

Corso on - line PROCURATORE DELLO STATO I ed. 2014-2015

Lezione A-01

Il diritto amministrativo europeo

Sommario: 1. Premessa 1.1. La nozione di diritto amministrativo europeo 2. Le fonti del diritto comunitario 2.1. Le direttive c.d. *self-executing* 3. I rapporti tra le fonti comunitarie e le fonti nazionali: il principio di primazia si attua con lo strumento della disapplicazione delle norme nazionali contrastanti 3.1. La cd. disapplicazione *in pejus* 3.2. Il contrasto tra atto comunitario e norma comunitaria di rango superiore 3.3. Le deroghe al principio di primazia del diritto comunitario: la teoria dei controlli 3.4. Il giudicato nazionale contrastante con il diritto comunitario 3.5. Il principio di legittimo affidamento quale limite negativo al principio di primazia del diritto comunitario nell'autotutela: rinvio 4. Le relazioni tra amministrazioni nazionali e comunitarie e i risvolti in materia giurisdizionale: i c.d. procedimenti amministrativi misti 4.1. Le forme di cooperazione europea secondo il principio di separazione e di cooperazione 4.1.1. Le formule tipiche dell'amministrazione organizzata secondo il principio di cooperazione e i problemi inerenti alla tutela giurisdizionale 4.2. Il problema della tutela giurisdizionale: separazione o integrazione? 5. Gli effetti del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale: l'incidenza sugli istituti di diritto sostanziale 5.1. I principi generali del diritto comunitario ai sensi dell'art. 1, comma, 1, l. 241/90 5.1.1. Il principio di tutela del legittimo affidamento e sue applicazioni in materia di autotutela 5.1.2. Il principio di proporzionalità 5.1.3. Il principio di trasparenza e il diritto di accesso agli atti 5.1.4. Il diritto al contraddittorio e il diritto di difesa 5.2. La nuova nozione di pubblica amministrazione 5.3. Si impone la risarcibilità dell'interesse legittimo 5.4. segue...Le influenze comunitarie sulle regole che governano il risarcimento 5.4.1. La legittimazione a proporre l'azione risarcitoria 5.4.2. La quantificazione del danno 5.4.3. Il nesso di causalità 5.4.4. L'elemento soggettivo 5.4.5. La prescrizione dell'azione risarcitoria 5.4.6. Il risarcimento del danno cagionato dallo Stato legislatore 5.4.7. Sulla natura giuridica della responsabilità dello Stato legislatore per violazione del diritto dell'Unione europea 5.4.8. Il risarcimento del danno cagionato dallo Stato giurisdizione 6. L'influenza del diritto dell'Unione europea sul nostro sistema di giustizia amministrativa 6.1. La nozione di interesse legittimo e il riparto di giurisdizione non collidono con i principi europei 6.2. Le regole processuali e il diritto europeo dopo la legge 205/2000 7. Il concetto comunitario di giurisdizione nazionale.

1. Premessa

Prima di addentrarci nell'esame dell'argomento oggetto della presente lezione, appare opportuno, al fine di una piena comprensione dell'argomento, illustrare brevemente l'evoluzione che ha caratterizzato il processo di integrazione fra i paesi membri dell'Unione europea.

Il progetto politico europeo muove i primi passi per una contingenza di assoluto rilievo: la necessità di superare una volta per tutte i contrasti tra Germania e Francia alla base delle due guerre mondiali per il controllo dei due bacini carboniferi della Ruhr e della Saar. Da qui l'idea di creare organismi sovranazionali in grado di fungere da stanze di compensazione: la NATO con il compito di occuparsi della difesa territoriale e la CECA (Comunità europea del carbone e dell'acciaio) con quello di occuparsi della gestione dell'industria del carbone e dell'acciaio.

Il primo step è rappresentato, quindi, dalla sottoscrizione del Trattato CECA a Parigi nel 1951, con la creazione di un organo di gestione quale l'Alta autorità, dotato di effettiva indipendenza rispetto agli Stati sottoscrittori. L'esperimento venne reiterato con i Trattati di Roma del 1957 che portarono alla creazione della Comunità economica europea e della Comunità europea per l'energia atomica. In prima battuta le tre Comunità funzionarono con organi distinti, questo fino al Trattato sulla fusione degli esecutivi del 1965, che pur mantenendo una competenza differenziata per le varie Comunità determinò l'individuazione di organi comuni. L'adesione di nuovi stati decretò un successo delle iniziative in questione, che venne esaltato attraverso l'introduzione di un meccanismo di elezione diretta dei membri del Parlamento da parte dei cittadini degli stati membri.

