linea con il principio di leale cooperazione -, ma i relativi esiti saranno rimessi alla piena discrezionalità dell'amministrazione procedente.

In armonia con tale orientamento, il Consiglio di Stato nelle sue più recenti battute ha rilevato che *"la Corte di Giustizia, nelle pronunce finora intervenute sulla materia, lungi dall'affermare, in via generale, il potere di statuire d'ufficio la legittimità degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario e di ritirarli, si è limitata ad accertare, in alcune peculiari fattispecie, l'inapplicabilità di norme procedurali preclusive della cognizione di merito, che fossero nella fattispecie ascrivibili all'illegittimità comunitaria, ed in concreto contrastanti con i principi di equivalenza e di effettività"* ⁽²³⁶⁾.

Una simile impostazione del rapporto tra legalità comunitaria e certezza dei rapporti, definita "mite" in dottrina, esprime la tradizionale visione di fondo della Corte di Giustizia, il cui atteggiamento "cauto" ed onnicomprensivo la induce a non sbilanciarsi mai a favore di una posizione piuttosto che

²³⁴ Più ingenerale sui presupposti dell'autotutela, Grazzano P., *Annullamento di atto amministrativo illegittimo. Da attività discrezionale ad attività imposta*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2002, 4, a proposito dell'assunto momento discrezionale insito nell'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi illegittimi.

²³⁵ Sui principi basilari della stessa amministrazione comunitaria, cfr. Weber A., *Il diritto amministrativo procedimentale*, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 1992, 393 ss, ed in particolare, sulla tutela del legittimo affidamento dei privati in diritto comunitario, Maffei P., *Il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 1, 498 ss. Lorello L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, 1998.

²³⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. VI sez., n. 1023 e 6831 del 2006, cit.

di un'altra, ogniqualvolta vengano in rilievo principi o esigenze giuridiche altrettanto meritevoli di rispetto.

2.1. Un possibile modello di confronto: la revoca degli atti amministrativi comunitari

La disciplina della revoca degli atti amministrativi nell'ordinamento comunitario è stata fondamentale delineata, come la gran parte di istituti di diritto amministrativo europeo, dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Questa, in difetto di espresse disposizioni normative, si è ispirata ai principi generali "comuni" ai sistemi amministrativi nazionali, applicando il metodo della c.d. "valutazione comparativa" ⁽²³⁷⁾, dunque attingendo a schemi e regole che potessero rivelarsi idonei in funzione dell'ordinamento giuridico europeo.

Sulla falsariga dei modelli nazionali, i giudici di Lussemburgo hanno riconosciuto in capo alle istituzioni comunitarie un analogo, generale potere di revisione e di caducazione dei relativi provvedimenti, potere che si è però via via distaccato dalle sue fonti di ispirazione, gradualmente assumendo vita e carattere propri.

Elemento base di tale ricostruzione pretoria è l'inquadramento del riesame quale competenza amministrativa sostanziale delle autorità comunitarie, senza necessità di una norma attributiva dei relativi poteri ⁽²³⁸⁾.

²³⁷ Esposito A., *La revoca degli atti amministrativi comunitari*, accessibile presso l'URL: <http://www.iussit.it/RaamAE.htm>, *Riv. giuridica Internet*; su genesi ed evoluzione del principio *de quo* nell'ordinamento comunitario: Caranta R., *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 2, 439 ss.; D'Amato A., *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, 2, 299 ss., nota a CGCE, 17 aprile 1997, causa C-90/95, in *Racc.* 1997, I-1999.

²³⁸ Riguardo alla "progressività" di tale processo, va rilevato che l'applicazione del principio è stata estesa man mano dalla giurisprudenza comunitaria a tre diverse tipologie di poteri pubblici: l'attività esecutiva del diritto primario e derivato, posta in essere direttamente dalle amministrazioni comunitarie (c.d. esecuzione diretta), quindi quella esecutiva di natura "indiretta" del diritto comunitario esplicita dalle amministrazioni nazionali (in particolare, CGCE, sentenza *Toepfer*, 3 maggio 1978, causa C-112/77, in *Racc.* 1978, p. 1019); infine nei confronti della stessa attività legislativa comunitaria e nazionale. Peraltro, l'avvenuta codificazione di specifici presupposti e condizioni sostanziali e procedurali del potere di revoca non sembra discendere dall'esigenza di dare all'amministrazione competenze di riesame di cui essa sarebbe altrimenti del tutto priva, ma piuttosto dall'opportunità di disciplinare specificamente il procedimento e gli effetti di tale potere in settori (quali, in via esemplificativa, concorrenza, pubblico impiego) in cui le istituzioni comunitarie dispongono di poteri esclusivi di amministrazione diretta.

Ulteriori principi ispiratori della materia, in un processo di costante contaminazione fra diritto interno e comunitario, sono apparsi sin dalle prime pronunce il principio di legittimità dell'azione amministrativa e quello di certezza del diritto, garantito dalla ponderazione degli interessi pubblici e privati in gioco: “*dal momento che un diritto soggettivo è stato conferito, il bisogno di salvaguardare l'affidamento nella stabilità della situazione così creata prevale sugli interessi di un'amministrazione a revocare la propria decisione*”.

A partire da una delle più risalenti pronunce in materia, la sentenza *Algera* del 1957, la Corte ha peraltro accolto e progressivamente rielaborato la distinzione, già consolidata in alcuni ordinamenti nazionali, tra il regime dei provvedimenti amministrativi legittimi attributivi di diritti e quello dei provvedimenti illegittimi, affermando per i primi la regola della irrevocabilità, e, per i secondi, quella opposta della revocabilità anche *ex tunc* ⁽²³⁹⁾.

A tale classificazione si è poi sovrapposta, nella giurisprudenza più risalente, l'ulteriore distinzione tra i provvedimenti favorevoli, costitutivi di nuove posizioni di vantaggio in capo ai destinatari (costitutivi), e gli atti meramente dichiarativi.

In particolare, ammettendosi la revocabilità, anche con effetti retroattivi, in relazione ad atti amministrativi illegittimi da parte dell'istituzione o dell'organo emanante, l'esercizio del relativo potere è stato assoggettato a presupposti e condizioni più stringenti, al fine di garantire la certezza del diritto e di tutelare l'affidamento dei destinatari dell'atto ⁽²⁴⁰⁾.

Con stretto riferimento agli atti revocabili *ex tunc*, la Corte di Giustizia ha fissato, a partire dalla sentenza “*Snupat*” ⁽²⁴¹⁾, la regola per cui il potere di riesame deve intervenire in un “periodo di tempo ragionevole” dalla data di adozione dell'atto oggetto di riesame. Se tale periodo è da ritenersi trascorso, la garanzia della certezza del diritto e dell'affidamento legittimo del beneficiario prevalgono sull'interesse alla rimozione della misura illegittima.

L'annullamento degli atti dichiarativi è stato subordinato, invece, ad una più ampia ponderazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, nell'ambito della quale il passaggio del “periodo di

²³⁹ Per un quadro giurisprudenziale, cfr. CGCE, sentenza *Mavrides c. Parlamento*, 19 maggio 1983, causa C 289/81, in Racc.1983, p. 1731, par.21; Tribunale di primo grado, *Chomel c. Commissione* sentenza 27 marzo 1990, causa T-123/89, in Racc. 1990, II-131, par.25 e 26.

²⁴⁰ Per quanto riguarda il ritiro *ex nunc* degli atti illegittimi, la più recente giurisprudenza ha escluso perentoriamente la libera revocabilità degli atti costitutivi, sulla base dell'affermazione per cui l'esercizio del potere di riesame è subordinato, anche in tal caso, al rispetto del principio del legittimo affidamento e deve intervenire entro un lasso di tempo ragionevole. Le pronunce più risalenti sembravano, invece, affermare non solo il potere ma anche il dovere dell'amministrazione di procedere al ritiro non retroattivo degli atti meramente dichiarativi, soprattutto nel caso in cui la mancata caducazione degli atti in questione avesse potuto determinare una lesione delle posizioni giuridiche di soggetti terzi.

²⁴¹ CGCE *Snupat c. Alta Autorità*, 22 marzo 1961, cause congiunte 42 -49/59, in Racc.I-1961.

tempo ragionevole” è solo uno dei possibili elementi valutabili al fine di esercitare il potere di riesame: pertanto, anche ove il periodo in questione fosse trascorso, l’amministrazione potrebbe egualmente rimuovere l’atto illegittimo, affermando il primato dell’interesse pubblico al ripristino della legalità, su quelli dei destinatari del provvedimento.

In ogni caso, il fattore “tempo ragionevole” gioca un ruolo di primo piano nella definizione dei concreti assetti d’interesse, da ponderare per la meritevolezza della decisione di revoca.

Il suo rispetto è dirimente per osservare la certezza del diritto, individuata sin dalle prime pronunce quale limite generale al potere di autotutela, anche perché è il “tempo” a consentire la formazione di legittime aspettative nella conservazione della posizione derivante da un provvedimento amministrativo ⁽²⁴²⁾.

Peraltro, della certezza del diritto costituisce un immediato precipitato la tutela dell’affidamento: nelle più recenti affermazioni della Corte, la decisione di revocare un provvedimento illegittimo, pur se intervenuta in un termine ragionevole, non è comunque conforme al principio di certezza del diritto ove risulti leso il legittimo affidamento del destinatario dell’atto:

La verifica della “ragionevolezza” sotto il profilo temporale si è quindi, specie di recente, resa relativamente autonoma dal principio della tutela dell’affidamento: ⁽²⁴³⁾.

Questo dato è significativo e permette di evidenziare che fra i vari elementi che costellano l’iter procedurale dell’autotutela, spicca senz’altro la tutela del legittimo affidamento dei destinatari di un atto legislativo o amministrativo, quale principio fondante riconosciuto dai giudici comunitari a tutela dei singoli, nonché limite primario all’esplicazione del potere revocatorio delle amministrazioni comunitarie.

Quanto ai presupposti ed ai contenuti di tale principio, le aspettative del singolo nei confronti dell’amministrazione sono legittime quando egli “*sia in una situazione nella quale appare che la condotta dell’amministrazione lo abbia indotto a concepire ragionevoli aspettative*” ⁽²⁴⁴⁾.

²⁴² CGCE, *Alpha Steel/Commissione*, 3 marzo 1982, causa 14/81, in Racc. I-749.

²⁴³ I criteri di valutazione della ragionevolezza del lasso di tempo entro il quale è intervenuta la revoca e l’individuazione del relativo *dies a quo* non sono peraltro oggetto di un apprezzamento univoco: in particolare, sotto il primo profilo la Corte ha respinto l’idea di fissare, *praeter legem*, un preciso termine per la revoca di provvedimenti amministrativi, analogo a quello di decadenza per l’esercizio dei relativi ricorsi amministrativi o giurisdizionali, procedendo ad una ricognizione “casistica” della ragionevolezza del tempo trascorso, anche se normalmente si è avvalsa di parametri essenzialmente oggettivi, quali la complessità della raccolta e della ponderazione degli interessi rilevanti nel procedimento di riesame del provvedimento, che incidono sui tempi della decisione revocatoria; l’atteggiamento eventualmente ostruzionistico delle parti, qualora idoneo a determinare almeno in parte il ritardo nell’adozione dell’atto di ritiro; il sopraggiungere della revoca entro un lasso di tempo inferiore al termine previsto per la presentazione di un reclamo in via amministrativa contro lo stesso atto; la presenza di un errore manifesto che non poteva essere ignorato dagli operatori interessati.

L'oggetto di tale aspettativa consiste nella stabilità della posizione soggettiva derivante dall'adozione di un dato atto amministrativo, e deriva, a sua volta, dall'affidamento circa la legittimità della disciplina provvedimentale, determinato dal comportamento dell'amministrazione e, più precisamente, dalla costante e regolare esecuzione dell'atto.

Diventa così fondante la circostanza per cui *“così come nei diritti nazionali dei diversi Stati membri, un atto amministrativo, anche se irregolare, gode in diritto comunitario di una presunzione di validità, sino a quando non sia stato annullato o ritualmente revocato dall'istituzione da cui emana”* ⁽²⁴⁵⁾.

La tradizionale presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo viene così a configurarsi non più come retaggio di un arcaico privilegio dell'amministrazione, ma, al contrario, come garanzia per gli stessi amministrati.

L'aspettativa meritevole di protezione può inoltre rafforzarsi grazie ad una prassi consolidata, al “contatto” con l'amministrazione intervenuto nel corso del procedimento ed in fase esecutiva, mentre una peculiare ipotesi di sicuro affidamento sussiste laddove l'amministrazione non abbia proceduto al ritiro del provvedimento, nonostante fosse a conoscenza di cause che ne avrebbero legittimato la caducazione. In tal caso, peraltro, deve ritenersi che il potere di revoca venga meno per acquiescenza.

Il legittimo affidamento non può invece radicarsi in atti o condotte dell'amministrazione, posti in essere successivamente all'emanazione del provvedimento oggetto di riesame, difformi dalla normativa comunitaria primaria o derivata.

Sotto altro profilo, inoltre, il “beneficiario” dell'atto non deve essersi comportato in modo incompatibile con la formazione di un affidamento legittimo, come nel caso dell'allegazione di informazioni false ed incomplete o di infrazione manifesta della normativa vigente da parte del destinatario del provvedimento.

Un'ulteriore ipotesi in cui la giurisprudenza comunitaria ha ritenuto escluso l'affidamento si manifesta quando l'interessato abbia potuto ragionevolmente prevedere la modificazione della

²⁴⁴ La giurisprudenza sembra, peraltro, avere definito in senso più restrittivo i presupposti per la formazione del legittimo affidamento dei dipendenti delle istituzioni e degli organi comunitari, il quale sorgerebbe esclusivamente in presenza “di assicurazioni precise fornite (al dipendente) dall'amministrazione”: tale impostazione sembra fondata sull'affermazione di una presunzione di conoscenza, da parte dei dipendenti, delle disposizioni dello Statuto del personale applicabili al caso concreto, presunzione che impedirebbe, appunto, la formazione di un legittimo affidamento.

²⁴⁵ CGCE, sent. 26 febbraio 1987, *Cons. Coop. D'Abruzzo c. Commissione*, causa C-15/85, in Racc. 1987, p. 1005, cit.

propria posizione giuridica sulla base di elementi oggettivi, conosciuti o agevolmente conoscibili ⁽²⁴⁶⁾.

Una volta legittimamente acquisito, l'affidamento non può essere sacrificato se non in presenza di un interesse pubblico inderogabile alla revoca, e previa adeguata ponderazione degli interessi in gioco ⁽²⁴⁷⁾.

In particolare, perché la tutela delle legittime aspettative possa essere derogata, non si ritiene sufficiente la mera petizione di principio della “legalità” dell'azione amministrativa non potendo quindi bastare il mero ripristino di una situazione conforme al diritto.

Occorre, invece, un interesse di tipo ulteriore ed effettivamente sussistente nel caso concreto, che imponga la soluzione del ritiro dell'atto rispetto alla sua conservazione.

La revoca potrebbe, ad esempio, configurarsi necessaria ove la conservazione del provvedimento determinasse un'ingiustificata disparità di trattamento tra il suo destinatario e i destinatari di provvedimenti di contenuto analogo; in ogni caso, il provvedimento di secondo grado nella giurisprudenza della Corte deve motivare dettagliatamente in ordine agli specifici interessi la cui tutela implichi il ritiro dell'atto, nonché le ragioni della loro prevalenza sul legittimo affidamento dei destinatari.

Peraltro, va ricordato che, nei suoi più risalenti orientamenti, la Corte di giustizia si riservava il potere di sindacare sia l'omessa o erronea considerazione delle aspettative del singolo, sia gli errori di diritto compiuti dalle amministrazioni nel giudizio di ponderazione degli interessi, mentre gravava sul ricorrente l'onere di provare non soltanto la legittimità del suo affidamento, ma anche le ragioni della prevalenza di quest'ultimo sugli interessi pubblici posti dall'amministrazione alla base della revoca.

Un simile onere naturalmente aggravava pesantemente la tutela giurisdizionale delle aspettative legittime, consentendo all'amministrazione di giustificare le proprie ragioni anche sulla base di un genericissimo bilanciamento fra interessi pubblici e privati.

Su tale indirizzo c'è stato un netto cambiamento di rotta a partire dalla pronuncia De Compte ⁽²⁴⁸⁾, che ha adottato il cosiddetto “*two step analysis approach*”.

²⁴⁶ Così, dalla casistica giurisprudenziale, possono emergere l'errore manifesto dell'amministrazione risultante dal provvedimento; l'esistenza di difficoltà di esecuzione del provvedimento, poi revocato, determinate da dubbi sulla sua legittimità, delle quali il destinatario sia stato informato dall'autorità amministrativa; la consapevolezza da parte del destinatario della natura illegittima dell'atto; l'espressa qualificazione del provvedimento come revocabile.

²⁴⁷ In ipotesi di caducazione *ex tunc* di provvedimenti legittimi attributivi di posizioni di vantaggio, il legittimo affidamento viene peraltro considerato prevalente, senza necessità di tale ponderazione, su qualsiasi interesse pubblico alla revoca.

Mutuando alcuni concetti precedentemente elaborati dalla Corte, per “contaminarli” con un’analisi propria delle giurisprudenze interne, questo tipo di analisi distingue la sussistenza del legittimo affidamento dalla verifica circa la sussistenza di eventuali interessi pubblici prevalenti.

Si vengono così a sovrapporre due distinti e successivi livelli di analisi, con riferimento ai quali la Corte di Giustizia redistribuisce gli oneri della prova tra le parti: sul ricorrente ricade esclusivamente l’onere di provare che le sue aspettative al mantenimento della posizione favorevole - derivante dall’atto annullato - siano ragionevoli e fondate su basi oggettive; una volta che ciò sia stato dimostrato, spetterà all’amministrazione convenuta provare l’esistenza di quegli interessi pubblici prevalenti che essa ha posto alla base della decisione di revoca.

La Corte si è, peraltro, riservata la facoltà di procedere d’ufficio ad accertamenti con riguardo a entrambe i livelli di analisi.

3. La Corte di giustizia e l’esercizio del potere di riesame di atti amministrativi nazionali definitivi

La tematica sull’autotutela si è complicata, nella giurisprudenza comunitaria, in relazione all’eventualità che si potesse riesaminare una decisione amministrativa nazionale, divenuta inoppugnabile e definitivamente esaminata anche dal competente giudice nazionale.

La Corte di Giustizia esclude, in linea di principio, che un organo amministrativo debba riesaminare una decisione amministrativa che abbia acquisito il carattere della definitività, ciononostante riconosce che la tutela della legalità deve sottostare a precise ragioni e condizioni, poiché l’amministrazione resta padrona di un potere di scelta sul da farsi, sempre che non siano lesi gli interessi di terzi.

Nel celebre caso *Kühne & Heitz* (²⁴⁹), la Corte ha ritenuto configurabile un potere di riesame in autotutela di atti amministrativi anticomunitari divenuti definitivi a seguito di una sentenza nazionale di ultima istanza, ma in presenza di quattro e stringenti condizioni.

²⁴⁸ In CGCE, 17 aprile 1997, in causa C-90/95, cit., *De Compte*, in causa T-90/95, la Corte di Lussemburgo ha ritenuto sufficiente l’accertamento della violazione del principio della tutela del legittimo affidamento per annullare le decisioni del Parlamento europeo impugnate dal ricorrente (par. 439; la pronuncia si segnala per il mutato approccio ai canoni di valutazione del legittimo affidamento del beneficiario di un atto revocato, considerando l’assenza di scorrettezze da parte di quest’ultimo quale elemento unico e sufficiente a stabilire la legittimità del relativo affidamento.

²⁴⁹ De Pretis D., *Illegittimità comunitaria dell’atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, nota a CGCE 13 gennaio 2004, causa C-453/2000, in *Giornale di diritto amministrativo* (di seguito, *Giorn. Dir. Amm.*), 2004, 7. 723 ss.; per una ricostruzione delle problematiche sottese a tale decisione, inoltre, Galetta D.U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1, 35 ss.; Gattinara G., *Il ruolo delle pubbliche*

La questione verteva sulla sussistenza dell'obbligo per l'organo amministrativo interno, alla luce del principio di collaborazione statuito dall'art. 10 TCE, di rivedere una decisione divenuta definitiva anche a seguito di pronuncia giurisdizionale, al fine di garantire la completa efficacia del diritto comunitario così come interpretato a seguito di una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale.

Il giudice del rinvio, nella fattispecie, rilevava che una regola secondo cui decisioni divenute definitive devono essere modificate per conformarsi ad una giurisprudenza successiva, nel caso specifico comunitaria, avrebbe creato una situazione di confusione amministrativa, compromettendo gravemente la certezza del diritto.

Nondimeno, l'opposto principio per cui una giurisprudenza successiva ad una decisione amministrativa definitiva non può di per sé incidere sul carattere definitivo di quest'ultima, aveva trovato una deroga relativamente alle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo sui procedimenti penali, e probabilmente doveva essere derogata anche nel caso in esame, stante la contrarietà all'ordinamento comunitario e l'esaurimento dei mezzi di tutela a disposizione del ricorrente.

La Corte, nel ricordare che la certezza del diritto va annoverata fra i principi fondanti del diritto comunitario e che il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza, ha escluso la sussistenza, in via generale, di un obbligo di riesame: questo infatti potrà essere riconosciuto in circostanze eccezionali, subordinate alla concomitante ricorrenza di dettagliate e precise condizioni.

L'obbligatorietà del riesame non è, pertanto, automaticamente implicata dalla violazione del diritto comunitario, ma è subordinata al puntuale riscontro di univoche condizioni ed alla ponderazione di altri principi del pari rilevanti a livello comunitario, quale è la tutela del legittimo affidamento.

Si conclude così che il principio di cooperazione derivante dal Trattato impone ad un organo amministrativo, investito di richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della medesima più pertinente nel frattempo accolta dalla Corte di Giustizia, solamente quando: a) l'organo amministrativo interno disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; b) la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito a sentenza di un giudice nazionale che statuisca in ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza delle Corte successiva alla prima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario, adottata senza che la Corte fosse adita a titolo

amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kuhne & Heitz in Diritto comunitario e degli scambi internazionali, 2004, 2, 489.

pregiudiziale alle condizioni previste dal Trattato; d), infine, l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo avere avuto conoscenza della suddetta giurisprudenza.

Si aggiunge a tutto ciò, naturalmente, la circostanza che l'organo amministrativo abbia tenuto in considerazione eventuali interessi confliggenti dei terzi.

Da tale ricostruzione si può evincere che, in ipotesi di violazione del diritto comunitario derivante da una decisione amministrativa, il principio di certezza del diritto trova una salvaguardia nella rigorosa, stringente definizione dei presupposti di riesercizio del potere di riesame da parte di un organo amministrativo: di fatto, la Corte di Lussemburgo pur mostrando di avere a cuore il principio di legalità come "valore condiviso" in tutti i sistemi nazionali, si sforza comunque di ricondurre a tale valore tutte le particolarità del regime giuridico proprio degli atti amministrativi nazionali.

L'imperativo più immediato rinvenibile nella pronuncia è che il contemperamento fra principi ed esigenze opposti va fatto sempre nel senso di presidiare la certezza dei valori giuridici e la stabilità del diritto e delle posizioni giuridiche perfette, pur tenendo ben presenti le ragioni della supremazia del diritto comunitario.

Sullo sfondo di tali considerazioni, opera il principio di leale collaborazione sancito dall'art. 10 TCE che, di fatto, pone l'obbligo, non già una facoltà discrezionale, di attivarsi in autotutela, laddove ricorrano le condizioni riconosciute da una pronuncia così innovativa.

Da ultimo, vale la pena fare una considerazione su quanto emerge complessivamente dalla pronuncia, con riguardo ai rapporti fra diritto amministrativo interno e diritto comunitario.

Quest'ultimo sembra agganciarsi ai sistemi amministrativi dei Paesi membri come a diritti "speciali", non solo nell'ottica di rispettare puntualmente le diverse tradizioni nazionali, ma anche per "*esigenze in qualche modo coesenziali alla migliore definizione dei rapporti fra cittadino e potere pubblico*"⁽²⁵⁰⁾, fissando dei limi temporali all'esercizio della tutela e consentendo, pur in presenza di un potere discrezionale, che il riesame venga disposto sulla base di un sano contemperamento dei vari interessi in gioco.

In altri termini, un'eventuale obbligatorietà⁽²⁵¹⁾ del riesame non implica affatto la doverosità dell'annullamento, restando fermo il potere discrezionale dell'amministrazione di valutare, con

²⁵⁰ Cfr. De Pretis D., op. cit., p. 729.

²⁵¹ Si può agevolmente osservare che nell'ordinamento italiano una simile obbligatorietà si registra solo a fronte di attività vincolata nell'*an*, oltre che nelle modalità di riesercizio del potere. In queste ipotesi, infatti, l'individuazione dell'interesse pubblico ed il modo di soddisfarlo sono predeterminati per legge, quindi il vizio del provvedimento si risolverà nel dar vita ad effetti contrastanti con la disciplina giuridica dettata dalla norma.

Simili casi di doverosità nell'autotutela (o annullamento d'ufficio) sono riscontrabili in ipotesi in cui il provvedimento sia stato dichiarato invalido con sentenza del Giudice Ordinario (art. 4 LAC) o a seguito di annullamento in sede

ragionevolezza e secondo canoni di proporzionalità, se l'applicazione della norma comunitaria, una volta interpretata dalla corte di Giustizia, possa giustificare o meno il ritiro mediante annullamento di una sua precedente decisione, addirittura già coperta da giudicato⁽²⁵²⁾.

Se certezza e stabilità giuridica normalmente prevalgono sulla supremazia del diritto comunitario, che si ritrae davanti a concetti come autorità di cosa giudicata ed inoppugnabilità di decisioni definitive, si mostra quindi il tendenziale rispetto della sovranità statale pur di fronte alla *primauté* dell'ordinamento sovranazionale.

Nondimeno, ci sono casi eccezionali, subordinati a tassative condizioni, in cui il rapporto si inverte e sono i primi due principi a recedere rispetto al terzo, sia pure negli stretti limiti in cui ciò serva ad imporre il riesame della decisione, il cui annullamento è comunque da intendersi come discrezionale e non dovuto.

Il dibattito sui poteri di riesame della pubblica amministrazione e le sue implicazioni nei rapporti col diritto comunitario si è di recente arricchito di alcune considerazioni sui possibili punti di contatto con il principio nazionale del giudicato.

La Grande sezione della Corte di Giustizia, con sentenza del 18 luglio 2007⁽²⁵³⁾ si è pronunciata su una domanda pregiudiziale del Consiglio di Stato, relativa ai principi di diritto comunitario

giurisdizionale o amministrativa di atti-presupposti rispetto a quello per cui è causa, o in ipotesi di rilevazione dell'invalidità, in sede di procedimento di controllo c.d. successivo.

Possono inoltre venire in rilievo le ipotesi dell'ottemperanza ad una decisione del giudice ordinario, passata in giudicato, in cui un atto amministrativo sia stato ritenuto illegittimo, oppure l'annullamento di un atto consequenziale come necessaria conseguenza dell'annullamento – giurisdizionale o amministrativo – dell'atto presupposto. Fra le ipotesi di più recente conio, sia dottrinale sia giurisprudenziale, vengono in rilievo l'illegittimo esborso di denaro pubblico ed il mancato decorso di un apprezzabile lasso di tempo dall'emanazione del provvedimento. Cfr. sull'ipotesi di invalidità dell'atto presupposto Cerulli Irelli V., *Principi del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2005.

²⁵² Sulla possibilità di disapplicare le norme nazionali sull'autorità di giudicato, cfr. *infra*, inoltre Corte di Giustizia in causa C – 118/00 (“Larsy”, cit.), sulla necessità di tutelare posizioni giuridiche di derivazione comunitaria. Il principio di intangibilità del giudicato, anche a fronte di un'assunta violazione del diritto comunitario, si rinviene già in CGCE, *Ecoswiss*, 1° giugno 1999, causa C-126/97, in Racc. I-3055, cui infatti la Corte in tale occasione rinvia, trattandosi di un lodo arbitrale ritenuto nullo per contrasto con l'art. 81 TCE.

²⁵³ Cfr. sentenza “*Lucchini*”, CGCE Grande sezione, 18 luglio 2007, causa C-119/05 in Racc. I-6199, con nota di Consolo G., *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di Diritto processuale* (di seguito, *Riv. Dir. Proc.*, 2008, 1, 225 ss.), che si riallaccia alla tematica della possibile caducità del giudicato rispetto al diritto comunitario, rilevando come “*da alcuni anni a questa parte, ed in modo sempre più visibile a decorrere quanto meno dalla sentenza del Plenum della Corte di giustizia europea del 30 settembre 2003 nel famoso caso Köbler, serpeggia già lo spettro - ché tale può parere quanto meno agli occhi dei processualisti (appena un poco) tradizionalisti - del carattere cedevole del giudicato sostanziale nazionale allorché esso sia stato pronunciato in spregio di norme inderogabili di diritto comunitario*”, p. 225.

applicabili alla revoca di un atto nazionale di concessione di aiuti di Stato incompatibili con il diritto comunitario, adottato in applicazione di una pronuncia giurisdizionale nazionale che aveva già acquistato autorità di cosa giudicata.

La questione, vertente sulla legittimità comunitaria dell'art. 2909 c.c., ha sottoposto quindi al vaglio della Corte il rapporto fra supremazia del diritto comunitario e principio interno dell'autorità del giudicato, nella misura in cui l'applicazione di quest'ultimo possa impedire, di fatto, il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario.

Nel caso in esame viene quindi in rilievo sempre un atto amministrativo difforme dalla norma comunitaria, tuttavia applicativo non di una norma, bensì di una pronuncia giurisdizionale passata in giudicato.

La vicenda processuale ha visto contrapposti due provvedimenti definitivi e confliggenti: da un lato, la sentenza del giudice italiano aveva accertato il diritto del beneficiario all'erogazione dell'intero ammontare del contributo richiesto; dall'altro, la decisione della Commissione aveva dichiarato l'incompatibilità di tale aiuto, con conseguente obbligo in capo all'autorità italiana di provvedere al suo recupero ⁽²⁵⁴⁾.

Contro la revoca dell'atto di concessione del contributo finanziario, l'impresa italiana ricorreva quindi innanzi al giudice amministrativo.

Il Consiglio di Stato, in sede di giudizio di appello contro la sentenza di primo grado pronunciata dal TAR, chiedeva l'intervento della Corte di Giustizia ex art. 234 TCE, chiedendole di valutare se il principio dell'autorità di cosa giudicata ex art. 2909 cod. civ. contrasti con il diritto comunitario, nei limiti in cui l'applicazione di tale principio impedisca il recupero di aiuto di Stato illegale e incompatibile.

Nel dettaglio, secondo la prospettazione fornita dal giudice *a quo*, la norma in esame impedisce al giudice di conoscere sia le questioni in precedenza decise da un organo giurisdizionale in via definitiva, sia le questioni deducibili ma non dedotte in giudizio.

Il rischio paventato è che l'art. 2909 c.c. renda impossibile il recupero di un aiuto dichiarato incompatibile dalla Commissione, con conseguente ostacolo alla corretta attuazione del diritto comunitario in tema di aiuti di Stato.

Di fatto, la Corte circoscrive l'ambito di cognizione dei giudici nazionali, chiarendo che la loro competenza in tema di aiuti di Stato concerne solamente controversie nelle quali essi siano tenuti ad

²⁵⁴ In particolare, si era verificato che una società italiana, avendo richiesto la concessione di un sostegno finanziario sulla base della legge per l'intervento straordinario sul Mezzogiorno, aveva ottenuto dal giudice italiano dalla stessa adito sentenza definitiva di Condanna dell'Agensud all'erogazione del contributo, pure ritenuto incompatibile con il diritto comunitario con provvedimento della Commissione europea, mai impugnato.

interpretare ed applicare la nozione di “aiuto di Stato”, e solo al fine di valutare se un provvedimento statale debba essere o meno soggetto a procedimento di controllo.

Diverso il discorso riguardo alla “compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune”, valutazione che è devoluta esclusivamente alla competenza della Commissione europea, operante sotto il controllo stretto del giudice comunitario; stessa riserva di competenza spetta ai giudici di Lussemburgo in materia di analisi della validità di un atto comunitario.

Ne emerge la declaratoria di incompatibilità del giudice amministrativo italiano a pronunciarsi tanto sulla compatibilità con il mercato comune degli aiuti di Stato, quanto sulla validità di una decisione della Commissione.

Per la Corte di Giustizia, la norma processuale in esame osta alla possibilità di dedurre in una seconda controversia motivi sui quali un organo giurisdizionale si sia già pronunciato esplicitamente e in via definitiva; essa preclude inoltre la disamina di questioni che avrebbero potuto essere sollevate in un precedente giudizio, senza che ciò sia avvenuto.

Una simile interpretazione potrebbe implicare una “supercompetenza” del giudice italiano, oltre a inibire, come nel caso specifico, l’applicazione del diritto comunitario, rendendosi di fatto impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto comunitario.

Ne deriva che, sia pure in un caso del tutto peculiare, l’effettività del diritto comunitario osta all’applicazione di una norma italiana posta a baluardo dell’autorità di cosa giudicata, laddove, in via mediata attraverso la sua applicazione, si possa inibire il recupero di un aiuto di Stato illegittimo, perché erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune sia già stata dichiarata in virtù di decisione definitiva della Commissione europea.

Sul tema è di recente tornata la Corte di Giustizia, con sentenza del 12 febbraio 2008, in causa C – 2/06, sia pure in un contesto applicativo differente.

La pronuncia, resa in materia doganale su un rinvio pregiudiziale inerente la corretta interpretazione dell’art. 10 TCE, appare riepilogativa e confermativa degli orientamenti già cristallizzati nel caso *Kühne & Heitz*.

Più precisamente, la Corte si pronuncia sulla quarta condizione individuata dalla suddetta sentenza, in materia di limiti temporali richiesti per presentare una domanda di riesame, constatando che il diritto comunitario non impone alcun termine perentorio: in assenza di espressa previsione in tal senso, non sussiste quindi un obbligo stringente di presentare la domanda entro un preciso lasso di tempo, una volta che il richiedente sia venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda stessa si fondava.

Nel caso di specie, al passaggio in giudicato di una sentenza emessa da un'autorità giudiziaria nazionale in tema di rimborsi comunitari, era sopraggiunta la pronuncia della Corte di Giustizia, che sia pure con riguardo ad altra fattispecie aveva posto rilevanti principi in materia.

Una parte processuale aveva conseguentemente chiesto all'autorità amministrativa nazionale di riesaminare la precedente decisione, adeguandosi al nuovo indirizzo formulato dai giudici di Lussemburgo, in conflitto con quello condiviso invece dai giudici nazionali.

La Corte conferma tutti gli assunti della *Kühne & Heitz*, ritenendo non doveroso, in via generale, il riesame di una decisione amministrativa definitiva, volto a tener conto delle disposizioni *medio tempore* adottate in sede interpretativa dai giudici comunitari.

Ciò non toglie che, in osservanza dell'art. 10 TCE, a ben tassative condizioni un simile obbligo sussista, sempre che gli organi nazionali siano dotati di un simile potere di revisione per corrispondenti fattispecie di diritto interno.

Pur non essendo quindi previsto a livello comunitario un preciso termine entro cui chiedere il riesame, gli Stati membri possono richiedere, in nome del principio di certezza del diritto, che una domanda di riesame e rettifica di una decisione amministrativa divenuta definitiva e contraria al diritto comunitario, così come successivamente interpretato dalla Corte, debba essere presentata all'amministrazione competente entro un termine "ragionevole".

La Corte ha così confermato in pieno i precedenti giurisprudenziali su cui si innesta, sottolineando che spetta alle autorità degli Stati membri garantire l'effettività del diritto comunitario, anche in relazione a fatti o rapporti antecedenti a nuove letture ermeneutiche della Corte di Giustizia.

4. I principi guida nella giurisprudenza della Corte di Giustizia sul potere di ritiro degli atti amministrativi anticomunitari: la tutela dell'affidamento ...

Il potere caducatorio degli atti amministrativi viziati da illegittimità comunitaria esige una ponderazione ancor più puntuale dei contrapposti interessi in gioco.

La rimozione dell'atto amministrativo deve sempre confrontarsi con la tutela dell'affidamento ingenerato dall'atto che si intenda rimuovere, e con la salvaguardia delle posizioni consolidate, secondo principi attentamente osservati anche in sede di amministrazione comunitaria diretta ⁽²⁵⁵⁾.

²⁵⁵ In sede comunitaria si richiama l'opportunità di ponderare la rilevanza dell'interesse alla rimozione dell'atto anche con la tutela delle ragioni di quanti, incisi da un atto limitativo della propria sfera giuridica, trarrebbero dal suo annullamento una indubbia posizione di vantaggio.

L'affidamento (²⁵⁶), o *legitimate expectation* ha trovato proprio nella giurisprudenza comunitaria la sua consacrazione, e configura un primario principio di civiltà giuridica, destinato a dar prova di sé ogni qualvolta l'autorità ritorni sull'esercizio del proprio potere (²⁵⁷).

Di tale concetto si possono cogliere un substrato soggettivo, dato dalla fiducia che permanga la situazione determinata da un atto o comportamento autoritativo, maturata in capo al destinatario, ed uno oggettivo, inteso come aspettativa a che l'amministrazione si attenga a canoni di correttezza nel suo agire, canoni che le impongono del resto, qualora intendesse ritornare sulle proprie decisioni, di tenere conto delle posizioni soggettive altrui, da essa stessa create.

Infine, si può apprezzare un fattore "tempo", che riveste in materia un ruolo di primo piano: limite insuperabile dell'affidamento di fronte al "diritto di pentimento" dell'amministrazione è infatti il consolidamento della posizione di vantaggio, in ragione del decorso del tempo.

Un interessante caso in cui affidamento comunitario e nazionale si sono "sfiorati" nella giurisprudenza della Corte è in causa C-5/89, sentenza del 20 settembre 1990, laddove si riconosce che uno Stato membro – le cui autorità abbiano concesso un aiuto in deroga a precise norme procedurali – non può invocare il legittimo affidamento dei beneficiari per sottrarsi all'obbligo, intimatogli con decisione della Commissione, di ripetere l'aiuto comunitario invalido .

Di recente, la Corte ha sancito che l'illegittimità comunitaria di un atto amministrativo nazionale, pur se definitivo, esige che le autorità amministrative lo rimuovano con sollecitudine, specie se "*non vi sia stata lesione dell'affidamento dei terzi in ordine alla certezza ed alla stabilità dell'atto divenuto inoppugnabile*"(²⁵⁸).

²⁵⁶ Per un'introduzione generale alla nozione, cfr. Sacco R., voce in *Enc. Dir pubbl.*, Utet, Torino, 660.

²⁵⁷ In. CGCE, sent. *August Toepfer c. Commissione* (fra i primi riconoscimenti in materia della Commissione), 3 maggio 1978, causa C-112/77, in Racc. I-1019 "il principio della tutela del legittimo affidamento fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario". Nella più risalente pronuncia in materia, *Algera*, 12 luglio 1957, cause riunite n. 7/56 e da 3 a 7/57, in Racc. I-79 (part. 111-113), la Corte già indicava quale limite al potere amministrativo di annullamento in autotutela il rispetto da parte dell'amministrazione di un termine ragionevole, cioè sufficientemente breve da non far insorgere nel privato un affidamento circa la conservazione della situazione acquisita; in sentenze di poco successive, (cfr. *Snupat*, 22 marzo 1961, cause riunite C- 42-49/59, part. par. 99; *Hoogovens*, 12 luglio 1962, causa C- 14/61), si è posto l'accento sul necessario temperamento degli interessi in gioco, poiché "*il principio della certezza del diritto, per quanto importante, non va applicato in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità; la decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto*".

Sulla tutela procedimentale delle posizioni individuali in diritto comunitario, cfr. Barbagallo, *I principi generali dell'ordinamento Comunitario e la tutela degli interessati del procedimento amministrativo: Ordinamenti aperti e comunicanti e ritorno del diritto comune Europeo*, in *Quaderni del Consiglio di Stato, Attività amministrativa e tutela degli interessati. L' influenza del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997, 95 ss.

²⁵⁸ CGCE Grande Sezione, 19 settembre 2006, cause riunite C – 392-422/04, in Racc. 2006, p.I-8559.

Inoltre, interrogandosi sul corretto esercizio del potere di riesame e suoi specifici rapporti con la tutela dell'affidamento, ha rilevato che i suoi presupposti vanno inquadrati nella più complessa questione dei rapporti fra autorità e libertà, così come tradizionalmente intesi nel nostro ordinamento (²⁵⁹).

In questa sede appare quindi utile svolgere un rapido parallelo con l'analogo istituto dell'autotutela esplicita dalle istituzioni comunitarie sui propri atti, esaminando il ruolo attribuito dalla giurisprudenza comunitaria alla tutela dell'affidamento.

La rilevanza di un simile principio, infatti, si evince proprio dallo spazio che sono tenute a conferirgli gli organi comunitari, e che, precipuamente, gli è riservato dalla Commissione europea, in sede di revoca dei propri atti.

Da un'analisi comparata con il diritto italiano, si può trarre l'impressione di un diverso approccio di fondo alla materia: se nell'ordinamento interno si dà maggior risalto all'apparenza di legittimità dell'atto favorevole e al fattore "tempo", la giurisprudenza comunitaria sembra attribuire un maggior peso alle scorrettezze ed alla condotta negativa dell'amministrazione.

In altri termini, in ambito comunitario la tutela delle posizioni consolidate di cittadini ed imprese tende a porsi più che come generico principio d'azione, come un vero e proprio criterio di conformità, quindi come un parametro giuridico, alla cui stregua valutare la legittimità dell'atto di ritiro.

Questo valore si registra principalmente in materia di mercato e concorrenza, dove i giudici comunitari richiedono l'osservanza di alcuni parametri da contemperare con i diritti procedurali delle imprese: in particolare, per poter esercitare una revoca *ex tunc*, le istituzioni devono rispettare alcuni parametri definiti di "conformità", veri criteri-guida tratti dai principi generali di diritto comunitario, volti a saggiare la legittimità del potere di riesame.

I due protagonisti principali di questo processo di rivalutazione sono, da un lato, il ripristino della legalità violata, dall'altro la certezza dei rapporti nell'ambito del mercato comune, obiettivo quest'ultimo assorbente, per il quale la Commissione è disposta a spendere il suo potere di riesame anche in assenza di una specifica legittimazione di fonte normativa.

²⁵⁹Così Veronelli M., *I poteri di revoca dell'amministrazione comunitaria in materia di concentrazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2007, 2, 479 ss., che sul tradizionale paradigma statale richiama Giannini M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1950, 71, e sulla non pacificità del tema, Mattarella B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000. Lo spunto di riflessione deriva da Tribunale di I grado, 20 novembre 2002, *Lagardère SCA e Canal SA C. Commissione*, T – 251/00, in *Racc.*, 2002, 4825.

Nondimeno, ad essi si affiancano la natura del provvedimento e circostanze contingenti, come la condotta negligente o l'affidamento, incolpevole o meno, dei privati (²⁶⁰).

Il giudice comunitario tende a conferire rilevanza autonoma a tali parametri, dando credito all'affidamento del privato con analisi disgiunta rispetto alla verifica degli altri due termini (legittimità e ragionevolezza del termine).

In definitiva, pur temperandosi con altri valori, la tutela dell'affidamento rileva come obiettivo "in sé", come un valore assoluto nella contrapposizione all'interesse pubblico.

5. ... il principio di legalità ...

L'incidenza del diritto comunitario sui sistemi nazionali non ha lasciato indenne neppure il principio basilare della legalità dell'azione amministrativa.

I cospicui poteri di cui dispone la pubblica amministrazione, pur se coercitivi rispetto alla sfera giuridica dei privati, sono fortemente condizionati dal vincolo del "fine", inteso come cura dell'interesse pubblico specificamente proprio: i contenuti di tale vincolo si sono enormemente arricchiti alla luce del principio di legalità comunitaria, e con essi, in quanto manifestazione di un "potere", deve misurarsi anche l'esercizio dell'autotutela.

Alla luce di quest'ulteriore parametro andrà quindi valutata la sussistenza dell'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio dell'atto.

In una recente pronuncia la Corte di Giustizia ha ravvisato il parametro diretto del giudizio di legittimità nel principio della cosiddetta "legalità comunitaria" (²⁶¹): basta il contrasto con essa (*sub specie* di Direttiva relativa ai costi amministrativi sostenuti per rilascio, gestione, controllo ed

²⁶⁰ Così, nella revoca di un'autorizzazione, fondata su errore di diritto per valutazione di talune clausole -erroneamente considerate accessorie, quindi valutate compatibili con l'ordinamento - il provvedimento di secondo grado, pur se inserito nominalmente dalla Commissione come un'integrazione della motivazione della precedente decisione di autorizzazione alla concentrazione, viene ad incidere direttamente sul dispositivo dell'atto di primo grado, precludendo in concreto la possibilità di realizzare l'operazione di concentrazione nel mercato.

²⁶¹ In *Arcor AG & Co. KG c. Bundesrepublik Deutschland*, 19 settembre 2006, cause riunite C- 392-422/04, cit., l'illegittimità comunitaria di un atto amministrativo nazionale, ancorché definitivo, impone ai giudici e alle autorità statali di utilizzare gli stessi strumenti presenti nel loro ordinamento per rimuoverlo, specie se non è sacrificato l'affidamento dei terzi sulla certezza dell'atto divenuto inoppugnabile; in massima uff. "allorché, in applicazione di norme di diritto nazionale, l'amministrazione è tenuta a ritirare una propria decisione divenuta definitiva ... manifestamente incompatibile con il diritto interno, identico obbligo deve sussistere ove la manifesta incompatibilità sia con il diritto comunitario."

esecuzione delle licenze individuali di telecomunicazioni), affinché i provvedimenti amministrativi, anche se definitivi perché non opposti, siano “*manifestamente illegittimi*”.

