

Diritto dell'Unione europea e processo amministrativo italiano: note introduttive

di LUIGI DANIELE*

SOMMARIO: 1. L'impatto diretto e indiretto del diritto dell'Unione sul processo amministrativo; 2. Autonomia processuale degli Stati membri e principio di effettività: la direttiva ricorsi; 3. Segue: la giurisprudenza della Corte di giustizia; 4. Il principio di effettività e processo amministrativo in altri settori soggetti al diritto dell'Unione; 5. L'attuazione della direttiva ricorsi nell'ordinamento italiano; 6. L'impatto indiretto della direttiva ricorsi: l'azione di risarcimento; 7. Segue: l'art. 30 del Codice del processo amministrativo; 8. Conclusioni.

1. Tra le varie forme di processo, quello amministrativo ha probabilmente conosciuto l'impatto più forte da parte del diritto dell'Unione europea.

Ciò si spiega per il fatto che gran parte delle norme di tale ordinamento hanno per oggetto attività e funzioni che sono affidate alle pubbliche amministrazioni nazionali: dal settore degli appalti pubblici a quelli del diritto ambientale; dal diritto delle comunicazioni alla disciplina della concorrenza e degli aiuti statali alle imprese. La mancata o erronea applicazione di tali norme dà pertanto origine ad un contenzioso che, nella maggior parte degli Stati membri e in particolare in Italia, rientra esclusivamente o prevalentemente nella giurisdizione del giudice amministrativo. La disciplina del processo amministrativo italiano pertanto si è dovuta confrontare in moltissime occasioni con l'esigenza di giudicare questioni che coinvolgono il diritto dell'Unione e di assicurare la tutela delle posizioni soggettive derivanti da tale fonte.

Da questo confronto il diritto processuale amministrativo italiano ne è uscito profondamente trasformato. Ciò è avvenuto a doppio titolo.

Da un lato, il processo amministrativo italiano ha subito importanti modifiche per quanto riguarda i giudizi aventi specificamente ad oggetto le materie assoggettate a norme sostanziali dell'Unione.

L'aspetto processuale relativo a tali materie, infatti, pur essendo largamente lasciato all'autonomia di ciascuno Stato membro, è nondimeno oggetto di alcuni principi dettati dall'Unione, principi che hanno imposto una diversa interpretazione delle norme processuali interne o addirittura la disapplicazione di alcune di esse. In particolare, il principio di effettività ha avuto il risultato di innalzare gli standard di tutela giurisdizionale per vari aspetti del processo amministrativo, quali la definizione dei provvedimenti impugnabili, l'individuazione dei soggetti legittimanti a ricorrere, la tutela cautelare e quella di tipo risarcitoria. Si è pertanto assistito all'affermazione di una sorta di processo amministrativo speciale, applicabile alle sole materie soggette a

* Professore ordinario di Diritto dell'Unione europea nell'Università di Roma Tor Vergata.

norme sostanziali dell'Unione e caratterizzato, rispetto al processo amministrativo di diritto comune, da una notevole maggiore ampiezza di tutela.

Questo fenomeno ha assunto dimensioni assai rilevanti nel settore degli appalti pubblici. Qui infatti il legislatore dell'Unione, mediante la c.d. direttiva ricorsi¹, ha voluto armonizzare alcuni aspetti dei ricorsi esperibili in materia di aggiudicazione, così da rendere tali ricorsi rapidi ed efficaci. Gli Stati membri sono stati pertanto obbligati a modificare in profondità la propria normativa processuale interna applicabile al settore in esame, innalzando, anche in questo caso, gli ordinari standard di tutela giurisdizionale.

Dall'altro lato, le modifiche che il diritto dell'Unione ha comportato per il diritto processuale amministrativo degli Stati membri sono andate ben oltre i confini indicati.

In particolare in Italia la giurisprudenza e lo stesso legislatore hanno spesso operato nel senso di generalizzare la portata di alcune delle novità normative imposte dal diritto dell'Unione, rendendole applicabili al processo amministrativo senza distinguere se si sia in presenza o meno di normative sostanziali dell'Unione. Di modo che l'innalzamento degli standard di tutela che il diritto dell'Unione richiedeva ha pervaso l'intero nuovo diritto processuale amministrativo.

In sintesi, le mutazioni del processo amministrativo che il diritto dell'Unione ha comportato sono solo in parte riconducibili ad un impatto diretto, in quanto frutto di principi e norme aventi direttamente ad oggetto determinati aspetti del processo amministrativo applicabile a situazioni riconducibili a norme sostanziali dell'Unione. Per il resto, si è trattato di un impatto indiretto, in quanto frutto della volontà della giurisprudenza e del legislatore italiani di attribuire portata generale ad alcune delle novità rese necessarie dal diritto dell'Unione.

2. E' noto che il rapporto tra diritto sostanziale dell'Unione e diritto processuale degli Stati membri è molto delicato.