La pronuncia è significativa nella misura in cui dà per scontata la piena integrazione fra ordinamento nazionale e sovranazionale, consentendo di individuare un ulteriore criterio di giudizio sull’azione amministrativa, dato dalla cosiddetta “legalità comunitaria”.

In ciò la Corte redarguisce il giudice del rinvio tedesco, che fonda la sua richiesta interpretativa sul presupposto contrario della separatezza degli ordinamenti giuridici: questa impostazione è tradita da una sua affermazione, in base alla quale, applicando il diritto tedesco, dovrebbe probabilmente pronunciarsi in un modo differente se invece applicasse le norme del diritto comunitario.

Il giudice comunitario perviene ad un’applicazione strumentale sia del diritto che delle amministrazioni nazionali, data l’assenza, in sede sovranazionale, di strumenti diretti di tutela delle imprese.

Invocando il principio di leale cooperazione, la Corte piega un istituto di diritto interno, consistente nel ritiro di un atto inoppugnabile, possibile per illegittimità manifesta, alla realizzazione della normativa comunitaria ed al pieno ripristino della legalità violata.

Come rilevato, essa rimuove gli ostacoli frapposti all’integrazione fra ordinamento comunitario e ordinamento interno “*con una giurisprudenza dai significativi riflessi di teoria generale. Essa sottende una configurazione dinamica dell’ordinamento giuridico europeo, che, da un lato spezza la staticità dell’approccio dualista, dall’altro pone il monismo non come un dato ma come un risultato*”⁽²⁶²⁾.

6. ... il principio di economicità. TAR Sicilia, 28 settembre 2007 n. 2047, sez. II...

Come ulteriore linea-guida del potere di riesame si appalesa il principio di economicità, specialmente quando vengano in rilievo atti endoprocedimentali: occorre infatti evitare, in ossequio a tale principio, che un atto illegittimo possa suscitare l’illegittimità derivata del provvedimento conclusivo del procedimento principale, con tutte le prevedibili ricadute in termini di ampliamento del contenzioso.

²⁶² Saltari L., *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, nota a CGCE, cause riunite C-392-422/04, cit., in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 5, p. 483. Il significativo risultato cui perviene la pronuncia in rassegna, in nome del primato e del valore della legalità in diritto comunitario, è che vanno restituite le somme versate all’amministrazione da imprese di telecomunicazioni per l’ottenimento di licenze individuali, se il computo dei «diritti amministrativi» contrasta col parametro normativo sovranazionale. Ciò anche se tali imprese non avevano fatto opposizione alle misure individuali di liquidazione, avendole così rese definitive.

Tali considerazioni sono tanto più valide in ipotesi di annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi incidenti su atti negoziali.

Non a caso, frequenti casi di violazioni in via amministrativa del diritto comunitario sono “perpetrate” da bandi di gara con clausole viziate, in cui l'iter procedimentale sfoci nell'approvazione di un contratto.

Appaiono inoltre d'interesse, in materia di autotutela, gli spunti rintracciabili nelle leggi finanziarie che si sono succedute negli ultimi anni.

Fra queste, ad esempio, la legge finanziaria del 2005 ha posto regole speciali per conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche: in tale ottica, l'amministrazione pubblica può annullare provvedimenti illegittimi “anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso”, precisandosi che laddove l'annullamento riguardi provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati, si dovranno tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante.

In tale prospettiva di economicità ed efficienza, si tratterà di verificare se l'annullamento d'ufficio dell'aggiudicazione risponda – effettivamente – allo scopo perseguito dalla norma, cioè quello del maggior risparmio ovvero minore spesa per l'amministrazione: sembra in linea con questo spirito, oltre che ragionevole e “proporzionato” con il principio di buon andamento, che, in ipotesi, l'annullamento sia ammissibile solo se al venir meno dell'aggiudicazione illegittima segua la caducazione del contratto già stipulato, dato che, altrimenti, si avrebbe non un risparmio bensì una duplicazione di oneri per l'amministrazione pubblica (²⁶³).

I punti di contatto fra autotutela e rispetto dell'economicità, intesa come paradigma di azione amministrativa, sono stati di recente rilevati in una pronuncia del TAR Sicilia, n. 2047/2007 (²⁶⁴).

Il Collegio siciliano ha ritenuto che nelle valutazioni proprie dell'autotutela, al cospetto del vizio di illegittimità comunitaria, l'interesse pubblico specifico debba connotarsi anche in relazione

²⁶³ cfr. TAR Calabria, Catanzaro, 29 marzo 2007 n. 279; il Dipartimento della funzione pubblica nella *Direttiva in materia di annullamento d'ufficio di provvedimenti illegittimi, ai sensi dell'articolo 1, comma 136, della legge 30.12.2004, n. 311 e dell'articolo 21-nonies della legge 7.8.1990, n. 241, come introdotto dalla legge 11 febbraio 2005, n. 15* ha chiarito che tale misura si applica “esclusivamente in casi in cui l'atto di annullamento rinvenga il suo fondamento nella finalità ex lege di interesse pubblico di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche”.

²⁶⁴ TAR Sicilia Palermo, sez. II, 28 settembre 2007, n. 2047, (*C. e altro c. Reg. Siciliana, Assessorato della Cooperazione del Commercio dell'Artigianato e della Pesca, Assessorato della Cooperazione del Commercio dell'Artigianato e della Pesca della Regione Siciliana - Dipartimento Regionale della Pesca*), in *Foro Amm. TAR*, 2007, 9, p. 2890.

all'esigenza di evitare che l'azione amministrativa anticomunitaria possa produrre effetti economici pregiudizievoli per la collettività territoriale di riferimento.

L'obiettivo è dunque prevenire le conseguenze pregiudizievoli di un possibile esercizio dell'azione di rivalsa da parte dello Stato, responsabile sul piano internazionale dell'inadempimento regionale degli obblighi comunitari, ai sensi dell'art. 1, comma 1215, l. 27 dicembre 2006 n. 296.

La vicenda processuale scaturisce dall'annullamento in autotutela di un decreto regionale – che aveva ammesso ai contributi regionali alcuni progetti di costruzione di nuove navi –, a causa del rilevato contrasto con una precedente decisione vincolante della Commissione europea e con una norma di un regolamento comunitario.

Il ricorso contro l'atto di ritiro viene rigettato, pur in presenza dell'obiettivo pregiudizio subito dal ricorrente. Il TAR riconosce, infatti, che il provvedimento di secondo grado non impedisce a questi di far fronte alle conseguenze pregiudizievoli derivanti dagli impegni assunti sulla base della inclusione nella graduatoria regionale – poi annullata in autotutela –, ben potendo il ricorrente invocare la tutela per equivalente, non venendo peraltro in rilievo profili afferenti alla pregiudiziale amministrativa.

L'atto di ritiro impugnato era motivato dal fatto che la Direzione Generale Pesca della Commissione europea aveva espresso parere negativo all'erogazione dei finanziamenti comunitari, contrastando essi con una precedente decisione vincolante della medesima Commissione, che aveva fissato il termine ultimo per l'ammissione al finanziamento delle nuove costruzioni; l'iniziativa della Regione Sicilia poteva quindi essere preordinata a eludere, nei fatti, il disposto di una normativa comunitaria direttamente applicabile e sulla base di tali elementi il provvedimento di secondo grado appariva non solo legittimo, ma addirittura dovuto, alla stregua dell'obbligo di cooperazione gravante sulle pubbliche amministrazioni nazionali in forza dell'art. 10 TCE.

E' significativo in questo contesto il richiamo alla più volte esaminata *Kühne & Heitz*.

Peraltro, in considerazione degli irrinunciabili obiettivi di pubblico interesse che permeano di sé l'autotutela, l'esigenza di economicità non può essere superata da argomentazioni di tipo né sostanziale, né procedurale (ai sensi dell'art. 21 – *octies* della legge 241/1990), volte a richiamare i superiori limiti all'esercizio dell'attività discrezionale, dato che il provvedimento impugnato di secondo grado, rimuovendo un contrasto con una fonte comunitaria, aveva di per sé “*l'unico contenuto dispositivo compatibile con l'ordinamento*”.

La parte d'interesse della sentenza si riferisce anche al tipo di tutela che possa essere accordato al ricorrente, senza che questo torni a casa a mani vuote, non avendo ottenuto la tutela primaria di tipo demolitorio – caducatorio.

Si afferma infatti che è salva, in sostanza, la possibilità di fronteggiare le conseguenze negative derivanti dagli impegni assunti sul presupposto dell'inclusione nella graduatoria annullata con il provvedimento di autotutela, *“altre essendo le forme di tutela riconosciute dalla giurisprudenza all'interessato nel caso di comportamento affidante dell'amministrazione che si dimostri non sufficientemente consapevole degli obiettivi ostacoli normativi all'erogazione dell'utilità prospettata, (ovvero se ne dimostri consapevole ed anzi proprio per questo intenda comunque perseguire i propri obiettivi di politica economica)”*.

In casi analoghi, la giurisprudenza riconosce pacificamente la possibilità di accordare tutela per equivalente pur al di fuori di una dichiarazione di illegittimità provvedimentoale, *“ogniqualevolta la ragione della c.d. pregiudiziale amministrativa venga meno, pur a fronte di pregiudizio causato nell'esercizio della funzione – e dunque, in sede di esplicazione di potere autoritativo – in quanto il veicolo di lesione non sia rappresentato dal provvedimento, in sé formalmente legittimo, ma dal precedente comportamento affidante – oppure inerte – dell'amministrazione, nella misura in cui risulti contrario al canone di buona fede”* ⁽²⁶⁵⁾.

L'attenzione dedicata al principio di economicità, nell'ambito del riesame amministrativo, induce ad una riflessione sulle conseguenze immediate dell'autotutela, che attengono principalmente alla quantificazione dell'indennizzo in favore del singolo leso.

In presenza di un vizio di illegittimità comunitaria, non sembrano invocabili i criteri applicabili in tema di pregiudizio da atto lecito: in questo caso, infatti, l'indennizzo misurerebbe meno del risarcimento, coincidendo con il solo danno emergente.

Diverso ancora sarebbe il discorso per una revoca illegittima, in cui il privato potrebbe invece vantare una pretesa risarcitoria comprensiva tanto del danno emergente, quanto del lucro cessante.

Diversamente opinando, si produrrebbe un'irragionevole sovrapposizione tra indennizzo e risarcimento, anche quando, per conseguire il primo, il privato avrebbe interesse a far valere la legittimità della revoca, non già la relativa illegittimità, la cui deduzione innescherebbe il meccanismo risarcitorio, con conseguente onere di provare tutti gli elementi dell'art. 2043 c.c. (la colpa della pubblica amministrazione, il danno ingiusto ed il nesso causale fra revoca illegittima e danno).

²⁶⁵ Cfr. in tema di responsabilità contrattuale, Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, TAR Lombardia, 2 ottobre 2003, n. 4503; TAR Puglia Lecce I, 8 luglio 2004 n. 4921; per la fattispecie di danno da ritardo, Cons. Stato sez. V, 18 gennaio 2006, n. 125; sez. VI 18 giugno 2002, n. 3338 che richiama sez. IV, 1 febbraio 2002, n. 952; in senso contrario TAR Puglia Bari II, 13 gennaio 2005 n. 56. Inoltre, sull'obbligo per la pubblica amministrazione di comportarsi sempre in buona fede anche al di fuori della materia contrattuale propriamente intesa, cfr. Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003 n. 32.

Si rileva del resto che secondo diversa lettura il legislatore non distingue fra revoca legittima o illegittima, e che si debba in ogni caso fare applicazione dell'art. 1223 c.c..

Sulla questione è intervenuto il d.l. 31 gennaio 2007, n. 7 (conv. con modificazioni, in l. 2 aprile 2007, n. 40, che ha completato la disciplina della legge di riforma sul procedimento, lacunosa nella parte della quantificazione dell'indennizzo, attraverso l'inserimento di un comma 1-*bis* nell'art. 21-*quinquies*.

La disposizione in esame ora parametrizza l'indennizzo per revoca di atto amministrativo incidente su rapporti negoziali al solo danno emergente (escludendo dunque il lucro cessante), e specifica che il relativo ammontare deve commisurarsi all'affidamento riposto dal privato sull'atto revocato (²⁶⁶).

7. Alcuni spunti di riflessione sul tema dell'autotutela fra diritto comunitario e diritto interno

Alla luce degli sviluppi giurisprudenziali, comunitari e interni, e del complessivo quadro normativo di riferimento, l'istituto dell'autotutela sollecita alcune riflessioni.

La recente disciplina sull'invalidità del provvedimento, recepita nel capo IV-bis della l. n. 241/1990, può considerarsi una controprova del fatto che il ritiro di atti amministrativi ha natura pienamente discrezionale, a prescindere dalla "causa" dell'illegittimità del provvedimento (sia essa di matrice nazionale o piuttosto comunitaria).

In ciò si manifesta la chiara volontà del legislatore italiano di risolvere il presunto contrasto fra stabilità dell'agire provvedimentale e affidamento dei soggetti che in buona fede abbiano confidato sulla legittimità dell'atto autoritativo, emesso in contrasto col diritto comunitario. Un'applicazione indiscriminata ed automatica del potere di autotutela potrebbe, in effetti, pregiudicare seriamente tali valori.

Invero, il dibattito dottrinario e giurisprudenziale che si è confrontato sul tema del ritiro di provvedimenti si è sempre articolato intorno a tre soluzioni, astrattamente prospettabili: la circostanza per cui le competenti autorità sono tenute in ogni caso ad annullare atti amministrativi in contrasto con il diritto comunitario, ovvero quella per cui devono solo avviare i relativi procedimenti di riesame, senza dover poi necessariamente annullare l'atto (quindi ci sarebbe una

²⁶⁶ Più precisamente, si dispone che l'indennizzo venga quantificato tenendo conto sia della conoscenza (o della conoscibilità) da parte del privato della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso del contraente (o di terzi) nell'erronea valutazione in cui è incorsa l'Amministrazione.

discrezionalità sostanziale nei contenuti); infine, la soluzione secondo cui il diritto comunitario non produce alcuna influenza sugli istituti nazionali dell'annullamento d'ufficio.

Le più recenti pronunce della Corte di Giustizia aderiscono senza scrupoli né dilemmi interpretativi a quest'ultima lettura.

Questa, del resto, appare pienamente allineata alle recenti novità normative del panorama amministrativistico italiano, che – come visto - adottano un'impostazione cauta nel risolvere i conflitti fra i diversi valori emergenti, in modo da fare comunque salvo il principio fondante della certezza del diritto.

Ciò ha fatto parlare di impostazione mite ⁽²⁶⁷⁾ del rapporto fra legalità comunitaria e certezza dei rapporti giuridici consolidati, condiviso dallo stesso approccio della Corte di Giustizia, sempre alla ricerca di soluzioni in cui siano debitamente considerati tutti le poste in gioco e le eventuali posizioni di affidamento suscitate dalla decisione di riesame ⁽²⁶⁸⁾.

Un ulteriore aspetto significativo di questa materia è che anche quando, in eccezionali e tassative ipotesi la giurisprudenza comunitaria parla di “obbligatorietà” ⁽²⁶⁹⁾ del riesame da parte delle amministrazioni interne, quest'obbligo deve in realtà deve inquadarsi nel più cogente principio di leale cooperazione, ed in ogni caso non può mai risolversi nella “doverosità” automatica dell'annullamento, che deve soggiacere a stringenti criteri (in particolare al canone di proporzionalità ⁽²⁷⁰⁾), quale criterio guida nel contemperamento dei diversi interessi in gioco).

Infine, se contestualizzata nel più ampio ambito dell'ordinamento comunitario, l'evoluzione dell'istituto della revoca può costituire una significativa cartina al tornasole del processo di integrazione del diritto sovranazionale in quello degli Stati membri, oltre che della progressiva costruzione di un sistema di diritto amministrativo “europeo”.

²⁶⁷ Cfr. Cerulli Irelli V., Luciani F., cit., part. 879.

²⁶⁸ Corte di Giustizia, causa C-15/85, cit., 7 gennaio 2004, causa C-201/02, in Racc.I-723, 20 marzo 1997, causa C-24/95, in Racc. I-1591, 24 gennaio 2002, causa C-500/99, in Racc. I-867.

²⁶⁹ Cfr. le condizioni evidenziate nella pronuncia Kühne e Heitz per l'esercizio dell'autotutela in diritto interno, *infra*.

²⁷⁰ Per un'accurata disamina del principio, cfr. Galetta D.U., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 10, 1106 ss., nota a Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087, che tratteggia gli elementi cardine del principio, evidenziando come un simile principio generale dell'ordinamento esiga che la pubblica amministrazione adotti la soluzione più idonea e adeguata, con minor sacrificio possibile per le parti interessate, implicando che le autorità nazionali e comunitarie non possono imporre, né con atti normativi, né amministrativi, obblighi e restrizioni alle libertà del cittadino, tutelate dal diritto comunitario in misura superiore a quella strettamente necessaria nel pubblico interesse per il raggiungimento dello scopo perseguito, in modo che il provvedimento emanato sia idoneo, cioè adeguato all'obiettivo da perseguire, e necessario, nel senso che nessun altro strumento ugualmente efficace, ma meno negativamente incidente, sia disponibile nel caso concreto.

Infatti, in un processo simbiotico e di contaminazione reciproca, la disciplina del potere di riesame delle amministrazioni comunitarie è stata, da un lato, ricostruita dalla giurisprudenza comunitaria ispirandosi ampiamente ai principi radicati negli ordinamenti amministrativi degli Stati membri.

Sotto altro profilo, però, non si è trattato di un mero “saccheggio”, cioè di una ricognizione passiva o puramente casistica.

Di volta in volta, infatti, sono state invocate regole che, seppur riconosciute soltanto da un numero minoritario di ordinamenti nazionali, sono state dai giudici del Lussemburgo ritenute più adeguate alla natura del sistema amministrativo comunitario.

A tale interessante processo di osmosi ha fatto perennemente da sfondo il valore della persona umana e la tutela dei diritti quesiti, grazie alla saldissima elaborazione del principio di affidamento. Come osservato in dottrina, la disciplina del potere di revoca delle amministrazioni comunitarie, inizialmente modellata soprattutto sulle figure del *rétrait* e dell'*abrogation* proprie dell'ordinamento francese, si è evoluta acquisendo e riadattando, soprattutto dal punto di vista procedimentale, elementi mutuati anche da altri sistemi nazionali⁽²⁷¹⁾.

Anche la mancata riproposizione delle distinzioni tra diverse tipologie di atti di ritiro, presenti invece nei sistemi nazionali, può essere vista come indice dell'approccio pragmatico seguito dai giudici comunitari, che hanno privilegiato concrete esigenze di temperamento della legalità dell'azione amministrativa con la protezione degli interessi individuali: in tal senso, l'autotutela ha rivelato, e continua a rivelare, significative funzioni di armonizzazione dei sistemi giuridici fra Paesi membri e ordinamento comunitario.

Tale costante sforzo di integrazione non deve comunque far perdere di vista il punto di partenza, dato da un contrasto, spesso arduo, fra i diversi interessi interpretati dall'ordinamento comunitario e da quelli nazionali.

Indubbiamente, alla luce della precedente rassegna si può rilevare come il rimedio dell'autotutela relativa ad atti amministrativi anticomunitari ponga sul piatto della bilancia dei valori che da sempre connotano la complessità dei rapporti fra diritto comunitario e ordinamenti interni.

Si tratta infatti di temperare i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri da un lato; dall'altro, la preminenza e l'effettività del diritto comunitario.

²⁷¹ Per Esposito A., *La revoca degli atti amministrativi comunitari*, cit, l'adozione del “two step analysis approach”, elaborato dalla giurisprudenza inglese, rivela la tendenza al superamento della tradizionale distinzione tra gli ordinamenti di *common law* e quelli continentali a diritto amministrativo, configurando anzi, una “cross-fertilization” tra ordinamenti.

In quest'opera di bilanciamento spesso desta critiche l'approccio fortemente creativo ⁽²⁷²⁾ della giurisprudenza comunitaria, disinvolta nell'utilizzo di principi di cui è contestata la stessa immediata valenza precettiva, come l'art. 10 TCE: è significativo, del resto, come la ricostruzione di una pronuncia –cardine come la *Kühne & Heitz* ruoti interamente intorno al principio di leale cooperazione.

Volendo giustificare un simile approccio, certamente poco “tecnico” e sistematico, si può pensare che esso risponda ad una precisa strategia, nella quale il primato del diritto comunitario si “propone” quale superiorità condivisa, ma non si “impone” agli Stati membri a costo di stravolgerne le linee fondamentali.

Il richiamo a principi generali, in sostanza, dimostrerebbe che il diritto comunitario è coerente nel rispettare le tradizioni processuali degli Stati membri.

Non è un caso che dalla sentenza *Delena Wels* alla *Kuhne & Heitz*, fino alla pronuncia *Kempter*, ⁽²⁷³⁾, il “dovere” di riesame degli atti amministrativi sia affermato sempre solo a condizione che analogo potere sussista in capo alle amministrazioni nazionali, sulla base di espresse attribuzioni di diritto interno.

La certezza del diritto e la stabilità di preesistenti assetti d'interesse nei sistemi nazionali sono quindi particolarmente a cuore al diritto comunitario.

Ecco che allora non imporre un obbligo incondizionato di riesame in capo alle amministrazioni interne non necessariamente deve essere visto come una perdita di “posizione” da parte della Comunità.

Al contrario, si può riflettere sul dato che quanto realmente interessa al diritto comunitario è la sua effettività, e che questa viene garantita assicurando piena tutela in sede giurisdizionale alle posizioni soggettive in esso radicate: il rispetto delle tradizioni giuridiche degli Stati membri è quindi pur sempre asservito alla piena effettività del diritto comunitario e, indirettamente, alla sua supremazia.

²⁷² Fra le critiche alla ricostruzione dei Giudici di Lussemburgo, si segnala il rischio di una eterogenea applicazione del diritto comunitario, dato che il potere di riesame è subordinato dalla Corte ad analogo potere spettante sulla base della normativa nazionale, ma non tutte le autorità amministrative degli Stati membri dispongono di analoga facoltà.

Si è inoltre obiettato come spesso simili elaborazioni pretorie scaturiscono dalle specificità di casi concreti e dovrebbero più opportunamente attenersi ad una visione onnicomprensiva del problema. Come rilevato da Grüner G., op. cit., p. 246, seguendo il tracciato della *Kuhne & Heitz*, si arriverebbe alla “conclusione, invero un poco paradossale, per cui gli atti amministrativi nazionali semplicemente definitivi posseggono una forza di resistenza all'efficacia cogente delle pronunce pregiudiziali della Corte di Giustizia perfino maggiore degli atti amministrativi confermati da una sentenza passata in giudicato emessa da un giudice nazionale di ultima istanza”.

²⁷³ Rispettivamente, 7 gennaio 2004, causa C-201/02, cit.; 13 gennaio 2004, causa C-453/02, cit.; Grande sez., 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter KG e Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, in Racc.I-411.

Ciò è particolarmente evidente in pronunce come le citate *Kempter e Kühne & Heitz*, in base alle quali l'autorità amministrativa non è tenuta ad andare al di là del principio di legalità della propria azione, né tanto meno contro l'autorità del giudicato.

Nondimeno, nel bilanciamento fra principio legalità e superiorità del diritto comunitario, il principio di leale cooperazione, strumentale all'effettiva attuazione dell'ordinamento sovranazionale, esplica una fondamentale funzione, imponendo perfino il riesame di atti definitivi, nonostante l'esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni.

Nelle amministrazioni nazionali può addirittura ravvisarsi una sorta di *longa manus* ⁽²⁷⁴⁾ della Corte di Giustizia, laddove le giurisdizioni nazionali non siano in grado, sulla base della normativa nazionale, di assicurare un'interpretazione conforme a quella fornita dalla Corte dopo la conclusione definitiva della vicenda processuale interna.

In capo agli organi amministrativi sembrerebbe quindi riconosciuto un potere più ampio di quello previsto per gli stessi organi giurisdizionali, poiché il giudicato che vincola in via assoluta l'azione dei giudici nazionali, al ricorrere di determinate circostanze di fatto, deve essere messo in discussione dalla pubblica amministrazione, se del caso rettificando anche decisioni divenute definitive a seguito di sentenza passate in giudicato.

Una simile possibilità è, in ogni caso, strettamente subordinata alle peculiarità dei singoli sistemi processuali interni, dal momento che questa potestà di riesame deve sempre trovare un riscontro in analoga potestà riconosciuta dal diritto interno ⁽²⁷⁵⁾. In definitiva, al ricorrere di puntuali condizioni, la pubblica amministrazione è chiamata a svolgere una funzione "tutoria", di garante della legalità, in un ordinamento che appare pienamente integrato con quelli nazionali, secondo una visione pienamente in linea con la tesi dell'integrazione fra ordinamenti.

L'obbligatorietà del riesame, anche se esplicabile a tassative e spesso infrequenti condizioni, mostra inoltre un innegabile profilo di vantaggio per i soggetti dell'ordinamento.

Esso è infatti foriero di maggiori garanzie in loro favore, nei confronti delle istituzioni, perché consente di sopperire con una tutela di tipo ripristinatorio, specie laddove non sia semplice o

²⁷⁴ Così De Luca P., *Sull'obbligo di riesame delle decisioni amministrative contrarie al diritto comunitario*, op. cit., part. 185 ss., argomenta dalla pronuncia che mentre la stabilità del giudicato non è un valore di per sé incompressibile, il potere di nominatività e tipicità dei poteri amministrativi lo è, quindi il rispetto della normativa procedurale interna rappresenta un limite insuperabile all'esplicazione dei poteri amministrativi.

²⁷⁵ La sentenza *Kempter* conferma quindi la superiore esigenza di rispettare l'autonomia procedurale di ogni singolo ordinamento, in linea con i principi cardine di un moderno Stato di diritto; esigenza che sarebbe verosimilmente messa in crisi laddove l'obbligo di interpretazione conforme non solo imponesse alle amministrazioni nazionali di contravvenire ad un giudicato, ma addirittura di usare poteri non contemplati dall'ordinamento, così agendo perfino "extra ordinem".

immediato accedere alla tutela risarcitoria (mancando, ad esempio, la prova di uno dei tre elementi costitutivi tradizionalmente associati all'illecito statale).

Infine, un ulteriore profilo merita considerazione nella "spinosa" tematica dell'autotutela avverso gli atti anticomunitari.

Esso riguarda i margini di discrezionalità di cui di fatto dispone l'autorità amministrativa nazionale, una volta determinatasi a ritirare il provvedimento.

Si può osservare, infatti, che nell'ambito del potere di autotutela ricollegabile a posizioni soggettive di fonte comunitaria, nella classica ponderazione fra interessi primari e secondari coinvolti nella singola vicenda, l'interesse primario al rispetto del diritto comunitario assume ben diversa consistenza se paragonato all'interesse al ripristino della legalità violata, riconducibile a posizioni soggettive proprie del diritto interno.

È pur vero che la pubblica amministrazione non è "costretta" a riesaminare i provvedimenti illegittimi dal punto di vista comunitario, ma è altrettanto evidente che, una volta determinatasi liberamente al riesame dell'atto, essa incontrerà pesanti condizionamenti nell'esercizio dell'autotutela decisoria.

I fattori da prendere in considerazione, nell'ipotesi di atti viziati per contrasto con disposizioni comunitarie, sono infatti più numerosi ed incisivi, dato che viene in gioco un ben più pregnante interesse pubblico alla rimozione dell'atto, dipendente dal carattere comunitario dell'invalidità.

Questo, in sostanza, appare riconducibile non al mero "orticello nazionale" dell'interesse all'annullamento, ma deve ricondursi al più ampio ambito della Comunità e delle sue esigenze di congruenza interna.

Occorrerà allora valutare la necessità di una sua applicazione coerente e, se del caso, l'opportunità di evitare un ricorso per infrazione nei confronti dello Stato.

Ciò non può non ripercuotersi sulla stessa discrezionalità tipica del potere di autotutela, riducendola considerevolmente: gli interessi in gioco e soprattutto l'ampiezza dell'interesse pubblico alla rimozione di un atto anticomunitario dovrebbero essere tali da non lasciarle margini apprezzabili ⁽²⁷⁶⁾.

²⁷⁶ Cfr. Contaldi G., *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, 4, 747 ss. Per L'A. 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, la stessa amministrazione avrebbe come ostacolo il consolidamento di diritti soggettivi in capo ai singoli, situazione che "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", p. 766.

III. L'ELABORAZIONE DI UN MODELLO AUTONOMO DI "INVALIDITÀ COMUNITARIA" DELL'ATTO AMMINISTRATIVO E DI ILLECITO STATALE PER VIOLAZIONE DELL'ORDINAMENTO COMUNITARIO

Premesse

La forte spinta di accelerazione impressa dal diritto comunitario allo sviluppo del sistema di responsabilità civile della pubblica amministrazione in Italia porta ad interrogarsi su quali debbano essere i punti di riferimento, le "coordinate" di navigazione utili ad impostare il tema dell'illegittimità comunitaria degli atti amministrativi.

Un approccio fertile può essere dato proprio dall'esame dei rapporti intercorrenti fra i sistemi giuridici interessati e dai contributi di ciascuno al modello di responsabilità civile.

È sulla falsariga di tali rapporti che la giurisprudenza nazionale ha tracciato le caratteristiche dell'illegittimità comunitaria, restando il più possibile fedele alla collocazione che le fonti comunitarie hanno nell'alveo dell'ordinamento interno, e confermando quel processo di "*cross-fertilization*" fra istituti e metodi giuridici che unisce, con reciproche interferenze, gli ordinamenti statali a quello comunitario.

In particolare, i meccanismi attraverso cui i Paesi membri possono essere chiamati a rispondere per violazione del diritto comunitario danno conto di come una ricostruzione in termini unitari della garanzia di osservanza delle fonti sovranazionali possa essere verificata solo considerando i suoi reali processi attuativi.

Una ricognizione di questi strumenti serve anche a verificare la tenuta complessiva del sistema comunitario, sotto il profilo dell'autonomia rispetto alle regole di diritto internazionale generale, invocabili comunemente davanti alla violazione di un obbligo patrizio, e sotto il profilo della sua completezza⁽²⁷⁷⁾.

Ciò premesso, un tema che ha sollecitato le riflessioni degli studiosi è dato dalla reale natura della responsabilità delle amministrazioni statali per violazione del diritto comunitario.

Il tentativo di individuare una "classificazione" univoca e di incasellare tale responsabilità in uno schema tranquillizzante, proprio delle categorie giuridiche nazionali, è peraltro complicato dal fatto

²⁷⁷ Cfr. Giacchetti S., *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, op. cit., sull'opportunità di analizzare il sistema di responsabilità interno degli Stati membri ed i relativi strumenti di messa in opera di fronte ai giudici nazionali, ai fini della tutela risarcitoria delle posizioni dei singoli.

che in Italia non sussiste, di fondo, uniformità di vedute sulla questione del “tipo” di responsabilità cui sia ascrivibile la responsabilità della Pubblica amministrazione.

Già rispetto alla violazione di norme di diritto interno, si riscontrano diverse difficoltà ricostruttive sull’individuazione di un modello unitario, e sulla sua riconducibilità agli schemi civilistici, piuttosto che a diverse ed autonome categorie. In sostanza, non è univoca la risposta alla fondamentale domanda: a che titolo risponde la Pubblica amministrazione quando “sbaglia”?

Peraltro, ad insinuare il dubbio che lo stesso interrogativo sia validamente formulato, si aggiunge l’ipotesi che – data la considerevole ampiezza della casistica in materia – non si debba affatto cercare un modello unitario, semplicemente perché esso non esiste.

La peculiarità della natura giuridica dell’ente “pubblica amministrazione” porterebbe quindi a rifiutare una categoria rigidamente unitaria delle sue responsabilità (²⁷⁸).

Tuttavia, anche a voler rispondere positivamente al quesito sull’unicità dello schema di responsabilità, resta insoluto il problema della sua esclusiva riconducibilità ad una categoria *ad hoc* per la Pubblica Amministrazione, o piuttosto della sua contaminazione con altri, più opportuni modelli.

1.1. L’influenza del diritto “comunitario” sull’elaborazione delle categorie e degli schemi di responsabilità propri del diritto interno.

La tematica della responsabilità dell’autorità amministrativa ha sempre posto il delicato problema di salvaguardare i cittadini dagli illeciti dei pubblici poteri, secondo i principi dello Stato di diritto, cercando però di tutelare anche l’integrità dell’erario (²⁷⁹).

²⁷⁸ Per Giustiniani M., *La responsabilità della P.A.: pre-provvedimentale, provvedimentale ed extra-provvedimentale*, in *Danno e Responsabilità*, Giuffrè, 2007, 12, p. 1206, le peculiarità dovute alla natura giuridica della pubblica amministrazione non impongono affatto una “*reductio ad unitatem*” delle sue responsabilità risarcitorie, per cui le obbligazioni aventi ad oggetto il risarcimento dei danni causati da una P.A. dovrebbero avere un titolo diverso e distinto, perché “*se si considera l’amministrazione come un soggetto dell’ordinamento ... al pari di quelli di diritto privato, sarà agevole concludere che la prima potrà incorrere in diverse tipologie di responsabilità... Non un solo modello di responsabilità, dunque, in cui far convergere ogni obbligazione risarcitoria dell’Amministrazione, ma un unico soggetto cui possono far capo obbligazioni risarcitorie aventi titolo diverso*”.

²⁷⁹ Per Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, considerando che gli illeciti scaturiscono per lo più dall’operato di persone fisiche, non sempre immediatamente identificabili seppur inserite a vario titolo nella organizzazione degli enti pubblici, occorre da un lato evitare preoccupazioni paralizzanti dovute a rischi eccessivi (cfr. in tal senso Sandulli M. A., *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L’elemento soggettivo della responsabilità*, in *Federalismi.it*, Riv. Telematica, 2005, 22, accessibile presso l’URL: <http://www.federalismi.it/applMostraDoc.cfm?Artid=3906&edoc=15122005104849.pdf&tit=La%20responsabilità%20>)

La difficoltà di ricostruire sistematicamente il tema dell'invalidità comunitaria, quindi, dipende non solo dal fatto che una simile responsabilità implica una trama di relazioni con l'ordinamento comunitario, ma anche dalla circostanza che essa si inserisce, per definizione, in quel grande calderone che è la responsabilità civile dell'amministrazione, “*e cioè del potere che agisce non jure privatorum ma in quanto pubblica autorità, tema che soprattutto negli ordinamenti di civil law ha faticato a crescere*”⁽²⁸⁰⁾.

Negli ordinamenti romanistici, del resto, è stato proprio il diritto comunitario a spingere verso un sistema di “responsabilità” del soggetto pubblico, ritenuto prima per molti aspetti inadeguato rispetto alla natura autoritativa del potere.

Nella materia della responsabilità civile del pubblico potere, le innovazioni della giurisprudenza di legittimità sono state di fatto preparate da quella comunitaria: questa spinta ha portato a infrangere, in virtù del suo garantismo, il principio di irrisarcibilità del danno derivante dalla violazione di interessi legittimi, anticipando - rispetto alle Sezioni unite n. 500/1999 - il concetto per cui, di fronte ad una violazione del diritto comunitario, la natura della posizione soggettiva lesa non ha alcuna rilevanza ai fini della responsabilità risarcitoria.

Anche se la pietra miliare nella ricostruzione dei presupposti della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è data dalla pronuncia *Franovich*, già a partire dagli anni '60 e '70 si è prontamente riconosciuto che l'ordinamento comunitario, attribuisce in via diretta posizioni giuridiche soggettive ai singoli, azionabili innanzi ai giudici nazionali, non solo nei casi in cui il Trattato li menzioni espressamente, ma anche come precisa contropartita degli obblighi imposti ai singoli, agli Stati membri o alle istituzioni comunitarie.

Tali posizioni sono meritevoli di tutela a prescindere sia dal *nomen juris* che si voglia poi dare loro in ambito nazionale⁽²⁸¹⁾, sia dalla diretta applicabilità o meno delle norme comunitarie violate.

senza peraltro creare in loro favore dei privilegi non giustificabili.

²⁸⁰ Cfr. Scoditti E., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, Incontro di studio sul tema “*La responsabilità della Pubblica Amministrazione*”, Roma 7-9 giugno 2004, Consiglio Superiore della Magistratura, accessibile presso l'URL: <http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10196.pdf> rileva come negli ordinamenti romanistici sia stato proprio il diritto comunitario a spingere verso un sistema di “responsabilità”, ritenuto prima per molti aspetti inadeguato rispetto alla natura autoritativa del potere.

²⁸¹ In particolare, nella ricerca di un sistema unitario ed autonomo di garanzie di tutela volte ad accogliere l'illecito statale per lesione del diritto comunitario, tenendo anche conto degli strumenti di controllo e verifica propri dell'ordinamento sovranazionale, ha giocato un importante ruolo l'avvenuta commistione fra il sistema delle fonti dei due distinti ordinamenti – nazionale e comunitario - e, per contro, dal fatto che non c'è una perfetta sovrapposizione fra posizioni soggettive nell'uno e nell'altro ordinamento, e lo stesso modo di concepire i “diritti soggettivi comunitari in realtà li avvicina a veri e propri “valori oggettivi”, non esclusivi del titolare ma proprie dell'intero sistema, tutelabili in virtù di un intervento cumulativo o sostitutivo della Commissione o di altri organi comunitari, su semplice denuncia, se

È come se il diritto comunitario, quale diritto di “scopo”, imponesse semplicemente agli Stati membri di farsi parte attiva per realizzare di tale obiettivo. Rispetto a questo, quindi, le posizioni del diritto soggettivo e dell’interesse legittimo non sarebbero che “mere forme”, rimedi tecnici per garantire una tutela in forma specifica.

1.1 La possibile elaborazione di un “modello” di illecito statale per violazione del diritto comunitario. “Contaminazioni” fra diritto interno e ordinamento comunitario

Il tema della responsabilità statale per “invalidità comunitaria” degli atti amministrativi s’inserisce nel novero dei mezzi di tutela disponibili per il privato davanti all’azione amministrativa, in un contesto storico segnato da profonde innovazioni sotto il profilo delle riforme della giustizia amministrativa, a coronamento della rinnovata visione dei rapporti fra pubblica amministrazione e cittadino.

Passando ad esaminare, più in generale, i caratteri dell’“illegittimità comunitaria” – in tutte le sue possibili implicazioni del potere statale -, fra essi vi è la circostanza per cui, nonostante il diritto comunitario abbia una sua identità forte e distinta, spetta alle giurisdizioni dei singoli Paesi membri garantirne poi l’effettiva applicazione, assicurando i diritti attribuiti ai privati.

Se, quindi, si può rilevare una sorta di “obbligo” generale di risultato relativamente all’attuazione del diritto comunitario (in nome di quella “clausola di fedeltà” descritta dall’art. 10 TCE, sull’obbligo di leale cooperazione), in caso di inadempienze l’ordinamento italiano è parte in causa, ed è chiamato ad offrire i suoi strumenti per ricomporre la “frattura” e riparare le varie conseguenze dannose.

Il modello di responsabilità invocabile per rispondere alle ipotesi di “illecito statale” mostra, significativamente, caratteri misti, nascendo dalla sovrapposizione degli elementi delineati dalla Corte di Giustizia in tema di responsabilità risarcitoria ed illecito, rispetto alle corrispondenti categorie del diritto interno.

L’elaborazione di tale modello può vedere infatti schierati in campo gli apporti ricostruttivi dei singoli Paesi membri, chiamati ad influenzarsi ed integrarsi.

non d’ufficio, prescindere quindi da un’azione diretta dei singoli interessati. Ne scaturiscono quelle che sono state definite “posizioni soggettive comunitarie”, o interessi comunitari, situazioni intermedie, peraltro in una prospettiva “ambigua” dal punto di vista del diritto interno, caratterizzata da una parte dallo sviluppo nei privati di situazioni soggettive che sarebbero da considerare diritti o quasi diritti, e dall’altra dal permanere nella Pubblica Amministrazione di ampi margini di potestà amministrativa e quindi di discrezionalità”.

In diritto comunitario, del resto, lo stesso regime della responsabilità delle istituzioni è una sorta di istituto “adespota”, non definito compiutamente in via normativa ma disegnato passo passo dai contributi della giurisprudenza nazionale e comunitaria, integrato dalla normazione di diritto interno e tracciato in modo casistico, in base alle esigenze di effettività di volta in volta emergenti.

Una simile ottica di coordinamento è opportuna anche per verificare le ricadute e le ingerenze dell’esperienza comunitaria sul piano dei diritti interni, verificando anche se di fronte ad un modello così innovativo di responsabilità (lo Stato che “cede” una propria fetta di sovranità e risponde a tutto tondo per lesione del diritto sovraordinato), i modelli di responsabilità civile tradizionali abbiano resistito.

In particolare, partendo dai parametri già tracciati in ambito comunitario, ci si è chiesti se la responsabilità della pubblica amministrazione per illecito comunitario possa ricondursi in un modello di invalidità “speciale” e a sé stante, distinto rispetto a specifici modelli di diritto interno, o se possa confluire in uno di questi, ed in particolar modo nel paradigma della responsabilità aquiliana.

Più in generale, considerando che la responsabilità extracontrattuale della Comunità sorge solo a determinate condizioni (²⁸²), gli interpreti s’interrogano se tali requisiti siano idonei a riflettere il più ampio tema della responsabilità da parte degli organi dello Stato-apparato, quando siano commesse violazioni del diritto comunitario.

Il fatto che l’illecito statale possa mostrarsi con diverse sfaccettature, implicando le varie manifestazioni del potere statale, fa tuttavia ritenere che i soli presupposti tracciati dalla Corte di Giustizia siano inidonei a risolvere i problemi con cui invece è costantemente chiamato a misurarsi il giudice interno.

²⁸² Sugli elementi costitutivi dell’illecito, come noto, per la giurisprudenza *Francovich* la prima delle condizioni per la responsabilità statale 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 del obbligo a carico dello Stato e il danno subito dai soggetti lesi. In particolare, sulla “sufficiente qualificazione” della violazione della norma attributiva di diritti, cfr. CGCE, sentenza 19 aprile 2007, causa C-282/05, in Racc.I-2941, “il criterio decisivo per considerare una violazione del diritto comunitario sufficientemente qualificata è quello della violazione grave e manifesta da parte di un’istituzione comunitaria dei limiti del suo potere discrezionale. Qualora tale istituzione disponga solo di un margine di valutazione considerevolmente ridotto, se non addirittura inesistente, la semplice trasgressione del diritto comunitario può essere sufficiente per accertare l’esistenza di una violazione sufficientemente qualificata. La natura generale o individuale di un atto non è pertanto determinante per stabilire se si sia in presenza di una violazione di tal genere”.

Verso tali conclusioni ha spinto il dato che non solo non esiste una disciplina comunitaria di per sé autonoma ed autosufficiente a descrivere l'illecito degli organi nazionali per lesioni arrecate all'ordinamento comunitario, ma anche che non si può parlare di una fattispecie unica, né tanto meno unitaria di "illecito dello Stato".

Sarebbe piuttosto opportuno prendere in considerazione una pluralità di ipotesi eterogenee, ciascuna con proprie regole, seppur tutte incasellabili nell'unico denominatore comune dell'"illecito civile dei Paesi membri per violazione del diritto comunitario".

Se il modello elaborato dalla Corte di Giustizia non appare adeguato al composito mondo della responsabilità statale, esso deve trarre linfa e ispirazione, nei metodi e negli elementi costitutivi, dal diritto nazionale: si assiste così ad un curioso circuito, in cui la responsabilità nasce dall'alto, nell'ambito del diritto comunitario, per violazione delle sue fonti da parte di organi sia legislativi, sia amministrativi che giurisdizionali, per poi riconfluire, a livello di tutela e risarcimento dei danni, nei modelli elaborati dal diritto interno.

Così ricostruito, l'illecito comunitario, pur avendo una sua radice – giustamente – comunitaria, mostrerebbe delle conseguenze pesantemente disciplinate dal diritto nazionale.

La definizione della fattispecie di responsabilità "comunitaria" sarebbe quindi, di per sé, imputabile al diritto comunitario, implicando anche a livello probatorio un accertamento totalmente incentrato sulla norma comunitaria violata; tuttavia, spetterebbe al giudice interno valutare tutte le regole cui commisurare l'entità del risarcimento, identificare la procedura, fissare i termini di prescrizione, attivarsi in definitiva per approntare tutti i rimedi idonei alla tutela del singolo (²⁸³).

La giurisprudenza nazionale è stata così spinta a mutuare, nell'opera "casistica" di ricostruzione dell'illecito comunitario, schemi e concetti propri del diritto interno (²⁸⁴), in un'ottica di "assimilazione".

²⁸³ Il tutto, naturalmente, a condizione di rispettare quello standard minimo ed insopprimibile di tutela che risponde ai più volte richiamati concetti di effettività ed equivalenza. Come noto, per la Corte i criteri di determinazione del risarcimento non devono essere meno favorevoli di quelli che riguardano analoghe azioni fondate sul diritto interno e devono essere tali da non rendere impossibile o eccessivamente difficile il risarcimento, che deve essere quindi "adeguato" al danno subito.

²⁸⁴ Scoditti E., op. cit., p. 14, rileva che per la natura "anfibia" di tale responsabilità non ha molto senso interrogarsi sull'estrazione comunitaria piuttosto che nazionale dell'illecito: in tale ottica, anche aderendo al paradigma aquiliano di responsabilità, lo stesso ne risulterebbe snaturato, perché la norma all'uopo invocabile – il 2043 c.c. – sarebbe la risultante di una sovrapposizione fra norma comunitaria e norma interna, quindi verrebbe "sensibilmente trasformata nel processo di compenetrazione con le regole comunitarie": *"dire che la norma comunitaria prescrive il risultato, e quella interna predispose i mezzi per conseguirlo, non significa altro che esprimere questa dinamica di reciproca congruità ed adattamento di fonti, in base al quale il diritto di cui si fa applicazione non ha alcuna monocromaticità, ma è*

In ciò ha anche dovuto tener conto di alcune divergenze di fondo rispetto all'ordinamento comunitario, specie per quanto attiene alla definizione del concetto di "potere amministrativo", oppure, di fronte a istituti nominalisticamente uguali – come elemento soggettivo, nesso causale – del diverso peso o significato che questi possono assumere per la Corte di Giustizia (²⁸⁵).

2. L'individuazione di un modello plausibile ed unitario di responsabilità per violazione del diritto comunitario. Premesse

Nella sua opera di ricostruzione e mediazione, in assenza di precisi appigli normativi, la giurisprudenza italiana ha trovato un validissimo supporto negli istituti di diritto interno che disciplinano in via generale la responsabilità dell'autorità amministrativa.

Si può così assistere ad un apparente paradosso.

In via generale, in diritto interno la qualificazione della responsabilità della pubblica amministrativa, ossia del titolo secondo cui "risponde" la pubblica amministrazione, ha costituito un annoso problema, solo di recente ragionevolmente assestatosi sulla tesi extracontrattuale.

Al contrario, analoghi contrasti e divergenze non sono sorti per qualificare l'illecito di "estrazione" comunitaria.

La necessità di attenersi a delle linee guida dettate dall'ordinamento sovraordinato, pur dovendo ricostruire un modello tendenzialmente autonomo di responsabilità, ispirato a istituti del diritto interno, ha indotto i giudici interni a "prendere" quanto di più simile esistesse nel diritto comunitario rispetto ai noti schemi di diritto nazionale.

E tale rielaborazione ha portato ad aderire in via abbastanza pacifica allo schema della responsabilità extracontrattuale; infatti, sono stati assimilati concetti di matrice comunitaria come

piuttosto un'anima a due teste. La norma di un ordinamento integrato, per tornare al paradigma della rete, è un nodo, non è né una norma comunitaria né norma interna, è un'interfaccia fra ordinamenti", p. 13 ss.

²⁸⁵ La Corte di Giustizia si mostra infatti propensa ad "oggettivizzare" gli elementi costitutivi dell'illecito, specie per quanto attiene al profilo soggettivo, ritenendo dolo e colpa come degli indici di graduazione della responsabilità, rilevanti quindi in un momento, si direbbe successivo, di "liquidazione" del danno più che di individuazione dell'*an*. Un elemento invece molto valorizzato è quello relativo al nesso eziologico, mostrandosi la Corte molto sensibile all'accertamento di eventuali concorsi di colpa del danneggiato, evocando così le previsioni di cui all'art. 1227 c.c. italiano. Quest'ultima è anzi una delle argomentazioni cardine su cui la giurisprudenza amministrativa, per tradizione arroccata sulla tesi della pregiudiziale, ritiene che non si debba prescindere dal previo annullamento dell'atto amministrativo in prospettiva del successivo risarcimento del privato danneggiato, altrimenti si potrebbe premiare chi, per altri aspetti, non premurandosi di impugnare tempestivamente il provvedimento, non abbia con ciò evitato o quanto meno tamponato gli effetti dannosi che dall'atto sono poi effettivamente scaturiti.

“colpa grave”, nesso causale, preordinazione dei diritti, in gran parte sovrapponibili ad analoghe nozioni del paradigma aquiliano, come elemento soggettivo, rapporto di causalità e antigiuridicità, con tutte le connesse implicazioni anche in tema di onere della prova.

La contaminazione fra concetti propri dell’ordinamento sovranazionale ed istituti del diritto nazionale si è rivelata così di estrema utilità, poiché se è vero, come osservato ⁽²⁸⁶⁾, che la vicenda della responsabilità dello Stato nasce in sede comunitaria, originandosi in quest’ambito i presupposti della violazione, sono i privati cittadini a risentirne l’impatto, mentre spetta agli ordinamenti interni “recepire il principio di responsabilità ed attuare, in concreto, la tutela risarcitoria ⁽²⁸⁷⁾”.

2.1 L’elaborazione dell’illecito comunitario alla luce delle conquiste della giurisprudenza nazionale sulla responsabilità della pubblica amministrazione.

L’inquadramento dell’ “illecito comunitario” da parte degli organi amministrativi appare in linea con la tesi dominante che riconduce normalmente nel paradigma aquiliano anche la responsabilità della pubblica amministrazione per violazione di norme di diritto interno.

Tale analogia può essere del resto letta come ulteriore, indiretta conferma dell’integrazione dell’ordinamento comunitario e nazionale, con piena assimilazione delle rispettive fonti normative, anche alla luce dell’art. 1, l. n. 241/1990.

Come rilevato già diversi anni fa dalla giurisprudenza di legittimità, il sistema di responsabilità extracontrattuale appare il più idoneo ad esprimere il rapporto fra potere autoritativo e cittadini.

²⁸⁶ Cfr. Calzolaio E., op. cit., p. 30 ss., secondo cui “l’opportunità, ma si dovrebbe dire, la necessità di un approccio comparatistico si coglie già a questo primo livello, giacché si tratta, precisamente di ricostruire la stessa vicenda comunitaria in una prospettiva comunitaria”; peraltro, in tema di rapporti fra ordinamenti “la stessa Corte Costituzionale ha riconosciuto in maniera costante che l’esame della cosiddetta questione di compatibilità comunitaria precede l’esame di costituzionalità sotto un profilo logico prima che giuridico, investendo la stessa applicabilità della disposizione incriminata”.

²⁸⁷ È sintomatico di questo “abbraccio mortale” fra diritto comunitario e nazionale lo stesso modo in cui si realizza il primato del primo sul secondo: la specificità della prevalenza del diritto comunitario sul diritto nazionale rispetto ai rapporti classici fra diritto internazionale e diritto interno appare altresì chiaramente: l’affermazione del “primato internazionale” è completato dalla comunitarizzazione del primato interno, cioè attraverso l’inquadramento comunitario del ruolo del giudice interno, chiamato a svolgere una funzione di “giudice comunitario del diritto

Come rilevato da Cass.Civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157 “*il modello della responsabilità aquiliana appare il più congeniale al principio di autorità, laddove la violazione del diritto soggettivo si verifica in presenza di un'attività materiale (comportamento senza potere dell'amministrazione) che abbia leso l'interesse al bene della vita di un qualsiasi soggetto, al di fuori di un rapporto. Ne è corollario l'irrisarcibilità dell'interesse legittimo, nella misura in cui la coincidenza dell'interesse privato con l'interesse pubblico è un mero accidente, che non infirma la preponderanza di questo su quello.*”

La tesi della responsabilità extracontrattuale ha inoltre un carattere flessibile ed “aperto”, in virtù della clausola generale ex art. 2043 c.c., tale da dare voce alle istanze risarcitorie correlate alla violazione di tutte le posizioni soggettive meritevoli di tutela, tanto più all'indomani della caduta del dogma dell'irrisarcibilità del danno dal lesione di interessi legittimi (²⁸⁸).

L'ampiezza delle garanzie offerte dal modello aquiliano ha quindi il pregio di estendere a tutto campo l'esigenza del rispetto della legalità da parte della pubblica amministrazione, coprendo pericolosi vuoti di tutela.

È del resto il principio di legalità l'elemento cardine che in Italia ha spinto verso la ricostruzione di un complessivo sistema di responsabilità applicabile alla Pubblica amministrazione.

Peraltro, l'accoglimento di un modello univoco per qualificare la responsabilità della pubblica amministrazione non giunge al termine di un percorso semplice, ma ha visto contrapporsi dialetticamente diverse opinioni: solo di recente sembra registrarsi un certo assestamento sulla tesi extracontrattuale.

Una disamina comparativa delle possibili letture della “responsabilità” dell'amministrazione, anche alla luce delle varie elaborazioni pretorie, appare interessante specie in un momento storico in cui la responsabilità civile della pubblica amministrazione per certi aspetti tende a collocarsi su un piano di “specialità” rispetto alla responsabilità di diritto comune.

comune”: così Simon D., *Les fondements de l'autonomie, Actes du Colloque de Bordeaux*, in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*. 2000, 207 ss.

²⁸⁸ A favore del superamento del “granitico” orientamento della giurisprudenza di legittimità, la considerazione che precludere al cittadino un “giusto” ristoro in caso di lesione di interessi legittimi pone in stato di inevitabile inferiorità l'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo, in palese contrasto con il dettato costituzionale (particolarmente, con gli artt. 2,3,24,103,113 Cost. alla cui luce la tutela giuridica degli interessi legittimi deve avere lo stesso contenuto di quello garantito ai diritti soggettivi). Sull'equiparazione in giudizio fra le due posizioni soggettive, e sulla centralità della garanzia dell'interesse legittimo nel complessivo sistema di tutele dei privati verso i pubblici poteri, Scoca F.G., *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 2, 549 ss.; Police A., *La tutela del consumatore nel processo amministrativo*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, 2, p. 39.

La vivacità di questo dibattito è significativa anche nell'ottica di individuare un modello univoco di "illecito comunitario" della pubblica amministrazione, e più in generale nella comprensione dei rapporti fra diritto interno e diritto comunitario.

Ciò, sotto un duplice profilo.

In primo luogo, perché l'integrazione fra i diversi sistemi giuridici (comunitario e nazionale) fa sì che l'azione amministrativa si trovi costantemente "schiacciata" fra due distinti livelli di normazione, risentendo anche dei relativi rapporti: è come se questa, dimidiata fra disciplina nazionale e parametri comunitari in una data materia, fosse condizionata anche da eventuali vizi della norma interna rispetto alle fonti sovranazionali.

In secondo luogo, le categorie di diritto interno sono utili soprattutto perché, al di là della risposta sanzionatoria offerta, permettono di cogliere la relazione fra i privati ed un'autorità amministrativa chiamata a gestire il suo potere, spesso facendo uso di discipline di diritto comunitario ⁽²⁸⁹⁾.

Un sistema compiuto di responsabilità della pubblica amministrazione, anche a fronte della violazione del diritto comunitario, offrirebbe pertanto un ulteriore strumento di "tenuta" del primato del diritto comunitario e di effettività delle sue regole.

Una volta individuato un modello di riferimento con le sue precise regole, l'equiparazione della violazione del diritto nazionale a quello comunitario consentirebbe di rispondere all'illegittimità degli organi amministrativi anche nelle forme e nelle sedi proprie della giustizia amministrativa, senza timore di lasciare "scoperte" le istanze di tutela dei privati.

Non a caso, alla base dei vari modelli di responsabilità che mi accingo a ripercorrere, vi è proprio la considerazione primaria del soggetto privato e del suo modo di "dialogare", più o meno garantito, rispetto all'autorità.

2.2 Le diverse tipologie di responsabilità in diritto interno. Il paradigma aquiliano

Non esiste affatto uniformità di orientamenti sul punto, anche se dopo un periodo in cui la dottrina si è "sbilanciata" a favore della responsabilità "da contatto" e pre-contrattuale", è tornata sui suoi passi, aderendo per la parte più considerevole al modello aquiliano di responsabilità ⁽²⁹⁰⁾.

²⁸⁹ Per Cass. S.U. 22 luglio 1999, n. 500, più volte citata, "nel caso di conflitto tra interesse individuale perseguito dal privato ed interesse ultraindividuale perseguito dalla PA, la soluzione non è senz'altro determinata dalla diversa qualità dei contrapposti interessi, poiché la prevalenza dell'interesse ultraindividuale, con correlativo sacrificio di quello individuale, può verificarsi soltanto se l'azione amministrativa è conforme ai principi di legalità e di buona amministrazione, non anche quando è contraria a tali principi (ed è contrassegnata, oltre che da illegittimità, anche da dolo o colpa)".

I diversi orientamenti che si sono contesi il campo in giurisprudenza e dottrina sono confluiti in un ampio spettro di vedute, che attualmente coesistono nell'impostazione dottrinale.

Tuttavia, il diritto vivente sembra aver aderito decisamente alla tesi della responsabilità aquiliana.

In quest'ambito la Cassazione, lasciata alle spalle la tesi che identificava l'ingiustizia del danno con la lesione dei soli diritti soggettivi, muove dalla ricostruzione della situazione soggettiva che si assume lesa dalla condotta della PA, ossia quella di interesse legittimo, intesa come *“posizione di vantaggio riservata ad un soggetto in relazione ad un bene della vita oggetto di un provvedimento amministrativo e consistente nell'attribuzione a tale soggetto di poteri idonei ad influire sul corretto esercizio del potere, in modo da rendere possibile la realizzazione dell'interesse al bene”* ⁽²⁹¹⁾.

Peraltro, la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per accedere alla tutela risarcitoria ex art. 2043 c.c., perché, come sancito dalle Sezioni Unite n. 500/1999, *“occorre che sia leso, per effetto dell'attività illegittima e colpevole della PA l'interesse al bene*

²⁹¹ Cfr. Cass. Civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, centrale nella ricostruzione del modello aquiliano di responsabilità, in *Foro italiano*, 2003, I, 85 ss., con osservazioni di Fracchia F., *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, il quale si esprime in termini critici proprio sul punto della - a suo parere - eccessiva valorizzazione del ruolo della l. n. 241/1990 da parte della Suprema Corte: *“nel dibattito sull'eterno problema del risarcimento da lesione dell'interesse legittimo s'insinua probabilmente oggi, a differenza che in passato, il disagio di misurare il contatto dei pubblici poteri con il cittadino secondo i canoni del principio di autorità, della presunzione di legittimità dell'atto amministrativo, e in definitiva emerge l'inadeguatezza del paradigma della responsabilità aquiliana. La trasformazione in senso aziendalistico dell'apparato burocratico, imposta dalla necessità che nel generalizzato prevalere degli interessi economici l'ordinamento debba diventare efficiente e competitivo, connota un sistema amministrativo che si avvale in misura sempre maggiore di soggetti privati [nella gestione dei pubblici servizi, nella realizzazione dei programmi urbanistici], che utilizza prevalentemente i più agili strumenti del diritto privato, e che nella realizzazione dei principi dell'ordinamento democratico si avvale della partecipazione 'funzionale' del destinatario dell'atto”*.

Il mutato approccio al tema della responsabilità dei soggetti pubblici è un riflesso del nuovo volto del procedimento amministrativo, dove alla luce della l. n. 241/1990 i principi di efficienza, economicità e partecipazione, diventano criteri giuridici positivi.

In particolare, se il modello della responsabilità aquiliana appare connaturato al principio di autorità - che riverbera nella lesione di un interesse legittimo -, la violazione di un diritto soggettivo appare meglio associabile ad un'attività non autoritativa, lesiva di una norma di relazione senza essere sorretta da un preciso potere dell'amministrazione, che di per sé abbia violato l'interesse al bene della vita anelato. Sul punto, per Rallo A. *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: risarcimento o indennizzo?* In *Foro amm. TAR.* 2002, 3, 893 ss., è il modello di responsabilità precontrattuale ad avere, *“al pari di altri istituti tipici della condotta antigiuridica”*, sensibilmente risentito del mutato rapporto fra amministrazione e cittadino, e della rimodernizzazione in genere della figura dell'apparato amministrativo, nell'epoca delle grandi riforme amministrative e della “responsabilità”.

della vita al quale l'interesse legittimo si correla e che il detto interesse sia meritevole di tutela alla luce dell'ordinamento positivo".

In particolare, in ipotesi di interessi pretensivi all'"apprensione" di un'utilità non ancora posseduta, dovrà valutarsi preliminarmente la consistenza della protezione che l'ordinamento riserva alle istanze di ampliamento della sfera giuridica del privato ⁽²⁹²⁾.

Ciò implicherà un giudizio di prognosi sulla fondatezza o meno dell'istanza, anche alla luce della normativa di settore, in modo da valutare se il pretendente fosse titolare non di una mera aspettativa, come tale non tutelabile, bensì di una situazione suscettibile di determinare un oggettivo affidamento circa la sua conclusione positiva, giuridicamente protetta e destinata secondo un criterio di normalità, sulla base della disciplina applicabile, ad un esito favorevole.

Da ciò deriva, come prima conseguenza di forte impatto, che l'illegittimità provvedimentoale di per sé non basta per aprire le porte al risarcimento del danno, mentre diventa centrale l'individuazione di parametri che possano fissare le differenti tipologie di attività e di poteri facenti capo alle amministrazioni: attività vincolata, tecnica e discrezionale.

Ma la conquista più appariscente del modello di responsabilità aquiliana va rilevata sotto il profilo soggettivo, grazie al superamento della lettura tradizionale che riteneva la colpa sussistente *in re ipsa* nella stessa illegittimità dell'atto amministrativo, processualmente accertata.

Alcuni elementi del sistema di responsabilità extracontrattuale non hanno tuttavia pienamente convinto, facendo obiettare che l'esercizio del potere non è pacificamente assimilabile alla condotta di quanti, con comportamento materiale o negoziale, arrechino danno ingiusto a cose, persone, diritti, ed in genere a posizioni soggettive meritevoli di tutela *erga omnes* a norma dell'art. 2043 c.c..

In particolare, la principale incongruenza denunciata è che nella trama delle relazioni fra amministrazione e cittadini manca un elemento cardine del sistema di responsabilità extracontrattuale: la totale estraneità fra danneggiante e danneggiato ⁽²⁹³⁾.

Oltre a questo profilo, si è poi segnalato il rischio di frenare, in base ai canoni delle S.U. n. 500/1999, l'ambito di tutela risarcitoria degli interessi pretensivi, dovendosi procedere ad un

²⁹² Sulla cesura fra interessi oppositivi e pretensivi e sull'adeguatezza della tutela di questi ultimi – tale solo all'esito del vaglio sulla fondatezza della pretesa sostanziale, debitamente provata verso la pubblica amministrazione-, Caranta R., "La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità", in *Foro it.*, 1999, I, 3201; Fracchia F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, in *Foro It.*, 1999, I, 3212.

giudizio prognostico, ossia ad un vaglio di meritevolezza vero e proprio, fino a far parlare di tutela delle sole posizioni a “risultato garantito”⁽²⁹⁴⁾.

2.3 La denuncia al sistema extracontrattuale e l’elaborazione di modelli alternativi: dalla tesi del contatto, alla responsabilità precontrattuale, al modello “misto”.

Il fattore della non piena “estraneità” dell’amministrazione rispetto ai suoi “amministrati” ed il rischio di una tutela puramente formale per il privato hanno generato una certa insoddisfazione per il modello di responsabilità enucleato in seguito a Cass. Sezioni Unite, 22 luglio 1999, n. 500.

Sono stati valorizzati così da un lato modelli incentrati sulla colpa *in contrahendo* della P.A. in sede di formazione della volontà negoziale, dall’altro la correttezza comportamentale in genere dell’operatore pubblico ed il cosiddetto “contatto” fra potere e cittadini.

Ciò ha portato a delineare dei precisi doveri di “*honeste agere*” della pubblica amministrazione, meritevoli in sé e non più necessariamente schermati dalla legittimità dell’atto.

Una responsabilità, dunque, da comportamento contrario a lealtà, buona fede e correttezza, che deve esistere in sé e per sé, a prescindere dalla legittimità dell’atto finale contestato, anche con importanti conseguenze sullo stesso contenuto del giudizio amministrativo, trattandosi di passare dal mero vaglio di legittimità e dalla logica del controllo sul potere e della tutela dell’interesse legittimo, ad un’analisi molto più pregnante del comportamento e del complessivo rapporto instauratosi fra le parti⁽²⁹⁵⁾.

La prima concretizzazione di questi ragionamenti è data dalla tesi della responsabilità “da contatto”, applicata ai rapporti fra cittadini ed amministrazione.

La pubblica amministrazione, rispetto al privato leso nel suo interesse legittimo, non è nella posizione del “passante” o del “chiunque”, al contrario l’avvio di un procedimento amministrativo, quale sede naturale della funzione pubblica, è destinato ad instaurare una relazione, a far

²⁹⁴ Per Sciarrillo A., *L’azione amministrativa, fra buona fede della P.A. e tutela dell’affidamento del privato*, in *Amministrare*, (ISAP Istituto per la scienza dell’amministrazione pubblica, a cura di), 2007, 3, 375 ss., diversificando tutela degli interessi pretensivi ed oppositivi, solo questi meriterebbero piena tutela. In particolare, nelle fattispecie c.d. a risultato garantito, il ristoro sarebbe pieno, al di là del mero interesse alla correttezza comportamentale; laddove invece le probabilità di successo siano più tenui, sarebbe indubbiamente opportuno azionare l’art. 1337 c.c., col rischio di de-frammentare i modelli di responsabilità a seconda della tipologia di chance vantata dal singolo.

²⁹⁵ A tale evoluzione si è ben prestata la trama complessivamente ordita dalla l. 241/1990, che ha posto su un piano paritetico le parti, valorizzando non solo il concetto di buona fede, ma anche l’importanza del “tempo” nel dispiegarsi dell’azione amministrativa, concetto che ritorna prepotente sia nella tutela dell’affidamento, sia nell’ambito della buona fede; cfr. Merusi F., *La certezza dell’azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 527 ss.

“dialogare” l’autorità ed i privati coinvolti, secondo un intreccio definito dalla dottrina civilistica come “rapporto senza obbligo primario di prestazione” (²⁹⁶), suggestiva espressione usata per qualificare fattispecie destinate a collocarsi ai confini tra contratto e torto (²⁹⁷).

In questa sede sono particolarmente interessanti gli spunti di “lettura” forniti da Cassazione Civile, sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157, che ha tentato di giustificare in termini di più generale cultura giuridica l’inadeguatezza del modello di responsabilità aquiliana.

La Suprema Corte ha rilevato che *“il contatto del cittadino con l’amministrazione è oggi caratterizzato da uno specifico dovere di comportamento nell’ambito di un rapporto che in virtù delle garanzie che assistono l’interlocutore dell’attività procedimentale, diviene specifico e differenziato.*

Dall’inizio del procedimento l’interessato, non più destinatario passivo dell’azione amministrativa, diviene il beneficiario di obblighi che la stessa sentenza 500/99/SU identifica nelle “regole di imparzialità, di correttezza e di buona amministrazione alle quali l’esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni alla discrezionalità”.

²⁹⁶ Il rapporto che avvince la pubblica amministrazione al cittadino è assolutamente arricchito di contenuti dall’art. 1, l. n. 241/1990: pur non sorgendo dunque un vincolo contrattuale, si assiste ad un rapporto di fatto che se infranto porta alla nascita di una responsabilità analoga a quella contrattuale, o più precisamente, da “inadempimento di obbligazioni”. Dall’avvio del procedimento amministrativo si instaura, infatti, un « contatto » idoneo a configurare, se non un vero e proprio rapporto obbligatorio, un rapporto di fatto senza obbligo primario di prestazione, che differenzerebbe la sua posizione da quella del « passante » o del « chiunque », propria della tutela aquiliana.

In dottrina, cfr. Protto M., *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. App.*, 2000; Id., *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. civ. Prev.*, 2001, 1, 213 ss.; Castronovo C., *L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Giuffrè, Milano, 1997, 170 ss., parla di “rapporti di incerta collocazione” in cui, pur mancando l’elemento centrale del rapporto obbligatorio (la prestazione), sono presenti obblighi di protezione della sfera giuridica della controparte, “di per sé soli idonei ad integrare un rapporto”; Montesano L., *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 83 ss.. Per riferimenti giurisprudenziali alla teorica secondo cui il “contatto” fra cittadino ed amministrazione dà vita ad una vicenda giuridica di tipo relativo nel cui ambito il diritto al risarcimento acquista una speciale fisionomia, irriducibile al modello ex art. 2043 c.c., cfr. Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239; sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169; sez. V, 8 luglio 2002, n. 3796; sez. VI, 20 gennaio 2003, n. 204.

²⁹⁷ La fonte normativa di tali obblighi di protezione viene individuata nell’art. 1173 c.c. che sancisce il carattere aperto delle fonti delle obbligazioni, rinviando ad ogni “atto o fatto idoneo secondo l’ordinamento giuridico”: la violazione di simili obblighi darà luogo ad una responsabilità contrattuale e non extracontrattuale, quest’ultima necessariamente connotata dall’assenza di doveri di comportamento rivolti a favore di persone determinate.

Tali interessi, di partecipare al procedimento, di vederlo concluso tempestivamente e senza aggravamenti, di poter accedere ai documenti in possesso dell'amministrazione, di vedere prese in esame le osservazioni presentate, di veder motivata la decisione che vanifica l'aspettativa, costituirebbero, secondo una lettura estrema, veri e propri diritti soggettivi, tutelati in quanto tali, e non situazioni strumentali alla soddisfazione di un interesse materiale che verrebbe quindi protetto sub specie di interesse legittimo. Di sicuro, l'interesse al rispetto di queste regole, - che costituisce la vera essenza dell'interesse - legittimo, assume un carattere del tutto autonomo rispetto all'interesse al bene della vita: l'interesse legittimo si riferisce a fatti procedurali. Questi a loro volta investono il bene della vita, che resta però ai margini, come punto di riferimento storico. Il fenomeno, tradizionalmente noto come lesione dell'interesse legittimo, costituisce in realtà inadempimento alle regole di svolgimento dell'azione amministrativa, ed integra una responsabilità che è molto più vicina alla responsabilità contrattuale nella misura in cui si rivela insoddisfacente, e inadatto a risolvere con coerenza i problemi applicativi dopo Cass. 500/99/SU, il modello, finora utilizzato, che fa capo all'art. 2043 c.c.: con le relative conseguenze in tema di accertamento della colpa.

Nell'esercizio della funzione pubblica, si assisterebbe perciò alla nascita di un rapporto che mette in "contatto" i soggetti (sia pubblici che privati) coinvolti nel procedimento, tenuti a non aggravare ingiustificatamente la posizione della controparte, in assenza di un apprezzabile sacrificio della propria sfera giuridica.

Un eventuale obbligo risarcitorio troverebbe perciò la sua fonte non nella relazione fra Amministrazione e privato, avente ad oggetto l'utilità finale cui questi aspira, ma nell'affidamento obiettivo ingenerato in una parte dal comportamento dell'altra.

Il semplice avvio del procedimento creerebbe un dovere di comportamento nell'ambito di un rapporto "specifico e differenziato", e in tale ambito le garanzie procedurali di cui alla l. n. 241/1990 si porrebbero quali veri e propri diritti soggettivi, tutelati in sé, pur se non strumentali al soddisfacimento del "bene finale" della vita.

Ciò, fino al punto di affermare che il fenomeno noto come lesione dell'interesse legittimo integra in realtà lesione di norme procedurali, molto più facilmente assimilabili alle regole della responsabilità contrattuale (²⁹⁸), il cui inadempimento da parte dell'Amministrazione determina un autonomo titolo dell'obbligo risarcitorio.

²⁹⁸ Gli obblighi procedurali appaiono perciò inquadrabili come vere e proprie prestazioni, secondo il principio di buona fede e correttezza, ex art. 1175 c.c., a presidio dell'affidamento del privato: di qui la meritevolezza di una tutela risarcitoria a prescindere dalla spettanza di un bene della vita, per il quale vi sia un interesse meritevole da parte del titolare dell'interesse legittimo.

Tuttavia, la circostanza che il danno non risieda più nella lesione dell'interesse ad un bene della vita, "meritevole di tutela, al quale l'interesse legittimo si correla" (S.U. Cass. civ. 500/1999), ma nell'inosservanza di doveri o contegni di natura procedurale, derivanti da un "contatto" amministrativo qualificato, perché idoneo a generare un legittimo affidamento nella controparte, porta a ricalibrare i vari interessi in gioco, ponendo del tutto in secondo piano la perdita dell'utile sostanziale.

Ed è proprio questa conseguenza - al di là delle ulteriori implicazioni di una simile tesi in sede processuale e probatoria (²⁹⁹) -, il punto più fragile della tesi della responsabilità da contatto: il rischio sarebbe infatti quello di dare autonomo rilievo risarcitorio alla lesione dell'obbligo di condotta gravante sull'Amministrazione, a prescindere dall'effettivo soddisfacimento dell'interesse finale cui ambisce il privato.

In questo scollegamento fra obbligo risarcitorio ed utilità sostanziale, vanificata dall'azione amministrativa, si denuncia la circostanza che il concetto di "danno" possa diventare del tutto labile e sfuggente, oltre al rischio di trattare allo stesso modo fattispecie intrinsecamente diverse.

Il giudizio sull'*an* e sul *quantum* del risarcimento, infatti, prescinderebbe dalla valutazione sulla reale spettanza del bene della vita, portando a forme di iperprotezione ingiustificata anche per interessi fasulli o bagatellari. Di qui, il rischio di sfociare nella logica dell'indennizzo per le violazioni meramente formali o procedurali e la connessa difficoltà di quantificazione del danno (³⁰⁰).

Ma in realtà, il vero motivo assorbente di tutte le critiche al sistema di responsabilità da contatto, è l'idea che il privato, quando si relaziona con l'amministrazione pubblica, più che al rispetto di generici obblighi di correttezza, in realtà tende ad un ben preciso bene della vita.

²⁹⁹ Dal modello alternativo a quello aquiliano, infatti, consegue innanzitutto, ai sensi dell'art. 1218 c.c., un rovesciamento dell'onere probatorio, dovendo provare il debitore l'assenza di colpa e la riferibilità eziologica dell'inadempimento a causa allo stesso non imputabile; muta inoltre il termine di prescrizione, decennale nella responsabilità contrattuale, e al di fuori dei casi di dolo - il risarcimento è limitato al danno che poteva prevedersi al tempo in cui è sorta l'obbligazione; infine differiscono le stesse modalità di calcolo di rivalutazioni ed interessi, decorrenti dalla data della domanda anziché del fatto illecito.

³⁰⁰ Criticano la tesi della responsabilità da contatto, relativamente al "rischio" che la mera violazione di norme procedurali possa sfociare automaticamente in una pretesa risarcitoria da parte del privato, a prescindere dalla sorte del provvedimento conclusivo dell'*iter* procedimentale, Chieppa R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, 683 ss., Casetta E., Fracchia F., *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro italiano*, 2002, III, 18.

Di fronte a tale interesse, la lesione di un interesse formale è assolutamente secondario, ed anzi funge da pretesto, da appiglio pur di arrivare comunque a conseguire il bene agognato, di spessore “sostanziale” (³⁰¹).

Più in generale, poi, si è osservato che l’esercizio del potere autoritativo, per ragioni storiche, normative, ontologiche, non può essere assimilato automaticamente alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale, connotato in quanto tale da diritti, obblighi o posizioni comunque di matrice schiettamente civilistica, riconducibili al modello di cui all’art. 1218 c.c..

Si è così negata da un lato l’esistenza di un reale “affidamento” del privato nell’esercizio dell’attività provvedimentale, autonomamente tutelabile, dall’altro la possibilità di sovrapporre i piani dell’autonomia negoziale privata e dell’attività provvedimentale dell’amministrazione, pena un’indebita commistione fra i parametri necessari a risolvere i conflitti intersoggettivi e quelli volti a garantire il principio di legalità della funzione amministrativa.

In particolare, come rilevato da Cons. Stato, V, 18 novembre 2002, n. 6389, buona fede e correttezza sono *parametri propri dell’autonomia privata e risultano di per sé speculari al potere riconosciuto al solo Giudice civile di intervenire sul regolamento di interessi posto in essere tra i contraenti o che gli stessi avrebbero dovuto porre in essere, al fine di valutare la misura entro cui la relativa disciplina è meritevole di protezione da parte dell’ordinamento positivo* (³⁰²).

La lucida denuncia di questi profili critici serve a superare i meccanicismi con cui la violazione di interessi procedurali generano la tutela risarcitoria: in particolare, il sistema dovrebbe denegarsi nella sua interezza ogniqualvolta la relazione fra amministrazione e cittadino si manifesti in realtà in una fase successiva, in seguito all’adozione del provvedimento, “*il cui carattere unilaterale e discrezionale mal si concilia con un’obbligazione contrattuale e determina, e non segue, il definitivo assetto d’interessi*”.

³⁰¹ Come spesso riconosciuto dal Consiglio di Stato, il giudice quando ha davanti una pretesa risarcitoria deve misurarsi il più delle volte non col mero pregiudizio derivante dall’infrazione ad un obbligo di comportamento, e quindi a prescindere dall’apprensione del bene finale, ma con il pregiudizio “effettivo” dovuto all’ostacolo che la pubblica amministrazione ha frapposto fra il privato ed il conseguimento del bene agognato.

³⁰² La pronuncia, relativa al delicato tema dei limiti entro cui applicare ai pubblici operatori le regole civilistiche sul rispetto dei generali doveri di buona fede e correttezza ha destato molte riflessioni in dottrina: cfr. Caranta R., *Attività contrattuale della Pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell’affidamento*, nota a Cons. Stato, V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Urb. App.* 2003, 3, 566; Lubrano B., *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 4, 1240 ss.; in generale, sull’estensibilità di tali parametri al “pubblico”, Casetta E., *Buonafede e diritto amministrativo, Relazione al convegno internazionale di studi in onore del prof. Alberto Burdese* (Padova-Treviso-Venezia, 14-16 giugno 2001), sulle difficoltà derivanti dal calare nella complessa realtà del diritto amministrativo istituti propri del codice civile; Manganaro F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, ESI, Napoli, 1995.

Ulteriore, sostanziale corollario della critica alla tesi del “contatto”, è che il giudice amministrativo non può sindacare il merito dell’attività amministrativa.

L’eventuale illiceità della condotta dell’amministrazione, per poter generare il diritto al risarcimento del danno in favore del privato, non potrebbe quindi mai scollegarsi dal preventivo accertamento del fatto che la funzione amministrativa è stata illegittimamente svolta. La tutela individuale sarebbe sempre subordinata all’esercizio conforme della funzione amministrativa, allacciandosi strettamente a quell’interesse legittimo che nell’*iter* procedimentale rispecchia la pretesa del singolo al suo effettivo godimento.

Anche questa tesi si è tuttavia rivelata caduca, laddove si disinteressa della tutela dell’affidamento, di salda radice comunitaria ed impone che legittimità e liceità vadano di pari passo (³⁰³).

Al contrario, come rilevato da concorde dottrina e giurisprudenza, la legittimità provvedimento ben può scindersi dalla liceità della condotta, e viceversa (³⁰⁴).

Bisogna considerare lo spessore che principi come l’affidamento e la rilevanza in sé del contegno dell’amministrazione rivestono, anche alla luce delle significative modifiche subite dalla legge sul procedimento. A ciò si aggiungono la piena valorizzazione della buona fede dell’amministrazione nei rapporti col cittadino, la rilevanza dei valori comunitari alla stregua dell’art. 1, comma 1-*ter* della l. n. 241/1990: tutti elementi che hanno portato le riflessioni dottrinali ad un ulteriore passo nella “qualificazione” della responsabilità dell’amministrazione.

In particolare, considerando che l’affidamento è non solo un valore astratto da tutelare, ma un vero parametro di giudizio, che, *“lungi dal costituire di per sé una situazione giuridica soggettiva, permette di graduare il danno risarcibile alla consistenza dell’affidamento che, in relazione alla fattispecie il privato poteva maturare con riferimento al legittimo esercizio del potere amministrativo”*, si è delineata la tesi della responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione (³⁰⁵).

³⁰³ Così, per Cass. civ., sez. I, 11 giugno 2003, n. 9366 una condotta illegittima dà la stura a forme di tutela risarcitorie solo se accompagnata dalla lesione di un interesse meritevole di tutela da parte del titolare dell’interesse legittimo, dunque non meramente procedurale.

³⁰⁴ Un caso frequente in cui si assiste alla frattura di tali concetti è dato dalla revoca di un bando di gara, che pur potendo esprimere un esercizio illegittimo della funzione amministrativa, può definirsi “illecito” solo a patto che ricorrano tutti gli ulteriori requisiti che concorrono a formare la fattispecie di responsabilità civile. Ne consegue che grava sul privato l’onere di individuare e provare con precisione tutti questi elementi, potendo incidere anche grazie a poteri partecipativi, di natura procedimentale, ed avere una cognizione – in presa diretta – dei vizi dell’azione amministrativa. Per ulteriori considerazioni sul punto, rinvio ad una successiva trattazione nel corso del presente capitolo.

³⁰⁵ Nella sterminata produzione sulla responsabilità precontrattuale, cfr. Morelli S., *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o da contatto sociale?*, in

In alcune pronunce i giudici amministrativi hanno infatti risarcito il danno inquadrando la responsabilità dell'Amministrazione nell'ambito dell'art. 1337 c.c., e riconosciuto che il rapporto instaurato fra l'Amministrazione ed il titolare di un interesse legittimo pretensivo è analogo a quello che fonda la responsabilità precontrattuale, aprendo così la strada ad un nuovo modello in cui inquadrare la patologia dell'azione pubblica.

Giustizia Civile, 2002, 10, 2682 ss.; De Rosa B., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, superato il dogma della giurisprudenza civile*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001, 6, 1183 ss., riflette sull'espansione alla P.A. dei parametri civilistici ex artt. 1337 e 1338 c.c. fino a tutelare interessi non solo sostanziale, ma anche di tipo procedurale, in modo indipendente dalla concreta possibilità di ottenere l'appalto, ed anzi ad essa "antitetico ed alternativo"; Lupo A., *La responsabilità della Pubblica Amministrazione nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica: culpa in contrahendo e risarcimento del danno*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 86, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 6, 1981, ss.; Racca G.M., *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000; Caranta R., *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Giuffrè, Milano, 2001; Bellomia V., *Responsabilità precontrattuale della P.A. e tutela risarcitoria nelle procedure ad evidenza pubblica*, nota a Trib. Isernia, 30 dicembre 2004, in *Giur. Merito*, 2006, 2, 421 ss.

Sul ruolo integrativo della buona fede e sulla distanza che passa fra la responsabilità per inosservanza delle norme sulla selezione del contraente di gara e quella conseguente a violazione del dovere di buona fede, ex art. 1337 c.c. - posto che questa incarna un principio generale del sistema e "dà al comportamento delle parti che negoziano una disciplina ulteriore rispetto a quella che deriva da precise disposizioni: coprendo un'area, per così dire, alla quale queste non arrivano, che queste lasciano libera (Romano D., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1, p. 3), cfr. Molaschi G., *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2002, III, 8 ss., per il quale "l'obbligazione risarcitoria non viene ricollegata alla lesione del rapporto in riferimento all'utilità finale cui aspira il privato; al contrario ne prescinde, scaturendo dalla violazione di quei particolari obblighi, stabili ex lege, il cui rispetto è funzionale alla garanzia dell'affidamento del privato sulla legittimità dell'azione amministrativa". Rallo A., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: risarcimento o indennizzo?* op. cit.; Chiné G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell'era della risarcibilità degli interessi legittimi*; in *Foro Amm. TAR*, 2003, 3, 797 ss.; ripercorre le tappe della genesi della responsabilità precontrattuale della P.A. fra trattativa ed evidenza pubblica, nonché la graduale procedimentalizzazione della trattativa privata nella legislazione interna e comunitaria fino a considerare i comportamenti affidanti della PA e la sua responsabilità da atto lecito: *affinché l'atto di recesso, quale manifestazione di un potere attribuito dall'ordinamento, possa assurgere a condotta scorretta ed in contrasto con l'obbligo di buona fede, così colorandosi di illiceità, è necessario che esso intervenga all'esito di fatti e circostanze che avevano ragionevolmente indotto un affidamento legittimo della controparte in ordine alla stipula del contratto*; infine si richiama la felice intuizione di Giannini M.S., *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale, derivante da lesione di interessi legittimi*, Roma, 1965, per il quale "si potrebbe pensare che quando l'interesse legittimo si presenta come interesse ordinato all'ottenimento del bene della vita, sia identica la posizione del titolare dell'interesse legittimo e del titolare del potere, cioè dell'amministrazione, onde ambedue abbiano il dovere di comportarsi secondo buona fede".

Nella contrattualistica pubblica ed in particolare nelle procedure concorsuali, materia di elezione di questo genere di responsabilità, la pluralità di concorrenti in gara non toglie che ogni partecipante possa nutrire un legittimo affidamento circa la correttezza della controparte pubblica; ciò porta a ritenere possibile la coesistenza fra interesse legittimo pretensivo e l'affidamento circa la futura titolarità di un diritto, quale corollario dell'obbligo di buona fede.

Fra le pronunce più significative del Consiglio di Stato sull'indirizzo precontrattuale, la sentenza n. 1457/2003 e l'ordinanza n. 920/2005 della IV sezione hanno colto una significativa implicazione di questo modello: l'interesse del danneggiato coincide con l'interesse negativo⁽³⁰⁶⁾ quando l'attività dell'amministrazione ingeneri nella controparte un affidamento e questo poi, in violazione dei principi di buona fede e correttezza, vada deluso, nonostante la perfetta legittimità dell'azione amministrativa⁽³⁰⁷⁾.

Si è inoltre rilevato che la questione risarcitoria può prescindere dalla demolizione di provvedimenti amministrativi, allorché il danno subito derivi da un contegno lesivo delle regole che tutelano il legittimo affidamento delle parti di una trattativa precontrattuale.

Per il Consiglio di Stato⁽³⁰⁸⁾, anzi, anche in caso di rigetto della domanda di annullamento dell'atto gravato (perché esente dai vizi denunciati), è accoglibile la domanda di risarcimento del danno ex art. 1337 c.c., per *“violazione del principio che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede anche nelle attività precontrattuali”*⁽³⁰⁹⁾.

³⁰⁶ Sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. V, 12 settembre 2001, n. 4776; Cass. Civ., sez. III, 18 gennaio 2000, n. 495; sez. II, 26 maggio 1992, n. 6294; sez. III, 14 febbraio 2000, n. 1632.

³⁰⁷ Sorgendo infatti un vincolo giuridico solo con la stipulazione del contratto, non può essere dovuto un risarcimento equivalente a quello conseguente all'inadempimento contrattuale (interesse positivo); in caso di lesione all'interesse al corretto svolgimento delle trattative, il danno risarcibile è solo quello consistente nelle perdite derivate dall'aver fatto affidamento nella conclusione del contratto e nei mancati guadagni verificatisi in conseguenza delle altre occasioni contrattuali perdute (interesse negativo). Una recente pronuncia del Consiglio di Stato (sez. IV, 11 novembre 2008, accessibile presso l'URL: <http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/012321.aspx>, con nota di Spinelli S.) precisa le condizioni stringenti affinché la P.A. possa rispondere a titolo precontrattuale: la violazione delle regole di correttezza che presiedono alla formazione del contratto può assumere rilevanza, come anche sottolineato dall'Adunanza Plenaria n. 6/2005, solo dopo che la fase pubblicistica abbia attribuito al ricorrente effetti concretamente vantaggiosi, come quello dell'aggiudicazione, e solo dopo che tali effetti siano venuti meno, nonostante l'affidamento ormai conseguito dalla parte interessata.

³⁰⁸ Cons. Stato, sez. IV, 19 marzo 2003 n. 1457, cit.

³⁰⁹ Cons. Stato, sez. IV, ord. 7 marzo 2005 n. 920, cit e Adunanza Plenaria, 16 maggio 2005 n. 6 hanno osservato che la rimozione in sede di autotutela dell'aggiudicazione e degli atti della relativa procedura, se vale a porre al riparo l'interesse pubblico, non elide il fatto incancellabile degli "affidamenti" suscitati nell'impresa dagli atti della procedura di evidenza pubblica poi rimossi, in quanto quest'ultima non poteva non confidare, durante il procedimento di evidenza

Nonostante gli aspetti più convincenti della ricostruzione pre-contrattuale, in particolare la sua valorizzazione della tutela dell'affidamento (³¹⁰), alcune obiezioni ne hanno segnalato i punti deboli ed hanno evidenziato l'inadeguatezza del mero interesse negativo quale parametro di riferimento nella liquidazione del danno.

Si è infatti osservato che l'interesse del danneggiato è qualcosa di più del semplice interesse a non essere coinvolto in trattative infruttuose, in particolare quando l'attività provvedimento sia illegittima, avendo egli interesse, piuttosto, a conseguire il bene della vita correlato all'interesse legittimo leso.

L'incisiva delimitazione del danno effettivamente riconosciuto al ricorrente conferma la non "capienza" di questo modello rispetto a tutte le ipotesi di illecita condotta amministrativa, soprattutto rispetto a quei casi in cui si chiede la tutela di qualcosa di diverso e ulteriore del mero interesse a non essere invischiati in trattative non proficue, o comunque in relazioni giuridiche violative degli obblighi di correttezza e protezione.

In particolare, il modello precontrattuale sembra non apprezzabile laddove sia facile accertare quale sarebbe stato l'esito prevedibile della gara: esso risulterebbe infatti penalizzante per chi possa ragionevolmente ambire al risultato sperato, mentre darebbe un'ingiustificata iperprotezione al ricorrente completamente sfornito di *chance* (³¹¹).

Nonostante simili "ambiguità", bisogna comunque riconoscere gli aspetti positivi della tesi precontrattuale, sull'importanza della correttezza e della buona fede nel farsi dell'azione amministrativa.

pubblica, dapprima sulla "possibilità" di diventare affidataria del contratto e più tardi - ad aggiudicazione intervenuta - sulla disponibilità di un titolo che l'abilitava ad accedere alla stipula del contratto stesso.