In principio, in mancanza di interventi del legislatore dell'Unione, la definizione del giudice competente e delle varie modalità di esercizio delle azioni a tutela di posizioni sostanziali originate dal diritto dell'Unione spetta a ciascuno Stato membro in applicazione della c.d. autonomia procedurale degli Stati.²

L'applicazione del diritto procedurale nazionale ai giudizi aventi ad oggetto la tutela di posizioni attribuite da una fonte dell'Unione non è assoluta ma può avvenire

¹ Direttiva 89/665/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, 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, in GUCE n. L 395 del 30/12/1989 pag. 33. Va ricordata anche la direttiva 92/13/CEE, del Consiglio, del 25 febbraio 1992, che coordina le disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'applicazione delle norme comunitarie in materia di procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia e degli enti che forniscono servizi di trasporto nonché degli enti che operano nel settore delle telecomunicazioni, in GUCE n. L 76 del 23 marzo 1992, (v., artt. 1 e 2). Le due direttive cit. sono state profondamente modificate dalla Direttiva 2007/69/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, in GUUE n. L. 335 del 20 dicembre 2007, p. 30.

² Il principio dell'autonomia processuale degli Stati membri risale, come è noto, a Corte giust. 16 dicembre 1976, *Rewe*, causa 33/76, in *Racc.* p. 1989. In dottrina, v., tra gli altri, D.-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009, ove ampi richiami giurisprudenziali e bibliografici.

soltanto se sono rispettate due condizioni: il principio dell'equivalenza e soprattutto quello dell'effettività.

Il principio dell'equivalenza esige che l'azione a tutela di un diritto derivante da una fonte dell'Unione non sia sottoposta a condizioni procedurali meno favorevoli di quelle che si applicherebbero ad un diritto simile, ma d'origine puramente interna.

Il principio dell'effettività esige invece che il diritto procedurale nazionale non renda praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela giurisdizionale delle posizioni derivanti dal diritto dell'Unione. Si tratta, visto sotto una diversa prospettiva, del diritto individuale ad una tutela giurisdizionale effettiva, diritto da tempo individuato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia come principio generale tratto dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri³ ma anche come vero e proprio diritto fondamentale consacrato dagli artt. 6.1 e 13 della CEDU e ora dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione.⁴

La centralità del principio dell'effettività risulta ora dal nuovo art. 19, par. 1, secondo comma, del TUE, che recita: "Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione."

Gli Stati membri pertanto non sono soltanto chiamati a tutelare le posizioni giuridiche originate dal diritto dell'Unione, offrendo ad esse un rimedio giurisdizionale secondo quanto previsto dal proprio ordinamento nazionale, ma anche ad assicurare agli interessati "una tutela giurisdizionale effettiva", modificando tali rimedi o prevedendone di nuovi.

In attesa dei necessari interventi di tipo legislativo, il compito di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale spetta ai giudici degli Stati membri. Ciò potrà avvenire interpretando le norme processuali nazionali in maniera quanto più possibile rispondente alle esigenze della tutela effettiva, secondo il metodo della c.d. interpretazione conforme. In caso di impossibilità di utilizzare tale metodo, i giudici saranno tenuti a disapplicare le norme processuali nazionali che non consentono una tutela giurisdizionale effettiva delle posizioni soggettive derivanti da norme sostanziali dell'Unione.⁵ Il c.d. primato di cui tali norme godono vale infatti anche nei confronti di norme processuali di diritto interno che non siano in grado di garantire l'effettività della tutela.

Per quanto riguarda più specificamente il processo amministrativo, l'autonomia procedurale degli Stati membri è stata ulteriormente limitata dalla presenza della direttiva ricorsi. Come è noto, attraverso le varie versioni di tale atto, il legislatore dell'Unione, pur senza armonizzare in maniera completa la materia,⁶ ha stabilito requisiti minimi sempre più stringenti che gli Stati membri devono rispettare nel

³ Corte giust., sent. 15 ottobre 1987, causa c-222/86, *Heylens*, in *Racc.* p. 4097 e, più recentemente, sent. 13 marzo 2007, causa c-432/05, *Unibet*, in *Racc.* p. I-2271.

⁴ Secondo Corte giust., sent. 3 settembre 2008, cause riunite C-402/05 P e C-415/05 P, *Kadi*, in *Racc.* p. I-6351, punto 335, "... in base ad una giurisprudenza costante, il principio di tutela giurisdizionale effettiva costituisce un principio generale di diritto comunitario che deriva dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, sancito dagli artt. 6 e 13 della CEDU, principio che è stato peraltro ribadito anche dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, proclamata a Nizza il 7 dicembre 2000 (GU C 364, pag. 1).

⁵ V., ex multis, Corte giust., 27 febbraio 2003, *Santex*, causa C-327/00, in *Racc.* p. I-1877, punti 63 e 64.

⁶ V. Corte giust., 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale Bau*, in *Racc.* p. 11617, punto 71.

disciplinare le procedure di ricorso esperibili nel settore degli appalti pubblici. L'obiettivo era di migliorare l'effettiva applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione⁷ attraverso la previsione di "mezzi di ricorso efficaci e rapidi"⁸.

In questo senso la direttiva ricorsi ha dato concretezza al principio dell'effettività della tutela giurisdizionale e ne ha "codificato" la portata con riferimento al settore degli appalti.

La Corte di giustizia, a sua volta, ha interpretato la direttiva in modo estremamente rigoroso ed evolutivo, così da valorizzarne al massimo la portata, aumentando l'intensità della tutela dei diritti individuali e, corrispettivamente, dei vincoli che ne derivano per gli ordinamenti nazionali in materia di processo amministrativo applicabile al campo degli appalti pubblici.

D'altro lato, costituendo il principio della tutela giurisdizionale effettiva un principio generale, la Corte non ha esitato ad estendere alcune delle soluzioni proprie della direttiva ricorsi ovvero della sua interpretazione giurisprudenziale, utilizzandole anche in ipotesi che, pur rientrano nel campo d'applicazione dei trattati, si situavano al di fuori del settore degli appalti pubblici.

Esempi di entrambi i fenomeni saranno esaminati nel prosieguo con riferimento alle problematiche relative alla tutela cautelare e al risarcimento dei danni.

3. Il rispetto della direttiva ricorsi da parte delle legislazioni nazionali è stato oggetto di attento controllo da parte tanto della Commissione quanto della Corte di giustizia. Quest'ultima è ripetutamente intervenuta sia nell'ambito di ricorsi per inadempimento proposti dalla Commissione, ai sensi dell'art. 258 TFUE, contro singoli Stati membri, sia e numericamente più spesso, su rinvio pregiudiziale, ai sensi dell'art. 267 TFUE, dei giudici nazionali. Questi hanno interrogato la Corte con frequenza sulla corretta interpretazione della direttiva, prospettando ipotesi di conflitto tra la direttiva stessa e taluni aspetti delle legislazioni nazionali.

Come la Corte ha riconosciuto in varie occasioni⁹, la direttiva, infatti, può e deve essere utilizzata dai giudici nazionali per correggere, attraverso il metodo dell'interpretazione conforme, eventuali imperfezioni della legislazione nazionale che siano superabili in via ermeneutica. Quando ciò non sia possibile, i giudici devono disapplicare la norma nazionale configgente e applicare la direttiva, contenendo questa norme capaci di attribuire diritti agli interessati¹⁰.

Come si è già detto, l'interpretazione che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha dato della direttiva ricorsi è stata peraltro tesa a valorizzare al massimo le sue potenzialità e la sua capacità di raggiungere il suo obiettivo di rendere effettiva e rapida la tutela contro il mancato rispetto della normativa dell'Unione in materia di appalti. In quest'ottica, le soluzioni individuate dalla Corte sono andate ben al di là della lettera

⁷ V. ora Direttiva 2004/18/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in GUCE n. L 134 del 30 aprile 2004, p. 114, e Direttiva 2004/17/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 31 marzo 2004 che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, *ivi*, p. 1.

⁸ Considerando III, Dir. 89/665, del Consiglio, del 21 dicembre 1989, *cit.*

⁹ Corte giust., sent. 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*, in *Racc.* p. I-1877, punto 63.

¹⁰ Corte giust., sent. 28 gennaio 2010, causa C- *Uniplex*, in *Racc.* p. I-817, punto 49.

delle disposizioni da interpretare e hanno costretto la giurisprudenza nazionale e talvolta addirittura i legislatori a rimettere mano alle soluzioni normative interne fino ad allora seguite.

Numerosi sono gli esempi di interpretazione “generosa” delle disposizioni della direttiva da parte della Corte.

Basterà ricordare le sentenze che hanno ricostruito in termini ampi la nozione di soggetti legittimati al ricorso ai sensi dell’art. 1, par. 3, della direttiva¹¹. Ad esempio, è stata riconosciuta la legittimazione a ricorrere anche a soggetti che non abbiano partecipato alla gara quando si versi in ipotesi eccezionali, quali la necessità di impugnare un bando di gara contenente clausole discriminatorie¹² ovvero un affidamento avvenuto senza gara.¹³

Nello stesso senso si può citare la giurisprudenza che ha esteso la nozione di atto di cui si può chiedere l’annullamento ai sensi dell’art. 2, par. 1, lett. b), della direttiva. Ad esempio la Corte ha ammesso l’impugnabilità della decisione di revoca di una gara, pur non essendo le modalità di revoca disciplinate specificamente dalle direttive in materia di aggiudicazione.¹⁴

La Corte inoltre ha più volte imposto ai giudici nazionali di interpretare con una certa flessibilità i termini di ricorso quando le circostanze del caso di specie lo richiedono per assicurare il rispetto del principio di effettività. In proposito è ben noto il caso *Santex*, in relazione al quale la Corte ha indicato che, per valutare se il termine di decadenza è rispondente al citato principio, è necessario prendere in considerazione anche il comportamento della pubblica amministrazione e il legittimo affidamento creato in capo al ricorrente.¹⁵

Anche sul diritto al risarcimento dei danni prescritto dall’art. 2, par., lett. c), della direttiva, la Corte è intervenuta rafforzando la portata di tale forma di tutela. La punta massima è stata probabilmente raggiunta con le sentenze *Commissione c. Portogallo*¹⁶ e *Stadt Graz*¹⁷, in cui la Corte ha giudicato incompatibili con lo scopo e con il contesto della direttiva ricorsi norme nazionali che subordinano la possibilità di ottenere un risarcimento per violazione delle direttive sugli appalti o delle legislazioni nazionali d’attuazione, alla prova dell’esistenza di una colpa da parte della pubblica amministrazione. E ciò anche qualora, come nel caso della legislazione austriaca in esame nella sentenza da ultimo citata, è prevista una presunzione di colpa che spetta alla pubblica amministrazione superare attraverso una prova contraria.