³¹⁰ Sulle possibili differenze fra responsabilità precontrattuale e da contatto, pur astrattamente assimilabili alla responsabilità contrattuale, cfr. Garofoli R., Racca G.M., De Palma M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005. In via generale, la dottrina non ammette la sovrapposizione dei due modelli, perché se pure entrambi valorizzano la sussistenza e le implicazioni del rapporto giuridico tra privato e soggetto pubblico, la tesi della responsabilità da contatto resta fundamentalmente legata alla qualificazione di "responsabilità per lesione di interessi legittimi".

³¹¹ La possibilità di riconoscere, infatti, maggiore soddisfazione al ricorrente, si traduce per lo più nella valutazione aggiuntiva sulla spettanza del bene finale agognato e sull'eventualità o meno di accordare, fra le voci di danno, anche l'interesse positivo. In tal senso, il modello della responsabilità precontrattuale potrebbe offrire maggiori "soddisfazioni" laddove il danneggiato riuscisse a fornire idonea prova del proprio diritto all'aggiudicazione finale: al risarcimento dell'interesse negativo si sommerebbe infatti il risarcimento dell'interesse positivo, quantificabile per la giurisprudenza di merito in via presuntiva mediante applicazione analogica del parametro valutativo di cui alla l. n. 2248/1865 all. F art. 345, che identifica nel 10% del valore dell'appalto l'importo da corrispondersi per l'ipotesi di anticipata risoluzione del contratto.

Tutto ciò appare in linea con la nuova disciplina sull'invalidità del procedimento, ed in generale le novelle alla legge n. 241/1990 hanno definitivamente radicato nella cultura amministrativistica valori di forte sapore comunitario, come la "lealtà" e della trasparenza nei rapporti fra potere pubblico ed amministrativo.

Si può pertanto ritenere che, nonostante la tesi precontrattuale non si sia imposta come modello dominante, la giurisprudenza ne abbia assimilato gli apporti migliori, anche nello sforzo di adeguarsi ai principi del diritto comunitario, oggi veri e propri parametri di legalità in base al puntuale disposto dell'art. 1, l. n. 241/1990.

È possibile anzi delineare un nuovo, particolare approccio della giurisprudenza amministrativa, volto a selezionare i profili più interessanti di ogni singola teoria sulla qualificazione della responsabilità, anche nell'ottica di migliorare la tutela dei diritti, fino a sfociare in un modello nuovo ed ulteriore di responsabilità, di tipo "misto".

Dal miglioramento delle garanzie e delle tutele per i cittadini, del resto, non può che trarsi un rafforzamento dell'effettività del diritto comunitario, ogni qualvolta siano in gioco interessi di spessore comunitario, o discipline riconducibili a fonti sovranazionali.

L'idea che l'illecito dell'amministrazione non si debba né possa incanalare in un modello "standard" di responsabilità ha portato così in alcuni casi (³¹²) il Consiglio di Stato ad abbracciare l'ipotesi di una "responsabilità speciale", non riconducibile né all'articolo 2043 né all'articolo 1218 del codice civile.

In tale, peculiarissima figura "ibrida" o "trasversale" di responsabilità, il "contatto" tra privato e pubblica amministrazione corrisponde infatti ad una situazione giuridica relativa *sui generis*, che *"esula dallo schema dell'art. 2043 C.c., e che, per alcuni aspetti, va assimilata alla responsabilità precontrattuale, mentre, per altri, va assimilata a quella per inadempimento delle obbligazioni, con conseguente rilievo dell'elemento soggettivo, ma con inversione dell'onere della prova (sarebbe il debitore a dover fornire la prova negativa dell'elemento soggettivo)"* (³¹³).

³¹² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2005, n. 1057.

³¹³ Per Cons. Stato, sez. VI, 15 aprile 2003, n. 1945, *"L'incertezza circa la spettanza del bene della vita, che nella concezione accolta dalla sentenza n. 500 preclude il risarcimento, perde [...] almeno in parte, il suo originario rilievo: il danno ristorabile, infatti, non è più ricondotto alla sola perdita dell'utilità sostanziale cui il privato aspira, ma, prima ancora, all'inadempimento del rapporto che si genera in relazione all'obbligo imposto dalla norma"*; il collegio riconosce la ristrettezza dell'impostazione che fa derivare la responsabilità dalla mera violazione degli obblighi posti a presidio dell'affidamento del privato: la tesi della responsabilità da contatto, meritoria *"laddove consente di ristorare in via equitativa il pregiudizio anche nell'ipotesi in cui non si riesca a comprovare la spettanza dell'utilità finale"* d'altro canto *"non può certo condurre ad un abbattimento della portata rimediabile della tutela risarcitoria, precludendo al privato di invocare, dimostrandolo anche con riguardo al quantum, il risarcimento del danno pieno subito, per effetto del mancato conseguimento del bene della vita"*;

Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale si è così arricchito di un ulteriore modello, elaborato dal Consiglio di Stato ⁽³¹⁴⁾ relativamente ad alcune fattispecie di responsabilità nell'ambito di gare di appalto: in queste sedi si è osservato che la responsabilità di un organo amministrativo configura un tipo di illecito a sé stante, qualificato dall'illegittimo esercizio del potere autoritativo, pertanto sembra precludere la trasposizione al diritto amministrativo di quella *summa divisio* fra responsabilità contrattuale ed extracontrattuale che storicamente si è affermata in diritto civile.

Motivazioni storiche e normative, dunque, oltre che istituzionali, porterebbero a non ritenere assimilabile l'esercizio del potere autoritativo né alla condotta delle parti di un rapporto contrattuale - produttivo di diritti, obblighi ed altre posizioni tutelate dal diritto privato -, né alla condotta di chi arrechi un danno "ingiusto" a posizioni giuridiche tutelate a fini risarcitori *erga omnes* dal diritto privato.

A livello pratico, l'azione di responsabilità secondo il modello "speciale" avrebbe natura sussidiaria rispetto alla tutela demolitoria di annullamento, e sarebbe subordinata alla verifica dell'incidenza della condotta di tutti i soggetti coinvolti (amministrazione, soggetto leso, soggetti che hanno tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo), nonché all'accertamento della colpevolezza, secondo quanto emerge nel giudizio attraverso le semplici deduzioni delle parti e l'esercizio dei poteri istruttori del giudicante, senza che incomba su alcuno l'onere della relativa prova.

Venendo però ai punti critici di questo modello, una contraddizione ben evidenziata in questo tentativo di assimilazione al modello francese di "responsabilità speciale" della pubblica amministrazione consiste nell'assenza di alcun parametro di riferimento nell'ambito della l. n. 205/2000.

La profonda lacuna normativa esistente nel nostro sistema renderebbe pertanto necessario il richiamo alle più note figure civilistiche, quantomeno come tracciato di riferimento, per evitare eccessi di "inventiva" da parte della giurisprudenza e rischi di interferenza con il merito dell'azione amministrativa.

³¹⁴ Cfr. Caringella F., Garofoli R., *Giurisprudenza amministrativa 2005, La natura giuridica della responsabilità della P.A.*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 15 ss.; per i quali sarebbe una prova evidente di questa difficoltà di catalogazione in schemi univoci anche il fatto che l'art. 35 d.lgs. n. 80/1998, come novellato, non ha richiamato alcuna disposizione codicistica, né istituti fondamentali in tema di responsabilità civile, quali le nozioni di diligenza o l'elemento soggettivo. Al contrario, in forza della normativa *de qua* il giudice amministrativo è oggi titolato a verificare in concreto se e quali conseguenze dannose si siano prodotte nella sfera giuridica del ricorrente, in presenza di un illegittimo esercizio del potere autoritativo – e non, si badi, di illegittimità del provvedimento finale – ed è chiamato con i suoi strumenti a riscontrare di volta in volta se nel caso specifico un principio di natura privatistica sia trasferibile al diritto pubblico.

Infine, un ulteriore filone interpretativo esclude del tutto che la responsabilità dell'amministrazione possa inquadarsi in un unico paradigma di tipo civilistico, con conseguente necessità di distinguere fra differenti modelli di responsabilità.

Si è così evidenziato che le varie tipologie di responsabilità devono piuttosto distinguersi in base alle diverse fonti dell'illecito dell'Amministrazione, poiché esistono diversi, possibili tipi di condotta a cui il pregiudizio lamentato è causalmente riconducibile, anche ai fini della domanda risarcitoria.

In questo contesto presenta particolare interesse la tesi secondo cui *“è da ritenere che dal fatto in sé, e cioè da quello che si cristallizza di norma prima dell'inizio del giudizio, possa scaturire la regola da applicarsi al caso concreto; e ciò anche sotto il profilo dell'eventuale tipo di responsabilità da individuare”* ⁽³¹⁵⁾.

Non appare infatti accettabile, sotto un profilo logico ancor prima che giuridico, che a fatti diversi possano essere applicate *“le stesse categorie giuridiche di un (quasi) unico tipo di responsabilità; con inutili appesantimenti sul versante degli strumenti probatori: ché, altrimenti, il fatto stesso perderebbe non solo la sua identità, ma anche l'utilità nel relativo giudizio”*, pervenendo - all'esito di un articolato argomentare - alla conclusione che *“allora, a seconda dei fatti, vi possono essere diversi tipi di responsabilità e non solo tipo o fac-simile, e da qui il dovere, da un lato, e il diritto, dall'altro, di utilizzare le diverse tipologie dei mezzi di prova per l'accertamento delle responsabilità, a seconda della constatazione del fatto che ha dato corpo alla vicenda processuale”*.

Occorrerà dunque guardare, di volta in volta, alla diversa natura e configurazione degli interessi protetti nei confronti dell'attività provvedimentale, alla relativa “latitudine”, intesa come ventaglio più o meno ampio di discrezionalità del potere, al grado di affidamento maturato, all'intensità del contatto manifestatosi nel procedimento - quale sede naturale della funzione pubblica - pur in assenza di un vincolo propriamente negoziale, in definitiva alle circostanze del caso concreto in cui è stata lesa la posizione soggettiva del privato.

³¹⁵ Cfr. TAR Lazio, sez. III, n. 77 del 10 gennaio 2007, secondo cui *il giudice amministrativo potrà fare applicazione dell'uno o dell'altro regime di responsabilità a seconda del contenuto della domanda proposta dal privato, a seconda cioè che questi si limiti a chiedere il danno da illegittimità procedimentale o l'intero pregiudizio patito a causa della perdita del bene. In quest'ottica, la teoria della responsabilità da contatto consentirebbe di ristorare in via equitativa il danno anche nell'ipotesi in cui non si riesca a comprovare la spettanza dell'utilità finale, senza tuttavia precludere al privato di ottenere il risarcimento del danno pieno laddove sia in grado di dimostrare la fondatezza della sua pretesa sostanziale”*.

Si giustifica allora quella più recente giurisprudenza di merito, ben lontana dal fare questioni “nominalistiche” e interessata piuttosto alla sostanza, cioè desiderosa non tanto di classificare precisamente un modello di responsabilità per la pubblica amministrazione, quanto di garantire la più efficace tutela a favore del privato, concentrandosi sul reale assetto di interessi in gioco e sul loro possibile temperamento.

Ciò che importa non è cioè tanto stabilire in astratto se e a quale *nomen iuris* debba ascriversi il sistema della responsabilità, quanto, al di là delle possibili ricostruzioni dogmatiche, individuare le lesioni lamentate, su cui calibrare la difesa processuale.

Si suggerisce perciò di analizzare il complessivo contegno dell’amministrazione, anche alla luce della normativa di riferimento e della correlata condotta del privato, ma per individuare la reale tutela spettante bisognerà anche verificare quanto sia stato dedotto nella lite, se cioè si tenda a far valere la scorrettezza procedurale piuttosto che l’omesso conseguimento del bene sostanziale, o entrambi.

Dalla precedente rassegna possono trarsi, nel complesso, le seguenti considerazioni.

I modelli che si offrono all’interprete nel campo della responsabilità della pubblica amministrazione sono molteplici: la varietà delle ipotesi prospettate, dal modello extracontrattuale, così profondamente rimeditato dalla giurisprudenza della Suprema Corte e del Consiglio di Stato, a quello della responsabilità contrattuale o da contatto, fino alla responsabilità speciale, rimandano in realtà alla varietà della casistica che può darsi nei rapporti fra amministrazione e cittadino.

In sostanza, proprio la varietà di letture offerte da giurisprudenza e dottrina e le difficoltà con cui l’operatore affronta nei casi pratici i diversi volti della responsabilità amministrativa, sembrano tradursi nella consapevolezza che la questione sulla natura giuridica della responsabilità dei soggetti pubblici, lungi dal potersi liquidare con definizioni schematiche, e al di là di suoi inquadramenti mirati a risolvere questioni pratiche come *onus probandi* o termine di prescrizione, si può avvicinare solo per comodità alle note figure del diritto civile.

3. L’illecito comunitario alla luce del regime della responsabilità extracontrattuale

La rassegna delle possibili categorie di diritto interno idonee a rappresentare la responsabilità delle pubbliche amministrazioni – per illecito provvedimento o meno – porta a chiedersi se uno o più di questi modelli possano accogliere l’illecito statale per ipotesi di illegittimità comunitaria. Da un lato, i singoli schemi di diritto nazionale si mostrano autonomi e ben caratterizzati, dall’altro però si ripropone la forte incidenza del diritto comunitario sulla ricostruzione di un

sistema di responsabilità “a tutto tondo”, che sappia reagire su più fronti alle violazioni inferte al principio del “primato”, tutelando così i cittadini, veri attori dell’ordinamento comunitario.

Ad una più attenta riflessione, sembra anzi di assistere ad un “moto circolare” di reciproca influenza fra diritto comunitario e diritto nazionale.

In prima battuta, l’elaborazione in sede comunitaria di regole e principi in tema di illecito e la loro sovrapposibilità ad analoghi istituti di diritto interno hanno certamente agevolato la giurisprudenza interna nel ricostruire un nuovo e più completo modello di responsabilità dei pubblici poteri, come se l’*input* lanciato dal diritto comunitario alla realizzazione dei suoi obiettivi, avesse poi imposto ai singoli ordinamenti non solo di attivarsi per concretizzarli, ma anche per porre rimedio a possibili violazioni ed inottemperanze. L’intervento di profonde riforme normative, sollecitato dall’impulso comunitario (ed in particolare dalla Direttiva Ricorsi) ha così “stravolto” ed arricchito il previgente assetto di giustizia amministrativa (³¹⁶).

³¹⁶ Sul versante delle innovazioni legislative, si rinvia agli artt. 33-35, D.lgs. 31 marzo 1998, n. 80, “*Nuove disposizioni in materia di organizzazione e di rapporti di lavoro nelle Amministrazioni pubbliche, di giurisdizione nelle controversie di lavoro e di giurisdizione amministrativa, emanata in attuazione dell’articolo 11, comma 4, della legge 15 marzo 1997, n. 59*”, con una disciplina successivamente ampliata dalla l. n. 205/2000, recante “*Disposizioni in materia di processo amministrativo*” e novità eclatanti come la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del G.A. delle controversie patrimoniali consequenziali all’azione di annullamento, incluso il risarcimento dei danni ingiusti cagionati da lesione di interessi legittimi, poi estesa alla generale giurisdizione di legittimità. Tutti questi fermenti innovativi, al di là di alcuni effetti deteriori, come la segnalata “perdita di specificità” dei poteri del giudice amministrativo (così Romano A., *Giurisdizione ordinaria e giurisdizione amministrativa dopo la L. n. 205 del 2000. Epitaffio per un sistema*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 2), nell’estendere la risarcibilità dei danni dalle sole materie di cui al citato D.Lgs. 80/98, a tutte quelle rientranti nella giurisdizione (anche di mera legittimità) del giudice amministrativo, hanno indotto la giurisprudenza di legittimità a rivedere il suo “pietrificato” orientamento sul punto, e a riconsiderare l’intero sistema della giustizia amministrativa, radicalmente trasformato nei suoi tratti identificativi, sollecitando anche una corposa produzione dottrinale nel tentativo di sistematizzare le nuove previsioni normative.

Si rinvia a Bacosi G., *La lesione dell’interesse legittimo risarcita dal giudice amministrativo: il legislatore rende al TAR quanto la Cassazione gli aveva apparentemente sottratto*, in www.giust.it *Riv. Internet di dir. pubbl.*, 2000; Scoca F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Diritto pubblico*, 2000, 1, 13 ss., e *Per un’amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, 6, 4045 ss; Follieri E., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Profili ricostruttivi, con riferimento al D.L.vo 31 marzo 1998, n. 80*, in *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, vol. II del *Trattato di diritto amministrativo*, Cedam, Padova, 1999.

Sotto il profilo della caduta dell’irrisarcibilità del danno da lesione di interessi legittimi, la Corte di Cassazione, nelle Sezioni unite n. 500/1999, annovera tra le ragioni che l’hanno indotta a riconsiderare il proprio precedente orientamento “le perplessità più volte espresse dalla Corte costituzionale circa l’adeguatezza della tradizionale soluzione fornita all’arduo problema” (Corte Cost., sent. n. 35 del 1980 e ordinanza n. 165 del 1998), ma soprattutto fa riferimento alla spinta propulsiva dell’ordinamento comunitario ed al superamento di quel carattere occasionale delle previsioni normative introdotte nell’ordinamento nazionale per il recepimento di norme o di generalissimi principi di matrice

Dall'altro lato, il diritto nazionale deve necessariamente dotarsi dei mezzi per offrire tutela alla lesione di posizioni soggettive che nel diritto comunitario trovano la fonte, e che, violate in sede nazionale, in tale ambito devono poi essere rimesse in vita: le fratture prodotte dagli organi di diritto interno devono quindi ricomporsi qui, non avendo il diritto comunitario né paradigmi teorici, né strumenti pratici "autonomi" per farlo.

Si chiude così un cerchio, che va dalla supremazia del diritto comunitario, alla compartecipazione degli Stati membri nel dare voce a tale primato, fino alla posizione del singolo cittadino leso, che vede curare davanti al "suo" giudice naturale la ferita subita dall'ordinamento sovranazionale.

In questo moto circolare, è ravvisabile una sorta di punto di arrivo nel privato cittadino, che diventa, singolarmente, il vero e proprio motore dell'effettività del diritto comunitario: è intorno all'esigenza della sua tutela che ruota tutto il meccanismo volto a dare attuazione all'ordinamento comunitario.

Questo meccanismo ha un altro volto positivo: riempie di spessore il principio di leale cooperazione, dandogli l'occasione di tramutarsi da principio generale e di sistema a norma concreta, suscettibile di immediati risvolti applicativi nella giurisdizione amministrativa interna.

Un sistema unitario di responsabilità della pubblica amministrazione radicato nell'ordinamento interno, che sappia disciplinare anche le ipotesi di inottemperanza conseguenti alla violazione di norme comunitarie, permette quindi di ovviare alla mancanza di una "norma di chiusura" nell'ordinamento comunitario.

In effetti, pur potendosi attivare la procedura di infrazione, questa rimarrebbe un rimedio di ripristino "oggettivo" della legalità comunitaria violata; ad un'eventuale, ulteriore inottemperanza dello Stato agli obblighi nascenti da tale pronuncia potrebbe seguire la condanna dello Stato inadempiente al pagamento di una somma forfetaria o di una penalità, non al risarcimento del danno subito dal singolo, che resterebbe privato di una piena soddisfazione delle proprie ragioni (³¹⁷).

A ciò si aggiunge il fatto che mancando una giurisdizione di legittimità "comunitaria" sulle giurisdizioni dei singoli Stati membri, non si potrebbe mai interferire con i criteri di legittimità operanti all'interno dei singoli Stati membri; al tempo stesso, una prassi o un diritto vivente interno difformi dalle prescrizioni comunitarie, pur se inattaccabili e validi all'interno,

comunitaria. L'obiettivo è quello di dare attuazione al processo di armonizzazione del nostro sistema di tutela giurisdizionale con quello dell'ordinamento dell'Unione Europea e dei suoi Stati membri. Sul punto, cfr. Contaldi La Grotteria C., *Diritti soggettivi ed interessi legittimi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE: spunti di riflessione alla luce della sentenza Cass. SS.UU., n. 500/99, Riv. amm., 1999, I, 725 ss.*

³¹⁷ Sul punto specifico, sia consentito rinviare alle considerazioni di cui ai parr. 2.2, 3.6, 7, I cap. del presente lavoro.

minerebbero profondamente quello che è il reale obiettivo dei Trattati, ossia la piena integrazione degli ordinamenti (³¹⁸).

Una volta riconosciuta la necessità di un modello unitario, ricostruibile grazie a coordinate proprie del diritto interno, una delle questioni cruciali nell'ambito della responsabilità per violazione del diritto comunitario, è la possibilità di aderire o meno al modello di responsabilità aquiliano, dunque di inquadrare l'illecito nell'alveo dell'art. 2043 c.c., nota clausola generale e atipica del sistema di responsabilità civile italiana (³¹⁹).

Invero, tale clausola traccia le coordinate della responsabilità atipica per eccellenza, pronta a recepire anche fattispecie non note o non ancora adeguatamente esplorate: essa si è quindi "offerta" a mo' di soluzione naturale del problema, offrendo un utilissimo supporto nell'esame della responsabilità dello Stato – amministrazione (³²⁰).

L'ampiezza delle garanzie offerte dal modello aquiliano si presta a tutelare le istanze risarcitorie correlate alla violazione di tutte le posizioni soggettive meritevoli di tutela, a prescindere dalla rispettiva qualificazione formale. Ciò rafforza, evidentemente, il senso ed il rispetto della legalità nella pubblica amministrazione, vero stimolo alla ricostruzione di un sistema unitario di responsabilità.

³¹⁸ Cfr. Lazari A., a cura di, *La responsabilità statale in Diritto comunitario e nei singoli diritti nazionali*, op. cit.

³¹⁹ Quest'ultima, quale sanzione emergente per la violazione di obblighi, primari e preesistenti, nei confronti di altri soggetti, s'inquadra nel novero di molteplici situazioni di svantaggio per la Pubblica amministrazione, affiancando ulteriori categorie come la responsabilità contabile, amministrativa, penale, disciplinare e di risultato. È stata suggestivamente definita come un istituto tipico della società mista, che pur rimettendo all'individuo la decisione in ordine alla "desiderabilità dell'azione", determina invece, attraverso una decisione collettiva per il tramite di leggi e codici, il "costo dovuto per eventuali effetti dannosi dell'azione individuale", traslando i danni dal danneggiante al danneggiato, ad un prezzo ovviamente non preventivamente concordato dalle parti e secondo un meccanismo di controllo, ordine ed equità nei rapporti interprivatistici (Cfr. Calabresi G., *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di G. Alpa, F. Pulletti, S. Rodotà e F. Romani, Giuffrè, Milano, 1982, che ne rileva il carattere di "medietà" rispetto ai rimedi offerti dal diritto penale e dal diritto dei contratti, basato sullo "scetticismo" della società mista circa l'abilità dei singoli di negoziare, pertanto la responsabilità si connota per lo "spostamento" del danno e del correlativo rischio, anche come strumento di imputazione e controllo in capo alla pubblica amministrazione ed all'azione amministrativa nel suo complesso).

³²⁰ Come rilevato da Calzolaio E., op. cit., p. 83 ss., se ad un primo approccio un modello "tipico" può apparire inidoneo a recepire nuove ipotesi di responsabilità dei soggetti pubblici, ad un secondo esame, proprio il relativo carattere rigido può meglio indirizzare verso l'azione a titolo di responsabilità nei confronti dello Stato, presentando una migliore aderenza al "variegato complesso di ipotesi emerse in sede comunitaria".

Al contrario, la duttilità di un modello atipico potrebbe scontrarsi con la difficoltà di inquadrare di volta in volta ipotesi diverse e non determinabili *a priori*, tanto più in un sistema complicato come quello italiano, contraddistinto dalla duplicità delle giurisdizioni.

In secondo luogo, il sistema evidenziato è quello che meglio rispecchia i principi elaborati in tema di responsabilità per le istituzioni comunitarie, considerando che ai sensi dell'art. 288 TCE “*in materia di responsabilità extracontrattuale la Comunità deve risarcire, conformemente ai principi generali comuni ai diritti degli Stati membri, i danni cagionati dalle sue istituzioni o dai suoi agenti nell'esercizio delle loro funzioni*”.

La giurisprudenza e la dottrina hanno così proceduto a “saggiare” la resistenza del tradizionale paradigma di responsabilità civile rispetto a nuove ipotesi di illecito, tra cui appunto quello comunitario, aprendosi un varco tra le ampie maglie della clausola generale di cui all'art. 2043 c.c.. Un simile modello - che rispecchia peraltro la tesi dominante della Cassazione circa il “titolo” generale di responsabilità della pubblica amministrazione -, ha posto anche il problema di individuare se vi fossero degli eventuali tratti di “specialità” dell'illecito comunitario rispetto alla responsabilità civile di diritto comune, o se il primo potesse essere ricondotto facilmente e senza sbavature nella seconda.

Ebbene, l'iniziale atteggiamento della Cassazione è stato tiepido, soprattutto per la difficoltà di ammettere anche in Italia un principio di “responsabilità” del potere politico, che avrebbe scalfito dogmi irrinunciabili.

Alcune più risalenti pronunce, anche se isolate, hanno addirittura fatto discendere dal primato del diritto comunitario la necessaria disapplicazione dell'art. 2043 c.c. – al quale sarebbe infatti irriducibile la responsabilità del legislatore – per configurare un illecito “atipico”, i cui caratteri sarebbero direttamente tratteggiati dal diritto comunitario.

Le prime letture della Suprema Corte hanno in effetto accolto con freddezza gli *input* provenienti dal caso *Francovich*, sostenendo l'incompatibilità con il diritto interno dello stesso principio di responsabilità “extracontrattuale” dello Stato.

Seguendo tuttavia un deciso *rêvirement*, grazie anche alla decisiva e sempre più solida presa di posizione dei giudici della Consulta, che hanno ammesso la possibilità di sollevare in via principale, nei giudizi di legittimità costituzionale, il contrasto fra diritto interno e diritto comunitario ⁽³²¹⁾, l'orientamento prevalente, proprio in considerazione della c.d. “*primauté*” ha successivamente incasellato l'illecito di origine comunitaria all'interno della responsabilità aquiliana, riconoscendo il carattere aperto ed atipico della responsabilità extracontrattuale regolata dall'art. 2043 c.c..

³²¹ Cfr. Corte Cost. 10 novembre 1994, n. 384 e 30 marzo 1995, n. 94, cit. Tale lettura risulta recepita anche in tema di controversie per mancato recepimento di una direttiva comunitaria sulla remunerazione degli specializzandi in medicina (Cfr. Dir. CEE 363 del 16 giugno 1975 e 76 del 26 gennaio 1982, analizzate da Cass. sez. lav., 11 gennaio 1998, n. 5846).

La distinzione fra la tesi recessiva, relativa alla disapplicazione dell'art. 2043 c.c., e l'impostazione oggi dominante, sotto un profilo squisitamente pratico non penalizzerebbe il danneggiato, che vedrebbe comunque ristorato il suo danno, tuttavia la qualificazione del ristoro in termini indennizzatori (accogliendosi la prima tesi dell'illecito non aquiliano) piuttosto che risarcitori (accogliendosi la tesi dell'illecito extracontrattuale), avrebbe serie implicazioni di ordine sistematico.

Ciò induce la dottrina ad integrare con regole e schemi di diritto interno la disciplina pur "comunitaria" della responsabilità, escludendo che possa disapplicarsi la norma cardine della responsabilità aquiliana.

Del resto, le motivazioni a favore del paradigma aquiliano come modello di riferimento per la ricostruzione dell'illecito per violazione del diritto comunitario, fanno leva sulla seguente considerazione.

Non ricevendo l'illecito comunitario una compiuta ed autonoma disciplina in sede sovranazionale, lo stesso dovrà trovare adeguata attuazione negli ordinamenti interni, e a ciò non può che dar voce l'unica clausola del sistema giuridico italiano che accoglie l'atipicità dell'illecito, cioè l'art. 2043 c.c..

Un simile, esplicito richiamo alla normativa interna fa del resto eco all'impostazione di base per cui nelle relazioni fra ordinamento comunitario e Paesi membri va accolta la tesi monistica.

Questa avrebbe così modo di operare, significativamente, non a senso unico, ma in duplice direzione: da un lato, per integrare il sistema delle fonti di diritto interno e porre nuove ipotesi di responsabilità a carico dello Stato – apparato, dall'altro, per "completare" il sistema giuridico (in particolare, sotto il profilo dell'illecito civile) dell'ordinamento comunitario, che non essendo autosufficiente e compiutamente definito in via normativa, deve appoggiarsi agli istituti di diritto interno.

Verso il modello della responsabilità aquiliana, ha poi spinto un altro elemento: i confini "elastici" della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, suscettibile di manifestarsi attraverso le varie articolazioni del potere statale, dal legislativo all'amministrativo al giudiziario.

Inoltre, è emersa la considerazione della natura casistica della ricostruzione dell'illecito comunitario degli Stati membri, un istituto che si è sviluppato per lo più in sede giurisprudenziale, a seconda delle emergenze via via da affrontare: la gradualità e l'approssimazione di un simile approccio ha così impedito di trovare una sistemazione puntuale per la materia.

La soluzione offerta dal modello extracontrattuale ha invece lusingato gli operatori del diritto, perché grazie al suo carattere onnicomprensivo eviterebbe lacune e vuoti di tutela, soprattutto rispetto a implicazioni o profili ancora inesplorati della materia.

Trattandosi, quindi, di “un’ipotesi di illecito che non riceve disciplina esaustiva in sede comunitaria, ma che è destinata ad essere recepita ed adattata nei singoli Stati membri, la dottrina e la giurisprudenza dominante ritengono che l’unico modo in cui l’illecito comunitario può trovare ingresso nel nostro ordinamento, che accoglie un sistema di atipicità dell’illecito, è attraverso l’art. 2043 c.c.”⁽³²²⁾.

4. L’elemento soggettivo nel modello di responsabilità della pubblica amministrazione. L’incidenza della giurisprudenza comunitaria.

La profonda trasformazione subita dalla pubblica amministrazione nei rapporti con i cittadini, alla luce degli impulsi del diritto comunitario e dell’evoluzione della giustizia amministrativa, ha portato ad affermare negli ordinamenti interni il sistema di responsabilità dei soggetti pubblici quale “*principio di civiltà giuridica, segno di una progressiva evoluzione della coscienza sociale*”⁽³²³⁾. In ciò si rivela anche una significativa manifestazione dei principi di solidarietà sociale, profondamente radicati nella Costituzione repubblicana⁽³²⁴⁾.

Tale evoluzione, proseguita in modo incessante grazie alle riforme legislative degli ultimi anni e al superamento della tesi della irrisarcibilità degli interessi legittimi quale corollario della

³²² Cfr. Calzolaio E., op. cit., 69 ss. In tal senso, in una fase antecedente a Cass. S.U. n. 500/1999, ma con più specifico riguardo ai rapporti fra ordinamento comunitario e Stati membri, cfr. Mengoni L., *Note sul rapporto fra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1997, 2, 527 ss.

³²³ Nigro M., *Introduzione*, in *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, Tavola rotonda (Roma, aprile 1982), in *Foro Amm.*, 1982, 1671 ss., in merito all’evoluzione dei rapporti fra amministrazione e cittadini, alla “*pluralizzazione dell’Amministrazione e all’influenza che essa ha sulla concezione e sul tono dell’Autorità. Si ha l’impressione che almeno alcune di quelle difficoltà siano legate...proprio ad una concezione metafisica dell’Autorità e che, caduta questa, debba cadere anche il diaframma che impedisce la totale apertura della nuova strada*”.

³²⁴ Per Rodotà S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffrè, Milano, 1969, il valore ed il limite al tempo stesso della solidarietà, quale principio ispiratore degli obblighi di buona fede e correttezza nei rapporti fra i soggetti dell’ordinamenti, trova i suoi riferimenti puntuali sia nel codice civile (artt. 833, 1175, 1337, 1375) sia nella Costituzione (artt. 2, 36, 37, 39 e 41, comma 2, e 42); da quest’ultima in particolare emerge la volontà di mantenere in armonia le situazioni riconosciute ai privati e le attività da loro svolte con il complesso degli interessi di tutta la comunità; per Berti, *Il principio contrattuale*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, II, Giuffrè, Milano, 1988, i valori costituzionali sono emersi direttamente o tramite clausole generali nella materia contrattuale, e la stessa buona fede può avere un senso solo animata dai valori costituzionali.

tradizionale lettura dell'articolo 2043 c.c. (³²⁵) ha aiutato non solo a ridisegnare il sistema complessivo di responsabilità della pubblica amministrazione, ma anche a leggere in una nuova ottica l'elemento soggettivo di tale responsabilità.

In particolare, partendo dal dato che il paradigma aquiliano è ad oggi per la giurisprudenza il modello più convincente, e che fra i suoi elementi costitutivi, soggetti a debito accertamento, c'è la colpa del soggetto, si può notare una certa incidenza degli schemi comunitari su quelli nazionali proprio sotto il profilo dell'elemento soggettivo.

Si può anzi affermare l'impossibilità di procedere ad uno studio adeguato della colpa nella responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione, senza tener conto delle elaborazioni maturate sul punto dalla Corte di Giustizia.

Anche in questa materia riaffiora la sensazione di quel "moto circolare" che unisce strumenti di diritto comunitari e nazionali in un processo di costante affinamento e reciproca influenza, nell'ottica migliorare il sistema e le garanzie di tutela.

Da un lato, la giurisprudenza comunitaria ha stimolato molte riflessioni del giudice nazionale, suggerendo rimedi che potessero smussare alcune durezze proprie di una certa teorica sull'elemento

³²⁵ Nell'alluvionale produzione dottrinale su Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 *Foro it.*, 1999, I, 2487, cfr. Fracchia F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, *ibid.*, 3212; Scoditti E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, *ibid.*, 3226; Romano A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, *ibid.*, 3222; inoltre Di Maio A., *Il risarcimento degli interessi « non più solo legittimi »*, in *Corriere giuridico* (di seguito, "Corr. Giur."), 1999, 11, 1376 ss; Protto M., *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?* in *Urb. App.*, 1999, 1067; Torchia L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, 9, 832 ss.; Luminoso A., *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nella sentenza 500/SU/99 della Cassazione*, in *Dir. Pubbl.* 2000, 1, 55 ss.; Satta F., *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 1999, II, 3233; Greco G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1126 ss.; Carbone V., *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corr. Giur.*, 1999, 1061 ss.; Alpa G., Sanino M., Stella Richter P., *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giust. Civ.*, 1999, II, 427; Parisio V., *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della Cass., sez. un. civ., n. 500/SU del 1999*, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, I, 1239 ss; Moscarini L., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza* e Pizzetti F. G., *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Cassazione...* in *Giur. it.*, 2000, I, 1, rispettivam. 21 ss., 1381 ss.

sogettivo: in tal senso, ha agito la nozione dell'errore "scusabile" nell'ambito della colpa "*grave e manifesta*", quale possibile esimente per giustificare la pubblica amministrazione (³²⁶).

Dall'altro lato, nella ricostruzione sistematica dell'elemento soggettivo, sono stati i giudici di Lussemburgo ad ispirarsi alle discipline nazionali, dovendo misurarsi con sistemi di colpevolezza spesso molto eterogenei nei diversi ordinamenti interni, ed attingere alle relative esperienze processuali.

Così, nella *Traghetti del Mediterraneo* (³²⁷), l'analisi svolta sulla legge italiana in tema di esercizio della funzione giurisdizionale appare analoga alla valutazione della disciplina inglese della *misfeasance in public office*, in cui è richiesta la prova di un abuso di potere nell'esercizio di una pubblica funzione (³²⁸).

È stata così riconosciuta una gradualità della "colpa d'apparato", modulata dalla colpa lieve alla colpa grave, per violazione seria e manifesta di un obbligo comunitario di estesa discrezionalità, anche se più spesso le difficoltà sistematiche incontrate nel riordinare la materia (³²⁹) e la profonda eterogeneità del concetto di colpa nei sistemi interni lasciano propendere per un modello più elastico, di "colpa oggettiva", riferibile ad una mancanza dell'apparato statale che rifugge da coefficienti di natura psicologica.

³²⁶ Per Lazari A., op. cit., p. 147, tale nozione è stata recepita nell'ordinamento anche grazie all'art. 2236 c.c., vera clausola di raccordo nel sistema italiano fra il grado di colpevolezza necessario affinché sorga l'obbligazione risarcitoria, ed il livello di difficoltà tecnica incontrato nell'esecuzione dell'opera. All'apparato statale spetterà dunque allegare tutti gli elementi riferibili allo schema dell'errore scusabile, quali la gravità delle violazioni imputabili all'amministrazione, da rapportarsi all'ampiezza della discrezionalità in suo possesso, la precisione e chiarezza della norma violata, la presenza di una giurisprudenza consolidata.

³²⁷ Cfr. cap. I, CGCE, 13 giugno 2006, in causa C – 173/03.

³²⁸ Tale è l'esercizio di un potere che travalichi la sua misura, rendendo praticamente impossibile il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del diritto comunitario, ove la violazione sia imputabile al legislatore nazionale (cfr. *Brasserie du Pêcheur* 5 marzo 1996, cause riunite C-46-48/93).

L'influenza dei sistemi nazionali e la correlazione con l'ordine comunitario è del resto biunivoca: nella stessa giurisprudenza amministrativa italiana inizia a diffondersi il linguaggio della "colpa d'apparato", riferibile alla violazione manifesta e grave del diritto comunitario, per cui si utilizzano elementi di matrice comunitaria per configurare l'errore scusabile.

³²⁹ Nell'immagine suggestiva di K. Lenaerts, *Interlocking Legal Orders in the Eu and Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, 2003, 873 ss., situato al crocevia di differenti pur se strettamente interconnesse culture legali, la giurisdizione comunitaria è per sua natura un'"istituzione di natura comparatistica" (p. 900, cit. in Lazari A., op. cit., p. 151).

L'assunto della Cassazione civile, che nelle storiche Sezioni unite del 1999 ha richiesto una "penetrante indagine" in ordine all'elemento della colpa ⁽³³⁰⁾, appare in effetti coerente all'orientamento della Corte di Giustizia, che in tema di illecito per violazione del diritto comunitario si è ormai assestata su una nozione di colpa più prossima a quella "oggettiva" sulla falsariga del modello francese di responsabilità della pubblica amministrazione.

Si tratta cioè di una nozione che tenga conto di tutti i vizi che inficiano il provvedimento e della gravità della violazione commessa, anche alla luce dell'ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell'apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento ⁽³³¹⁾.

Un ulteriore concetto chiave nell'individuazione della colpa per l'ordinamento comunitario (che pure condanna fermamente quegli ordinamenti in cui si richiede la prova dell'abuso volontario del potere o la colpa soggettiva del titolare dell'organo della P.A. ³³²) risiede nell'esistenza di una "violazione grave e manifesta" (il c.d. "sufficiently serious breach of law" ³³³).

Al requisito della "serietà" della violazione si può ricollegare una duplice funzione: da un lato, l'esigenza di evitare un condizionamento eccessivo in capo agli Stati membri, che potrebbero

³³⁰ Ravvisata quando l'atto illegittimo sia stato adottato in violazione delle "regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, che si pongono come limiti esterni alla discrezionalità" (cfr. Cass. Civ. S.U., n. 500/99, cit).

³³¹ In senso critico, si è tuttavia ravvisata la fumosità di tale concetto, non comprendendosi in che termini una nozione "oggettivata" di colpa possa differire dalla colpa tradizionalmente intesa, per mutuare piuttosto categorie penalistiche, come violazione di regole di prudenza, perizia e diligenza, "il cui accertamento è calibrato, sulla base di quanto avrebbe potuto attendersi, secondo un criterio di ragionevolezza, nelle circostanze del caso concreto" (cfr. Calzolaio E., op. cit, p. 95 ss.)

³³² Cfr. causa C – 275/2003, *Commissione c. Repubblica Portoghese*, cit., sull'incompatibilità fra diritto comunitario e normativa nazionale che subordini in tema di pubblici appalti il risarcimento dei danni alla dimostrazione da parte del danneggiato del dolo o della colpa della pubblica amministrazione.

³³³ Su tale nozione inoltre influito il sistema di responsabilità dei pubblici poteri in diritto inglese, dove bisogna guardare alla gravità della violazione, nell'ambito di un illecito "tipo" azionabile dai privati verso le pubbliche amministrazioni.

La relativa fisionomia è stata tracciata in tempi recenti, individuando tra i fattori fondamentali (oltre alla legittimazione passiva di un organo amministrativo, la dannosità di un atto emanato nell'esercizio di un potere, la non necessaria vicinanza fra soggetto agente e soggetto leso, la sussistenza del nesso causale e la risarcibilità dei soli danni prevedibili) l'intenzionalità dell'elemento soggettivo, cioè l'intenzione o comunque la consapevolezza delle verosimili conseguenze dannose dell'atto, ossia la noncurante indifferenza o incuria circa l'illegalità dell'atto.

In via esemplificativa, è stata ritenuta sintomatica di una violazione "grave" e seria l'adozione di una legge manifestamente contraria al principio di libertà di stabilimento dei lavoratori; in altri casi, si è rivelato utilizzabile anche lo schema del *breach of statutory duty*, riscontrato in un comportamento attivo di deliberata infrazione del diritto comunitario: così nel caso *Factortame*, cit., in cui il legislatore aveva deliberatamente introdotto una normativa discriminatoria, in aperto contrasto con il Trattato, violando lo *statutory duty* di conformazione al diritto comunitario.

vedersi frenati dal timore di responsabilità, insorgenti a fronte di violazioni anche marginali del diritto comunitario.

Dall'altro lato, però, la sua giustificazione primaria può ricondursi al suo ruolo di "indicatore" estrinseco della colpa, assumendosi quindi come spia sia pure indiretta di un atteggiamento intrinsecamente colposo, laddove per il dolo dovrebbe scattare il gradino superiore, dato dalla "gravità".

La Corte di Giustizia ha sicuramente compiuto uno sforzo ricostruttivo nel selezionare alcuni indici di tale serietà, forse equiparabili a quelle figure sintomatiche che il nostro giudice amministrativo si è ingegnato di individuare nella ricostruzione del vizio di eccesso di potere.

Essi sono stati individuati, ad esempio, nel grado di chiarezza e precisione della norma violata, nell'ampiezza del potere discrezionale riservato dalla norma all'autorità competente ad attuarla, nel carattere intenzionale o meno della violazione e del danno, nella scusabilità dell'errore di diritto che ivi sia ravvisabile, oltre all'eventuale "concorso di colpa" delle istituzioni comunitarie nell'emanazione di prassi o provvedimenti contrari al diritto nazionale.

Sulla ricostruzione della colpa è del resto ravvisabile una diversità di vedute, fra quanti distinguono il tipo di potere facente capo alla pubblica amministrazione, ritenendo che nelle ipotesi di potestà vincolata o a basso tasso di discrezionalità la colpa dell'amministrazione sarebbe sempre presunta *juris et de jure* in caso di illegittimità del comportamento.

Altra impostazione nega invece autonoma rilevanza alla distinzione fra attività vincolata e discrezionale, riconoscendo in ogni caso l'ammissibilità dell'errore scusabile.

Infine, per una più recente lettura, l'elemento dirimente per riscontrare la colpa consiste nell'esistenza o meno di precedenti della Corte di Giustizia: se l'atto illegittimo contrasta con un consolidato orientamento della Corte, è ravvisabile una colpa *ex se* grave e manifesta, diversamente, in assenza di precedenti, non si esclude l'ammissibilità dell'errore scusabile⁽³³⁴⁾.

³³⁴ Nel caso *Haim*, 4 luglio 2000, C-424/97, cit., la Corte ha ritenuto che in difetto di previa interpretazione giurisprudenziale, al ricorrere di tutti gli ulteriori presupposti generatori della responsabilità civile, la violazione di una norma può considerarsi il frutto di un errore scusabile.

In presenza di un potere vincolato, implicante una minore autonomia decisionale, quindi minori margini di manovra e possibilità di "errore" nell'azione, sarà tuttavia più difficile (anche se non impossibile: cfr. *Haim*, pt. 38, e causa *Hedley Lomas*, 23 maggio 1996, C-5/94, cit.) invocare tale causa di giustificazione, a meno che la norma violata non sia di incerta interpretazione.

4.1 L'evoluzione della giurisprudenza nazionale nell'individuazione dei caratteri della colpa degli apparati pubblici.

Nell'ordinamento interno, la colpa è forse il requisito più rigido da accertare nell'ambito del sistema di responsabilità civile della pubblica amministrazione, ponendosi come una sorta di "rete di protezione".

Le numerose "modulazioni" e accorgimenti cui è stata subordinata la concreta sussistenza della colpa sembrano in realtà studiati a favore dello Stato, per evitare che possano estendersi a dismisura le sue occasioni di responsabilità.

È come se si volesse recuperare, sul versante dell'elemento soggettivo, quanto sembra ceduto sul versante dell' "ingiustizia del danno", una volta ammessi agli onori della tutela risarcitoria anche gli interessi legittimi (³³⁵), creando così un deterrente all'indebita espansione di conseguenze economico-finanziarie di tipo negativo per l'amministrazione.

Il percorso evolutivo che la giurisprudenza amministrativa ha compiuto alla ricerca dei tratti minimi identificativi della colpa, è molto travagliato. Di più, esso è testimone di un mutato atteggiamento culturale verso la stessa nozione di pubblica amministrazione, nei rapporti con i cittadini, oltre che di profonde modifiche intervenute a livello positivo grazie alla riforma del sistema di giustizia amministrativa.