¹¹ L’art. cit., obbliga gli Stati membri a rendere le procedure di ricorso accessibili «[...]a chiunque abbia o abbia avuto interesse a ottenere l’aggiudicazione di un determinato appalto e sia stato o rischi di essere leso a causa di una presunta violazione».

¹² Corte giust. 12 febbraio 2004, causa C-230/02, *Grossmann Air Service*, in *Racc.* p. I-1829, punto 37.

¹³ Corte giust. 11 gennaio 2005, causa C-26/03, *Stadt Halle*, in *Racc.* p. I-1. Per altre ipotesi v. il contributo DI G. BIAGIONI, § 2

¹⁴ Corte giust. 18 giugno 2002, causa C-92/00, *Hospital Ingenieure*, in *Racc.* p. I-553, punti 49 e ss.

¹⁵ Corte giust. 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*, in *Racc.* p. 1871, punti 56 e ss.; Corte giust. 11 ottobre 2007, causa C-241/06, *Limmerzahl*, in *Racc.* p. 8415, punti 56 e ss.

¹⁶ Corte giust. 14 ottobre 2004, causa C-275/03, *Commissione c. Portogallo*, non pubblicata in *Racc.*

¹⁷ Corte giust. 30 settembre 2010, causa C-314/09, *Stadt Graz*, in *Racc.* p. I-8769.

Un altro campo in cui la giurisprudenza della Corte ha fatto molto sentire la sua visione “garantista” è quello della tutela cautelare prevista dall’art. 2, par. 1, lett a), della direttiva ricorsi.¹⁸

Da un lato, la Corte ha più volte ribadito che la norma citata esige che agli organi di ricorso venga attribuito il potere non soltanto di sospendere un’aggiudicazione ma anche di adottare provvedimenti provvisori consistenti in un “facere”, in altri termini, provvedimenti “positivi” necessari secondo il caso.¹⁹ Gli Stati membri, per rispondere alle esigenze del principio della certezza del diritto, devono espressamente prevedere un potere del genere, non essendo sufficiente che vi sia una prassi giurisprudenziale in questo senso.²⁰

Dall’altro, la Corte ha affermato la necessità di considerare la tutela cautelare come un rimedio “autonomo”. In altri termini, gli Stati membri devono prevedere nella loro legislazione il potere per gli organi di ricorso di adottare provvedimenti provvisori anche indipendentemente dalla “previa” proposizione di un ricorso d’annullamento o di merito.²¹

4. In giurisprudenza sono peraltro numerosi i casi in cui la Corte ha fatto uso dei principi elaborati in relazione alla direttiva ricorsi e, in generale, del principio dell’effettività con riferimento a settori diversi dagli appalti pubblici ma pur sempre generalmente rientranti nell’ambito di applicazione del processo amministrativo.

Per limitarci ad alcuni esempi, si può partire da un precedente relativo ad aiuti comunitari risalente addirittura ad un’epoca in cui non si era ancora sviluppata una giurisprudenza in materia di direttiva ricorsi. Si tratta della sentenza sul caso *Oleificio Borelli*²², dove la Corte invoca, sia pure in un *obiter dictum*, “l’ esigenza di un sindacato giurisdizionale di qualsiasi decisione di un’ autorità nazionale” per affermare l’obbligo per il giudice nazionale di considerare ricevibile un ricorso contro un parere, nel caso si tratti di un parere (di una Regione italiana), che vincola l’autorità competente ad emanare l’atto definitivo (nella specie la Commissione europea). Secondo la Corte il ricorso andrebbe dichiarato ricevibile “anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedono in un caso del genere”.²³

In una serie di recenti sentenze, la Corte ha utilizzato il principio della tutela giurisdizionale effettiva per interpretare in maniera ampia il diritto degli interessati e

¹⁸ L’art. 2, par. 1, lett. a), dispone infatti l’obbligo per gli Stati membri di prevedere i poteri che permettano di “prendere con la massima sollecitudine e con procedura d’urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l’esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici”.

¹⁹ Corte giust. 19 settembre 1996, causa C-236/98, *Commissione c. Grecia*, in *Racc.* p. I-4459, punto 11; Corte giust. 15 maggio 2003, causa C-214/00, *Commissione c. Spagna*, in *Racc.* p. I-4667, punto 99.

²⁰ Corte giust. *Commissione c. Grecia* cit, punto 13.

²¹ Corte giust. *Commissione c. Grecia* cit, punto 14; Corte giust. *Commissione c. Spagna* cit, punto 99 e ss.; Corte giust. (ord.), 29 aprile 2004, causa C-203/03, *DAC*, non pubblicata in *Racc.*, ., avente ad oggetto l’art. 21 della legge T.A.R. come modificato dall’art. 3 della legge 21 luglio 2000, n. 205. Sul punto v. il contributo di F. SPITALERI.

²² Corte giust. 3 dicembre 1992, causa C-97/91, *Oleificio Borelli*, in *Racc.* p. I-6313.

²³ Punto 13. La giurisprudenza amministrativa italiana si è orientata nella stessa direzione in materia di pareri vincolanti: v. richiami nel contributo in questo volume di F. BADOCCO, § 3.

soprattutto delle organizzazioni ambientali non governative ad impugnare le decisioni in materia ambientale.²⁴

Sempre in materia ambientale si segnala infine la ancora più recente sentenza sul caso *Križan*²⁵. In risposta ad alcune questioni pregiudiziali concernenti l'interpretazione dell'art. 15 bis della direttiva 96/61,²⁶ la Corte riconosce, che i membri del pubblico interessato non soltanto hanno diritto, come espressamente previsto dall'art. 15 bis cit., di accedere ad una procedura di ricorso dinanzi al competente organo giurisdizionale o indipendente e imparziale per contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni soggetti alle disposizioni sulla partecipazione del pubblico stabilite dalla direttiva, ma anche di chiedere idonei provvedimenti provvisori di sospensione, benché il citato art. 15 bis non ne parli.²⁷ Ciò perché “per costante giurisprudenza, il giudice nazionale investito di una controversia disciplinata dal diritto dell'Unione deve essere in grado di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della decisione giurisdizionale che statuirà sull'esistenza dei diritti invocati sulla base del diritto dell'Unione”²⁸.

5. L'importanza del ruolo che la direttiva ricorsi ha svolto nella recente evoluzione del processo amministrativo in Italia è universalmente riconosciuto dalla dottrina.²⁹

Com'è noto, gli appalti pubblici rientrano nella giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo italiano (v. ora art. 133, lett. e), n. 1, del nuovo Codice del processo amministrativo³⁰). Si tratta peraltro di un settore che, dopo la “privatizzazione” del rapporto di pubblico impiego e la conseguente attribuzione al giudice ordinario della relativa giurisdizione, costituisce la fonte più importante di contenzioso dinanzi al giudice amministrativo.

Il legislatore italiano ha pertanto dovuto provvedere ad attuare la direttiva ricorsi nelle sue varie versioni,³¹ tenendo anche conto delle modifiche imposte dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Ad esempio, nell'adottare il Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture³², si è provveduto anche ad introdurre il nuovo art. 245, sanando la lacuna evidenziata dalla Corte di giustizia nell'ordinanza

²⁴Corte giust., 30 aprile 2009, causa C-75/08, *Mellor*, in *Racc.* 2009, p. I-3799, 15 ottobre 2009, causa C-263/08, *Djurgården-Lilla Värtans Miljöskyddsforening*, in *Racc.* 2009, p. I-09967, 12 maggio 2011, causa C-115/09, *Bund für Umwelt und Naturschutz Deutschland, Landesverband Nordrhein-Westfalen eV*, in *Racc.* 2011, p. I-03673, 8 marzo 2011, causa C-240/09, *Lesoochránárske zoskupenie*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Su tale giurisprudenza v. il contributo in questo volume di G. BIAGIONI, § 4, e, soprattutto, il contributo di S. POLI.

²⁵Corte giust. 15 gennaio 2013, causa C-416/10, *Križan*, non ancora pubblicata in *Racc.*

²⁶Direttiva 96/61/CE del Consiglio, del 24 settembre 1996, “sulla prevenzione e la riduzione integrale dell'inquinamento”, in *GUCE* n. L 257 del 10 ottobre 1996, p. 26.

²⁷Punto 110. V. il contributo di S. AMADEO, § 2.3.

²⁸Punto 107. La Corte richiama in proposito Corte giust. 19 giugno 1990., causa C-213/89, *Factortame*, in *Racc.* pag. I-2433, punto 21, nonché Corte giust. 13 marzo 2007, causa, C-432/05, *Unibet*, in *Racc.* pag. I-2271, punto 67

²⁹V. i richiami nel contributo di F. SPITALERI, nota 35.

³⁰D.lgs 2 luglio 2010, n. 104, *Codice del processo amministrativo*, in *G.U.* 7 luglio 2010.

³¹V., ad esempio, d.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, *Attuazione della direttiva 2007/66/CE che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti*, in *G.U.* n. 84 del 12 aprile 2010

³²D.lgs. 12 aprile 2006, n. 163, *Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione delle direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE*, in *G.U.* del 2 maggio 2006, n. 100.

DAC cit. e disciplinando le modalità e le condizioni per ottenere la c.d. tutela cautelare *ante causam*.