La prima fase, antecedente alla rivoluzione "copernicana" delle Sezioni unite del 1999, indulgeva nella concezione tradizionale della *culpa in re ipsa*, identificata in sé e per sé nell'illegittimità del provvedimento: si considerava perciò idonea ad integrare l'elemento soggettivo della responsabilità, così come definito dall'art. 43 c.p., la semplice adozione ed esecuzione di un provvedimento illegittimo da parte di un soggetto dotato di capacità istituzionale e di competenza funzionale nel settore di intervento (³³⁶).

³³⁵ Secondo una lettura dottrinale, le vere ragioni della svolta della Suprema Corte sarebbero quindi ravvisabili nella necessità di porre un argine alla responsabilità della pubblica amministrazione dal punto di vista finanziario: una volta estesa la nozione di "danno ingiusto", ed ampliata perciò la sfera di responsabilità dell'amministrazione, è come se si volesse realizzare una sorta di compensazione fra profilo soggettivo ed anti-giuridicità del danno.

In linea con tali riflessioni, parla di intento di creare « una rete di contenimento » della responsabilità della pubblica Amministrazione Busnelli F.D., *Lesione di interessi legittimi: dal mero sbarramento alla rete di contenimento*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 2, 269 ss; su tale falsariga, ma rilevando che se non occorre una rete di contenimento ove si tenga conto non dell'ingiustizia, bensì del danno, Scoca F.G., *Risarcibilità ed interesse legittimo*, op. cit.

³³⁶ *Ex multis*, al di là di qualche sporadica voce fuori coro (come TAR Puglia, Lecce, 16.4.99, n. 418) nella copiosa giurisprudenza di legittimità, cfr. Cass. Civ. n. 884/1961; 814/1967; 16/1978; 5361/1984; 3239/1994; 6542/1995; TAR Lombardia, sez. I, 10 luglio 99, n. 2585; sez. II, 15 aprile 1999, n. 1190; TAR Calabria - Reggio Calabria, 10 marzo 1999, n. 307.

A prescindere, quindi, dalla natura del vizio che inficiasse l'atto amministrativo, l'emissione di un atto viziato non poteva che essere "volontaria" e "imputabile" a carico dell'apparato pubblico in virtù del processo di immedesimazione organica.

Un simile automatismo nell'assimilare la colpa al vizio dell'atto impediva alla pubblica amministrazione di esimersi in qualunque modo e liberarsi dal danno, dimostrando la "scusabilità dell'errore", ad esempio a causa dell'oscurità del dato normativo o dell'osservanza di una consolidata prassi interna.

Il secondo passo in questa evoluzione è segnato dalla più volte richiamata Cassazione a sezioni unite, n. 500/1999.

Questa pronuncia ha inaugurato un nuovo filone, introducendo un nuovo modello risarcitorio che subordina la tutela avverso l'illegittimo esercizio della funzione pubblica ad una serie di stringenti requisiti. Oltre all'evento dannoso, al danno ingiusto (poiché non previsto, né giustificato dalla legge, al nesso causale fra la condotta attiva od omissiva dell'amministrazione e l'evento dannoso), l'elemento essenziale su cui deve focalizzarsi l'indagine degli organi giurisdizionali, e a cui è dedicata la presente analisi, consiste nell'imputabilità dell'evento al dolo o alla colpa della pubblica amministrazione.

Questa nuova impostazione deriva in realtà da una rinnovata lettura dell'art. 2043 c.c. e degli elementi costitutivi dell'illecito aquiliano, richiedendosi al giudice, di fronte all'illecito della pubblica amministrazione, una più incisiva indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento (secondo la normativa ad esso applicabile), bensì estesa alla valutazione della "colpa".

Tale elemento soggettivo deve intendersi tuttavia riferito non al soggetto agente bensì all'ente pubblico come apparato⁽³³⁷⁾. Più precisamente, *l'imputazione non potrà ... più avvenire sulla base*

Per Cass. Civ. S.U., 22 maggio 1984, n. 5361, "se è vero, anche per quanto attiene alla responsabilità della P.A. per danni ingiusti (lesivi di diritti soggettivi) arrecati a terzi con attività materiale o con attività provvedimenti mentali della stessa, che deve sussistere l'elemento soggettivo della imputabilità, per colpa o dolo, dell'attività medesima, è altrettanto vero che, per quanto concerne gli atti illegittimi, la colpa è, di per sé, ravvisabile nella violazione delle norme, operata con l'emissione dell'atto, e con la sua esecuzione. Non si vede, infatti, come l'esecuzione di un atto amministrativo, illegittimo per violazione di legge e che abbia inciso su un diritto soggettivo, possa non integrare, di per sé, gli estremi della colpa, anche in ipotesi lieve, specie se riferita direttamente ad una struttura pubblica, organizzata e qualificata per agire, nella sua attività vincolata, secondo il diritto".

³³⁷ "... la graduale assimilazione della violazione sufficientemente caratterizzata in sede nazionale prosegue il cammino della cosiddetta colpa d'apparato tracciata magistralmente dalle SU nella 500/1999 ...", colpa che deve intendersi perciò "come indagine della condotta della Pubblica amministrazione come apparato impersonale e non al funzionario legittimato ad esprimere la volontà o ad esso legata da vincolo di subordinazione, per cui si potrebbe

del mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa, ma il Giudice dovrà svolgere una più penetrante indagine, non limitata al solo accertamento dell'illegittimità del provvedimento in relazione alla normativa ad esso applicabile, bensì estesa anche alla valutazione della colpa, non del funzionario agente, ma della P.A. intesa come apparato. La colpa, peraltro, dovrà riscontrarsi nella circostanza che l'adozione e successiva emanazione dell'atto illegittimo siano avvenuti "in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione cui l'esercizio della funzione pubblica deve ispirarsi e che il giudice ordinario può valutare, in quanto si pongono come limiti esterni della discrezionalità" (SS. UU cit.).

Questa è l'implicazione più significativa del mutamento d'indirizzo: la sussistenza della colpa non è configurabile per il solo fatto che l'amministrazione abbia emanato un atto illegittimo, e nell'accertamento della responsabilità non ci deve arrestare davanti alla illegittimità del provvedimento, trattandosi di elemento del tutto inconferente.

Si può comprendere in tal senso la tesi ad oggi prevalente in giurisprudenza, per cui la lesione dell'interesse legittimo è condizione necessaria ma non sufficiente per il risarcimento, ai fini del quale occorre la prova dell'elemento soggettivo dell'agente (³³⁸).

Appare dunque pienamente superato il precedente orientamento che sosteneva l'equazione fra illegittimità dell'atto lesivo e colpa degli organi amministrativi, per sostenere invece la necessità di una specifica indagine sulla colpa (o dolo) di questi ultimi.

Con specifico riguardo alla consistenza di dolo e colpa, giurisprudenza e dottrina sono poi concordi nel ritenere che si tratti di uno stato psicologico riferibile non direttamente all'amministrazione (come apparato), bensì al singolo funzionario agente.

Nel dolo, la pubblica amministrazione è solidalmente responsabile della condotta dei suoi agenti, in virtù del rapporto di immedesimazione organica intercorrente fra l'ente pubblico, datore di lavoro, ed il singolo funzionario dipendente; rapporto in virtù del quale gli atti confezionati dai dipendenti pubblici vengono imputati direttamente al soggetto pubblico (³³⁹).

invocare la tradizionale figura della faute de service disgiunta dall'inizio dalla faute personnelle del pubblico dipendente", (cfr. Lazari A., op. cit., p. 147).

³³⁸ Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n.3169; Cons. Stato, sez. IV, 1° febbraio 2001, n. 396; Tar Toscana-Firenze, 27 ottobre 2000, n. 2212, Tar Molise-Campobasso, 15 novembre 2000, n. 517; Tar Lazio-Roma, sez. II, 13 dicembre 2000, n. 11922; Tar Campania-Napoli, 10 novembre 2000, n. 4171; Tar Lombardia-Milano, 6 novembre 2000, n. 6258; Tar Campania-Salerno, 6 ottobre 2000, n. 657; Tar Piemonte, sez. II, 5 ottobre 2000, n. 1014; Tar Sicilia - Catania, 12 agosto 2000, n. 1559.

³³⁹ Giurisprudenza e dottrina riconoscono peraltro l'interruzione di tale vincolo e la conseguente esclusione della responsabilità solidale della P.A., nei casi in cui la condotta dolosa dell'agente non sia legata né da nesso di causalità, né di mera "occasionalità necessaria" con l'attività amministrativa; *ex plurimis*, cfr. Cass. Civ., 26 giugno 1998, n. 6334.

Passando invece alla colpa, essa sarà configurabile quando vengano violati quei “limiti esterni” all’esercizio della discrezionalità amministrativa, individuati dalla più volta richiamata Cass. n. 500/1999, o quando l’illegittimità dell’atto lesivo scaturisce da disfunzioni amministrative dovute a carenze o disfunzioni organizzative ; per contro, non se ne potrà ravvisare la sussistenza *in re ipsa*, nella mera sussistenza dell’obbligo risarcitorio dovuto all’illegittimità provvedimentoale.

In particolare, questo nuovo indirizzo segnala l’opportunità di accogliere una nozione di colpa che tenga conto dei vizi che colpiscono il provvedimento e, in linea con la giurisprudenza comunitaria, della gravità della violazione commessa dall’Amministrazione, anche alla luce dell’ampiezza delle valutazioni discrezionali rimesse all’organo, dei precedenti della giurisprudenza, delle condizioni concrete e dell’apporto eventualmente dato dai privati nel procedimento.

Una volta sancito che il modello di responsabilità tracciato dall’art. 2043 c.c. si applica alle ipotesi di lesione da atto amministrativo illegittimo, esso s’impone in tutte le sue sfaccettature, tra cui, in particolare, l’onere probatorio a carico del danneggiato.

Si passa quindi dalla precedente tesi, che faceva gravare sulla pubblica amministrazione una presunzione assoluta di colpevolezza, ogniqualvolta si fosse in presenza di un atto illegittimo, alla necessità che il giudice effettui un’indagine specifica sulla colpa dell’organo amministrativo e che il privato-danneggiato, dal suo canto, dimostri il carattere colposo (o doloso) della condotta dell’operatore pubblico (³⁴⁰).

L’orientamento tracciato dalle Sezioni Unite si è rinsaldato nella successiva giurisprudenza, affermandosi anche nelle letture della Corte Costituzionale.

In particolare, la Consulta nella recente ordinanza n. 149 del 3 aprile 2006 ha riconosciuto che la responsabilità extracontrattuale non può essere addebitata alla pubblica amministrazione sulla base del mero dato obiettivo dell’illegittimità “provvedimentale”, ma deve fondarsi sull’accertamento in concreto della colpa della P.A. intesa come apparato.

³⁴⁰ Nonostante sia questo l’indirizzo ad oggi dominante, la giurisprudenza non è ancora univoca sul punto; esemplificativa di una diversa lettura è, ad es., Cons. Stato, sez. V, 6 agosto 2001, n. 4239, secondo cui *"La responsabilità della Pubblica Amministrazione, conseguente all'adozione di provvedimenti illegittimi, va inserita nel sistema dell'illecito delineato dagli artt. 2043 e seguenti del codice civile, nel cui ambito, tuttavia, trovano applicazione peculiari criteri di specificazione della colpa, sicché l'accertata illegittimità dell'atto ritenuto lesivo dell'interesse dell'amministrato rappresenta - nella generalità dei casi - indice presuntivo della colpa dell'Amministrazione, sulla quale incombe l'onere di provare la sussistenza, invece, di un errore scusabile"* (vero è, peraltro, che l’articolata pronuncia si riferisce ad un caso particolare in cui, violando l’amministrazione l’obbligo di condotta previamente e formalmente pattuita con il privato, veniva a configurarsi un’ipotesi di responsabilità contrattuale da inadempimento con conseguente presunzione di colpa nonché accollo, alla P.A. inadempiente, dell’onere di provarne l’assenza - ex art. 1218 c.c.).

Una simile verifica “aggiuntiva”, condotta in ossequio al diritto vivente (³⁴¹) in modo da riscontrare l’elemento soggettivo della pubblica amministrazione - apparato, fa sì che l’illegittimità dell’atto amministrativo sia solo uno dei fattori costitutivi dell’illiceità della condotta amministrativa.

Da questa scaturisce la responsabilità risarcitoria, che è a sua volta “*ancorata alla valutazione della conformità dell’operato della Pubblica Amministrazione alle regole proprie dell’azione amministrativa, vale a dire le regole di imparzialità e buon andamento, di rango costituzionale (art. 97 Cost.), di economicità, efficacia, pubblicità e trasparenza, di rango ordinario (art. 1, L. 241/1990, novellato da L. 15/2005), unitamente ai principi generali di ragionevolezza, proporzionalità e adeguatezza*”.

I richiamati principi di diritto costituiscono gli *obiter dicta* della citata ordinanza, la quale segna una presa di posizione non indifferente da parte della Corte delle Leggi, nello sposare la tesi della cosiddetta illegittimità colposa (o qualificata) ai fini del rimprovero ex art. 2043 c.c. nei confronti delle Amministrazioni pubbliche.

Una materia “privilegiata” in cui si è consolidata la tesi sulla necessità della colpevolezza è quella dei contratti pubblici. È questo, infatti, un ambito in cui frequentemente le relazioni fra amministrazione e cittadino portano ad una frattura fra azione autoritativa ed interesse privato, con conseguente illecito e responsabilità risarcitoria a capo della pubblica amministrazione.

Caso di scuola appare quello in cui l’aggiudicazione sia disposta illegittimamente: se solo l’aggiudicazione può essere realmente soddisfatta della tutela apprestata in sede giurisdizionale, qualora *medio tempore* la procedura di gara si sia conclusa in favore di un’altra impresa, ai fini del risarcimento del danno a favore della ricorrente sarà necessario verificare la sussistenza di tutti gli elementi costitutivi della fattispecie dell’illecito aquiliano di cui all’art. 2043 c.c. Sulla falsariga di quanto rilevato dalla Cassazione a Sezioni unite con la sentenza n. 500/1999, dunque, la successiva giurisprudenza ha pienamente aderito al dato per cui l’elemento della colpa è autonomo e ulteriore rispetto all’illegittimità dell’atto, e ricorre quando l’attività della p.a. consistente nell’adozione dell’atto illegittimo, sia stata il risultato della violazione dei famosi, c.d. “limiti esterni alla discrezionalità”.

³⁴¹ Come rilevato dai giudici costituzionali “*tale accertamento è, infatti, richiesto dal diritto vivente in tema di responsabilità extracontrattuale della Pubblica Amministrazione, secondo cui l’imputazione di tale responsabilità non consegue al mero dato obiettivo dell’illegittimità dell’azione amministrativa, ma richiede anche l’accertamento in concreto «della colpa [...] della P.A. intesa come apparato»*. Per la più recente giurisprudenza di legittimità, la colpa è configurabile in presenza di un atto amministrativo illegittimo, adottato in violazione delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione, che rappresentano il criterio guida per l’esercizio della funzione amministrazione, ponendosi quale limite esterno alla discrezionalità amministrati (in tal senso, Cass. Civ., sez. III, 21 ottobre 2005 n. 20358 e 18 giugno 2005, n. 13164).

Gli assunti delle Sezioni Unite, pur se rafforzatisi negli anni grazie al diritto vivente ⁽³⁴²⁾, celano tuttavia dei limiti che la dottrina non ha tardato a smascherare.

È stata principalmente la questione dell'“elemento soggettivo” ad accendere vivaci scontri e confronti in dottrina.

Innanzitutto, fra le critiche al sistema tracciato all'indomani di Cass. civ. n. 500/1999, si è contestata la lettura fatta alla luce dell'art. 2236 c.c. - che nei casi di maggiore difficoltà o complessità esclude i professionisti da responsabilità per colpa lieve -, secondo cui la responsabilità per colpa dell'amministrazione è ravvisabile solo a fronte di violazioni “gravi” di norme giuridiche, qualora non soccorrano delle esimenti. L'obiezione a tale lettura è che ciò potrebbe indurre nell'erronea convinzione che solo le illegittimità più gravi possano esprimere la colpa del soggetto pubblico. Al contrario, si è rilevato in dottrina e giurisprudenza che la colpa può sottostare anche a vizi oggettivamente meno gravi.

In secondo luogo, si è sottolineato che nell'ambito della responsabilità aquiliana la tutela risarcitoria ha una funzione più riparatoria che non sanzionatoria, mirando a tutelare effettivamente l'interesse leso dall'attività illegittima. In senso contrario, l'eccessiva enfasi posta sulla colpa finirebbe per stravolgere la prospettiva e ridare credito alla funzione prettamente sanzionatoria della responsabilità.

Inoltre, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha in tempi più recenti rilevato come la colpa sia di per sé un elemento che “connota” la genesi dell'atto illegittimo, che accompagna dunque la formazione e l'emanazione dell'atto, intrinseco all'agire della P.A. Così considerata, la colpa non dovrebbe dunque essere vista come un possibile metro della difformità del provvedimento dai singoli parametri normativi che presiedono allo svolgersi del potere.

Ma la critica più incisiva s'incentra indubbiamente sull'identificazione operata dalle Sezioni Unite fra la “colpa” ed il superamento dei limiti della buona amministrazione, dell'imparzialità e della correttezza: si obietta infatti che una simile sovrapposizione automatica porterebbe, in concreto, a far coincidere il vizio dell'eccesso di potere con la colpa dell'amministrazione ⁽³⁴³⁾.

Si tende con ciò a colpire l'assunto per cui la colpa sarebbe una mera specificazione, aggravata, dei vizi del provvedimento, materializzandosi solo quando trasmoda nella violazione dei parametri

³⁴² *Ex plurimis*, in giustizia amministrativa Cons. Stato, IV sez., 14 giugno 2001, n. 3169, 12 marzo 2004 n. 1261; 15 febbraio 2005, n. 478, 10 agosto 2004, n. 5500.

³⁴³ Così per Cons. Stato, sez. IV, n. 3169/01, cit., la ricostruzione delle Sezioni Unite sull'elemento soggettivo non convince appieno, poiché da un lato resta ad un livello di eccessiva astrazione, dall'altro, non considera che la violazione dei limiti esterni alla discrezionalità comporta l'illegittimità dell'atto per eccesso di potere, per cui l'accertamento dell'elemento psicologico rischierebbe di tradursi in un'indagine di natura esclusivamente oggettiva.

indicati nella sentenza n. 500/1999, ossia nelle *regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione*.

I suddetti “indicatori”, considerati dalla Suprema Corte quali indici sintomatici della colpa d’apparato, fanno ricadere l’interprete, infatti, nella trappola dell’equivalenza “illegittimità/colpa”, che proprio il celebrato *règlement* del 1999 intendeva superare.

È apparso inappropriato, in particolare, il riferimento al criterio della violazione delle “regole di buona amministrazione”, perché lascerebbe intendere che un provvedimento, per quanto anche solo “inopportuno”, potrebbe fungere da base per la responsabilità dell’amministrazione. Ma una simile conclusione lascia perplessi di fronte al dato, ineccepibile, per cui nell’ordinamento italiano il sindacato giurisdizionale di merito integra un’eccezione, e il privato non può vantare un interesse giuridicamente tutelato a che l’operatore pubblico bene amministri, con provvedimenti non solo legittimi ma anche opportuni.

In sostanza, la celebre pronuncia delle Sezioni Unite è stata biasimata nella parte in cui – pur affermando il superamento della *culpa in re ipsa* della P.A. – di fatto la individua nel superamento di quei “limiti” posti all’esercizio della funzione pubblica; risolvendosi così, in una tautologica affermazione per cui la colpa coinciderebbe con l’illegittimità del provvedimento amministrativo.

Un ulteriore neo del sistema è stato individuato nella mancanza di una nozione utile di “apparato” che possa di fatto orientare l’indagine verso un centro di imputazione della responsabilità, in senso agevolmente percepibile dai cittadini.

In effetti, disancorando l’elemento soggettivo dallo stato psicologico del singolo funzionario agente, e riferendolo all’“apparato”, la “colpa” della P.A. sembrerebbe sovrapporsi alla mera disfunzione organizzativa del plesso amministrativo cui è imputabile l’adozione o l’esecuzione dell’atto illegittimo.

Una simile disfunzione non può essere per forza di cose facilmente conoscibile dal privato, al quale sono normalmente oscuri organigrammi e ripartizioni interne di competenze nei singoli plessi amministrativi ⁽³⁴⁴⁾.

Tale aspetto, pur potendo incidere pesantemente sul piano probatorio, potrebbe tuttavia non influire affatto sull’iter generativo dell’atto illegittimo. Ci sarebbe così il rischio di una “colpa fantasma”, dato che l’elemento soggettivo ben potrebbe risultare scollegato dal processo causale che ha portato alla produzione del danno.

³⁴⁴ Sulla rilevanza o meno della disfunzione organizzativa, in particolare sulla sua dubbia incidenza in tema di “colpa” del singolo agente, si è osservato in alcuni casi come la responsabilità da apparato possa avere significative ricadute in termini di responsabilità amministrativa. Più precisamente, la giurisprudenza contabile ha ritenuto che situazioni organizzative poco rispondenti ai canoni di buon andamento possano salvare il dipendente dall’addebito di danno erariale.

Sempre sul concetto di “apparato”, si evidenzia in dottrina che un organo amministrativo può agire in lesione dei principi di imparzialità, correttezza e buona amministrazione sia per disfunzioni proprie sia per fattori imputabili ad altro organismo amministrativo gerarchicamente sovraordinato, per cui è “*necessario stabilire le dimensioni della nozione di apparato cui si riferisce la sentenza: se per apparato s’intende il solo organismo agente, si possono determinare casi di violazione dei suddetti principi, ma senza colpa; se per apparato s’intende, al di là anche (ove necessario) delle separazioni organizzative determinate dalla distinzione delle persone giuridiche, l’insieme degli organismi pubblici comunque coinvolti dalla condotta illecita, ogni violazione dà luogo a colpa*”⁽³⁴⁵⁾.

La tematica della colpa d’apparato pone inoltre altri possibili profili degni di attenzione, se si considera la possibile distonia fra la responsabilità dell’“ente-pubblica amministrazione” e quella dei pubblici dipendenti. Quella del primo, infatti, se inteso come apparato, potrebbe configurarsi anche in termini di colpa lieve, mentre i secondi risponderebbero solamente per colpa grave o dolo, in virtù dell’art. 22, d.P.R. n. 3/1957, c. d. “Testo unico del pubblico impiego”⁽³⁴⁶⁾.

Lo spessore di tutte le censure e le considerazioni che precedono, hanno indotto la giurisprudenza a rivedere la questione della “colpa”, cercando di meglio definire l’elemento soggettivo della responsabilità.

Si può segnalare un indirizzo, certamente minoritario, che pur dopo la svolta delle Sezioni unite tende a considerare la questione ritornando alla tesi della colpa *in re ipsa*, da assimilare *tout court* all’illegittimità del provvedimento.

³⁴⁵ Cfr. Scoca F.G., *Per un’amministrazione responsabile, cit.*, in *Giur. Cost.*, 1999, 4052 ss.

³⁴⁶ Mentre infatti per la responsabilità della pubblica amministrazione è sufficiente la colpa, anche lieve, dell’apparato, i pubblici dipendenti sono chiamati a rispondere, anche nell’azione diretta del terzo danneggiato, solo a titolo di colpa grave, come esplicitato dall’art. 23 del d.P.R. 10 gennaio 1957, n. 3 “*Testo unico delle disposizioni concernenti lo statuto degli impiegati civili dello Stato*”).

Sulle differenze fra una responsabilità della P.A. intesa come apparato e il beneficio concesso invece ai pubblici dipendenti dalla norma richiamata del d.P.R. n. 3/1957, appare fondamentale quanto rilevato dal Consiglio di Stato con la decisione n. 3981/2006, secondo cui la suddetta limitazione, seppur con riferimento all’azione esperibile davanti alla Corte dei Conti, è stata ritenuta costituzionalmente legittima con argomentazione estensibili anche all’azione diretta del terzo (cfr. Corte Cost., 20 novembre n. 371, che ha ritenuto rispondente ai principi costituzionali l’intento del legislatore “*di predisporre, nei confronti degli amministratori e dei dipendenti pubblici, un assetto normativo in cui il timore delle responsabilità non esponga all’eventualità di rallentamenti ed inerzie nello svolgimento dell’attività amministrativa*”, riconoscendo che spetta al legislatore “*determinare quanto del rischio dell’attività debba restare a carico dell’apparato e quanto a carico del dipendente, nella ricerca di un punto di equilibrio tale da rendere, per dipendenti ed amministratori pubblici, la prospettiva della responsabilità ragione di stimolo, e non di disincentivo*”).

In particolare, questa tesi vede nella tutela risarcitoria un rimedio alternativo e complementare al processo di ottemperanza, ritenendo così pleonastico un giudizio sulla colpevolezza. Il risarcimento servirebbe, invero, a completare l'effettiva tutela del ricorrente, specie di fronte al ritardo nell'esecuzione di un giudicato o all'impossibilità di realizzarlo puntualmente, causa sopravvenienze di fatto o di diritto.

Il carattere complementare della tutela, puntando a dare al privato un bene non più ottenibile grazie all'esecuzione ordinaria della sentenza, non richiede la verifica dell'elemento soggettivo, dato che l'ottemperanza al giudicato è per sua natura svincolata da ogni valutazione di responsabilità.

Un secondo e più nutrito indirizzo ha invece puntato, da un lato, a superare definitivamente la tesi della colpa *in re ipsa*, dall'altro a stemperare le imperfezioni della ricostruzione operata dalle Sezioni unite.

Lungo tale percorso, molti spunti sono arrivati dalla giurisprudenza comunitaria, che ha fatto leva sulla gravità della violazione commessa dall'amministrazione, anche alla luce dell'ampiezza della valutazioni discrezionali rimesse all'organo, dei precedenti giurisprudenziali, delle condizioni concrete, con la conseguenza che se la violazione è l'effetto di un "errore scusabile", non potrà configurarsi il requisito della colpa.

Il punto di partenza per questa lettura è dato dall'orientamento del giudice comunitario in punto di responsabilità delle istituzioni dell'Unione europea e delle Pubbliche amministrazioni dei Paesi membri, derivante da atto giuridico (di natura sia normativa che amministrativa), incompatibile perché contrastante con norme comunitarie sovraordinate.

In quest'ambito, la responsabilità è stata ricostruita dai giudici di Lussemburgo secondo una chiave di lettura "oggettivata", subordinandone la sussistenza a tre condizioni concomitanti: la violazione di una norma comunitaria attributiva di un diritto in favore del singolo, il carattere grave e manifesto della violazione, infine il nesso causale fra la violazione e il danno subito.

La verifica di tali componenti prescinde da giudizi di valore sulla rimproverabilità dell'amministrazione, per guardare piuttosto a degli "indici sintomatici".

Tale espressione – volutamente "atecnica" ed ampia - non a caso è evocativa di quella coniata proprio per descrivere fenomeni come il rivolta patologico della discrezionalità (eccesso di potere) e l'elemento soggettivo dell'illecito della pubblica amministrazione.

Ne risultano accomunate, significativamente, due realtà giuridiche caratterizzate dal fatto di non essere normativamente codificate e di rispecchiare il volto "malato" dell'agire provvedimentoale.

Tali indici consentono di formulare un addebito all'amministrazione sotto il profilo "soggettivo", per quanto nelle intenzioni del giudice comunitario tale elemento debba leggersi in un'ottica il più possibile oggettiva e "spersonalizzante".

Si tratterà quindi di verificare se è possibile muovere al pubblico operatore un rimprovero, in considerazione da un lato della gravità effettiva della violazione, dall'altro dell'eventuale presenza di cause "esimenti".

Da queste ultime deriva infatti la possibilità di "giustificare" l'amministrazione, riscontrando se essa sia in ipotesi incorsa in un "errore scusabile": ciò porta ad affermare che la colpa della pubblica amministrazione non è configurabile qualora la condotta dell'agente sia caratterizzata da un errore scusabile, nel senso che l'illegittimità è il frutto di un errore non rimproverabile.

Nella capillare ricostruzione della Corte di Giustizia e della giurisprudenza interna, l'errore scusabile può manifestarsi, ad esempio, in ipotesi di contrasti giurisprudenziali sull'interpretazione di una norma, condotta determinante di altri soggetti, illegittimità derivante da una successiva dichiarazione di incostituzionalità della norma applicata, formulazione incerta di norme da poco entrate in vigore, rilevante complessità del fatto o novità della questione, riconoscendo così portata esimente all'errore di diritto, in analogia all'elaborazione della giurisprudenza penale in tema di buona fede nelle contravvenzioni ⁽³⁴⁷⁾.

Si deve peraltro tener conto che molte delle questioni rilevanti ai fini della scusabilità dell'errore sono questioni di interpretazione ed applicazione delle norme giuridiche, inerenti la difficoltà interpretativa che ha causato la violazione.

La "gravità" della violazione è quindi desumibile, nel complesso, dagli indici sopra evidenziati, tenendo anche conto del *quantum* di discrezionalità a disposizione del soggetto pubblico, delle concrete condizioni di azione (con specifico riguardo al contesto normativo e giurisprudenziale), del contegno complessivo del destinatario dell'azione amministrativa.

All'individuazione di tali indici –mutuati in diritto interno per configurare l'errore scusabile della pubblica amministrazione - ha contribuito la Corte di Giustizia, che pur non facendo riferimento alla nozione di "colpa", se ne è avvalsa per rendere più facilmente riconoscibile la "manifesta e grave violazione del diritto comunitario".

Sulla falsariga dell'orientamento comunitario, in sede di accertamento della responsabilità della pubblica amministrazione per danno a privati, il giudice amministrativo potrà dunque affermare la responsabilità quando la violazione risulti "grave", perché commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia

³⁴⁷ Sulla falsariga dell'orientamento comunitario, in sede di accertamento della responsabilità della Pubblica amministrazione per danno a privati il giudice amministrativo potrà dunque affermare la responsabilità quando la violazione risulti grave, commessa in un contesto di circostanze di fatto e in un quadro di riferimenti normativi e giuridici tali da palesare la negligenza e l'imperizia dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato, mentre potrà negarla quando l'indagine presupposta conduca al riconoscimento dell'errore scusabile (per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto).

dell'organo nell'assunzione del provvedimento viziato, mentre potrà negarla quando l'indagine presupposta conduca al riconoscimento dell'errore scusabile, data per la sussistenza di contrasti giudiziari, per l'incertezza del quadro normativo di riferimento o per la complessità della situazione di fatto.

La teorica dell'errore scusabile mostra significative ricadute anche sul piano processuale e probatorio.

La possibilità di ricorrere a presunzioni semplici per la prova dell'elemento soggettivo, invero, consente anche di cogliere la piena adeguatezza del modello di responsabilità extracontrattuale rispetto alla teorica della colpa e dell'errore scusabile (³⁴⁸): come rilevato anche dalla più recente giurisprudenza amministrativa, le regole di questo sistema appaiono in linea, anche da un punto di vista probatorio, con le caratteristiche oggettive della lesione degli interessi legittimi e con le “connesse esigenze di tutela”.

In effetti, nell'ambito del titolo di responsabilità extracontrattuale, non si richiede al privato danneggiato da un provvedimento amministrativo illegittimo un particolare sforzo probatorio, sotto il profilo dell'elemento soggettivo: pur non essendo configurabile, in difetto di esplicita previsione normativa, una generalizzata presunzione (relativa) di colpa dell'amministrazione per i danni conseguenti ad un atto illegittimo o a violazione di regole di condotta, possono infatti operare regole di comune esperienza, oltre alla presunzione semplice di cui all'art. 2727 c.c., desunta dalla singola fattispecie.

Nonostante, quindi, il modello di responsabilità extracontrattuale imponga a carico del danneggiato (il privato in ipotesi di danno cagionato dalla P.A.) di provare tutti i singoli elementi costitutivi del fatto dannoso, incluso l'elemento soggettivo, la teorica degli indici presuntivi non comporterà a suo carico un onere di prova particolarmente intenso.

Il privato danneggiato potrà quindi invocare l'illegittimità del provvedimento quale indice presuntivo della colpa o anche allegare circostanze ulteriori, idonee a dimostrare che si è trattato di un errore “colpevole” o non scusabile, ferma restando la possibilità di discolpa da parte della pubblica amministrazione, in ordine alla scusabilità dell'errore (³⁴⁹).

Egli potrà quindi offrire al giudice elementi indiziari facilmente acquisibili quali la gravità della violazione (valorizzata quale presunzione semplice di colpa e non come criterio di valutazione

³⁴⁸ Così Cons. Stato, sez. VI, 23 giugno 2006, n. 3981. Inoltre, come messo in luce anche da Cons. Stato, sez. V, n. 157/2003, cit., l'adeguatezza del modello extracontrattuale di responsabilità si manifesta nella capacità di “misurare” il confronto di tipo autoritativo della pubblica amministrazione con il cittadino.

assoluto), il carattere vincolato dell'azione amministrativa giudicata, l'univocità della normativa di riferimento ed il proprio apporto partecipativo al procedimento (³⁵⁰).

Ciò determina, pur "all'ombra" dell'art. 2043 c.c. e delle rispettive regole processuali, ad una sorta di inversione dell'onere della prova: una volta acquisiti gli indici rivelatori della colpa, spetterà all'amministrazione allegare degli elementi – altrettanto di natura indiziaria – inquadrabili nello schema dell'errore scusabile e, in definitiva, al giudice apprezzarne e valutarne liberamente l'idoneità ad attestare o ad escludere la colpevolezza dell'amministrazione.

In ogni caso, resta definitivamente superata l'equazione fra illegittimità dell'atto e colpa dell'apparato pubblico: la responsabilità patrimoniale della pubblica amministrazione conseguente all'annullamento giurisdizionale di provvedimenti illegittimi deve iscriversi nel sistema dell'accertamento dell'illecito extracontrattuale delineato dagli artt. 2043 ss. cod. civ., dimostrando dimostrare l'assenza di colpa, non la legittimità dell'atto in sé, stante la sottile divaricazione che corre fra i due concetti (³⁵¹).

³⁵⁰ La sussistenza di un contrasto interpretativo non è stata ritenuta idonea ad escludere l'addebito di negligenza ed imprudenza, qualora l'illegittimità riscontrata non sia l'unico vizio denunciato, e sussistano altre irregolarità facilmente rilevabili, non oggetto di dubbi interpretativi, pur se tali censure siano rimaste assorbite nella decisione.

Queste circostanze ulteriori, pur se non esaminate, avrebbero infatti dovuto essere tenute in considerazione, potendo comunque pesare sulla valutazione della colpa. Tra esse, per la giurisprudenza di merito può rilevare l'inerzia dell'Amministrazione nei confronti dell'apporto partecipativo offerto dal privato nel corso del procedimento.

³⁵¹ Indicativa di tale orientamento, "ribaltato" in termini probatori, Cons. Stato, sez. IV, 12 marzo 2004 n. 1261, che fa ricorso al concetto di "indice" della colpa amministrativa: *"la riscontrata illegittimità dell'atto rappresenta nella normalità dei casi l'indice della colpa dell'amministrazione: indice tanto più grave, preciso e concordante, quanto più intensa ed inspiegabile e non spiegata sia l'illegittimità in cui l'apparato è incorso... In tale eventualità spetta all'amministrazione fornire elementi istruttori o anche meramente assertori volti a dimostrare l'assenza di colpa"*.

Su tale scissione, cfr. inoltre Cons. Stato, sez. IV, 19 dicembre 2003, n. 8364, in *Foro amm.*, 2003, 3651; sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 551, *ivi*, 2005, 366; sez. V, 6 marzo 2007, n. 1049; sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43, in *Cons. Stato*, 2005. Per quest'ultima, *"La responsabilità patrimoniale della pubblica Amministrazione, pur quando si ricolleggi all'illegittimo esercizio di funzioni amministrative, implica, secondo i principi di diritto comune in tema di illecito, un'autonoma indagine circa la sussistenza dell'elemento soggettivo della colpa, posto che questa non è insita nel mero dato obiettivo della illegittimità dell'azione amministrativa e richiede piuttosto un accertamento puntuale in ordine al rispetto delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che devono ispirarne la condotta"*; inoltre per Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 2001, n. 3169, *Il risarcimento del danno non è una conseguenza automatica e costante dell'annullamento giurisdizionale ma richiede la positiva verifica di tutti i requisiti previsti dalla legge, a garanzia di un corretto contenimento delle domande risarcitorie: oltre alla lesione della situazione soggettiva di interesse tutelata dall'ordinamento (il danno ingiusto), è indispensabile che sia accertata la colpa o il dolo dell'Amministrazione, che sia accertata l'esistenza di un danno al patrimonio, che sussista un nesso causale tra l'illecito e il danno subito"*.

Sulla scorta dell'esperienza comunitaria, la giurisprudenza italiana si è concentrata sulla figura dell'errore scusabile e sull'individuazione dei rispettivi indici, affinandosi anche con accorgimenti ripresi dalla normativa comunitaria per evitare un'indebita assimilazione fra colpa ed eccesso di potere ⁽³⁵²⁾.

In particolare, la scusabilità dell'errore è stata negata, con conseguente affermazione di colpa in capo all'amministrazione, ogni qualvolta la violazione fosse grave, perché commessa in un contesto fattuale e normativo tale da denunciare negligenza ed imperizia dell'organo amministrativo nell'adottare l'atto viziato: tra queste spie, si è ravvisato ad esempio il carattere di precisione e chiarezza della norma violata, l'evoluzione giurisprudenziale sul punto, la novità o meno della questione, riconoscendo così a date condizioni portata esimente all'errore di diritto, e aprendo la strada alle presunzioni semplici di colpa e – correlativamente – di assenza di colpa.

In un caso specifico, si è ritenuto inescusabile l'errore dovuto all'erronea applicazione di una normativa vigente (interna) in luogo di altra (comunitaria), nella convinzione di agire correttamente, senza porsi il doveroso, ragionevole dubbio sul contrasto fra la norma in concreto applicata e la Direttiva comunitaria: nell'assenza di tale "freno" o reticenza, si ravvisa la colpa dell'amministrazione ⁽³⁵³⁾.

L'applicazione della figura dell'errore scusabile all'istituto della responsabilità in diritto amministrativo ha un consistente "debito" verso le elaborazioni dottrinal-penalistiche in tema di errore di diritto scusabile o non rimproverabile, ai sensi dell'art. 5 c.p., maturate anche grazie alle conquiste della Corte Costituzionale degli anni '80 sulla colpevolezza ⁽³⁵⁴⁾.

La scusabilità e dunque l'inevitabilità dell'ignoranza della legge, nella lettura del giudice delle leggi, deriva congiuntamente dal livello socio-culturale del soggetto e dalla chiarezza o certezza del quadro normativo di riferimento.

³⁵² Nella casistica giurisprudenziale sull'indagine della colpa, volta a verificare la derivazione del danno da una condotta negligente o imprudente dell'amministrazione, si è ritenuto che sulla fondatezza delle censure dedotte pesasse in qualche modo l'inerzia dell'amministrazione nei confronti dell'apporto partecipativo offerto dal privato nel corso del procedimento. In tal senso, Cons. Stato, sez. V, 20 marzo 2007, n. 1346; sez. IV, 11 ottobre 2006, n. 6059.

Un interessante elemento sintomatico della colpa emerge poi in ambito contrattuale, relativamente alla disapplicazione di norme del bando di gara: la disapplicazione di una norma della *lex specialis*, anche se illegittima, costituisce prova idonea della condotta colposa. Così, per Cons. Stato, sez. IV, 12 gennaio 2005, n. 43, cit., può incidere sulla complessiva valutazione del contegno della P.A. la circostanza che il giudice di primo grado abbia respinto una delle censure di parte (per via della mancata sottoscrizione degli elaborati progettuali da parte dei progettisti), annullando una norma del disciplinare che lo stesso soggetto pubblico (Comune, nella fattispecie) aveva disatteso.

³⁵³ Cfr. Masera S. R., *La colpa dell'Amministrazione per violazione delle Direttive*, in *Urb. App.* 2006, 6, 674 ss.

³⁵⁴ Cfr. Corte Cost., sentenza 24 marzo 1988, n. 364, con nota di Fiandaca G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile: prima lettura della sentenza n. 364/1988*, in *Foro It.*, 1988, I, 1385.

Scartando il primo dei due parametri (dato che per il vincolo di immedesimazione organica il “referente” ai fini della colpa non è il singolo funzionario, bensì la pubblica amministrazione, per definizione “esperta” nel proprio settore di attività), non resta che valutare il secondo, relativo all’oscurità del dato normativo. In questo caso, le persistenti incertezze applicative, non risolte dalla prassi, ma in ipotesi acuite da divergenze interpretative in giurisprudenza, potrebbero portare a “scusare” l’errore dell’operatore pubblico.

Da questa rapida rassegna emerge chiaramente come il requisito della colpa della pubblica amministrazione a fini risarcitori risieda tutto entro i due estremi, da un lato, della presunzione assoluta di colpa in caso di provvedimento amministrativo illegittimo, dall’altro dell’accertamento di un comportamento colposo in concreto, indipendentemente dalla validità dell’atto amministrativo assunto.

Tuttavia, all’esito di questo *excursus* sul significato e sulla funzione della “colpa” nella responsabilità aquiliana, si può osservare che la sua più recente concezione si attesta su una posizione “mediana”.

Come primo passo, una volta rifiutata l’equiparazione fra colpa ed illegittimità dell’atto, la giurisprudenza ha tratto ispirazione dagli orientamenti di matrice comunitaria per rimodulare anche la tesi della colpa “oggettiva”.

Al termine di questo “percorso”, che ha attraversato anche le grandi riforme sostanziali e processuali del diritto amministrativo, l’illegittimità dell’atto viene oggi letta quale “indizio” grave, preciso e concordante della colpa dell’amministrazione, non potendosi però sovrapporre automaticamente ad essa.

Pur rinnegandosi quindi la tesi della colpa *in re ipsa*, si assiste oggi ad un sistema di tutela in cui il danneggiato potrebbe limitarsi ad allegare l’illegittimità dell’atto amministrativo, adducendo la violazione di parametri che, nella generalità delle ipotesi, specificano la colpa dell’amministrazione. Dal canto suo, spetterebbe poi all’amministrazione fornire elementi istruttori, o anche meramente assertori, per dimostrare l’assenza di colpa.

Dalla colpa *in re ipsa*, quindi, lunga strada è stata percorsa prima di approdare alla “presunzione di colpa”, ossia all’idea che l’illegittimità di un atto, invocata dai privati, possa di per sé sola far presumere la colpa contro l’ente pubblico.

Questo ulteriore *règlement* viene abbracciato dalla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, che pur rifiutando una generalizzata presunzione di colpa a carico della pubblica amministrazione, in difetto di esplicita previsione normativa, riconosce in favore del danneggiato il ricorso a “presunzioni semplici”, di cui agli artt. 2727 e 2729 c.c., anche in base alle singole particolarità della fattispecie.

Alla luce di questo laborioso *iter* giurisprudenziale, nei correttivi apportati ai contenuti delle Sezioni unite del 1999, si può leggere un interessante avvicinamento ai principi di effettività ed equivalenza di tutela, fortemente radicati nell'ordinamento comunitario.

In particolare, è significativa la circostanza per cui la responsabilità degli operatori pubblici, anche per violazione del diritto comunitario, deve restare inquadrata per tesi dominante negli schemi dell'art. 2043 c.c., con conseguente onere del privato danneggiato di provare tutti gli elementi costitutivi dell'illecito, inclusa la colpa dell'amministrazione, che in astratto sarebbe ben difficilmente dimostrabile, data la scarsa accessibilità per i privati agli schemi organizzativi interni, alle ripartizioni di competenze negli uffici, alla normativa ed alla prassi di riferimento, al complessivo contesto in cui, in definitiva, matura l'azione amministrativa ⁽³⁵⁵⁾.

Un simile assetto produrrebbe, a prima vista, una pesante penalizzazione dei mezzi di tutela del privato, e sarebbe tanto più deprecabile a fronte di provvedimenti anticomunitari, quindi di attività provvedimento illegittima, da cui scaturisca una violazione del diritto comunitario.

Sarebbe infatti evidente, oltre alla violazione in sé e per sé delle fonti comunitarie, la grave ferita inferta ai principi di effettività ed equivalenza di tutela delle posizioni soggettive di derivazione comunitaria, rispetto alle analoghe di diritto interno.

Si può spiegare allora alla luce di queste riflessioni l'intensa opera ricostruttiva della giurisprudenza nazionale, che si è premurata di smussare le asperità riconducibili al generale sistema di responsabilità della pubblica amministrazione, attenuando di molto sul versante dell'elemento soggettivo l'onere probatorio degli interlocutori privati dei soggetti pubblici.

Solo in apparenza, infatti, spetta al danneggiato provare la colpa dell'apparato amministrativo, dal momento che in realtà si rovescia su quest'ultimo l'onere di dimostrare la scusabilità del proprio

³⁵⁵ Nella più recente giurisprudenza di merito, cfr. Cons. Stato, sez. V, sentenza 20 ottobre 2008, n. 5124, relativa ad una domanda di danno biologico-esistenziale e patrimoniale per ritardato svolgimento di una valutazione d'impatto ambientale. Il giudice di seconde cure rileva come il Tar abbia applicato le *"indicazioni della giurisprudenza comunitaria, la quale esclude la possibilità di valutare la buona fede delle autorità dello Stato e prende in esame il fatto nella sua oggettività"*, nella considerazione della configurabilità del mancato svolgimento della VIA come violazione delle norme comunitarie, a fronte della quale, come in materia di appalti pubblici ... deve "essere garantito con precedenza su ogni altra considerazione il diritto del danneggiato a conseguire un effettivo risarcimento del danno". Si osserva così che il risarcimento del danno, lungi dal derivare automaticamente all'annullamento dell'atto amministrativo, consegue al riscontro quanto meno di una colpa dell'amministrazione, *"nel senso della non scusabilità dell'errore, secondo lo schema della responsabilità aquiliana ex art. 2043 c.c."*.