Anche la giurisprudenza amministrativa, dal suo canto, è intervenuta ad integrare o sostenere l'opera di conformazione dell'ordinamento italiano alle esigenze del diritto dell'Unione. Ad esempio, il Consiglio di Stato ha finito per adeguarsi alla riferita giurisprudenza della Corte di giustizia circa la non necessità della prova della colpa della pubblica amministrazione per ottenere il risarcimento del danno, precisando, tuttavia, che la soluzione è valida soltanto nel settore degli appalti.³³

6. L'esempio più volte citato della tutela cautelare *ante causam* ci consente di passare al secondo tipo di impatto che il diritto dell'Unione ha avuto sulla disciplina del processo amministrativo in Italia: l'impatto che abbiamo definito indiretto.

In realtà le innovazioni che il legislatore italiano si è trovato a dovere introdurre per dare attuazione alla direttiva ricorsi e alla relativa giurisprudenza dalla Corte di giustizia hanno fatto la loro apparizione in un momento storico molto particolare.

Da tempo fervevano i lavori per addivenire, dopo un secolo e mezzo dai primi interventi in materia (a partire dalla famosa legge sull'abolizione del contenzioso amministrativo del 1865³⁴), ad una complessiva rimeditazione della disciplina del processo amministrativo in Italia. Tali lavori, attraverso varie tappe intermedie, hanno poi portato, nel giro degli ultimi anni, ad una grande conquista per l'ordinamento italiano: l'adozione del Codice del processo amministrativo, approvato col D. Lgs. 104/2010, in attuazione della delega legislativa contenuta nell'art. 44 della L. n. 69/2009³⁵.

Tra gli obiettivi degli interventi legislativi che si sono susseguiti in questi anni e dello stesso Codice figura in primo piano quello di assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale in sede di processo amministrativo, obiettivo richiamato espressamente tanto dall'art. 44, comma 2, lett. a), della Legge delega n. 69/2009, quanto dall'art. 1 del Codice. Tale obiettivo, come si è visto, era lo stesso di quello che aveva giustificato l'adozione della direttiva ricorsi.

E' stato perciò inevitabile che talune soluzioni innovative introdotte nell'ordinamento italiano nel settore degli appalti in occasione dell'attuazione della direttiva ricorsi, siano state generalizzate e rese applicabili anche al di fuori dei settori oggetto di armonizzazione a livello europeo. Si è dato perciò vita ad una disciplina che si ispira bensì a "principi ... del diritto europeo" (art. 1 del Codice) in particolare a quelli presenti nella direttiva ricorsi, ma la cui portata generale è dovuta ad una scelta propria del legislatore italiano, dal momento che si applicano, senza distinzione, anche a settori ove non esistono vincoli dell'Unione attinenti alla disciplina del processo amministrativo.

³³ CdS, V, 24 febbraio 2011 n. 1193, V, 12 ottobre 2011, n. 6919, su casi rientranti nel settore degli appalti. V. anche CdS, V, 28 dicembre 2011, n. 482 e IV, 30 gennaio 2012, su casi estranei al settore e dunque soggetti al requisito soggettivo della colpa. Sul punto v. il contributo di G. BIAGIONI e F. NICOLINI.

³⁴ L. 20 marzo 1865, n. 2248, *Legge sul contenzioso amministrativo*, in *G.U.* 27 aprile 1865, n. 101.

³⁵ L. delega 18 giugno 2009, n. 69, *Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile*, in *G.U.* 19 giugno 2009, n. 140.

L'esempio che viene subito alla mente è quello del diritto al risarcimento dei danni per lesione di posizioni soggettive qualificabili, secondo la bipartizione nota soltanto all'ordinamento italiano, come meri interessi legittimi.

Come è noto, la risarcibilità degli interessi legittimi è stato inizialmente "imposta" dal già citato art. 2, comma 1, c), della direttiva ricorsi. Tale disposizione prevedeva un diritto al risarcimento danni per le persone lese dalla violazione delle norme dell'Unione in materia di appalti, cioè in un settore caratterizzato dalla presenza di quelli che, secondo l'ordinamento italiano, costituiscono meri interessi legittimi. La risarcibilità è stata così accolta nell'ordinamento italiano come *lex specialis* dall'art. 13 della Legge 19 febbraio 1992, n. 142³⁶, che lo limitava ai soli casi di "lesione a causa di atti compiuti in violazione del diritto comunitario in materia di appalti pubblici di lavori o di forniture o delle relative norme interne di recepimento".

Tuttavia la soluzione è stata ben presto eretta a principio generale dalle Sezioni unite alla Corte di cassazione nella famosa sentenza n. 500/1999³⁷, seguita a sua volta da vari interventi legislativi fino all'attuale art. 30 del Codice del processo amministrativo.³⁸

Altro esempio di istituto nato come limitato ad esigenze di adeguamento al diritto dell'Unione e poi generalizzato dal legislatore italiano è costituito dalla già richiamata tutela cautelare *ante causam*. L'art. 61 del Codice del processo amministrativo ha eretto questa forma "speciale" di tutela provvisoria in quanto prevista solo per in materia di appalti, ad istituto di carattere generale, rendendolo applicabile non soltanto ai c.d. appalti sotto soglia, cioè ai contratti che, per valore, sfuggono al campo d'applicazione delle direttive in materia di aggiudicazione, ma anche a qualsiasi altra situazione giuridica la cui tutela rientri nella giurisdizione del giudice amministrativo. In questo senso disponeva peraltro espressamente il richiamato art. 44, comma 2, lett. f) della L. delega n. 69/2009.

La convergenza tra direttiva ricorsi e Codice del processo amministrativo, riscontrabile anche in altri casi, si spiega oltre che in funzione del già richiamato principio dell'effettività della tutela giurisdizionale che li accomuna, anche in considerazione di altri principi di rango costituzionale, genericamente richiamati dal citato art. 1 del Codice: si pensi all'art. 24, primo comma, sul diritto d'azione, all'art. 113, sulla pienezza della tutela giurisdizionale, nei confronti della pubblica amministrazione, e soprattutto all'art. 3: difficilmente il principio costituzionale di eguaglianza avrebbe potuto tollerare la scelta del legislatore di limitare determinate forme di tutela giurisdizionale alle sole situazioni soggettive oggetto della direttiva ricorsi e non estese anche alle analoghe situazioni ricadenti nel campo d'applicazione del solo diritto interno.

7. La trasformazione di talune soluzioni normative di derivazione europea in istituti di carattere generale del processo amministrativo italiano, per quanto da accogliere

³⁶ L. 19 febbraio 1992, n. 142, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1991)*, G.U. del 20 febbraio 1992, n. 42.

³⁷ Cass. civ. sez. un. del 22 luglio 1999, n. 500/1999.

³⁸ Sul quale v. il contributo di G. BIAGIONI e F. NICOLINI.

positivamente in termini di accrescimento della tutela giurisdizionale, non è sempre avvenuta in maniera indolore: a volte sono sorte nuove difficoltà; altre volte questioni già sorte in passato sono rimaste aperte.

E' questo, in particolare, il caso delle molte questioni sorte in passato intorno alla risarcibilità dei danni subiti per effetto di atti o comportamenti illegittimi della pubblica amministrazione e soprattutto del c.d. pregiudiziale d'annullamento.

La questione, come è noto, ruotava intorno al problema se l'azione di risarcimento fosse proponibile in maniera autonoma o se invece fosse subordinata alla necessità di previamente chiedere e ottenere l'annullamento del provvedimento amministrativo che ha causato il danno. Sul punto si era registrato un duro scontro tra Corte di cassazione, che era a favore della prima tesi, e il Consiglio di Stato, che aveva a lungo difeso la tesi opposta.³⁹

Il nuovo art. 30 del Codice del processo amministrativo nell'attribuire alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le azioni risarcitorie da lesione di interessi legittimi ovvero anche da lesione dei diritti soggettivi nelle materie di giurisdizione esclusiva amministrativa (artt. 30, comma 2 e 7, comma 5), ammette che l'azione risarcitoria possa essere proposta "contestualmente" ad altre azioni, in particolare alla "classica" azione di annullamento di cui all'art. 29, ovvero "in via autonoma" (art. 30 n. 1).

Ora che il legislatore ha sposato la tesi della Corte di Cassazione e ha stabilito che, per proporre un'azione di risarcimento per danni derivanti da un provvedimento amministrativo, non è necessario ottenere previamente l'annullamento di questo, ma è possibile agire direttamente per danni, resta da domandarsi se sulla scelta operata dal Codice abbia o meno influito il diritto dell'Unione.

La risposta è affermativa ma occorre subito precisare che l'influenza del diritto dell'Unione in questo caso è consistita nel porre una serie di "paletti" o requisiti minimi al cui interno il legislatore nazionale è dovuto restare.

La direttiva ricorsi contiene una norma che sembra alludere proprio al sistema della pregiudiziale d'annullamento. L'art. 2, comma 5, infatti afferma quanto segue: "Gli Stati membri possono prevedere che, se un risarcimento danni viene domandato a causa di una decisione presa illegalmente, per prima cosa l'organo che ha la competenza necessaria a tal fine annulli la decisione contestata".

La libertà di scelta che tale norma consente agli Stati membri non è però illimitata. Essa consente agli Stati di esigere che il giudice competente a decidere su una domanda risarcitoria, prima di pronunciarsi in merito a tale domanda, debba statuire sulla legittimità del provvedimento che ha causato il danno lamentato. L'art. 2, comma 5 sembra pertanto alludere ad una pronuncia d'annullamento di tipo incidentale che uno stesso giudice sarebbe chiamato ad emettere nel contesto di un giudizio avente come oggetto principale un'azione risarcitoria.