Nello specifico, la pronuncia citata ritiene che la fattispecie sia contraddistinta sia dalla novità della questione, sia, nel contempo, dall'incertezza del dato normativo di riferimento, *"in presenza delle quali vanno - per quanto detto innanzi - ravvisati gli estremi per il riconoscimento della scusabilità dell'errore di diritto e, di qui, dell'insussistenza dell'elemento soggettivo fondante la condanna al risarcimento dei danni"*.

errore: la teorica della violazione “grave”, rilevando come indice presuntivo della colpa in favore del privato, di fatto gli consente, unitamente ad ulteriori presunzioni semplici di cui all’art. 2727 c.c., di ribaltare la propria posizione processuale.

Un simile *escamotage*, di fatto riconducibile all’elaborazione giurisprudenziale, su impulso della Corte di Giustizia, è apparsa perfettamente in linea con i costrutti comunitari, che si muovono sul piano dell’onere probatorio più che sulla struttura sostanziale dell’illecito.

In questo ben delineato assetto di tutela si può inoltre scorgere un rinnovato modo di guardare ai rapporti fra cittadino e Pubblica Amministrazione nei rapporti processuali, che fa leva su elemento soggettivo e legittimità dell’atto anche per ridimensionare il principio di autorità della pubblica amministrazione ⁽³⁵⁶⁾.

Analoghe considerazioni valgono per l’ormai consacrata scissione fra legittimità dell’azione amministrativa e “colpa” della pubblica amministrazione, che prelude alle successive considerazioni sulla scissione fra i concetti di legittimità e liceità, nel mutato rapporto fra amministrazione e cittadini dell’ordinamento comunitario.

5. Alcune implicazioni processuali del modello “extracontrattuale” dell’illegittimità comunitaria. La scissione fra i concetti di liceità e legittimità.

Se si scinde il binomio fra colpa ed illegittimità dell’atto – secondo quanto definitivamente sancito dalle Sezioni Unite nel 1999 -, l’illiceità della condotta può evidentemente riscontrarsi anche in ipotesi di attività pienamente legittima della pubblica amministrazione: ciò porta a riconoscere la scissione fra le categorie di illiceità ed illegittimità dell’operato degli operatori pubblici ⁽³⁵⁷⁾.

E da qui a riconoscere la possibilità di un sindacato “ampio” del giudice amministrativo sulla complessiva condotta che lega l’amministrazione ai cittadini, oltre che sull’atto in sé e per sé, il passo è molto breve. In tal senso depone, del resto, il mutato volto della giustizia amministrativa all’indomani delle riforme apportate alla legge n. 241/1990.

³⁵⁶ Il mutato approccio ai rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione è rilevato da Cons. Stato, sez. VI, 9 giugno 2008, n. 2763. Se in passato, nell’ambito di un contenzioso, gli atti della pubblica amministrazione erano assistiti da una presunzione di legittimità, perché destinati alla cura del pubblico interesse, il quadro deve intendersi ora mutato.

Nel contesto attuale le presunzioni riguardano infatti in egual modo sia l’atto amministrativo sia l’atto di un privato, essendo pienamente equiparate la posizione della pubblica amministrazione nella produzione delle prove e nella rispettiva valutazione. Pertanto non si fa carico al privato di produrre prove particolari per dimostrare la colpa dell’amministrazione, dovendo semmai il soggetto pubblico adoperarsi per dimostrare la scusabilità del suo “errore”.

³⁵⁷ Sul punto, cfr. Bacosi G. e Raponi F., *Tutela dell’aggiudicatario e autotutela della pubblica amministrazione*, TAR Lazio Roma, sez. III, 1° settembre 2004, n. 8180, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2005, 2.

Una frequente ipotesi al vaglio della giurisprudenza in cui i piani della legittimità e della liceità dell'agire amministrativo si dissociano è data dal ritiro legittimo del bando di gara, una volta aggiudicata la gara, in un contesto dove però scorrettezze e ambiguità del contraente pubblico abbiano leso la sfera giuridica del privato.

Ricchi spunti per la materia sono offerti dalla contrattualistica pubblica, in ipotesi in cui la pubblica amministrazione revochi l'aggiudicazione del bando con negligenza colposa, senza aver, ad esempio, preventivamente valutato la capienza dei fondi pubblici o l'esistenza in genere dei presupposti necessari ad eseguire il vincolo contrattuale.

Si è così rilevato da più voci nella giurisprudenza amministrativa che la piena libertà di non dare corso ad un'aggiudicazione con la stipula del contratto – quand'anche legittimamente esercitabile – non esenta l'amministrazione interessata dai profili di responsabilità precontrattuale, laddove in base all'art. 1337 c.c. si verifichi una ingiustificata interruzione delle trattative dirette alla conclusione del contratto o si neghi ingiustificatamente il consenso alla relativa stipula, in modo da ledere l'incolpevole affidamento che controparte abbia riposto nell'osservanza delle regole di correttezza e buona fede.

Il principio si pone sulla falsariga di un recente indirizzo pretorio, volto a consolidare la posizione del privato che si confronti col potere nella fase dell'evidenza pubblica, a prescindere dall'esito effettivo della procedura e dalla spettanza del bene finale (³⁵⁸).

³⁵⁸ Sull'esistenza di adempimenti formali che assumono valore sostanziale, perché *“oltre ad avere un valore intrinseco alla procedura... hanno anche un essenziale valore estrinseco.. nel senso che assicurano alle parti del procedimento determinate utilità o beni della vita a prescindere dall'esito sostanziale dell'attività amministrativa*, si sofferma Renna M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 3, p. 557; l'attenzione sia per gli obblighi sia per i diritti procedurali facenti capo all'amministrazione induce alcuni interpreti a pensare che il privato davanti al farsi dell'azione amministrativa, vanti una posizione qualificabile come vero e proprio “diritto” ad una legittima e corretta azione amministrativa, a prescindere dalla reale spettanza del bene finale, (cfr. Racca G.M., *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in Garofoli R., Racca G.M., De Palma M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2003, per la quale nell'ambito del rapporto autoritativo è dato ravvisare un duplice ordine di rapporti: il primo si incentra sulla legittimità/illegittimità dell'atto amministrativo e vede nel privato il titolare di interessi legittimi, la cui lesione darà luogo a pretese di tipo caducatorio; il secondo gravita intorno all'inadempimento dei doveri di correttezza incombenti sull'amministrazione, ravvisando così nel privato il titolare di un vero e proprio diritto soggettivo e il portatore di pretese risarcitorie nei confronti del contraente pubblico).

Di recente TAR Reggio Calabria, 1° febbraio 2007, n. 80, richiamando Cons. Stato, sez. V sent. n. 4239/2001, osserva che quanto rileva ai fini della responsabilità dell'amministrazione non è tanto il contenuto dell'obbligo, quanto l'obbligo in sé, che nell'imporre un comportamento pone la responsabilità quale *“altro modo di essere di un vincolo già esistente”*. Su questa falsariga si è ritenuto di poter estendere la disciplina della *culpa in contrahendo* anche a ipotesi di

Se è vero che l'evidenza pubblica è costellata da una serie di adempimenti e garanzie apprezzabili sotto il profilo della legalità, nel corso del procedimento possono emergere anche fatti, circostanze, comportamenti normativamente non predefiniti, che valgono a tratteggiare la liceità della condotta del pubblico contraente: tutti elementi improntati ai valori della correttezza e della cooperazione, grazie ai quali è possibile non aggravare inutilmente, soprattutto in termini di costi materiali e di tempo, la posizione del privato (³⁵⁹).

Risulta chiaro come, al di là del confezionamento di una decisione legittima, l'amministrazione debba tendere al rispetto di utilità o beni di per sé estranei al procedimento, ma volti a tutelare il contraente privato.

L'importanza di questi riconoscimenti giurisprudenziali sta dunque nel dissociare il piano della liceità da quello della legittimità, fino a ritenere responsabile il soggetto pubblico anche quando il provvedimento sia formalmente legittimo (³⁶⁰).

Da ciò scaturisce una fondamentale conseguenza: verosimilmente, non è configurabile un modello "univoco", meglio rispondente alle ipotesi di illecito comunitario della pubblica amministrazione, bensì uno poliedrico e versatile, i cui caratteri di volta in volta emergono in base alle peculiarità della fattispecie, senza schemi preconcepiuti ma secondo un processo induttivo.

affidamento che, a differenza del rapporto precontrattuale, non ineriscono ad un rapporto volto alla stipulazione di un contratto.

³⁵⁹ Cfr. Bellomia V., *Responsabilità precontrattuale della P.A.* ..., op. cit., p. 426, evidenza che "la p.a. non assolve al suo dovere di correttezza precontrattuale semplicemente comportandosi legittimamente [...] ma anche e necessariamente attraverso comportamenti non predeterminati dal legislatore, di volta in volta necessari rispetto alle singole situazioni concrete per evitare l'aggravamento della posizione del privato, a partire dal rispetto dei "tempi" della procedura, con conseguente possibile responsabilità a titolo precontrattuale anche nel caso di comportamenti scorretti pur se relativi ad atti legittimamente adottati dal soggetto pubblico".

³⁶⁰ Con ciò si travalicano apparentemente le conclusioni dell'Adunanza Plenaria 26 marzo 2003, n. 4, relative alla necessaria, previa impugnazione dell'atto lesivo rispetto alla risarcibilità del danno subito.

Tuttavia, tale presunta incongruenza è superata da chi fa rilevare che in realtà la pregiudiziale nella tesi della Plenaria si rifà al paradigma aquiliano ed alla mera lesione dell'interesse legittimo, laddove ai fini della responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione non occorre un atto illegittimo, bastando un mero "comportamento" illecito. Per un inquadramento generale della materia, cfr. G. Greco G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale: note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubb. Com.*, 2006, 3-4, 513 ss; Id., *Comporti G., Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 2 280; CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, I, Milano, 2005, 569 ss.; Chiappa R., Lopilato V., *La pregiudiziale amministrativa*, in *Studi di Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2007, accessibile anche presso l'URL:

http://www.giustizia-amministrativa.it/documentazione/Chieppa_Pregiudiziale_amministrativa.htm

E così, a seconda del ruolo giocato dal provvedimento nell'ambito della fattispecie risarcitoria, sono stati individuati differenti modelli.

In un primo modello, il danno si configura come diretta conseguenza del provvedimento (³⁶¹); viceversa, nel secondo modello il danno prescinderà completamente dall'atto, dovendosi imputare solo all'inosservanza delle regole di correttezza, ma senza incidere sulla legittimità del prodotto finale dell'azione amministrativa, potendosi confezionare un atto pienamente legittimo pur se contornato da un comportamento di dubbia correttezza (³⁶²).

Ciò ha portato a riconoscere la coesistenza nella disciplina dell'azione amministrativa di due distinti profili: un primo attiene alla fase di formazione della scelta e a quanto possa influenzare l'*iter* complessivo ed il contenuto della decisione; l'altro si preoccupa di tutti quei profili volti a garantire al destinatario un bene distinto da quello che costituisce lo stretto oggetto del provvedimento, senza incidere direttamente sul contenuto dispositivo della decisione.

Una spinta importante a questa scissione fra i piani della liceità e dell'illegittimità è stata impressa dall'espandersi del "modello" di responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione (³⁶³). Così, se in una prima fase storica nel cittadino era ravvisabile il mero titolare di una *spes* di successo nei procedimenti selettivi, e nell'amministrazione il regista unico dell'operazione contrattuale, semplicemente tenuto al rispetto dell'evidenza pubblica, in una seconda fase si è cominciato ad esigere che le amministrazioni aggiudicatrici si comportassero non solo e non tanto da "buoni amministratori", quanto, piuttosto, da contraenti corretti, soggetti all'osservanza dei canoni civilistici di buona fede e correttezza nelle trattative.

Un ulteriore passo, sancito dalla storica sent. n. 500/1999 della Cassazione a Sezioni Unite, ha portato a riconoscere che la discrezionalità amministrativa non può mai porsi quale limite ai principi di buona fede e di buona amministrazione, semmai è vero il contrario: la posizione dell'aspirante contraente (³⁶⁴) davanti al soggetto pubblico viene ulteriormente rafforzata ed equiparata a quella invocabile nei confronti di un qualsiasi soggetto privato, anche a prescindere dall'effettiva aggiudicazione finale.

³⁶¹ Si ritiene in tal caso che il ristoro possa derivare dalla rimozione dell'atto, configurandosi così una forma di responsabilità per equivalente in capo alla pubblica amministrazione.

³⁶² Così il ritardo nell'esercitare il potere di autotutela, pur se legittimamente speso, a causa della sopraggiunta carenza dei fondi necessari per la costruzione dell'opera oggetto della gara, causa un oggettivo danno alla ditta a suo tempo aggiudicataria, che ha nutrito un incolpevole affidamento sulla conclusione del contratto.

³⁶³ Cfr. Caringella F., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*; Relazione al Convegno su "Attività contrattuale e responsabilità della pubblica amministrazione", Roma, 29 ottobre 2007.

Nondimeno, si è ancora fermi al binomio illegittimità dell'atto amministrativo – responsabilità precontrattuale e conseguente risarcimento dell'illecito.

L'ulteriore evoluzione è quindi segnata dall'affiancamento della piena legittimità procedimentale a ipotesi di violazione dei canoni civilistici ex art. 1337 c.c.: è questa l'opzione interpretativa del giudice di legittimità, il quale scinde l'attività amministrativa, vista nel suo farsi dinamico, dalla legittimità dei relativi risultati. Si prescinde perciò dalla correttezza o legittimità del "prodotto" finale dell'azione amministrativa, per privilegiare le modalità secondo cui l'amministrazione interagisce col privato, in quella sede privilegiata di interscambio e di contatto che è il procedimento.

Viene in luce, in definitiva, una responsabilità precontrattuale da comportamento illecito che non solo non si traduce in provvedimenti legittimi, ma presuppone per molti versi la legittimità formale dei provvedimenti che scandiscono il complessivo iter procedurale.

In questo sdoppiamento di nozioni, un atto, in sé legittimo sotto il profilo della responsabilità, può infatti configurare un illecito civile meritevole di ristoro patrimoniale, allorché l'amministrazione, pur correttamente esercitando i poteri di autotutela, abbia negativamente inciso sulla posizione del proprio interlocutore qualificato, venendo meno ai doveri di correttezza e buona fede.

Il parallelismo fra i piani della liceità della condotta e della illegittimità del provvedimento non è una mera considerazione teorica, ma è destinato ad avere significative ripercussioni, anche nelle ipotesi di invalidità comunitaria degli atti amministrativi, se si considera la riconosciuta integrazione dei due livelli di fonti normative.

In effetti, le prime conferme in tal senso sono giunte dalla tendenziale evoluzione degli stessi contenuti del processo amministrativo, orientato sempre più verso il rapporto sottostante all'atto amministrativo, quindi alle relazioni che legano il privato cittadino e l'amministratore.

Questa scissione sembra quindi confermare una lettura in termini sempre più sostanzialistici della "legittimità" del provvedimento amministrativo, evocando, in parallelo, le recenti novità legislative in tema di invalidità dell'atto amministrativo.

In particolare, l'art. 21 – *octies*, introdotto dalla recente legge di riforma della l. n. 241/1990, negando la possibilità di annullare l'atto illegittimo per vizi formali, qualora esso sia riproducibile con contenuto immutato, riconosce una rilevanza autonoma e sostanziale all'interesse protetto facente capo al privato e al pregiudizio da questi subito.

Nulla toglie che un atto amministrativo, pur non essendo annullabile, possa dar corso ad una vicenda risarcitoria per tutelare, su altro fronte, il privato.

È evidente qui il contemperamento fra salvezza del contenuto sostanziale ed esigenze di legalità del sistema: in quest'ottica, se per la disciplina sostanziale della fattispecie non è possibile realizzare l'interesse materiale, non vi sarà né il pregiudizio di questo, né la lesione dell'interesse legittimo.

Sotto altro profilo, l'opportunità di dare meno peso alla violazione di determinate regole si realizza ampliando i poteri del giudice, rimandando alla sede giurisdizionale il contesto in cui valutare se la violazione di una norma determini o meno l'illegittimità dell'atto.

A prescindere quindi dai temi della qualificazione dell'atto e del campo di applicazione della nuova disciplina, la rilevanza di questa modifica può leggersi soprattutto nell'ottica del grande ruolo riconosciuto al giudice amministrativo, che tende a diventare sempre più giudice del rapporto e del caso concreto.

Di ciò non potrà non tenersi conto anche nell'esame di quelle fattispecie di più ampio respiro comunitario, dove dovessero venire in rilievo lesioni inferte all'ordinamento sovranazionale (³⁶⁵).

Un elemento chiave, che si presta a collegare i due sistemi di responsabilità, derivanti dalla violazione dell'uno o dell'altro ordine di fonti normative, è dato dall'istituto dell'affidamento, o "*legitimate expectation*" o "*confiance légitime*", che vanta profonde radici comunitarie.

La semplice illiceità, infatti, pur non dovendosi più appoggiare necessariamente alla categoria dell'illegittimità, non può da sola garantire una tutela ad hoc per il cittadino: al contrario, essa si deve accompagnare alla lesione di un preciso affidamento del privato, circa il concreto rispetto delle regole da parte del soggetto pubblico.

Invero, l'obbligo risarcitorio da condotta illecita (una cui manifestazione tipica può insorgere, per la P.A., nella fase prenegoziale dell'evidenza pubblica) presuppone non solo la lesione dei canoni di condotta dipinti dalla normativa civilistica e dai principi che la animano, ma anche la lesione di un affidamento meritevole di tutela in capo alla controparte danneggiata.

Il privato deve quindi vantare un'aspettativa legittima e giuridicamente meritevole di protezione, perché prodotta da un previo atto favorevole o da un comportamento ambiguo o affidante della pubblica amministrazione. Tali notazioni consentono di aprire la tematica dell'affidamento in diritto comunitario e in diritto interno.

³⁶⁵ Si è osservato, in definitiva, come sia estremamente significativa l'evoluzione della giurisdizione amministrativa verso nuove forme e nuovi oggetti: si assiste alla trasformazione, in particolare, della giustizia amministrativa da attività processuale speciale, in attività processuale in senso stretto, volta a risolvere il contrasto fra parti in giudizio collocate su posizioni di parità, con la piena possibilità di giungere ad una tutela anche risarcitoria delle situazioni soggettive dei privati, determinando però un sistema di responsabilità non unitario, perché rimesso ai "non comunicanti" ordini della giustizia amministrativa e di quella ordinaria spesso ispirati a criteri non convergenti.

6. La tutela del privato fra principio di affidamento ...

Il tema dell'elemento soggettivo dell'illecito si intreccia con la piena trasposizione nella materia amministrativa di alcuni basilari principi civilistici, primo fra tutti quello di buona fede, volto a dare tutela particolarmente incisiva alle situazioni giuridiche coinvolte nell'esercizio dell'attività amministrativa.

Dal canone della buona fede, il passo è breve per introdurre un ulteriore principio cardine dell'ordinamento comunitario, posto a presidio dei suoi valori di certezza giuridica e delle posizioni soggettive del singolo: la tutela dell'affidamento (³⁶⁶).

Questi due valori, fondanti nell'ordinamento comunitario oltre che nei sistemi giuridici dei singoli Paesi membri, aprono la strada alla necessità che le scelte dell'amministrazione incontrino un limite nelle situazioni giuridiche costituite per effetto di una scelta discrezionale pregressa.

Di riflesso, si pone l'esigenza che l'eventuale colpa del soggetto pubblico vada accertata non solo in base alla difformità della sua condotta dai parametri normativi che governano l'esercizio del potere amministrativo, ma soprattutto con riguardo alla sua attitudine a pregiudicare gli affidamenti dei privati.

L'argomento è stato ancor più a fondo meditato a seguito delle riforme apportate alla legge sul procedimento amministrativo, che hanno particolarmente valorizzato il principio di buona fede della pubblica amministrazione nei rapporti col cittadino, assoggettando così pienamente l'azione pubblica ai principi comunitari.

Il decennio delle grandi riforme amministrative ha ridisegnato in Italia i rapporti fra cittadino e pubblica amministrazione (³⁶⁷) all'insegna della trasparenza, dell'efficienza e della tendenziale

³⁶⁶ In effetti, è grazie alle elaborazioni sulla responsabilità extracontrattuale della pubblica amministrazione che si affina la sensibilità dottrinale e pretoria relativa alla necessità di dare tutela risarcitoria al privato, non solo quando egli sia direttamente leso da un provvedimento amministrativo illegittimo, ma anche quando un proprio affidamento sia prima ingenerato e poi violato da comportamenti o atti dei soggetti pubblici. In particolare, il concetto della *culpa in contraendo* viene usata per evocare non la responsabilità di diritto privato, applicabile alle trattative che preludono alla stipula del contratto, bensì una tutela dell'affidamento del cittadino dal comportamento specifico tenuto dall'Amministrazione nei suoi confronti, nello svolgimento di qualsiasi tipo di azione.

³⁶⁷ Sul progressivo "svuotamento" della posizione autoritativa della pubblica amministrazione, con avvicinamento paritario alle posizioni dei privati, e conseguente riconoscimento in capo a questi ultimi di posizioni soggettive proprie dell'affidamento nell'altrui correttezza comportamentale, cfr. Racca G.M., *Principio di correttezza e responsabilità detta pubblica amministrazione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, 1, 122 ss, che evidenzia la pregnanza costituzionale dell'affidamento, in quanto improntato ai canoni di imparzialità e buon andamento.

“parità”, cercando anche di configurare, per quanto possibile, la posizione del privato in termini di credito ad un prestazione (³⁶⁸).

In tale ambito, come rilevato in giurisprudenza, l’affidamento da valore astratto si trasforma in reale parametro di giudizio, che “*lungi dal costituire di per sé una situazione giuridica soggettiva, permette di graduare il danno risarcibile alla consistenza dell’affidamento che, in relazione alla fattispecie il privato poteva maturare con riferimento al legittimo esercizio del potere amministrativo*”.

L’attività amministrativa è stata così fatta oggetto di valutazione costante, non solo ai fini del mero controllo di legalità, ma alla luce della complessiva condotta tenuta, spostando l’asse di attenzione dal mero profilo demolitorio correlato agli atti amministrativi, verso la necessità di cogliere l’attività amministrativa nel suo complesso.

In questa rinnovata trama di relazioni fra cittadini ed amministrazione, estensibile anche alle materie di diretta incidenza comunitaria, assumono nuova forza il principio dell’affidamento ed i valori di correttezza e trasparenza gravanti sull’autorità nel “farsi” dell’azione amministrativa.

In particolare, la *legitimate expectation* a che non sia modificata, senza una debita proporzione degli interessi in gioco, la regola amministrativa del caso concreto, rispetto alla stabilità di un determinato assetto, costitutivo di effetti positivi in capo al privato, è fra i principi cardine del diritto comunitario, particolarmente pregnante in questa sede.

Elaborato in un’ottica di accentuata tutela degli interessi privati, con esso si valorizza la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti fra amministratori ed amministrati nella gestione dell’esercizio discrezionale del potere, oltre che nell’attuazione ed interpretazione del diritto comunitario (³⁶⁹).

Il nostro ordinamento, le fonti comunitarie ed i sistemi europei hanno recepito il legittimo affidamento alla stregua di una categoria naturale di diritto non scritto.

³⁶⁸ La centralità dei rapporti concreti instauratisi fra le parti, al di là di considerazioni sulla legittimità formale del “prodotto” amministrativo, è pienamente colta nella giurisprudenza amministrativa successiva a S.U. 500/1999. Questa riconosce sostanzialmente che, anche a non voler ammettere una presunzione di colpa in capo all’Amministrazione per il solo fatto dell’annullamento giurisdizionale di un suo provvedimento, ciò che rileva, ai fini della sussistenza dei presupposti dell’illecito civile, non è il provvedimento in sé considerato (il cui annullamento, in quanto tale, non può essere considerato sintomatico sotto il profilo dell’elemento soggettivo dell’illecito), quanto piuttosto il comportamento tenuto dall’amministrazione, che per le sue scorrettezze contribuisca alla formazione di una “volontà provvedimentale” erronea.

³⁶⁹ In particolare, la tutela dell’affidamento viene ammessa per posizioni soggettive connotate, sotto un profilo strettamente economico, da impegni irrevocabili del privato che vengano lesi da provvedimenti comunitari, in modo imprevedibile, senza alcun preavviso e soprattutto in difetto di un plausibile interesse prevalente rispetto a quelli del ricorrente.

Nonostante il principio non sia stato in origine codificato in via sistematica ⁽³⁷⁰⁾, la Corte di Giustizia, sin dalle più risalenti pronunce, ne ha sancito l'appartenenza al diritto comunitario ed anzi l'assoluta centralità nel suo sistema di valori ⁽³⁷¹⁾, quale corollario" del più generale principio di certezza del diritto ⁽³⁷²⁾.

Sin da epoca meno recente, la Corte ha progressivamente elaborato alcuni punti fermi nella ricostruzione del principio, specialmente nell'ambito di procedimenti di revoca: la necessaria validità del provvedimento da salvaguardare, in applicazione del principio dello Stato di diritto; la tutela delle legittime aspettative del privato, destinatario dell'azione dei pubblici poteri, in coerenza

³⁷⁰ Il principio di tutela dell'affidamento, annoverabile fra i principi fondamentali dell'ordinamento comunitario, è oggi invece espressamente contemplato dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2001, quindi confluita nel vigente testo del Trattato Costituzionale. Esso è altresì riconosciuto tra i principi fondamentali dell'azione amministrativa nell'articolo 1, primo comma, della legge 7 agosto 1990, n. 241, che rinvia, oltre che ai "criteri di economicità, di efficacia, di pubblicità e di trasparenza", ai principi dell'ordinamento comunitario; sul punto cfr. Cerulli Irelli V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990 -I parte*, in www.giustamm.it, *Rivista Internet di diritto pubblico*, 2005, segnala come tra i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e determinati quindi ad incidere sulle modalità di esercizio dell'attività amministrativa, due risultano di particolare interesse in quanto almeno parzialmente innovativi: il principio di proporzionalità e il principio di legittima aspettativa (o *legitimate expectation*).

³⁷¹ Cfr. Corte Giust. 3 maggio 1978, C 112/77, cit; per una rassegna sistematica sull'argomento, cfr. in dottrina Antoniazzi S., Nicoletti F., *Brevi riflessioni sul principio di buona fede e di tutela dell'affidamento: una recente evoluzione tra consenso e autorità nell'attività amministrativa*, nota a Tar Abruzzo Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in *Il diritto dell'economia*, 2001, 2, 487 ss; Immordino M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999; Serranò M.V., *Il diritto all'informazione e la tutela della buona fede nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rivista di diritto tributario*, 2001, 1, 325 ss. Sui temi di solidarietà, buona fede e correttezza, Rodotà S., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1965, 1, 149 ss; Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, Giuffrè, Milano, 1970; sul "precedente comportamento affidante" della pubblica amministrazione, Mantero A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Cedam, Padova, 1979, part. 59 ss.

³⁷² La concezione elaborata dalla Corte di Giustizia è un precipitato degli studi della giurisprudenza tedesca, di cui sono stati mutuati la terminologia, la struttura teorica e i profili attuativi (così Grasso G, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica amministrazione*, Scuola Superiore della Pubblica amministrazione, accessibile presso l'URL: http://www.sspa.it/ArchivioCD/RicercheSSPACD5/A D I P/DI TARANTO/6_Grasso.pdf); fra le numerosissime pronunce comunitarie, cfr. CGCE, *Ampafrance and Sanofi*, 19 settembre 2000, cause riunite C-177-181/99, in Racc.I-7013; CGCE, *Vasilis Mavridis v. Parlamento europeo*, 19 maggio 1983, causa C-289/81, in Racc.I-1731; CGCE, *The Irish Farmers Association e a.v. Minister of Agriculture, Food and Forestry, Ireland*, 15 aprile 1997, causa C-22/94, in Racc.I-1809; CGCE *Hauptzollamt Krefeld/Maizena GmbH*, 15 dicembre 1982, causa C-5/82; CGCE, *Remo Padovani ed eredi Otello Mantovani v. Amministrazione delle finanze dello Stato*, 5 ottobre 1988, causa C-210/87, in Racc.I-6177.

con il principio della buona fede oggettiva; il bilanciamento dei primi due elementi con la debita considerazione del decorso del tempo, in modo da dare piena effettività alla certezza del diritto.

Ne risulta tratteggiato un principio ad amplissimo spettro, invocabile in tutte le situazioni non codificate esplicitamente, che prescinde da specifiche regole proprio in virtù del suo esteso ambito applicativo.

Questo principio generalissimo, pur avendo ricevuto notevole spinta in sede comunitaria per un suo studio sistematico, ha poi avuto terreno fertile nelle tradizioni giuridiche nazionali (ed in particolare in Italia, dove affondava solide radici legate alle tradizioni romanistiche).

Ciò ha consentito di affermarne la piena operatività nei rapporti non solo tra privati ed Istituzioni comunitarie, ma anche tra gli Stati membri aderenti al sistema delle Comunità Europee, nonché nei confronti delle singole amministrazioni nazionali, chiamate ad applicare le norme di matrice comunitaria.

La rilevanza dell'affidamento si è così imposta in diritto interno anche in rapporto alle varie attività svolte dalle amministrazioni nazionali, trovando significativa attuazione nell'ambito del potere di autotutela decisoria.

La ricostruzione della responsabilità dell'amministrazione in termini di responsabilità derivante dalla violazione degli obblighi imposti a presidio dell'affidamento del privato peraltro, per quanto meritoria nel far sì che, nei procedimenti di autotutela, una situazione di vantaggio assicurata al privato da uno specifico atto amministrativo, non possa essere successivamente rimossa in ragione di motivi di interesse pubblico, dall'altro, deve temperarsi con altre, pregnanti valutazioni del caso.

Gli sforzi dottrinali e giurisprudenziali si sono così orientati nel senso di individuare la legittimità e la ragionevolezza dell'affidamento, tale da imporre al soggetto pubblico di tenere sempre in debito conto l'interesse alla conservazione di un vantaggio, bene o utilità conseguito in buona fede dal privato grazie ad un previo e chiaro atto della pubblica amministrazione, a ciò diretto; a tale limite deve poi riconoscersi maggior spessore ove la posizione di vantaggio si sia consolidata per effetto del decorso di un significativo lasso temporale.

Ciò permette di evidenziare i tre caratteri dell'affidamento tutelabile, ovvero l'elemento oggettivo, soggettivo e cronologico.

Il primo, che rende l'affidamento degno di tutela, si può ricollegare normalmente alla previa attribuzione di una posizione di vantaggio al privato in virtù di un atto chiaro ed univoco, formale, espresso ed efficace, conseguente ad una condotta positiva dell'amministrazione.

In realtà, la tesi sulla responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione ha portato a valorizzare anche una sede endoprocedimentale, ritenendo che, come nella responsabilità

precontrattuale di marca civilistica si prescinde dalla stipulazione di un valido contratto, così nei rapporti con l'amministrazione l'affidamento prescinde dall'emanazione di un atto amministrativo, potendosi manifestare anche prima e durante il procedimento. Ciò significa che, pur non potendosi equiparare l'iter procedimentale ad un rapporto obbligatorio, né potendosi ravvisare un effettivo "diritto" del privato una controprestazione, ogni parte matura un suo diritto ad un comportamento secondo buona fede dell'altro soggetto.

Il secondo è il requisito che configura l'affidamento come legittimo, se ed in quanto sorretto dalla buona fede del titolare, poiché non merita protezione una posizione di vantaggio carpita con dolo o comunque maturata in un contesto di colpa apprezzabile. Presupposto imprescindibile per la tutela del singolo, quindi, è che questi abbia a sua volta serbato un comportamento corretto e rispettoso delle regole ⁽³⁷³⁾.

Infine, il dato cronologico, relativo alla decorrenza di un significativo lasso di tempo dall'emanazione dell'atto fino al suo ingiustificato ritiro, è tale da persuadere il destinatario dell'azione amministrativa della stabilità dell'atto attributivo di vantaggi, se non della sua definitività, garantendogli l'intangibilità dei relativi effetti positivi.

Il fattore tempo, nella disciplina dell'affidamento, è peraltro l'elemento che mostra più significativi punti di vicinanza con un altro irrinunciabile valore del diritto comunitario, col quale è spesso chiamato a coordinarsi, ossia l'esigenza di certezza del diritto, anch'esso un principio cardine volto a regolare la stabilità delle relazioni fra consociati ed amministrazione, tutelando così indirettamente i diritti dei privati ⁽³⁷⁴⁾.

Come acutamente osservato, *“proprio tale dato cronologico, che a bene vedere più che essere elemento costitutivo in senso stretto è fattore di potenziamento dell'expectation, distingue*

³⁷³ Ciò ha portato la giurisprudenza nazionale, in sede di procedimenti di gara manifestamente violativi della normativa comunitaria, a denegare che l'operatore economico privato consapevole di tale invalidità comunitaria, possa invocare l'istituto dell'affidamento, dovendosi ritenere prevalente, in condizioni di normalità, l'interesse al legittimo espletamento della funzione pubblica; nella giurisprudenza comunitaria cfr. Trib. Primo grado CE, 13 marzo 2003, causa T-125/01, in *Foro amm.*, 2003, 842, alla cui stregua non può avvalersi del legittimo affidamento il beneficiario di un contributo parzialmente revocato che non abbia rispettato una condizione essenziale cui era subordinata la relativa concessione.

³⁷⁴ Sulla valenza che l'affidamento ha ai fini di una migliore comprensione della certezza del diritto, fra i principi cardine della cultura giuridica occidentale, Lorello L., *Il principio dell'affidamento fra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998, p. 154, che rinvia anche ai "sub concetti" della certezza giuridica, ravvisati appunto nella protezione dell'affidamento, nel principio di irretroattività e nella garanzia dei diritti quesiti e parla di meccanismo virtuoso di contaminazione del diritto interno, secondo un movimento "circolare", che dagli ordinamenti nazionali ha origine e ad essi ritorna.

l'affidamento dal principio di certezza del diritto, di cui è, au fond, in un corollario condito dalla salsa del tempo"⁽³⁷⁵⁾.

Tutte queste riflessioni sull'istituto dell'affidamento, sollecitate anche dal mutato quadro normativo all'indomani delle modifiche alla l. n. 241/1990 e del rinnovato rapporto fra pubblica amministrazione e cittadini, si sono tradotte nell'esigenza – debitamente garantita – che i soggetti pubblici nell'esplicarsi del potere si comportino "correttamente". Ciò, sempre a condizione che il corretto dispiegarsi della discrezionalità non porti a prevalere un altro interesse in direzione contraria o comunque non compatibile con un provvedimento favorevole già emanato, o comunque con una precedente condotta "affidante" nei confronti del proprio interlocutore privato⁽³⁷⁶⁾.

Ne deriva un inevitabile rafforzamento della posizione del privato anche a fronte di condotte lesive della pubblica amministrazione, che coinvolgano direttamente il diritto comunitario.

È importante considerare del resto l'accento posto sul principio dell'affidamento dalla legge n.15/2005, dalla codificazione dei principi comunitari e dall'inserimento del richiamo ai principi di derivazione comunitaria, la cui necessità di osservanza appare particolarmente sensibile nell'ambito della coamministrazione⁽³⁷⁷⁾.

³⁷⁵Cfr. Caringella F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, 2, 425 ss, che osserva come il diritto comunitario, regolando il mercato, sia per sua natura predisposto a percepire "la centralità del fluire del tempo".

³⁷⁶ Ferma restando quindi la possibilità per la pubblica amministrazione di ritornare sulle proprie decisioni, assumendo l'orientamento a sé più favorevole. Secondo il nuovo orientamento interpretativo sviluppato dalla Corte invece, il principio si estrinseca nel concetto di derivazione privatistica del legittimo affidamento. Dunque, il cittadino che abbia riposto fiducia nell'adozione di determinati provvedimenti amministrativi, suffragando questa fiducia con elementi di fatto, deve vedersi riconosciuto almeno un corrispettivo a titolo di indennizzo, qualora l'Amministrazione ritenga opportuno negare le premesse e procedere diversamente.

A ben vedere, non si impedisce al potere pubblico di tutelare l'interesse generale in base all'orientamento ad esso ritenuto più consono, ma a tempo stesso si punta a tutelare la posizione del cittadino in buona fede.

³⁷⁷ È peraltro interessante che nell'art.1, d.d.l. di riforma della legge n. 241/1990, fra i principi dell'azione amministrativa compare, non più recepito nella versione definitiva, il principio di legittimo affidamento. Recita infatti la sua più risalente stesura che: "1. *L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta dai principi di imparzialità, proporzionalità, legittimo affidamento, efficacia, efficienza, economicità, pubblicità e trasparenza, nonché dai principi dell'ordinamento comunitario*". Una ragione al mancato recepimento espresso dell'affidamento nell'art. 1, l. n. 241/1990 è stata ravvisata nella volontà del legislatore di non fornire appigli alla qualificazione della responsabilità della P.A. in termini contrattualistici, secondo il paradigma di cui all'art. 1218 c.c.. Una simile responsabilità conseguirebbe infatti alla lesione di beni della vita correlati o sottostanti ad interessi legittimi, perpetrata con la violazione dell'obbligo di protezione in tale norma - pur superficialmente - codificato in via generale ed astratta., ma ciò significherebbe codificare la stessa risarcibilità per lesione di un "diritto al provvedimento anelato", con tutti gli aspetti più problematici e criticati della responsabilità di stampo contrattuale o da "contatto".

Significativa, in tale ottica, anche l'esplicita regolamentazione degli istituti di autotutela, che hanno riconosciuto in Italia un valore autonomo all'affidamento del privato circa la correttezza dell'azione amministrativa, a prescindere dalla pregressa maturazione di diritti soggettivi. In tale quadro, si può scorgere così la perimetrazione dell'azione amministrativa nell'ambito di una vera e propria "obbligazione" di correttezza e buona fede, riconducibile ai principi del diritto comune⁽³⁷⁸⁾.

Peraltro, la pervasiva presenza della nozione di "buona fede" nella disciplina dell'azione amministrativa, tipica dell'ordinamento italiano, dà conto di una sottile divaricazione di fondo, che caratterizza il fondamento stesso della tutela dell'affidamento rispetto alla concezione propria del diritto comunitario.

Se per quest'ultimo il principio dell'affidamento è un sostanziale precipitato della certezza del diritto e della stabilità delle relazioni giuridiche, nella tradizione giuridica italiana l'affidamento può ricollegarsi ad un principio antichissimo⁽³⁷⁹⁾ – di matrice romanistica – e di amplissimo respiro, tale da permeare, a mo' di norma di integrazione non scritta, ogni ambito dell'ordinamento giuridico.

Ne deriva che ogni soggetto giuridico, sia esso persona fisica o giuridica, privata o pubblica, deve comportarsi lealmente nel compiere atti giuridicamente rilevanti, capaci di riverberare i loro effetti nella sfera giuridica altrui. Tale obbligo "superiore" di correttezza, preesistendo allo stesso rapporto, non avrebbe bisogno di codificazioni o esplicite previsioni normative.

Questa vocazione "pregiuridica" della correttezza e della buona fede, dirette "interlocutrici" del principio dell'affidamento, fa sì che esse possano leggersi in una duplice accezione.

La scelta del carattere "aperto" della clausola di cui all'art. 1, l. n. 241/1990 è stata così letta nell'ottica di consentire un sollecito adeguamento a tutti i mutamenti del sistema, quale più generale espressione del principio di ragionevolezza e di proporzionalità nonché del principio di collaborazione, ex art. 10 TCE.

La mancata codificazione dell'affidamento si considera così assorbita nel generico riferimento ai principi del diritto comunitario: cfr. Didonna M., *I nuovi principi dell'attività amministrativa ed il legittimo affidamento nel ddl di riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustamm.it, Riv. Telematica di diritto amministrativo, 2004, 11, per il quale l'affidamento *ictu oculi* si evince retto da criteri e logiche in toto differenti dalle forme di manifestazione che hanno dato stura agli altri principi (di azione); si consideri che, quanto al richiamo operato ai principi rivenienti dall'appartenenza all'Unione Europea, essi si distinguono per la loro genesi, non per il contenuto – qui considerato – dell'attività cui accedono (la cui suddivisione ad essi andrebbe de plano estesa).

³⁷⁸ Sulla correlazione tra i principi di buona fede, di correttezza e di affidamento e sulle possibili contaminazioni fra schemi privatistici e pubblicistici, cfr. Scognamiglio F., voce *Aspettativa di diritto*, in *Enc. Dir.*, Giuffrè, Milano, III, 1958, 228 ss.; Bianca C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 206; Id., *Diritto civile, Il contratto*, III, Giuffrè, Milano, 1987, 166.

³⁷⁹ Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001, sottolinea come buona fede e correlata tutela dell'affidamento non siano un prodotto delle moderne Costituzioni.

In primo luogo, essi valgono come classico parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

Infatti, il dovere di valutare correttamente tutti gli elementi emergenti nella fattispecie, non può che incidere sulla stessa legittimità del provvedimento finale, riflettendosi ampiamente sulla scelta finale.

In secondo luogo, la buona fede cui è tenuta la pubblica amministrazione può interpretarsi come fondamentale “norma di condotta”⁽³⁸⁰⁾.

In questo caso, essa non inciderà sulla legittimità dell'atto finale, ma sulla complessiva correttezza osservata dalle parti nelle reciproche relazioni, pertanto un eventuale vaglio da parte del giudice, pur non potendo interferire con il merito dell'azione amministrativa⁽³⁸¹⁾, potrà orientarsi verso la complessiva condotta, che una volta giudicata in termini negativi, darà vita a forme di tutela indennizzatorie o risarcitorie.

In quanto regola di condotta, la buona fede implica una necessaria dinamica di relazione con un soggetto identificabile quanto meno *ex post*, a cui l'ordinamento riconosce congrui strumenti di reazione.

Anche l'affidamento della controparte privata avrà dunque una chiara struttura dinamica e relazionale, che ha a che fare più che col “*divenire*” dell'azione amministrativa, con i suoi possibili

³⁸⁰ In tal senso, può leggersi la suggestiva immagine di Scoca F.G., *Tutela giurisdizionale e comportamento della Pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, Relazione al Convegno *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, (Venezia, 15 giugno 2001), secondo cui il principio di buona fede, essendo suscettibile di applicazione anche nell'ambito dell'attività provvedimentale, anche a prescindere da un precedente affidamento ingenerato dalla Pubblica Amministrazione nei privati, rimane ancora una norma generale « di condotta che agisce negli interstizi » degli altri principi dell'attività amministrativa esplicitamente sanciti.

³⁸¹ In ciò deve inserirsi la mutata prospettiva - autorizzata dalla novellata l. 241/1990 almeno per le ipotesi di attività vincolata della pubblica amministrazione - in cui il giudice amministrativo può sindacare la condotta della pubblica amministrazione, assistendo così ad una progressiva scissione concettuale delle categorie di liceità e legittimità.

Sulla particolare valenza del canone di buona fede per la giurisprudenza di merito, cfr. Trib. Voghera, 11 gennaio 1996, con commento di Caringella F., in *Corr. Giur.*, 1996, 1153, secondo cui il principio di buona fede trova attuazione nella motivazione quale criterio di valutazione della condotta dell'amministrazione, a baluardo delle legittime aspettative del privato. Nella specie, è stata riscontrata la responsabilità aquiliana del Comune che, “*dopo aver consentito – tra l'altro con l'adozione di variante al piano regolatore e formulazione di parere positivo in sede procedimentale – l'emanazione di provvedimento regionale di autorizzazione alla gestione, da parte di una società privata, di un giacimento di rifiuti speciali, successivamente adottati una serie di atti illegittimi volti a rendere impossibile lo svolgimento dell'attività autorizzata, così ledendo, in violazione dell'affidamento al riguardo ingenerato, il relativo diritto sorto in capo alla società.*”

risvolti patologici, tanto che la relativa lesione può emergere solo laddove l'attività sia dichiarata non conforme alla legge dal G.A., ovvero in autotutela dalla medesima P.A. agente ⁽³⁸²⁾.

Una materia privilegiata nel nostro ordinamento per l'analisi di applicazioni concrete del principio, e delle sue relazioni con l'ulteriore principio di certezza del diritto ⁽³⁸³⁾, è data dalla materia tributaria. Questa ha dato lo spunto alla Suprema Corte di Cassazione per una nota sentenza ⁽³⁸⁴⁾, che ha ripercorso con notevole ampiezza tutte la disciplina e la storia dell'istituto.

Nella presente analisi sull'invalidità comunitaria degli atti amministrativi, peraltro, la materia fiscale è di spicco, se si considera che essa è stata oggetto in più occasioni, anche in tempi risalenti, di apposite analisi di conformità all'ordinamento comunitario.

Le istituzioni comunitarie hanno infatti spesso censurato l'ordinamento italiano in virtù di normative o prassi tributarie ritenute contrarie al principio di effettività del diritto comunitario, perché troppo onerose per il contribuente, soprattutto in tema di procedure di rimborso.

Del resto, il confronto sui temi della buona fede è obbligato in un settore connotato dall'autoritarità delle funzioni esplicate dall'amministrazione, dall'elevato tecnicismo della legislazione, dall'incidenza diretta sulla sfera patrimoniale dei cittadini, tutti elementi che hanno imposto la "sistematizzazione" del principio di collaborazione nella gestione dei tributi.