La norma non sembrerebbe tollerare soluzioni che attribuissero a diversi organi la decisione sull'annullamento e quella sul risarcimento, come, ad esempio era stato

³⁹ Per richiami v. il contributo di G. BIAGIONI e F. NICOLINI.

inizialmente previsto in Italia dall'art. 13 della Legge 19 febbraio 1992, n. 142, in sede di attuazione della direttiva ricorsi.⁴⁰

Anche perché l'obbligo di rivolgersi in successione a due giudici diversi, per i costi e i tempi che un tale sistema implicherebbe, costituirebbe molto probabilmente una soluzione contraria al principio di effettività. In questo senso vale il precedente della sentenza *Impact*, benché pronunciata in un contesto diverso, nella sentenza *Impact*.⁴¹

La direttiva ricorsi, così come interpretata dalla Corte di giustizia, non tollererebbe invece una soluzione che escludesse in determinate ipotesi la possibilità di chiedere l'annullamento del provvedimento illegittimo e limitasse alla mera domanda risarcitoria la tutela del soggetto interessato. Ciò risulta dalla sentenza *Hospital Ingenieure*, l'unica in cui la Corte ha preso posizione su problemi del genere⁴².

Viceversa la direttiva non sembra opporsi ad una norma simile all'attuale art. 30 del Codice che lasci al soggetto interessato la scelta di decidere se richiedere insieme l'annullamento e il risarcimento, prima l'una cosa e poi la seconda o ancora soltanto il risarcimento.

Da questo punto di vista talune perplessità derivano dal disposto dell'art. 30, comma 3, seconda parte, secondo il quale il giudice "comunque esclude il risarcimento dei danni che si sarebbero potuto evitare usando l'ordinaria diligenza, anche attraverso l'esperimento degli strumenti di tutela previsti".

La norma, chiaramente ispirata ma non coincidente con l'art. 1277 c.c. in tema di responsabilità contrattuale, potrebbe, come alcuni autori hanno paventato, essere interpretata come una forma di "pregiudiziale d'annullamento mascherata": di fatto, la mancata proposizione del ricorso d'annullamento nei confronti del provvedimento illegittimo potrebbe essere valutata a priori come motivo d'esclusione del risarcimento.

Evidentemente se l'art. 30, comma 3, seconda parte, fosse davvero così interpretato si riproporrebbe il problema della compatibilità del sistema della pregiudiziale d'annullamento con il diritto dell'Unione e della direttiva ricorsi.

Un ulteriore profilo di difficoltà si pone, nel caso di opzione per la proposizione di un'azione di risarcimento autonoma, per quanto riguarda il *dies a quo* da cui decorre il termine decadenziale di 120 giorni stabilito dall'art. 30, comma 3, prima parte.

E' noto come, secondo la costante giurisprudenza della Corte di giustizia, il diritto dell'Unione non si oppone alla fissazione di termini decadenziali o di prescrizione ragionevoli⁴³ a meno che tali termini non siano tali da renderne il rispetto praticamente impossibile o estremamente difficile, anche in ragione dell'incertezze legate alla sua individuazione nei casi concreti.⁴⁴

Da questo punto di vista ci si potrebbe chiedere se il termine decadenziale di 120 giorni previsto dall'art. 30, comma 3, prima parte, per i soli danni da lesione di interessi legittimi non sia troppo breve, soprattutto in ragione della sua generalità, che non consente di prendere in considerazione ipotesi in cui il danno si manifesti quando il

⁴⁰ L. 19 febbraio 1992, n. 142, *Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee (legge comunitaria per il 1991)*, G.U. del 20 febbraio 1992, n. 42.

⁴¹ Corte giust. 15 aprile 2008, *Impact*, causa C-268/06, in *Racc.* p. I-2483, punto 55.

⁴² Corte giust., sent. 4 marzo 1999, causa C-258/97, *Hospital Ingenieure*, in *Racc.* p. I-1405.

⁴³ Corte giust., 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale Bau*, in *Racc.* p. 11617, punto 76.

⁴⁴ Corte giust. 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*, in *Racc.* p. 1871, punto 61.

termine è già scaduto ovvero nel caso di danni di durata, riguardo ai quali la Corte di giustizia ha avuto occasione di esprimere le proprie preoccupazioni, seppure in un contesto differente, nella sentenza *Manfredi*⁴⁵.

8. Alla luce degli esempi brevemente toccati in precedenza, già appare con evidenza l'importanza del contributo che il diritto dell'Unione e in particolare la direttiva ricorsi hanno dato alla trasformazione del processo amministrativo italiano.

Partendo dall'esigenza imposta dal diritto dell'Unione di assicurare una tutela giurisdizionale piena ed efficace delle situazioni soggettive che ricadono nel campo d'applicazione dei trattati, l'ordinamento italiano si è dato, attraverso l'opera del legislatore e il contributo della giurisprudenza, una serie di innovazioni di portata generale che hanno innalzato gli standard di protezione di qualsiasi situazione giuridica tutelabile dinanzi al giudice amministrativo.

Si tratta di un esempio tra i più positivi e virtuosi in cui il diritto dell'Unione, direttamente o indirettamente, ha spinto verso un concreto progresso rispetto alle soluzioni previste in precedenza.

I contributi di cui il presente volume si compone, affrontando diversi profili in cui l'impatto del diritto dell'Unione si manifesta, permetteranno di disegnare un quadro più completo e preciso del fenomeno descritto.

⁴⁵ Corte giust., sent. 13 luglio 2006, cause riunite da C-295/04 a C-298/04, *Manfredi*, in *Racc.* p. I-6619.