³⁸² Cfr. Didonna M., cit., "può ragionevolmente asserirsi che il principio in argomento non attiene, come gli altri, ai presupposti ed alle condizioni di sostenibilità (statiche) dell'attività amministrativa in linea di principio, bensì alle conseguenze (in divenire) della sua appurata illegittimità".

³⁸³ Così, in materia di cessioni ed acquisti intracomunitari, la soppressione dei controlli alle frontiere fra Stati membri, rende difficile per l'amministrazione finanziaria verificare se le merci abbiano o meno lasciato fisicamente il territorio del Stato. A questo fine, pertanto, le autorità tributarie si basano principalmente sulle prove fornite dai soggetti passivi e sulle loro dichiarazioni.

La direttiva di riferimento attribuisce agli stati membri il compito di fissare le condizioni di applicazione dell'esenzione di una cessione intracomunitaria. Nell'esercizio di tali poteri (dei quali il legislatore italiano non ha fatto uso) gli Stati membri devono però rispettare i principi generali del diritto che fanno parte dell'ordinamento giuridico comunitario, in particolare i principi di *certezza del diritto e di proporzionalità*, senza mai mettere in dubbio la neutralità dell'imposta.

³⁸⁴ Cfr. Cass., sez. trib., 10 dicembre 2002, n.17576. Secondo la Suprema Corte i presupposti che integrano una situazione di legittimo affidamento del cittadino di fronte all'azione amministrativa, sono in primo luogo, una pregressa attività idonea a determinare una situazione di "apparente" legittimità e "apparente" coerenza dell'attività in senso favorevole al cittadino, poiché se la legittimità è solo apparente, ciò significa che il comportamento dell'Amministrazione è stato realizzato in violazione delle regole che presiedono all'esercizio del potere. In secondo luogo, poiché l'atto illegittimo è destinato ad essere rimosso dall'ordinamento giuridico, è necessario un elemento ulteriore, dato dalla coerenza, che presuppone il rispetto dei doveri della collaborazione e della buona fede. Per dar luogo ad affidamento il comportamento dell'Amministrazione deve quindi essere stato apparentemente costante e non contraddittorio, così che il suo mutamento costituisca un'ingiustificata violazione dell'affidamento della controparte.

La specificazione del principio generale di buona fede in senso oggettivo nel diritto tributario, quale regola di correttezza, riguarda entrambe le parti del rapporto tributario, sia quella pubblica sia quella privata, ma è indubbio che il lato di maggiore interesse in questa medaglia bifronte, è dato dalla tutela della buona fede del contribuente nei confronti del legislatore e dell'Amministrazione finanziaria ⁽³⁸⁵⁾.

Tale garanzia è stata resa particolarmente vitale dall'introduzione del c.d. Statuto del contribuente, recante "Disposizioni in materia di diritti del contribuente" (legge 27 luglio 2000, n. 212): questo è tanto più significativo per l'orizzonte temporale in cui è sopraggiunto, caratterizzato dalle grandi riforme del diritto e della giustizia amministrativa, ed è rappresentativo, non solo nella "forma" ma anche nella sostanza, di un indiscutibile punto di svolta nell'applicazione del principio generale di buona fede nell'ordinamento tributario, cristallizzando in norme primarie principi già emersi sul piano operativo e riconosciuti vigenti ancor prima della sua adozione.

In particolare, è stato introdotto in via normativa un limite alla retroattività ⁽³⁸⁶⁾ di sfavore della norma tributaria ed uno al ripensamento interpretativo, anch'esso di sfavore, da parte dell'amministrazione finanziaria.

³⁸⁵ Cfr. Cass., sez. trib., n.17576/02, cit., che di fronte al quesito se l'ufficio impositore potesse legittimamente emanare, in sede di autotutela, un atto impositivo fondato sui medesimi presupposti del precedente atto di imposizione - la cui efficacia era cessata per effetto di sanatoria - , ha colto le evidenti ragioni di equità invocabili a favore del contribuente, che suggerivano di fondare la soluzione del caso sulla normativa contenuta nello Statuto dei diritti del contribuente. In particolare, l'art. 10 del citato "Statuto dei contribuenti" (l. n. 212/2000) detta canoni della collaborazione e della buona fede per l'amministrazione e per il contribuente. A riprova del carattere "superprimario" dello Statuto, appare l'osservazione dei Supremi giudici, che: "*...l'autoqualificazione delle disposizioni della Legge come "principi generali dell'ordinamento tributario" trova puntuale rispondenza nella effettiva natura della maggior parte delle disposizioni stesse, quale si desume dal loro contenuto normativo, dal loro oggetto, dal loro scopo e dalla loro incidenza nei confronti di altre norme della legislazione e dell'ordinamento tributario, nonché dei relativi rapporti*". Richiamando una propria precedente pronuncia (sent. n. 4760/2001), il Collegio riafferma, inoltre, che l'articolo 6 dello Statuto ("*Conoscenza degli atti e semplificazione*"), alla luce dell'enunciazione dell'articolo 1 ("*le disposizioni della presente legge, in attuazione degli articoli 3, 23, 53 e 97 della Costituzione, costituiscono principi generali dell'ordinamento tributario e possono essere derogate o modificate solo espressamente e mai da leggi speciali*"), "*assume un inequivocabile valore interpretativo*", apparendo come "*un principio che deve aiutare l'interprete a ricavare dalle norme il senso che le renda compatibili con i principi costituzionali citati*"; in dottrina Cianfrocca S., Rotunno C., *I principi di affidamento e tutela della buona fede nello Statuto dei contribuenti*, in *Il diritto di tutti, rivista telematica*, Giuffrè, 2004, accessibile presso l'URL: http://www.giuffre.it/age_files/dir_tutti/archivio/tributi_0304.html.

³⁸⁶ Nell'ultimo decennio, la Corte Costituzionale (cfr. sent. 23 dicembre 1997, n. 432; ord. 17 novembre 1994, n. 394; sent. 4 agosto 2003, n. 291) si è spesso misurata con l'incidente di costituzionalità relativo alla retroattività delle norme di legge: pur riconoscendo come questo sia un principio generale dell'ordinamento, oltre che un valore fondamentale di civiltà giuridica, i giudici della Consulta hanno preso atto che non è stato elevato a dignità costituzionale, salvo quanto previsto in materia penale. Il legislatore è quindi legittimato ad emanare norme retroattive, purché queste trovino

Nel nucleo dei principi, accanto alla chiarezza e trasparenza delle disposizioni tributarie, all'efficacia temporale delle norme, alla chiarezza e motivazione degli atti, spicca nell'art. 10 la tutela esplicita dell'affidamento, con la specificazione che non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, ove questi si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'Amministrazione finanziaria, ancorché successivamente da questa modificate, o qualora il suo comportamento risulti posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'Amministrazione stessa.

Un'altra conquista normativa è rinvenibile nell'art. 11 dello Statuto, che sancisce la nullità di eventuali atti di accertamento emessi in difformità da precedenti risposte ad interpelli del contribuente rese dagli uffici finanziari; si è inoltre riconosciuto che gli accordi fra contribuente ed ente impositore assumono valore vincolante, non in base ai principi della libertà negoziale, bensì in virtù del principio di affidamento, legittimamente riposto dal contribuente negli atti o nei comportamenti della pubblica amministrazione (³⁸⁷) e che un simile valore deve ritenersi talmente immanente e connaturato al sistema, da doversi affermare anche rispetto a fattispecie maturate anteriormente al varo dello Statuto dei contribuenti (³⁸⁸).

6.1. ... ed istanze di certezza del diritto.

La tutela dell'affidamento, nell'imporre una necessaria verifica del fattore "tempo", cioè del decorso di un apprezzabile arco temporale dall'emanazione di un atto favorevole per il destinatario

adeguata giustificazione sul piano della ragionevolezza e non contrastino con altri valori ed interessi costituzionalmente protetti, né siano tali da incidere arbitrariamente su diritti quesiti o situazioni sostanziali attribuite da leggi pregresse.

³⁸⁷ Cfr. Cass. sez. trib. 6 ottobre 2006, n. 21513, che inserendosi nel filone incentrato sull'analisi della giurisprudenza amministrativa, comunitaria e costituzionale ha riconosciuto la natura immanente nel diritto tributario del principio di tutela dell'affidamento legittimo, fino alle sue estreme illazioni. Infatti, trattandosi di principio connaturato al sistema, esso ha una portata ed un valore che prescindono dalle stesse norme, dovendosi ritenere applicabili anche comportamenti anteriori alla legge n. 212 del 2000.

³⁸⁸ Tale è l'affidamento nella stessa stabilità dell'ordinamento giuridico, nutrito dai cittadini ai sensi dell'art. 3 Cost., insuscettibile perciò di essere scalfito da disposizioni retroattive, che trasmodino in un regolamento irrazionale di situazioni sostanziali fondate sul leggi anteriori: "*solo in questi limiti, - in presenza di una legge avente, in settori estranei alla previsione dell'art. 25, comma 2, della Costituzione, portata ragionevolmente retroattiva l'affidamento sulla stabilità della normativa previgente è coperto da garanzia costituzionale* (cfr. Corte Cost., 12 novembre 2002, n. 446; l'affidamento del resto assume particolare spessore nella giurisprudenza della Consulta, mostrando punti di contatto con il valore della ragionevolezza - altrettanto caro alla giurisprudenza costituzionale - destinato a realizzarsi nel bilanciamento delle opposte esigenze di volta in volta emergenti).

dell'azione amministrativa, ha come inevitabile termine di confronto un altro principio fondante di civiltà giuridica, quello della certezza del diritto.

A ben vedere, il decorso del tempo non è che una specificazione o manifestazione della necessaria certezza del diritto: l'efficacia nel tempo degli atti, infatti, non può essere retroattiva in ossequio al principio della certezza, pur potendo essere derogata quando *“lo esiga lo scopo da conseguire e purché sia fatto salvo il legittimo affidamento degli interessati”* ⁽³⁸⁹⁾.

L'alternanza fra questi principi è costantemente valutata dalla Corte di Giustizia, consapevole della necessità di *“salvaguardare l'equilibrio tra due esigenze fondamentali, ma talvolta confliggenti cui deve ispirarsi un ordinamento giuridico, e precisamente, la stabilità dei rapporti giuridici, da un lato, ed il rispetto della legge, dall'altro”* ⁽³⁹⁰⁾.

Ne può discendere che, in ipotesi estreme un atto può essere considerato inesistente per la gravità dei vizi da cui sia affetto.

Nella ponderazione di tali principi, il principio di certezza è emerso con particolare evidenza rispetto agli effetti nel tempo di pronunce di annullamento o comunque dichiarative dell'invalidità di atti comunitari.

Nel bilanciamento con l'affidamento nella stabilità degli atti giuridici, il principio di certezza giuridica ha indotto la Corte comunitaria a limitare gli effetti retroattivi di simili pronunce, precludendo così agli interessati di ottenere la restituzione di tasse o tributi che erano stati imposti in violazione del diritto comunitario

D'altro canto, l'esigenza di stabilità di atti e provvedimenti, sorretta dalla relativa presunzione di stabilità, ha portato la giurisprudenza comunitaria a fissare termini molto rigidi per farne valere l'eventuale illegittimità, in modo da evitare che essi possano essere rimessi in discussione all'infinito, così minando la certezza del diritto.

Così, di fronte ad un atto comunitario divenuto inoppugnabile ed alla possibilità di farne valere l'invalidità in via pregiudiziale, nonostante fossero spirati i termini per il ricorso, il giudice comunitario ha affermato che chi non abbia tempestivamente impugnato l'atto, non ne può invocare l'illegittimità nel ricorso nell'ambito del quale abbia impugnato l'atto amministrativo di diritto interno, che del provvedimento comunitario abbia fatto applicazione.

Nonostante la recente precisazione per cui il giudice nazionale potrà sempre sollevare d'ufficio la questione di validità dell'atto comunitario, resta l'impressione di fondo di un'impostazione molto restrittiva, con limiti severi alla possibilità di ottenere tutela avverso atti illegittimi.

³⁸⁹ CGCE, sentenza *Ferriere San Carlo*, 30 novembre 1983, causa C-352/82 in Racc.I-3949.

³⁹⁰ CGCE, sentenza *Commissione c. BASF*, 15 giugno 1994, causa C-137/94, in Racc. I-2555.

Un simile rigore porta a pensare che nonostante il valore pregnante riconosciuto alla tutela dell'affidamento, l'ordinamento comunitario sia in realtà più vicino alle esigenze di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici.

In ciò si rivela coerente con l'assunto di fondo per cui l'affidamento, in realtà, non è che un precipitato della stessa certezza del diritto, e in un eventuale scontro con questo è destinato a "soccombere", in nome del superiore principio di legalità.

La tendenziale prevalenza della certezza del diritto può del resto giustificarsi nel senso che con essa si può creare una trama stabile e sicura di rapporti, tale da tutelare in ogni momento e situazione il soggetto dell'ordinamento.

6.2. L'altro termine di confronto per la certezza del diritto: il principio di legalità.

La certezza del diritto nel rimandare ai concetti della stabilità degli assetti giuridici e delle relazioni fra i soggetti dell'ordinamento, implica il confronto con un altro principio fondamentale, quello della legalità dell'azione amministrativa (³⁹¹).

Nell'analisi di questa tematica, il diverso fondamento attribuito all'affidamento nel sistema italiano ed in quello comunitario possono avere significative ripercussioni.

Come visto, nel primo l'affidamento è riconducibile sostanzialmente alla sfera "pregiuridica" della buona fede, avendo questo principio una portata estensiva, che vive a prescindere da espresse codificazioni, ed anzi muove dal preciso intento di ovviare ad eventuali mancanze del legislatore, in modo che ogni aspetto delle relazioni giuridiche possa essere "coperto".

Al contrario, la ricostruzione teorica propria del diritto comunitario, si richiama al principio altrettanto generale, ma di diversa rilevanza, della certezza del diritto, proprio della concezione del moderno Stato di diritto (*Rechtssicherheit*).

Con tale nozione si vuole designare non tanto la prevedibilità legale, quanto la sicurezza delle situazioni giuridiche soggettive, e l'esigenza di rendere effettiva questa "sicurezza" non sarebbe altro che la garanzia dell'affidamento per i cittadini.

Ne consegue che una simile tutela "non costituisce un principio diffuso e trasversale dell'ordinamento giuridico ma un valore interno allo Stato ... Dati i suoi assunti, tale concezione

³⁹¹ Per Cerulli Irelli V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990*, op. cit., la particolare considerazione dei *vested rights* mostra come il principio di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici tende a prevalere, in determinati casi, su quello di legalità. Atti dell'autorità anche se illegittimi possono aver prodotto nei destinatari un affidamento circa i vantaggi loro assicurati, in relazione alle circostanze di fatto e di diritto nell'ambito delle quali l'autorità ha operato; affidamento che non può essere sacrificato in ragione di motivi di interesse pubblico.

risulta quindi “restrittiva”, in quanto legata al rispetto di determinati presupposti che spetta al giudice accertare” (³⁹²).

Da questa ricostruzione emerge come nell’ordinamento sovranazionale sia quindi molto più pregnante il legame fra certezza del diritto e legalità.

In ciò si può leggere un’indiretta riprova del valore che sta più a cuore al diritto comunitario: la sua supremazia e la tenuta del “sistema”, che si può fondare sulla costante garanzia del rispetto delle regole e del valore del diritto.

Il valore della legalità e dell’effettività devono, nondimeno, convivere con un dato innegabile: se l’affidamento è una posizione di favore, che riverbera in un certo grado di stabilità in capo alla sfera giuridica del singolo, esso potrebbe essere ritenuto meritevole di protezione, anche a costo di non intervenire su una situazione contraria al diritto, e pur di salvaguardare le aspettative del suo titolare.

L’affidamento, data la sua intensità e meritevolezza, potrebbe insomma essere tutelato, pur rinunciando a riportare un determinato assetto di relazioni giuridiche ad uno stato conforme a legalità.

In tale difficoltà di contemperamento risiedono gli sforzi ricostruttivi della giurisprudenza nazionale e comunitaria.

In particolare, posto al crocevia fra le nozioni di certezza del diritto ed affidamento, il principio di legalità costituisce una materia privilegiata per studiare il punto di equilibrio fra interessi egoistici o privatistici ed interessi pubblicistici (³⁹³).

³⁹² Grasso G., op. cit., contrappone la buona fede, appartenente ai “*principi fondamentali del diritto che svolgono una funzione integrativa delle norme positive, le quali non possono disciplinare ogni possibile evenienza*” (p. 17) al sistema rigorosamente statualistico della “certezza del diritto”. L’A. rileva peraltro come la chiave di lettura della buona fede, “*come principio immanente in ogni sistema giuridico, anzi quale regola pregiuridica comune a tutti i rapporti sociali, appare maggiormente idonea a fondare l’istituto dell’affidamento*” (p. 19), facendo notare che i rapporti civili, ove l’affidamento ha trovato la sua piena espressione, presentano una chiara vocazione alla extrastatalità (cfr. Vassalli F., *Etrastatalità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, III, t. II, Giuffrè, Milano, 1960).

³⁹³ Sul principio di legalità in diritto amministrativo, cfr. Chiappinelli C., *Principio di legalità ed amministrazioni pubbliche: profili evolutivi in tema di controllo*, Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007, “*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*”. Sulla rilevanza dell’affidamento nel bilanciamento di valori, cfr. Lorello L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, op. cit.; Castorina F., “*Certezza del diritto*” e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio comune, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*1998, 6, 1177 ss; Maffei P., *Il principio della tutela del legittimo affidamento nell’ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, op. cit.

In diritto interno, deve rilevarsi che il rispetto della legalità in diritto amministrativo è fortemente connaturato allo stesso principio di finalizzazione dell'attività pubblica, tesa al raggiungimento di scopi predeterminati.

La necessità di tale assunto viene plasticamente in evidenza nel farsi dell'azione amministrativa e nelle relazioni che la pubblica amministrazione intreccia con i privati nell'ambito del procedimento, là dove convivono posizioni di autonomia privata e di discrezionalità.

La legalità può rilevare quindi non solo sotto forma di legalità-indirizzo, in chiave di definizione e conseguimento degli obiettivi, ma anche di legalità – garanzia, che configura in termini pretensivi la posizione del privato, circa l'osservanza da parte dell'autorità di determinati comportamenti, idonei a garantirgli parità di *chance* e correttezza di azione.

Ne deriva la sua funzione di “deterrente” contro l'esercizio innominato del potere autoritativo, per tutelare dal rischio che si venga a creare una fattispecie concreta differente da quanto previsto in astratto dal paradigma normativo.

La misura di come il pubblico interesse possa incidere sull'interesse privato è quindi già di per sé definita dalla legge, che comunque pone delle soglie limite, fissando il punto massimo di tale interferenza.

È in tale trama che si inseriscono i principi di correttezza e buona fede per lo svolgimento dell'azione privata, nonché di ragionevolezza ed imparzialità per l'esercizio della funzione pubblica, entrambi sindacabili secondo i canoni propri del relativo controllo, in modo da garantire la costante riferibilità dell'attività pubblica al perseguimento di pubblici interessi (³⁹⁴).

La rilevanza dei principi di legalità e della certezza del diritto, messi a confronto con la tutela dell'affidamento, si è inoltre plasticamente evidenziate più volte nell'ambito della giurisprudenza comunitaria.

³⁹⁴ Un settore molto significativo in cui ha dato prova di sé il principio di legalità è la materia contrattualistica, dove la classica interferenza fra modelli privatistici e pubblicistici è stata ulteriormente complicata dalla pervasiva presenza del diritto comunitario. Quest'ultimo tuttavia, come noto, non prende posizione sui possibili rapporti fra i distinti ordini privatistico e pubblicistico, ma una volta posti i principi e gli obiettivi primari, supera eventuali contrasti attenendo di volta in volta dall'una e dall'altra categoria, fino ad imprimere un segno caratteristico su tali procedure.

Nell'ambito del principio di legalità, in particolare sulla legittimazione dei privati a ricorrere al giudice comunitario, Schwarze J., *The Legal Protection of the Individual against Regulations in EU Law*, in *European Public Law*, 2004, 285; Pallaro P., *Il ricorso di annullamento degli atti comunitari da parte dei privati: proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 1, 85 ss.; De Pretis D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2002, 3, 683 ss.; Boni D., *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in Nascimbene B., Daniele L. (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 1998, 53 ss; Ivi, Tesaro G., *Il controllo diretto della legalità degli atti comunitari e le esigenze di protezione giurisdizionale dei singoli*, 5 ss.

In alcune fattispecie passate al vaglio della Corte di Giustizia, il valore della certezza del diritto si è posto anzi come uno dei poli attorno ai quali può ruotare il bilanciamento fra supremazia del diritto comunitario e la stessa autonomia del diritto interno.

Un'importante affermazione del valore della legalità e della certezza del diritto si rinviene nella discussa pronuncia *Kühne & Heitz*.

Nel caso esaminato, nonostante la capillare articolazione dei quesiti, "ritagliati" sulle peculiarità della vicenda concreta, deve ritenersi che la questione principale sia quella che invoca dal giudice comunitario una lettura del principio di cooperazione e delle sue possibili implicazioni, sul versante dell'amministrazione della giustizia, in ogni Stato membro.

Il giudice comunitario è così chiamato fondamentalmente a bilanciare i principi cardine su cui si basa il potere giudiziario di ogni Stato membro, misurandosi con i valori giuridici della certezza del giudicato e dell'indipendenza del giudice.

Il valore del giudicato interno e della certezza del diritto, peraltro, devono leggersi per i giudici di Lussemburgo nella più rilevante ottica dell'armonizzazione dei sistemi nazionali, in modo che sia assicurata l'uniforme applicazione del diritto comunitario in ogni Stato e l'effettività e la parità di tutela giuridica ai singoli, a prescindere dal Paese di appartenenza.

La certezza del diritto diventa quindi una più ampia cornice in cui inquadrare il principio di uniforme attuazione ed interpretazione del diritto comunitario, dovendosi leggere in un'ottica pur sempre strumentale al primato dell'ordinamento sovranazionale.

Non a caso, nella fattispecie la Corte di Giustizia sorvola senza remora alcuna sul fatto che l'erronea applicazione di norme processuali abbia portato ad una pronuncia – divenuta cosa giudicata – violativa del diritto comunitario.

Una simile lesione, infatti, impallidisce al cospetto del principio dell'autorità del giudicato: principio, questo, fondante per ogni sistema giuridico, che l'ordinamento comunitario ha mutuato dagli ordinamenti interni, ed elevato a principio di dignità assoluta nell'ambito del proprio stesso sistema.

Un simile principio è, evidentemente, fondamentale per poter garantire la stabilità del diritto, la certezza dei rapporti giuridici ed una corretta amministrazione della giustizia, e richiede che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esperimento delle varie, possibili vie di ricorso e una volta scaduti i termini per l'impugnazione stessa, non possano essere più "toccate" né messe in discussione.

Ciò, neppure laddove emerga, in forza di quella statuizione giurisdizionale, una violazione della normativa comunitaria (³⁹⁵).

Operando una rassegna di alcuni suoi precedenti (³⁹⁶), la Corte di Giustizia ha più volte puntualizzato che norme di procedura nazionali apparentemente preclusive di un'analisi di conformità o meno al diritto comunitario, in realtà si giustificano in virtù di superiori "*principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata, che ne costituisce l'espressione*".

In prima battuta, quindi, il bilanciamento tra l'interesse all'applicazione del diritto comunitario e la certezza del diritto che può essere garantita, ad esempio, dall'inoppugnabilità di un provvedimento o dall'autorità della cosa giudicata, si conclude sempre in favore di quest'ultima.

Ciò non significa sminuire il primato del diritto comunitario.

Al contrario, è lo stesso ordinamento comunitario a dare il suo "nulla-osta" a tale apparente "violazione: ciò che realmente conta per la Corte di Giustizia è che nella dialettica con la certezza del diritto, non sia mai messa in crisi l'effettività del diritto comunitario, e che, al contrario, venga sempre dato debito riconoscimento alle posizioni soggettive radicate nel diritto comunitario.

Alla luce di tutto ciò, si possono azzardare delle considerazioni.

Nello scontro – incontro fra supremazia del diritto comunitario e certezza del diritto interno (e con esso, stabilità dei rapporti ed affidamento), di fronte a valori fondanti di civiltà giuridica come l'autorità del giudicato, il primo vince solo a determinate condizioni, molto rigorose e puntualmente identificate.

Questa apparente "sconfitta" della "*primauté*" deve in realtà vedersi come funzionale ad un principio ancor più rilevante per il diritto comunitario, ossia la sua "effettività".

Si può quindi ritenere che quanto interessa all'ordinamento comunitario non sia una supremazia "asettica", sganciata dagli ordinamenti dei Paesi membri. Al contrario, questa non può avere senso

³⁹⁵ Per quanto attiene alle modalità dei ricorsi giurisdizionali disciplinati nella fattispecie dal diritto austriaco, la Corte si dimostra fedele alla sua ottica di bilanciamento, tesa da un lato a garantire l'effettività del diritto comunitario, dall'altro la salvezza dei diritti dei singoli, in particolare il loro diritto a che la tutela di posizioni derivanti dal diritto comunitario non debba essere negata o mostrarsi più gravosa rispetto alla tutela di posizioni derivanti dal diritto interno.

In eccezionali casi, questo potrebbe soccombere di fronte al più stringente primato dell'ordinamento sopranazionale, che comunque può assumere distinte connotazioni e sfumature, a seconda che la violazione del diritto comunitario scaturisca da una decisione di un organo giurisdizionale e o da un atto amministrativo divenuto definitivo.

³⁹⁶ Cfr. *Eco Swiss*, in causa C-126/97 1° giugno 1999, controversia su lodo arbitrale ritenuto nullo per contrasto con l'art. 81 TCE. Il giudice olandese aveva rimesso pregiudizialmente alla Corte la questione se in base al diritto comunitario si dovesse disapplicare la norma di diritto processuale interna - per cui un lodo arbitrale interlocutorio avente natura di decisione definitiva acquisisce l'autorità di cosa giudicata -, qualora ciò servisse ad esaminare, la nullità di un contratto, affetto da invalidità comunitaria per contrasto con l'art. 81 TCE.

se non si colloca in un contesto coerente ed armonioso, dove i sistemi giuridici nazionali fanno “sistema” con i principi del diritto comunitario.

Quest’ultimo quindi prevale a patto che siano sempre garantiti i valori incomprimibili vigenti nei sistemi di diritto dei singoli ordinamenti statali, come la certezza dei rapporti fra i consociati.

Ciò ulteriormente conferma come siano i cittadini dei Paesi membri e l’affidamento che essi ripongono nella tendenziale stabilità di un determinato assetto normativo e dei rapporti intessuti con gli altri consociati, i veri protagonisti dell’ordinamento comunitario.

In questi termini si possono quindi interpretare i contenuti della pronuncia analizzata: un “primato” fine a se stesso sarebbe una magra vittoria, ed è improprio parlare di “legalità comunitaria”, in termini contrapposti al principio di “certezza del diritto”⁽³⁹⁷⁾.

Si tratta, in sostanza, di un’antinomia apparente, dato che ordinamento comunitario e ordinamento interno sono realtà intimamente connesse, orientandosi entrambe da un lato verso la supremazia del diritto comunitario, dall’altro verso la sua effettività, attraverso un meccanismo di tutela efficace delle posizioni soggettive dei singoli.

Se i valori della legalità e dell’azionabilità delle pretese in giudizio sono quindi pienamente compenetrati nell’ordinamento sovranazionale⁽³⁹⁸⁾, la giurisprudenza comunitaria spende spesso riflessioni e parole sulla rilevanza della “certezza” del diritto.

³⁹⁷ L’espressione «legalità comunitaria» è mutuata da F. Merusi, *I Sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 2, 273 ss., il quale rileva come “*la Comunità persegue l’omogeneizzazione fra ordinamenti giuridici diversi attraverso il diritto amministrativo. Le direttive comunitarie costruiscono progressivamente il diritto amministrativo dell’Unione europea*” (p. 279). Sulla strumentalità dell’amministrazione nazionale e del suo diritto rispetto agli obiettivi tracciati dall’ordinamento comunitario, cfr. Cassese S., *Le basi costituzionali*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Giuffrè, Milano, 2003, 173 ss., secondo cui “*i giudici e le pubbliche amministrazioni rappresentano ... lo strumento d’attuazione del diritto comunitario nell’ordinamento interno e di affermazione della supremazia del primo sul secondo*» (p. 180).

³⁹⁸ Sul valore della legalità, per Kühne & Heitz, “*conformemente al principio di certezza del diritto, il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di massima, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all’esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale*”. Il rispetto di tale principio permette peraltro di evitare che atti comunitari produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all’infinito (per analogia, cfr. *Commissione/ AssiDomän Kraft Products e a.*, 14 settembre 1999, causa C-310/97, in Racc. I - 5363, punto 61). Sempre sulla legalità in diritto comunitario, G. della Cananea, *L’amministrazione europea*, in S. Cassese (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, op. cit., *Dir. Amm. Gen.*, II, 1797 ss, rileva come «*l’ordine giuridico europeo accoglie i due principi nei quali i giuristi ottocenteschi hanno, con diverse formulazioni, racchiuso l’essenza dello Stato di diritto (Rechtsstaat), contrapponendolo allo Stato di polizia (Polizeistaat): si tratta dei principi, ora ritenuti comuni a tutti pubblici poteri degli ordinamenti generali, di rispetto delle regole di diritto previamente stabilite e di azionabilità delle pretese vantate dai privati nei confronti delle autorità pubbliche*» (p. 1873).

Così, in occasione della sentenza del 19 settembre 2006, Grande Camera, l'Avvocato generale nelle proprie conclusioni evidenzia la portata di un simile principio ai fini del *“corretto funzionamento di qualunque entità politica. Nelle conclusioni 28 gennaio 1999 per la causa definita con la sentenza Commissione/AssiDomän Kraft Products e a. (in C-310/97) ho osservato che il diritto aborre il disordine e che per questo si è dotato di strumenti per lottare contro la sua principale causa: l'instabilità. Tra questi strumenti la certezza del diritto riveste un significato speciale cui è ancorata l'idea di «stabilità»; le decisioni amministrative diventano inattaccabili alla scadenza dei termini per impugnarle o una volta esauriti tutti i mezzi di ricorso. Ne consegue che, spirato il termine per il ricorso, una decisione, ancorché viziata, non può essere rimessa in discussione e l'errore s'installa definitivamente nell'ordinamento. L'invulnerabilità degli atti definitivi, anche irregolari, assurge, allora, a regola generale, giacché nessun sistema tollera che la validità dei rapporti giuridici sia discussa all'infinito”*.

È stato anche rilevato che quando si attiva la tutela dell'effettività e della certezza del diritto, il giudice comunitario mostra di concepire il complessivo ordinamento europeo come *“l'ordinarsi di volta in volta del diritto in riferimento ai casi concreti”*, individuando tutto il materiale giuridico che serve per regolare una situazione o un rapporto, tenendo conto di equivalenze, priorità ed interdipendenze per ricondurle nel principio di unità del diritto ⁽³⁹⁹⁾.

A chiusura di queste brevi notazioni, può essere interessante dare conto di una recente tendenza dell'ordinamento comunitario, propenso a dare sempre più spazio a materie che fanno dell'affidamento dei privati il cardine della propria disciplina.

Una significativa incidenza del diritto comunitario sugli ordinamenti interni negli ultimi anni si può infatti riscontrare in materie, di evidente matrice comunitaria, che dalla loro comparsa hanno subito uno sviluppo inarrestabile negli ultimi decenni. In esse emerge nettamente la rilevanza del concetto di “buona fede”, quale principio immanente del sistema, e della collaborazione fra pubblica amministrazione e privati nell'ottica di massimizzare tale garanzia

Tali sono, in via esemplificativa, le materie del consumerismo ⁽⁴⁰⁰⁾, dell'ambiente, del diritto alimentare.

³⁹⁹ Viola F., *La concorrenza fra gli ordinamenti e il diritto come scelta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

⁴⁰⁰ In particolare, il diritto del consumo costituisce un terreno fertile per studiare come i principi comunitari hanno attecchito nei singoli diritti nazionali, influenzando gli istituti della “responsabilità”, rappresentando un ambito in cui può essere più intensa la possibilità di confronto o di scontro fra i soggetti amministrati, e dove particolarmente sensibile è l'attenzione rivolta al concetto di “danno”.

Tale nozione rimanda a sua volta, per eccellenza, all'istituto della responsabilità, se si considera che il settore convenzionalmente designato con la responsabilità civile connota ovunque il medesimo fenomeno: l'accadimento di danni considerati giuridicamente rilevanti, l'esercizio di attività ed il compimento di atti dai quali discende quel danno,

Il valore della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento si rivelano così in materie dove l'ordinamento comunitario si mostra sempre più sensibile a proteggere le istanze di protezione dei privati, tanto da far parlare di un nuovo, vero e proprio "diritto del rischio" ⁽⁴⁰¹⁾, connotate da assunzione dei rischi a carico del soggetto più forte, a tutela della parte debole.

Al centro, è in genere chiamata a collocarsi l'amministrazione, con funzioni tutorie, regolatorie, o di vigilanza, dato lo spiccato tecnicismo degli interessi in gioco.

L'ordinamento comunitario ha così visto rafforzata la propria presenza nell'ordinamento interno, contribuendo ad elaborare nuove categorie di "responsabilità" ed a sensibilizzare gli operatori verso la tutela dell'affidamento.

Rischio e principio di buona fede, possono in effetti presentare dei significativi punti di contatto, pur essendo concetti lontani e di diversa matrice, logica oltre che giuridica: la necessità di preconstituire una barriera di protezione per i consociati a fronte di attività legittimate – se non necessitate - dall'adesione ai Trattati da parte degli Stati membri – reca già in sé il rispetto dei principi di buona fede e affidamento.

Il ruolo cruciale del "rischio" e l'esigenza di rendere effettiva la tutela del suo "rovescio" – affidamento – ha inoltre acquisito nel diritto comunitario – e per osmosi nei diritti interni – il rapporto fra "regolazione" e vera e propria funzione amministrativa, richiedendo l'introduzione di nuovi modelli accentrati di organizzazione.

Si è così imposta la centralità della funzione amministrativa nel governo dei nuovi pericoli per la società, delineandosi apposite "riserve di amministrazione", anche attraverso la disciplina di procedimenti amministrativi di tipo autorizzatorio.

Il diritto comunitario restituirebbe alla funzione amministrativa un suo ruolo proprio, di "compito", inteso come obbligo nell'interesse collettivo e non di potere nell'interesse proprio, o politico) ⁽⁴⁰²⁾:

l'obbligazione di un soggetto – di volta in volta l'autore diretto e materiale dell'atto, ovvero il soggetto prescelto dall'ordinamento perché se ne assuma economicamente le conseguenze – di risarcire il danneggiato. Per Alpa G., *Il diritto della responsabilità civile*, Editrice Laterza, Bari, 2003, l'analisi delle regole della responsabilità civile segue i mutamenti della civiltà ed "obbliga il giurista ad un'opera continua di adattamento, di revisione, di modificazione delle nozioni, dei concetti, finanche degli scopi perseguiti: come varia il paesaggio così varia il suo dipinto".

Oltre all'incidenza sull'istituto in sé, la materia può essere un'interessante chiave di lettura di come le categorie ed i principi del diritto comunitario abbiano influenzato il modo stesso di guardare alla responsabilità ed ai suoi elementi costitutivi. Nelle sue più recenti evoluzioni, infatti, ad una tendenza interpretativa focalizzata sul danno e sulla sanzione, si affianca una lettura più concentrata sul danneggiato e sulla sua tutela: diventa così preminente lo scopo di riparazione del danno piuttosto che la ricerca del "colpevole", tendendosi a sostituire il debito risarcitorio da fatto illecito - a carico del responsabile - con un credito di indennizzo a favore della vittima.

⁴⁰¹ Barone A., *Il diritto del rischio, Quaderni di Diritto delle Regioni e degli Enti locali*, Padova, Cedam, 2005.

⁴⁰² Picozza E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2004.

la funzione pubblica verrebbe infatti correlata al dovere istituzionale di perseguire l'interesse della collettività.

In ciò ha avuto modo di rafforzarsi anche il principio di sussidiarietà, di evidenti radici comunitarie, che in questa materia può continuare a dare brillante prova di sé: alla luce dell'opzione di preferenza data in sede costituzionale dal livello di governo più vicino ai cittadini, sono nate nuove forme di cooperazione fra amministrazione e cittadini, accreditandosi anche nuove forme di responsabilità.

Il carattere aperto delle nuove possibilità di interazione fra i consociati e delle nuove possibili fonti di rischio, oltre ad esaltare l'importanza del principio di "effettività del diritto", fa emergere nuove posizioni tutelabili, dunque nuove forme di responsabilità e l'interrogativo se incasellarle in un dato ambito piuttosto che in un altro.

Sono sorte così situazioni invocabili nei confronti dei pubblici poteri, come pure negli assetti privatistici, delineando nuovi standard di valutazione, idonei a conformare ogni azione giuridicamente rilevante.

La valorizzazione e la "tensione" verso la tutela dell'affidamento, rispondono del resto alla recente tendenza evolutiva per cui la pubblica amministrazione, più che il potere, deve in realtà agire e perseguire un dato risultato, assicurando così ai singoli ed alle formazioni sociali delle utilità e dei servizi che essi da soli non potrebbero apprendere in misura adeguata (⁴⁰³).

Si vengono così a delineare non solo nuove forme di responsabilità, ma anche nuovi modelli di azione amministrativa, integrati dal supporto tecnico dei privati e delle imprese: ne risultano disegnati dei modelli di cooperazione, fondati in alcune ipotesi su obblighi di risultato gravanti sulla pubblica amministrazione, in altre su strumenti convenzionali o scelte consapevoli degli operatori economici.

La rinnovata concezione del modo di agire dell'amministrazione e dei suoi poteri porta a concepire diversamente anche i caratteri dell'autonomia privata e dei poteri che il privato può vantare davanti al "farsi" dell'attività amministrativa, *in primis* nel far valere il principio della buona fede.

In definitiva, il relativismo di valori del moderno contesto sociale, sembra far leva sull'esigenza che si rafforzino i principi della civiltà giuridica ed i modelli di relazione fra Stato e cittadini, dando nuovo vigore ai rapporti fra privati, pubblici poteri, imprese.

⁴⁰³ Ciò impone del resto la presenza di organismi specializzati come Agenzie tecniche, sullo stampo delle nostre Autorità indipendenti, per realizzare e dare effettività alla tutela dei cittadini e delle comunità, in modo da garantire la sicurezza umana e dell'ambiente di fronte ai continui sviluppi della scienza e della tecnica. La stessa progressiva responsabilizzazione dei privati, nella gestione dei pericoli derivanti dall'incertezza scientifica, non può sovrapporsi e sostituirsi al ruolo dei pubblici poteri, sia pure attraverso lo sviluppo di modelli di cogestione del rischio, specialmente nell'ambito dell'attività d'impresa.

Ne scaturisce l'opportunità di dare adeguato risalto alla tutela dell'affidamento, in modo che non si debba mai intaccare la certezza del diritto ed il primato della legalità.

7. Considerazioni finali. Analisi di un possibile modello di “invalidità comunitaria” dell'atto amministrativo nazionale alla luce del primato del diritto comunitario.

Alla luce di tutte le precedenti analisi, si può ritenere che il regime ordinario di illegittimità/annullabilità - su cui concordano sostanzialmente dottrina e giurisprudenza - sia un modello idoneo ad accogliere la fattispecie dell' “invalidità comunitaria”, riuscendo a contemperare due esigenze.

Da un lato si salvano le tradizioni proprie del sistema nazionale di giustizia amministrativa perché si mantiene fermo il modello impugnatorio. Ciò consente a sua volta di rispettare il basilare principio della certezza del diritto e della stabilità delle relazioni giuridiche, cui la tutela demolitoria è preordinata.

In secondo luogo, si riesce a far salvo il principio di supremazia del diritto comunitario.

Il primato di quest'ultimo, infatti, ruota intorno ai principi di effettività e di equivalenza delle posizioni soggettive, ma, per quanto visto, un simile meccanismo è sostanzialmente rimesso alla volontà attuatrice dei Paesi membri, nel rispetto delle rispettive autonomie procedurali.

Di fatto, non avendo il diritto comunitario un proprio sistema autosufficiente e compiuto di regole processuali, tale da poter reagire alla fattispecie dell' “illecito comunitario” degli Stati membri, spetta a questi ultimi rispondere nel modo più coerente ed efficace.

Ciò consente da un lato la minore ingerenza possibile nelle tradizioni giuridiche di diritto interno, dall'altro la piena tutela, di riflesso, dei cittadini dell'Unione, che diventano veri protagonisti del processo di integrazione europea.

Ad ulteriore supporto dell'adeguatezza del classico modello impugnatorio quale strumento di reazione all'invalidità comunitaria degli atti amministrativi, in dottrina si è fa inoltre rilevare, da un punto di vista pragmatico, come *“il rischio della preclusione processuale “impegna” anche il ricorrente a valutare la lesione dei propri interessi alla luce di uno schermo normativo più ampio, sovranazionale. Questo impegno, connesso naturalmente alla esigenza di tutela degli interessi lesi, può generare una maggiore circolazione del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico. Il processo amministrativo, che diversamente dal processo civile è ancorato ai motivi del ricorso, può forse indurre anche il soggetto amministrato (ed i suoi avvocati), pena la decadenza, a conoscere il diritto comunitario, potendo così produrre un effetto potenzialmente virtuoso, una sorta di effetto*

“circolatorio”. In questa logica anche al giudice si impone di maneggiare e confrontarsi (più intensamente) con il diritto comunitario” ⁽⁴⁰⁴⁾.

Ne risulterebbe, con ciò, ulteriormente rafforzato il principio di effettività, strumento chiave nel processo di integrazione comunitaria.

Sempre nell’ottica dell’“effettività, del resto, per far rispondere lo Stato delle violazioni del diritto comunitario la giurisprudenza italiana ha provveduto “riciclando” il modello della responsabilità extracontrattuale.

Se la scelta del modello impugnatorio (con correlata annullabilità-illegittimità dell’atto nazionale anticomunitario) appare plausibile e coerente, sotto molteplici punti di vista, appare altrettanto fondata la scelta di collocare sullo sfondo di tale regime lo schema classico della responsabilità extracontrattuale. Questo è apparso infatti il mezzo più duttile e adeguato al tempo stesso a recepire nei suoi schemi la generale categoria della “responsabilità” dello Stato-amministrazione, per violazione del diritto interno, come di quello comunitario, offrendo a quest’ultima fattispecie delle modalità consolidate di accertamento del fatto illecito

Oltretutto, il paradigma aquiliano si caratterizza per avere fra i suoi elementi costitutivi gli stessi requisiti che la giurisprudenza comunitaria ha enucleato quali tratti identificativi della responsabilità delle proprie istituzioni.

Del resto, se è vero che il diritto comunitario pone un obbligo di “risultato” in capo agli Stati membri, sta a questi attivarsi per riempire di contenuti e di forma l’attuazione del diritto comunitario, predisponendo, all’uopo, anche mezzi già collaudati in diritto interno per fattispecie analoghe, sia pure derivanti e disciplinate da fonti nazionali.

In particolare, la violazione di una norma attributiva di un diritto ripropone il concetto dell’antigiuridicità proprio della responsabilità extracontrattuale; il nesso causale fra violazione e danno è comune alle fattispecie; infine, l’elemento soggettivo della colpa, che nell’ordinamento comunitario è associabile alla “violazione grave e sufficientemente caratterizzata”, evoca la figura escogitata nell’analogo modello di responsabilità di diritto interno, cioè la colpa d’apparato, eventualmente esclusa dall’errore scusabile ⁽⁴⁰⁵⁾.

Sotto altro profilo, il regime “ordinario” di annullabilità del provvedimento anticomunitario appare il più coerente con la tesi ormai inconfutabile della piena integrazione fra sistema giuridico comunitario e nazionale.

⁴⁰⁴ Cfr. Pignatelli N., op. cit., p. 3655 ss.

Una simile soluzione processuale oltretutto appare coerente con i valori di certezza del diritto, che il diritto comunitario propugna al suo interno, e rispetta pienamente nell'ambito dei singoli ordinamenti interni.

Vale la pena ricordare come in una delle pronunce "storiche" in materia della Corte di Giustizia (caso *Santex*, in causa C-327/00), la necessità di rispettare i termini e nel complesso di salvaguardare l'autonomia degli Stati membri è apparsa conforme non solo al principio di equivalenza di tutela, ma anche a quello di certezza del diritto.

In definitiva, il regime di annullabilità ed il correlato termine di decadenza appare idoneo in relazione a due obiettivi fondamentali.

Su un primo piano, si pongono le istanze di certezza del diritto interno: la tutela caducatoria dell'atto amministrativo consente alla pubblica amministrazione, preposta alla cura dell'interesse pubblico, di confidare sempre nella correttezza del proprio operato, e di difendersi da eventuali, indebite ingerenze del potere giurisdizionale, sapendo che questo non può intervenire nei suoi confronti se non rispettando rigide regole processuali.

Su altro piano, e in parallelo, si colloca pur sempre l'esigenza di rispettare la superiorità del diritto comunitario: l'affidamento alle soluzioni processuali più "congrue" del diritto interno è del resto per la Corte di Giustizia una soluzione imposta, perché necessitata dalla sostanziale incompletezza dell'ordinamento comunitario, sprovvisto di un sistema autonomo di regole processuali, se si escludono specifiche disposizioni in tema di cooperazioni transfrontaliere.

Tuttavia, l'indifferenza di fondo sulle "modalità" con cui perseguire l'obiettivo di effettività del diritto comunitario non toglie che i giudici di Lussemburgo vigilino costantemente sugli strumenti approntati all'interno, riscontrando da un lato la reale applicazione delle norme comunitarie, dall'altro la certezza delle situazioni giuridiche da esso garantite.

A tutto ciò fa da sfondo il principio di leale cooperazione, che impegna i singoli ordinamenti a stare al passo col dettato comunitario, non solo nella sostanza, a livello di recepimento delle relative fonti, ma anche nella forma, cioè in sede giurisdizionale, quando si tratta di "ricomporre" eventuali fratture del sistema.

Nonostante la sostanziale adeguatezza del modello dell'"illegittimità ordinaria, *sub specie* di annullabilità dell'atto amministrativo anticomunitario, residuano delle possibili "zone d'ombra"⁽⁴⁰⁶⁾.

⁴⁰⁶ Contaldi G., *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, op. cit., p. 755, segnala opportunamente come la certezza del diritto si pone quale "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"; per

Si può infatti osservare che la “certezza” processuale ricollegabile alla tutela demolitoria, da esperire entro rigidi termini, resta tale, ma appunto in sede processuale, e non toglie che la violazione del diritto comunitario produca ulteriori effetti sostanziali a carico dello Stato membro.

In primo luogo, mentre il superamento dei termini di decadenza in ipotesi di contrasto fra atti amministrativi e fonti di diritto interno determina l’inoppugnabilità piena dell’atto, un’analogia ipotesi, prendendo come termine di confronto le norme comunitarie, non fa venir meno la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, ponendosi sempre la possibilità di un ricorso per infrazione, ai sensi del 226 TCE.

Inoltre, non verrebbe comunque meno l’obbligo di risarcire il danno arrecato, venendo sempre in considerazione una fattispecie di illecito statale.

In sostanza, l’eventuale consolidazione dell’atto amministrativo difforme produrrà degli effetti “tangibili” per le parti interessate dal giudizio, instaurando una situazione di tendenziale certezza giuridica, tuttavia lo Stato membro ben potrà essere chiamato a rispondere sotto altri profili, per ripristinare l’ordine di legalità violato dalla lesione del diritto comunitario.

Ecco che allora, seppure l’atto risulta inattaccabile dal punto di vista del diritto interno, non si può negare tutela risarcitoria al soggetto che lamenti l’avvenuta lesione di una posizione di rango comunitario, solo in considerazione della particolare natura delle disposizioni di diritto interno che ne ostacoli il godimento.

Diversamente, si contravverrebbe ai principi di effettività ed equivalenza, che sono a loro volta strumentali alla “tenuta” del sistema comunitario e, in sostanza, alla sua preminenza sulle fonti di diritto interno.

Ciò significa che la certezza del diritto interno resta formalmente rispettata, ma in realtà è sempre il diritto comunitario a prevalere, vedendo garantita la sua superiorità attraverso meccanismi sostanziali come il risarcimento dei danni o forme di tutela ripristinatoria ⁽⁴⁰⁷⁾.

Grazie ai principi dell’equivalenza e dell’effettività si raggiungono quindi i due risultati cui tende l’ordinamento sovranazionale: da un lato, l’espansione del suo primato, laddove non siano rispettati i caratteri tipici delle sue fonti normative; dall’altro, indirettamente, la tutela delle posizioni soggettive dei cittadini dell’Unione.

concludere quindi che “il problema dell’efficacia degli atti amministrativi contrastanti con l’ordinamento comunitario si basa, in definitiva sul bilanciamento tra i principi di effettività, equivalenza della tutela e certezza 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”.

⁴⁰⁷ Rinvio, sullo specifico punto, alle considerazioni conclusive del precedente capitolo.

Questa apparente “discrasia” fra certezza del diritto a livello interno e principio di effettività del diritto comunitario, che impone di attivare comunque forme “collaterali” di difesa per i cittadini, si può spiegare proprio nell’ottica stringente del “primato” comunitario.

In particolare, un aspetto di queste forme “collaterali” di difesa può apparire oggi interessante, alla luce dell’incessante dibattito sulla questione della pregiudiziale amministrativa.

Allo stato dell’arte, è evidente che, permanendo nella giurisprudenza amministrativa l’orientamento favorevole alla necessaria pregiudizialità fra tutela demolitoria e tutela risarcitoria, il cittadino che intendesse ottenere una pronta risposta per la violazione di un diritto conferitogli dalle fonti comunitarie, dovrebbe necessariamente rivolgersi al giudice ordinario.

Tuttavia, ci si può chiedere se sia corretto inibire al cittadino la tutela risarcitoria in sede di giurisdizione amministrativa, per un provvedimento anticomunitario solo perché siano nel frattempo spirati i termini per impugnarlo, “agganciando” necessariamente, secondo il meccanismo della pregiudiziale, due distinte tipologie di tutela (caducatoria e risarcitoria).

Ciò, senza considerare che potrebbero risollevarsi annose questioni sull’effettiva parità di tutela cui possono accedere interessi legittimi, la cui “naturale” sede di tutela è la giustizia amministrativa, e diritti soggettivi.

Del resto, il regime di “reazione” configurato in Italia per le violazioni del diritto comunitario ha delle caratteristiche di natura processuale legate eminentemente al 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.

Esigenze di garanzia per il privato leso inducono allora a ritenere che la sede più adatta per invocare la tutela risarcitoria sia quella della giurisdizione ordinaria, nonostante i più recenti spiragli aperti dalla giurisprudenza civile ⁽⁴⁰⁸⁾ facciano pensare alla possibilità di un superamento di un’impostazione così rigida sul punto.

Ed invero, la stessa giurisprudenza amministrativa ha ipotizzato delle fattispecie-limite in cui la pregiudiziale potrebbe essere accantonata, non venendo in rilievo il fondamentale principio cui è essa è preordinata, cioè il rispetto dei termini decadenziali, a tutela della certezza dei diritti.

⁴⁰⁸ Cfr. Cass. Civ. S.U., ordinanze 13 giugno 2006, nn. 13659 e 13660.

Così, quando sia la stessa pubblica amministrazione a rimuovere in autotutela l'atto, sia prima dell'eventuale giudizio sia in sua pendenza (⁴⁰⁹) oppure quando manchi *in nuce* un provvedimento da impugnare, deducendosi il danno riconducibile all'inerzia provvedimentale della pubblica amministrazione.

Queste possibili criticità possono aprire la strada ad un'ulteriore considerazione: analoghe difficoltà pratiche nel dare attuazione al principio della responsabilità statale per violazione del diritto comunitario possono manifestarsi anche negli ordinamenti di altri Stati membri.

Questa frammentazione, e la correlata impossibilità di risolvere i problemi ad un livello unitario, potrebbero minare il principio di uniforme applicazione del diritto comunitario e, in tempi lunghi, mettere in crisi lo stesso principio di effettività.

Resta quindi, *de jure condendo*, da valutare la possibilità – o piuttosto l'opportunità - che si pongano in sede comunitaria le premesse per applicare a livello “condiviso” il principio di effettività, anche rispetto a quella particolare forma di violazione che è l'illecito statale (e, nel suo ambito, l'illecito dello Stato-amministrazione).

La complessità e le lacune del regime della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri potrebbero così spingere per una rimodulazione complessiva dell'istituto ed una sua trattazione diretta, in sede comunitaria.

In particolare, le difficoltà concrete di accesso alla tutela risarcitoria dovrebbero essere temperate, anche considerando che nelle più recenti elaborazioni civilistiche la tutela risarcitoria non si limita più ad un mero “rimedio”, ma esplica vere e proprie funzioni di deterrente nei rapporti fra consociati.

Considerando che nella materia sin qui analizzata la tutela risarcitoria è di fatto lo strumento più concreto e soddisfacente degli interessi dei soggetti lesi, si potrebbe auspicare l'evoluzione verso un modello più completo e più efficiente di responsabilità.

In primo luogo, esso dovrebbe essere più ricco di indicazioni da parte dello stesso legislatore comunitario; in secondo luogo, la tutela risarcitoria non dovrebbe puntare al mero ripristino degli interessi patrimoniali pregiudicati, ma anche fungere da “monito”, con compiti di deterrente nei confronti degli Stati membri inadempienti, rendendo sempre più efficace e consapevole l'attuazione della normativa comunitaria.

⁴⁰⁹ La tesi prevalente in materia ritiene che l'esercizio del potere di autotutela spezzi il vincolo di pregiudizialità fra annullamento e tutela risarcitoria, valorizzando la *ratio* sottesa a tale regola processuale, cioè la stabilità dei provvedimenti amministrativi e la salvaguardia dei termini di decadenza. Tale necessità verrebbe a cadere laddove l'amministrazione si fosse già determinata in autotutela, prima o nel corso del giudizio risarcitorio: in tal senso, Cons. Stato, sez. IV, 28 luglio 2005, n. 4008 ritiene che venga meno l'essenziale condizione della consequenzialità del diritto patrimoniale al risarcimento del danno.

RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

ACERBONI F., *La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del Giudice amministrativo ed il termine di decadenza dall'impugnazione. Problemi di effettività della tutela giudiziaria nel rapporto tra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale*, in *I contratti dello Stato e degli Enti locali*, 2000, nota a TAR Lombardia, n. 234/2000 e Cons. Stato, n. 265/1999.

ADINOLFI A., *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007, "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, 1, 1 ss.

AFFERNI G., *La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, II, 261 ss.

ALPA G., Sanino M., Stella Richter P., *Prime riflessioni sulla sentenza n. 500 del 1999 delle Sezioni Unite relativa alla risarcibilità della lesione degli interessi legittimi*, in *Giustizia Civile*, 1999, II, 427 ss.

ALPA G., *Il diritto della responsabilità civile*, Editrice Laterza, Bari, 2003.

ALPA G. *La responsabilità dello Stato per "atti giudiziari". A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2005, 1, 1 ss.

ANTONIAZZI S., NICOLETTI F., *Brevi riflessioni sul principio di buona fede e di tutela dell'affidamento: una recente evoluzione tra consenso e autorità nell'attività amministrativa*, nota a Tar Abruzzo Pescara, 6 luglio 2001, n. 609, in *Il diritto dell'economia*, 2001, 2, 487 ss.

ANTONIAZZI S., *Responsabilità amministrativa per violazione del diritto comunitario: alcune riflessioni sull'evoluzione del danno "all'erario comunitario"*, Relazione al 51° Convegno di Studi amministrativi, Varenna, 15-17 settembre 2005, "Responsabilità amministrativa e giurisdizione contabile (ad un decennio dalle riforme)", in *Foro amm. TAR*, 2006, 6, 2251.

ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 6, 1375 ss, nota a nota a CGCE, *Ciola*, 29 aprile 1999, causa C-224/97, in *Racc.*1999, p. I-2517.

ARLOTTA A., *Ius superveniens di fonte comunitaria e patologia del provvedimento amministrativo*, accessibile presso l'URL: <http://www.altalex.com/index.php?idstr=32&idnot=37636>.

BACOSI G., RAPONI F., *Tutela dell'aggiudicatario e autotutela della pubblica amministrazione*, TAR Lazio Roma, sez. III, 1° settembre 2004, n. 8180, in *Giornale di Diritto Amministrativo*, 2005, 2.

BACOSI G., *La lesione dell'interesse legittimo risarcita dal giudice amministrativo: il legislatore rende al TAR quanto la Cassazione gli aveva apparentemente sottratto*, in www.giust.it *Riv. Internet di dir. pubbl.*, 2000.

BARBAGALLO G., *I principi generali dell'Ordinamento comunitario e la tutela degli interessati del procedimento amministrativo: Ordinamenti aperti e comunicanti e ritorno del diritto comune Europeo*, in *Quaderni del Consiglio di Stato, Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997, 95 ss.

BARBIERI E.M., *Poteri del giudice amministrativo e diritto comunitario*, 692 ss, nota a CGCE, *Peterbroeck*, 14 dicembre 1995, causa C-312/93, in *Racc.* 1995, p.I-4599, in *Rivista italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 1996, 688.

BARBIERI E. M., *Poteri del giudice nazionale e situazioni soggettive di diritto comunitario*. in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 1997, 130 ss, nota a CGCE, *Kraaijeveld e a.*, 24 ottobre 1996, causa C-72/95, in *Racc.* 1996, p. I -5403.

BARONE A., PARDOLESI R., *Il fatto illecito del legislatore*, nota a CGCE, *Francovich e Bonifaci*, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.* 1991, p.I -5357 ss, in *Foro italiano* 1992, IV, c.145.

BARONE A., *Il diritto del rischio, Quaderni di Diritto delle Regioni e degli Enti locali*, Padova, Cedam, 2005.

BARONE A., *Appalti pubblici comunitari, responsabilità della pubblica amministrazione e prova dell'elemento soggettivo*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2005, 3, 545 ss.

BARTOLINI A., *Illegittimità del provvedimento amministrativo*, (voce) in *Enciclopedia dir. pubblico*, Utet, Torino, c. 2864.

BASTIANON S., *Giudici nazionali e responsabilità del diritto comunitario in Responsabilità civile e previdenza*, 2004, 1, 56 ss, nota a CGCE, sentenza *Köbler c. Repubblica d'Austria*, 30 settembre 2003, causa C-224/01, in *Racc.* 2003, p.I-10239.

BELLOMIA V., *Responsabilità precontrattuale della P.A. e tutela risarcitoria nelle procedure ad evidenza pubblica*, nota a Trib. Isernia, 30 dicembre 2004, in *Giur. Merito*, 2006, 2, 421 ss.

BENVENUTI F., *Autotutela (dir. Amm, voce)* in *Enciclopedia del Diritto*, IV, Giuffrè, Milano, 537 ss.

BIAGIONI G., *Norme processuali e principio di effettività: ulteriori sviluppi nella giurisprudenza comunitaria*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2004, 1, 545 ss.

BIANCA C.M., *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*, in *Rivista di diritto civile*, 1983, I, 206.

BONI D., *Il ricorso di annullamento delle persone fisiche e giuridiche*, in NASCIMBENE B., DANIELE L. (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Giuffrè, Milano, 1998, 53 ss.

BUSNELLI F.D., *Lesione di interessi legittimi: dal mero sbarramento alla rete di contenimento*, in *Danno e responsabilità*, 1997, 2, 269 ss.

CALABRESI G., *La responsabilità civile come diritto della società mista*, in *Interpretazione giuridica e analisi economica*, a cura di ALPA G., PULITINI F., RODOTÀ S., ROMANI F., Giuffrè, Milano, 1982.

CALZOLAIO E., *La responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, Giuffré, Milano, 2004.

CAMMEO F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, rist. Padova, Cedam, 1992.

CAPELLI F., *L'obbligo degli Stati a risarcire i danni per violazione delle norme comunitarie*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, 52 ss.

CARANTA R., *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?* in *Giurisprudenza italiana*, 1989, 3, 284 ss.

CARANTA R., "Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare" in *Foro Amm. TAR*, 1991, 1889.

CARANTA R., *Sull'impugnabilità degli atti endoprocedimentali adottati dalle autorità nazionali nelle ipotesi di coamministrazione*, nota a CGCE, 3 dicembre 1992, causa C-97/91, in *Racc.* 1992, p. I-6313, in *Foro Amm.*, 1992, I. 752.

CARANTA R., *Il Conseil d'Etat e la responsabilità della Pubblica amministrazione per violazione del diritto comunitario*, nota a Conseil d'Etat, 28 febbraio 1992, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, 3, 495 ss.

CARANTA R., *La Corte costituzionale giudice della "legittimità comunitaria"*, in *Foro amm.*, 1996, 389 ss., nota a Corte Cost., n. 84, 30 marzo 1995.

CARANTA R., *Illegittimo diniego di autorizzazione all'esportazione e responsabilità della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, 1008, nota a CGCE, *The Queen c. Ministry of Agriculture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas (Ireland)*, 23 maggio 1996, causa C-5/94, in *Racc.* 1996, p. I-2604.

CARANTA R., *La comunitarizzazione del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 2, 439 ss.

CARANTA R., *Conferme e precisazioni in materia di responsabilità per violazioni del diritto comunitario*, nota a CGCE, 5 marzo 1996, cause riunite C-46-48/93, in *Il Foro amministrativo TAR* (di seguito, “*Foro amm. TAR*”), 1997, 1, 58 ss.

CARANTA R., “*La pubblica amministrazione nell’età della responsabilità*”, in *Foro it.*, 1999, I, c. 3201.

CARANTA R., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 2000, 1, 81 ss.

CARANTA R., *Attività amministrativa ed illecito aquiliano*, Giuffré, Milano, 2001.

CARANTA R., *Attività contrattuale della Pubblica amministrazione, buona fede e tutela dell’affidamento*, nota a Cons. Stato, V, 18 novembre 2002, n. 6389, in *Urb. App.* 2003, 3, 566.

CARANTA R., *Fino a che punto un contratto invalido vincola la pubblica amministrazione?*, in *Urbanistica e Appalti*, 2009, 2, 195 ss.

CARBONE V., *La Cassazione apre una breccia nella irrisarcibilità degli interessi legittimi*, in *Corriere Giuridico*, 1999, 1061 ss.

CARINGELLA F., GAROFOLI R., *La natura giuridica della responsabilità della P.A.*, in *Giurisprudenza amministrativa 2005*, Milano, Giuffré, 2005.

CARINGELLA F., in *Corr. Giur.*, 1996, 1153 ss, nota a Trib. Voghera, 11 gennaio 1996.

CARINGELLA F., *Il diritto amministrativo*, I, Edizioni Simone, Napoli, 2003.

CARINGELLA F., *Corso di diritto amministrativo*, I, Giuffré, Milano, 2005.

CARINGELLA F., *Manuale di Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2007.

CARINGELLA F., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica amministrazione: un istituto dal sesso incerto*; Relazione al Convegno su “Attività contrattuale e responsabilità della pubblica amministrazione”, Roma, 29 ottobre 2007.

CARINGELLA F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2008, 2, 425 ss.

CASSETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2007.

CASSETTA E., FRACCHIA F., *Responsabilità da contatto: profili problematici*, in *Foro it.*, 2002, III, 18.

CASSETTA E., *Buonafede e diritto amministrativo*, Relazione al convegno internazionale di studi in onore del prof. Alberto Burdese, Padova-Treviso-Venezia, 14-16 giugno 2001.

CASSESE S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro it.* 1995, V, c. 373.

CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Giuffré, Milano, 2003, 173 ss.

CASTORINA F., “*Certezza del diritto*” e ordinamento europeo: riflessioni intorno ad un principio comune, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1998, 6, 1177 ss.

CASTRONOVO C., *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*, in *La nuova responsabilità civile*, Giuffré, Milano, 1997, 170 ss.

CATALANO G., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario: atto secondo*, nota a *CGCE Factortame Ltd and others*, cause riunite C-46-48/93, in *Racc.* 1996, p.I-1142; in *Foro it.*, 1996, IV, c. 321.

CERULLI IRELLI V., LUCIANI F., *Diritto comunitario e diritto interno, fra Stato e Regioni*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, 5, 859 ss.

CERULLI IRELLI V., *Osservazioni generali sulla legge di modifica della legge n. 241/1990 -1 parte*, in www.giustamm.it, *Rivista Internet di diritto pubblico*, 2005.

CERULLI IRELLI V., *Principi del diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2005.

CHIAPPINELLI C., *Principio di legalità ed amministrazioni pubbliche: profili evolutivi in tema di controllo*”, Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi, Varenna, 20-22 settembre 2007, “*Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*”.

CHIEPPA R., LOPILATO V., *La pregiudiziale amministrativa*, in *Studi di Diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 2007, accessibile anche presso l’URL:

http://www.giustizia-mministrativa.it/documentazione/Chieppa_Pregiudiziale_amministrativa.htm

CHIEPPA R., *Viaggio di andata e ritorno dalle fattispecie di responsabilità della pubblica amministrazione alla natura della responsabilità per i danni arrecati nell'esercizio dell'attività amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, 683 ss.

CHIEPPA R., *Nuove prospettive per il controllo di compatibilità comunitaria da parte della Corte Costituzionale*, Relazione al Convegno “*Diritto comunitario e diritto interno*” (Roma, Corte Costituzionale, 20 aprile 2007), in *Il diritto dell’Unione europea*, 2007, 3, 493 ss.

CHINÉ G., *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione nell’era della risarcibilità degli interessi legittimi*; in *Foro Amm. TAR*, 2003, 3, 797 ss.

CHIRULLI P., *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza conservativa e fermenti innovativi*, in *Giustizia civile*, 2004, 547.

CHITI E., FRANCHINI C., *L’amministrazione integrata*, Il Mulino, Bologna, 2003.

CHITI M. P. – GRECO G., *Diritto comunitario e atti amministrativi comunitari*, in *Trattato di Diritto amministrativo europeo* Giuffré, Milano, 1997.

CHITI M.P., *I signori del diritto comunitario*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, 3, 796 ss.

CHITI M. P. (in *Le Influenze della CE sulla giustizia amministrativa*, Luiss, Roma, 20 aprile 2001, atti del Seminario accessibili presso l'URL: <http://www.luiss.it/semcost/europa/chiti/index.html>).

CHITI M. P., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie ed il relativo regime processuale*, in *Diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2004, 689 ss.

CINTIOLI F., *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 43 ss.

CINTIOLI F., *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm. TAR*, 2003.

COCCO G., *Incompatibilità comunitaria degli atti amministrativi. Coordinate teoriche ed applicazioni pratiche*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 2001, 3-4. 447 ss.

COMPORI G., *Pregiudizialità amministrativa: natura e limiti di una figura a geometria variabile*, in *Dir. proc. amm.* 2005, 2, 280.

CONDORELLI L., *L'imputazione allo Stato di un fatto internazionalmente illecito*, in *Recueil des Cours de l'Académie de droit international*, 1984, V, 188.

CONSOLO G., *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Rivista di Diritto processuale*, 2008, 1, 225 ss, nota a "Lucchini", CGCE Grande sez., 18 luglio 2007, causa C-119/05 in *Racc.* 2008, p. I-6199.

CONTALDI LA GROTTIERA C., *Diritti soggettivi ed interessi legittimi nella giurisprudenza della Corte di Giustizia CE: spunti di riflessione alla luce della sentenza Cass. SS.UU., n. 500/99*, in *Riv. amm.*, 1999, I, 725 ss.

CONTALDI G., *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Il diritto dell'Unione europea*, 2007, 4, 747 ss.

CONTI R., *Giudici supremi e responsabilità per violazione del diritto comunitario; Danno e responsabilità*, 2004, 3 nota a CGCE, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, 30 settembre 2003, causa C-224/01, in Racc. 2003, p.I-10239.

CORAGGIO G., *Autotutela (1) Dir. Amm.*, voce), in *Enc. Giur.*, IV, Treccani, Roma, 1988.

CORSO G., *Autotutela (Dir. Amm.*, voce), in *Enc. Dir. Pubbl.*, Utet, Torino, c. 608.

CRESCIMANNO V., *Brevi considerazioni sull'inadempimento dello Stato per (interpretazione in) contrasto con il diritto comunitario di legge con esso (in astratto) compatibile*, in *Europa e diritto privato*, 2005, 1, 221 ss.

D'AMATO A., *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, 2, 299 ss., nota a CGCE, 17 aprile 1997, causa C-90/95, in Racc. 1997, p.I-1999.

DANIELE L., *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. It. Pubbl. Com.*, 1996, 1385 ss.

DATO G.A., *La "risposta" del Giudice comunitario ai quesiti del Giudice amministrativo milanese – qualche osservazione in merito a Corte di Giustizia CE, sez. VI, sentenza del 27 febbraio 2003*, accessibile presso l'URL: <http://www.diritto.it/materiali/amministrativo/dato3.html>;

DELLA CANANEA G., *L'amministrazione europea*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, op. cit., *Dir. Amm. Gen.*, II, 1797 ss.

DE LUCA P., *Sull'obbligo di riesame delle decisioni amministrative contrarie al diritto comunitario*", in *Giustizia amministrativa*, 2009, 2, 177 ss.

DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale amministrativa europea e i principi del processo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2002, 3, 683 ss.

DE PRETIS D., *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, nota a CGCE, Kühne & Heitz 13 gennaio 2004, causa C-453/2000, in Racc. 2004, p. I-837, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, 7. 723 ss.

DE ROSA B., *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione, superato il dogma della giurisprudenza civile*, in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2001, 6, 1183 ss.

DIDONNA M., *I nuovi principi dell'attività amministrativa ed il legittimo affidamento nel ddl di riforma della legge n. 241 del 1990*, in www.giustamm.it, *Riv. Telematica di diritto amministrativo*, 2004, 11.

DI FEDERICO F., *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Diritto internazionale e processuale*, 2004, I.

DI MAIO A., *Il risarcimento degli interessi « non più solo legittimi »*, in *Corr. Giur.*, 1999, 11, 1376 ss.

DONATI F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Giuffrè, Milano, 1995.

ESPOSITO A., *La revoca degli atti amministrativi comunitari*, accessibile presso l'URL: <http://www.iussit.it/RaamAE.htm>, *Riv. giuridica Internet*;

EUROPEAN COMMISSION, *Initial Contributions by the Commission to the Intergovernmental Conference on Political Union: Composite Working Paper*, SEC (91)500, 15 maggio 1991, 130.

FERRARI E., *La Corte di Giustizia indica al giudice amministrativo una terza via fra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*, in *Foro it.*, 2003, IV, c. 477/480.

FERRARO A., *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, in *Danno e Responsabilità*, 2007, 5-6, 518 ss.

FIANDACA G., *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile: prima lettura della sentenza n. 364/1988*, in *Foro It.*, 1988, I, 1385.

FOLLIERI E., *La tutela risarcitoria degli interessi legittimi. Profili ricostruttivi, con riferimento al D.L.vo 31 marzo 1998, n. 80*, in *Le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, II, Cedam, Padova, 1999.

FRACCHIA F., *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema corte lascia aperti alcuni interrogativi*, nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro It.*, 1999, I, c. 3212.

FRACCHIA F., *Risarcimento del danno causato da attività provvedimento dell'amministrazione: la Cassazione effettua un'ulteriore (ultima?) puntualizzazione*, in *Foro italiano*, 2003, I, 85 ss., nota a Cass. Civ., sez. I, 10 gennaio 2003, n. 157.

FRACCHIA F., *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, 5, 1142 ss.

FRAGOLA M., *La responsabilità dello Stato nei confronti dei singoli nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1997, 4, 681 ss.

FRANCHINI C., *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2000, 81 ss.

GALETTA D.U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 1, 35 ss.

GALETTA D.U., *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2006, 10, 1106 ss., nota a Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2006, n. 2087.

GALLO C.E., *Manuale di giustizia amministrativa*, Giappichelli, Torino, 2001.

GALLO F., *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, Relazione al Convegno "Aiuti di Stato nel Diritto comunitario e misure fiscali" (Roma, Corte Cass., 1 settembre 2003), in *Rassegna tributaria*, 2003, 6.

GAROFOLI R., *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self – executing*, in *Urb. App.*, 1997, 338 ss.

GATTINARA G., *Il ruolo delle pubbliche amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz* in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, 2, 489.

GATTO A., *I poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 6, 1429 ss.

GIACALONE G., *“Quando il verdetto è targato “UE”*, in *Corriere giuridico*, 1986, 6, 627 ss.

GIACCHETTI S., *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, Relazione al 38° Convegno di studi amministrativi *“Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea”*, Varenna, in *Giur. Amm. Sic.* 1992, 879 ss.

GIACCHETTI S. *La risarcibilità degli interessi legittimi è in coltivazione*, in *Consiglio di Stato*, 1999, 10, p.1605.

GIAMPICCOLO G., PELLEGRINI C., *La disapplicazione tra tutela dei diritti e tutela del diritto*, in *Rivista della Guardia di Finanza*, 2002, 1, 288 ss.

GIANNINI M.S., *Lezioni di diritto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1950.

GIANNINI M.S., *Intervento*, in *Atti del convegno nazionale sull'ammissibilità del risarcimento del danno patrimoniale, derivante da lesione di interessi legittimi*, Roma, 1965.

GIOVAGNOLI R., *Atto amministrativo e legge incostituzionale: profili sostanziali e processuali*, nota a *Consiglio di Giustizia Amministrativa*, 13 giugno 2001, n. 458, in *Urbanistica e appalti*, 2002, 2.

GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela*, in *Diritto e formazione*, 2002, 11, 1635 ss.

GIUSTINIANI M., *La responsabilità della P.A.: pre-provvedimentale, provvedimento ed extra-provvedimentale*, in *Danno e Responsabilità*, Giuffré, 2007, 12, 1199 ss.

GRASSO G., *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica amministrazione*, Scuola Superiore della Pubblica amministrazione, accessibile presso l'URL: http://www.sspa.it/ArchivioCD/RicercheSSPACD5/A_D_I_P/DI_TARANTO/6_Grasso.pdf

GRAZZANO P., *Annullamento di atto amministrativo illegittimo. Da attività discrezionale ad attività imposta*, in *Nuova rassegna di legislazione, dottrina e giurisprudenza*, 2002, 4.

GRECO G., *Interesse legittimo e risarcimento dei danni: crollo di un pregiudizio sotto la pressione della normativa europea e dei contributi della dottrina*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 1126 ss.

GRECO G., *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale?)*, in *Diritto amministrativo*, 2003, 2.

GRECO G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale: note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2006, 3-4, 513 ss.

GRÜNER G., *L'annullamento di ufficio in bilico fra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, e di principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli stati membri, dall'altro*, in *Dir. Proc. Amm.* 2007, 2, 240 ss.

IMMORDINO M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999.

KELSEN H. , *La giustizia costituzionale*, Giuffré, Milano, 1981.

LASALVIA M., *La responsabilità amministrativa e contabile dei pubblici dipendenti pubblici, I giudici innanzi alla Corte dei Conti*, EPC Libri, Roma, 2007, 227 ss.

LAURICELLA G., *L'«incostituzionalità» dell'atto amministrativo*, Giuffré, Milano, 1999.

LAZARI A (a cura di), *La responsabilità statale in Diritto comunitario e nei singoli diritto nazionali*, in *Danno e responsabilità*, 2007, 2, 143 ss.

LENAERTS, *Interlocking Legal Orders in the Eu and Comparative Law*, in *International and Comparative Law Quarterly*, Cambridge University Press, 2003, 873 ss.

LEONE C., *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*, nota a TAR Lombardia Milano, sez. III, ord. 8 agosto 2000, n 434, in *Riv. it. Dir. Pubbl. Com.*, 2000, 5, 1174 ss.

LORELLO L., *Il principio dell'affidamento fra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998.

LUBRANO B., *Risarcimento del danno e violazione dei doveri di buona fede*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 4, 1240 ss.

LUPO A., *La responsabilità della Pubblica Amministrazione nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica: culpa in contrahendo e risarcimento del danno*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 16 gennaio 2006, n. 86, in *Foro Amm. CdS*, 2006, 6, 1981, ss.

LUMINOSO A., *Danno ingiusto e responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi nella sentenza 500/SU/99 della Cassazione*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 1, 55 ss.

MACCHIA M., *La violazione del diritto comunitario e l'«eccezione disapplicatoria»*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2008, 7, 589 ss.

MAFFEI P. *Il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 1, 498 ss.

MANGANARO F., *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, ESI, Napoli, 1995.

MANTERO A., *Le situazioni favorevoli del privato nel rapporto amministrativo*, Cedam, Padova, 1979.

MARI D., *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolazione*, in *Foro Amm.*, 2002, 1133.

MARINAI S., *Aspetti applicativi del principio di responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Diritto commerciale e degli Scambi internazionali*, 2002, 689 ss, nota a CGCE, *Gervais Larsy v. INASTI*, 28 giugno 2001, causa C-118/00, in *Racc.* 2001, p. I-5063.

MASERA S. R., *La colpa dell'Amministrazione per violazione delle Direttive*, in *Urbanistica e appalti*, 2006, 6, 674 ss.

MATTARELLA B.G., *L'imperatività del provvedimento amministrativo. Saggio critico*, Padova, Cedam, 2000.

MENGONI L., *Note sul rapporto fra fonti di diritto comunitario e fonti di diritto interno degli Stati membri*, in *Rivista trimestrale di diritto processuale civile*, 1997, 2, 527 ss.

MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Giuffré, Milano, 1970.

MERUSI F., *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 4, 527 ss.

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffré, Milano, 2001, 131 ss.

MERUSI F., *I sentieri interrotti della legalità*, in *Quaderni costituzionali*, 2006, 2, 273 ss.

MIDIRI G., *Nuovi fondamenti teorici per la disapplicazione dei provvedimenti anticomunitari?*, nota a TAR Sardegna, sez. I, 27 marzo 2007, n. 549, in *Urb. App.* 2007, 8, 1023 ss.

MIELE T., *L'evoluzione in senso oggettivo della giurisdizione contabile: il criterio della natura oggettivamente pubblica delle risorse gestite*, in ATELLI (a cura di), *Giurisdizione della Corte dei conti e responsabilità amministrativo-contabile a dieci anni dalle riforme*, Satura ed., Napoli, 2005.

MOLASCHI G., *Responsabilità extracontrattuale, responsabilità precontrattuale e responsabilità da contatto: la disgregazione dei modelli di responsabilità della pubblica amministrazione*, in *Foro It.*, 2002, III, 8.

MONTEDORO G., *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero, dell'“insostenibile leggerezza” del processo impugnatorio)*, in *Diritto e politiche dell'Unione europea*, 2007, 3, 73 ss.

MONTESANO L., *I giudizi sulla responsabilità per danni e sulle illegittimità della pubblica amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2001, 83 ss.

MONTINARO D., *Gli atti amministrativi applicativi di norme dichiarate incostituzionali*, in *Rivista del Consiglio dell'Ordine degli Avvocati presso la Corte d'Appello di Lecce*, Edizioni del Grifo, Lecce, 2003, 1.

MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1997, 4, 661 ss.

MOREIRA DE SOUSA S. – HEUSEL W., *Enforcing Community Law from Francovich to Köbler: twelve years of the State liability principles*, Köln, Bundesanzeiger, 2004.

MORELLI S., *La responsabilità per atti illegittimi della pubblica amministrazione secondo il giudice amministrativo: aquiliana, precontrattuale o da contatto sociale?*, in *Giustizia Civile*, 2002, 10, 2682 ss.

MOSCARINI L., *Risarcibilità degli interessi legittimi e termini di decadenza*, in *Giur. it.*, 2000, I, 21 ss.

NIGRO M., *Introduzione*, in *La responsabilità per lesione di interessi legittimi*, Tavola rotonda (Roma, aprile 1982), in *Foro Amm.*, 1982, 1671 ss.

NIRO R., *Disapplicazione di norme e declaratoria di illegittimità di provvedimento*, in *I garanti delle regole*, CASSESE S. E FRANCHINI C. (a cura di), *Il Mulino*, 1996, 202 ss.

ONIDA V., *Sulla «disapplicazione» dei regolamenti incostituzionali (a proposito della libertà religiosa dei detenuti)*, in *Giur. cost.*, 1966, 1036.

PALLARO P., *Il ricorso di annullamento degli atti comunitari da parte dei privati: proposte di lettura dell'attuale giurisprudenza*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 1, 85 ss.

PALLOTTA O., *Interpretazione conforme ed inadempimento dello Stato*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, 253 ss., nota a CGCE, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica Italiana*, 9 dicembre 2003, causa C-129/00 in *Racc.* 2003, p. I-14637.

PARISIO V., *Primi brevissimi spunti di riflessione in tema di risarcimento del danno per violazione di interessi legittimi alla luce della sentenza della Cass., sez. un. civ., n. 500/SU del 1999*, in *Riv. giur. edilizia*, 1999, I, 1239 ss.

PATRONI GRIFFI, *L'interesse legittimo alla luce del diritto comunitario e dei paesi membri: quali prospettive?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 1993, 367 ss.

PERFETTI N., *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 3, 809.

PETRUSO R., *Osservazioni sulla responsabilità dello Stato membro per illecito comunitario alla luce della recente giurisprudenza della Corte europea di Giustizia*, in *Europa e diritto privato*, 2006, 2, 693 ss.

PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 2004

PIGNATELLI N., *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, 4, 3635 ss.

PINELLI C., *Limiti degli ordinamenti e rilevanza di un ordinamento per un altro nel pensiero di Santi Romano*, in *Giur. Cost.*, 1986, I.

PIZZA P., *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2002, 3, 743 ss.

PIZZA P., *L'Adunanza Plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*, nota ad Adunanza Plenaria 29 gennaio 2003, n. 1, in *Foro amm. CdS*, 2003, 1, 66 ss.

PIZZETTI F. G., *Risarcibilità degli interessi legittimi e danno ingiusto. Se un giorno d'estate la Cassazione...* in *Giur. it.*, 2000, I, 1, 1381 ss.

POLICE A., *La tutela del consumatore nel processo amministrativo*, in *Rivista giuridica quadrimestrale dei pubblici servizi*, 1999, 2, p. 39.

PONZANELLI L' *Europa e la responsabilità civile*, in *Foro italiano*, 1992, IV, 150 ss.

PONZANELLI G., *L' Europa e la responsabilità civile. Il fatto illecito del legislatore*, nota a CGCE, sentenza *Francovich e Bonifaci*, 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.* 1991, p. I-5357; in *Foro it.*, 1992, IV, c. 150.

PROTTO M., *È crollato il muro della irrisarcibilità delle lesioni di interessi legittimi: una svolta epocale?* in *Urb. App.*, 1999, 1067.

PROTTO M., *Responsabilità della pubblica amministrazione per lesione di interessi legittimi: alla ricerca del bene perduto*, in *Urb. App.*, 2000.

PROTTO M., *La responsabilità della P.A. per lesione di interessi legittimi come responsabilità da contatto amministrativo*, in *Resp. Civ. Prev.*, 2001, 1, 213 ss.

RACCA G.M., *Gli elementi della responsabilità della pubblica amministrazione e la sua natura giuridica*, in GAROFOLI R., RACCA G.M., DE PALMA M., *Responsabilità della pubblica amministrazione e risarcimento del danno innanzi al giudice amministrativo*, Milano, Giuffré, 2003.

RACCA G.M., *La responsabilità precontrattuale della P.A. tra autonomia e correttezza*, Jovene, Napoli, 2000.

RACCA G.M., *Principio di correttezza e responsabilità detta pubblica amministrazione*, in *Servizi pubblici e appalti*, 2003, 1, 122 ss.

RALLO A. *La responsabilità precontrattuale della pubblica amministrazione: risarcimento o indennizzo?* In *Foro amm. TAR.* 2002, 3, 893 ss.

RENNA M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, in *Dir. Amm.*, 2005, 3, p. 557.

RODOTÀ S., *Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1175 c.c.*, in *Banca, borsa e titoli di credito*, 1965, 1, 149 ss.

RODOTÀ S., *Le fonti di integrazione del contratto*, Giuffré, Milano, 1969.

ROMANO D., *Sulla pretesa risarcibilità degli interessi legittimi: se sono risarcibili sono diritti soggettivi*, in *Dir. Amm.*, 1998, 1, p. 3.

ROMANO A., *Sono risarcibili; ma perché devono essere interessi legittimi?*, nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500 *Foro it.*, 1999, I, 3222.

ROPPO V., *Responsabilità dello Stato per fatto della giurisdizione e diritto europeo: un case story in attesa del finale*; in *Rivista di diritto privato*, 2006, 347.

ROSSOLINI R., *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo alla luce della sentenza della Corte di Giustizia sul caso Ciola*, in *Il diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1999, 4, 729 ss.

RUSSO E., *E' sempre "diffuso" il controllo di conformità al diritto comunitario ad opera del giudice nazionale?* nota a CGCE, *Peterbroeck*, 14 dicembre 1995, causa C-312/93, in *Racc.* 1995, p. I-4599, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1996, 701 ss.

SALTARI L., *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, nota a CGCE, 19 settembre 2006, cause riunite C-392-422/04, in *Racc.* 2006, p. I-8559, in *Giorn. Dir. Amm.*, 2007, 5, p. 483.

SANDULLI M. A., *La responsabilità della pubblica amministrazione dal danno civile al danno erariale. L'elemento soggettivo della responsabilità*, in *Federalismi.it*, *Riv. Telematica*, 2005, 22, accessibile presso l'URL:

<http://www.federalismi.it/applMostraDoc.cfm?Artid=3906&edoc=15122005104849.pdf&tit=La%20responsabilità%20>

SATTA F., *La sentenza n. 500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*, in *Giur. Cost.*, 1999, II, 3233.

SCHWARZE J., *The Legal Protection of the Individual against Regulations in EU Law*, in *European Public Law*, 2004, 285.

SCIARRILLO A., *L'azione amministrativa, fra buona fede della P.A. e tutela dell'affidamento del privato*, in *Amministrare*, (ISAP Istituto per la scienza dell'amministrazione pubblica, a cura di), 2007, 3, 375 ss.

SCOCA F.G., *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni (ordinaria e amministrativa)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1989, 2, 549 ss.

SCOCA F.G., *Per un'amministrazione responsabile*, in *Giur. Cost.*, 1999, 4045 ss.

SCOCA F.G., *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Diritto pubblico*, 2000, 1, 13 ss.

SCOCA F.G., *Tutela giurisdizionale e comportamento della Pubblica Amministrazione contrario alla buona fede*, Relazione al Convegno *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea* (Venezia, 15 giugno 2001).

SCODITTI E., *Profili di responsabilità civile per mancata attuazione di direttiva comunitaria: il caso "Francovich"* in *Cassazione*, in *Foro italiano*, 1996, I, 503.

SCODITTI E., *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria*, *ibid.*, nota a Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 3226.

SCODITTI E., *La responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, Incontro di studio sul tema *"La responsabilità della Pubblica Amministrazione"* (Roma 7-9 giugno 2004, Consiglio

Superiore della Magistratura), accessibile presso l'URL:
<http://appinter.csm.it/incontri/relaz/10196.pdf>

SCODITTI E., *Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Foro italiano*, 2004, IV, 4 nota a CGCE, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, 30 settembre 2003, causa C-224/01, in *Racc.* 2003, p.I-10239.

SCOGNAMIGLIO F., *Aspettativa di diritto* (voce) in *Enc. Dir.*, Giuffré, Milano, III, 1958, 228 ss.

SERRANÒ M.V., *Il diritto all'informazione e la tutela della buona fede nell'ordinamento tributario italiano*, in *Rivista di diritto tributario*, 2001, 1, 325 ss.

SIMON D., *Les fondements de l'autonomie*, *Actes du Colloque de Bordeaux*, in *Droit international et droit communautaire, perspectives actuelles*, 2000, 207 ss.

SPINELLI S., nota a Cons. Stato, sez. IV, 11 novembre 2008, accessibile presso l'URL:
<http://www.personaedanno.it/cms/data/articoli/012321.aspx>,

STIGLIANI V., *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1999, 6, 1413 ss., nota a nota a CGCE, *Ciola*, 29 aprile 1999, causa C-224/97, in *Racc.* 1999, p. 2517.

STIGLIANI V., *Poteri del giudice amministrativo rispetto a provvedimenti individuali e concreti contrastanti con il diritto comunitario*, nota a Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2002, n. 4012, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2002, 6.

STROZZI G., *Il ruolo del principio di sussidiarietà nel sistema dell'Unione europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1993, I-II, 67-68.

TENORE V., in V. TENORE (a cura di), *La nuova Corte dei conti: responsabilità, pensioni, controlli*, Giuffré, Milano, 2004.

TESAURO G., *Il controllo diretto della legalità degli atti comunitari e le esigenze di protezione giurisdizionale dei singoli*, in NASCIMBENE B., DANIELE L. (a cura di), *Il ricorso di annullamento nel Trattato istitutivo della Comunità europea*, Giuffré, Milano, 1998, 5 ss.

TESAURO G., *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 2008.

TIMMERMANS C. W.A., *Judicial Protections against the Member States: Articles 169 and 177 Revisited*, in *Institutional Dynamics of European Integration Essays in honour of Henry G. Schermers*, II, Dordrecht – Boston - London, 1994, 392 ss.

TIZZANO A., (a cura di) “*Il diritto privato dell’Unione europea*”, ne “*Il diritto comunitario nell’ordinamento giuridico italiano*”, in *Trattato di diritto privato*, a cura di BESSONE M., Giappichelli, Torino, 2006.

TORCHIA L., *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni sul tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*, in *Foro it.*, 1990, IV, c. 203.

TORCHIA L., *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*, in *Giorn. Dir. Amm.*, 1996, 9, 832 ss.

URSI R., *Verso la giurisdizione esclusiva del giudice contabile: la responsabilità erariale degli amministratori delle imprese pubbliche*, in *Foro amm. CdS*, 2004, 3, p. 706.

VAIANO D., *L’onere di immediata impugnazione del bando e della successiva partecipazione alla gara tra legittimazione ad agire ed interesse a ricorrere*, in *Dir. Proc. Amm.* 2004, 3, 693.

VALAGUZZA S., *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l’incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Diritto proc. Amm.*, 2005, 1112 ss.

VASSALLI F., *Extrastatualità del diritto civile*, in *Studi giuridici*, III, II, Giuffré, Milano, 1960.

VERONELLI M., *I poteri di revoca dell’amministrazione comunitaria in materia di concentrazioni*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2007, 2, 479 ss., osservazioni su Trib. I grado, 20 novembre 2002, *Lagardère SCA e Canal SA C. Commissione*, causa T – 251/00, in *Racc.* 2002, p. I-4825.

VIOLA F., *La concorrenza fra gli ordinamenti e il diritto come scelta*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2008.

WEBER A., *Il diritto amministrativo procedimentale*, in *Riv. it. Dir. pubbl. com.*, 1992, 393 ss.

ZINGALES N., *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari di bandi di gara contrastanti con normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, nota a TAR Lombardia- Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922, in *Foro Amm.* 1998, I, 2452.