Ma una vera e propria svolta si realizzò in adesione alla realizzazione delle esigenze di un movimento che per bilanciare l'influenza nella sfera giuridica dei cittadini in campo economico della Comunità sfociò nell'**Atto unico stipulato nel 1986** attraverso il quale la Comunità

economica europea non si propose più soltanto il fine di abolire gli ostacoli alla circolazione delle merci, ma affidò alla Comunità nuove competenze in tema di ambiente, trasporti, energia, telecomunicazioni per perseguire finalità di coesione economica e sociale. Allo stesso tempo sul versante dell'operatività degli organi comunitari assunse un ruolo sempre di maggior rilievo il Parlamento, e si impose un meccanismo di funzionamento del Consiglio basato sul criterio della maggioranza. Ciò comportò una maggiore democratizzazione dell'attività della Comunità, grazie al peso assunto dal Parlamento, e al contempo, un incremento del peso della Comunità per gli Stati membri grazie all'affermarsi del metodo decisorio maggioritario in seno al Consiglio. Coevamente l'opera esegetica della Corte di Giustizia spingeva verso il superamento dell'idea che vi fossero ordinamenti giuridici separati tra la Comunità e gli Stati membri a favore della presenza di un unico ordinamento giuridico. Trovavano piena attuazione in queste temperie anche a livello di corti costituzionali nazionali i principi dell'effetto diretto delle norme comunitarie sulle posizioni giuridiche dei singoli e della primazia del diritto comunitario.

Ulteriore espansione delle competenze della Comunità si registrò **con il Trattato di Maastricht** con il quale **si introdusse il concetto di Unione europea**, che non rappresentava la creazione di un nuovo organismo internazionale, ma un fenomeno di maggiore integrazione a livello europeo, nel quale le decisioni venivano assunte dall'organo il più vicino possibile ai cittadini. La Comunità, emblematicamente, non venne più definita dopo Maastricht "Comunità economica europea", ma "Comunità europea" a riprova del peso non più maggioritario del profilo economico. Le sue competenze si espansero ulteriormente secondo un impianto definito dei "tre pilastri": il primo riguardava le modifiche ai tre trattati esistenti (tra queste l'accento posto sulla protezione della salute e dei consumatori, del settore del turismo, dell'energia, nonché l'obiettivo della creazione della moneta unica, l'istituzione di una "cittadinanza dell'Unione"); il secondo riguardava la politica estera e di sicurezza comune; il terzo riguarda la cooperazione nei settori della giustizia e degli affari interni. Se il primo dei pilastri contribuiva ad accentuare il percorso di integrazione europea in modo diretto, il secondo e il terzo attraverso una forma di collaborazione tra gli Stati membri estranea alla Comunità si poneva a fondamento di un processo di riavvicinamento delle politiche e delle discipline tra gli Stati membri.

Un effetto diretto di questa politica si ebbe con **il Trattato di Amsterdam** del 1997 con il quale si comunitarizzò l'importante materia relativa all'immigrazione e alla circolazione delle persone prima collocata nel terzo pilastro e con **il Trattato di Nizza del 2001**, che migliorò il meccanismo di cooperazione rafforzata nei due pilastri non comunitari. Sempre a Nizza venne, infine, proclamata la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che ribadiva la centralità all'interno dell'Unione europea di quelle posizioni giuridiche fondamentali dei singoli, già consacrate nei Trattati comunitari, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nelle Costituzioni dei singoli Stati e nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

L'ultima meta venne segnata con **il Trattato di Lisbona del 2007**, che sancì il definitivo avvicendamento dell'Unione europea alla Comunità europea. Il terzo pilastro venne definitivamente comunitarizzato. Dal punto di vista istituzionale venne introdotto come nuovo organo il Consiglio europeo (ossia il consesso dei capi di governo). Venne inoltre prevista l'adesione dell'Unione europea alla CEDU e un maggiore potere decisionale in capo al Parlamento.

1.1. La nozione di diritto amministrativo europeo.

L'accelerazione impressa al processo di integrazione tra l'ordinamento dell'Unione europea e l'ordinamento nazionale nel sistema italico risulta testimoniato dall'attenzione che il legislatore costituzionale e quello ordinario dedicano all'argomento: per fermarci alle norme di stampo generale, l'art. 117, comma 1, Cost. stabilisce che l'attività legislativa statale e regionale deve rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario; l'art. 1, comma 1, l. 241/90, come modificato dalla legge n. 15/2005, sancisce la soggezione dell'azione amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario; l'art. 1, c.p.a. dispone che: *"La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo"*.

Risulta quindi cristallizzato, sul versante positivo, che i precetti giuridici dell'Unione penetrano direttamente negli ordinamenti nazionali e ne influenzano in modo vincolante ed effettivo sia l'azione normativa che quella amministrativa.

Se a ciò aggiungiamo la trasversalità dell'intervento normativo dell'Unione Europea, che tocca ormai tutti i settori amministrativi, risulta chiara la ragione dell'affermarsi di un **diritto amministrativo europeo**.

Le interferenze tra il diritto nazionale e quello europeo sono tali che appare non più immaginabile approcciare lo studio del diritto amministrativo senza una disamina di alcuni istituti del diritto europeo per l'effetto diretto che producono all'interno del diritto amministrativo italiano e per l'effetto indiretto che spinge a una rivisitazione, spesso strutturale, di numerosi istituti nevralgici del diritto sostanziale e del sistema processuale.

L'indagine sarà preceduta da un breve panoramica delle fonti del diritto comunitario e dei relativi rapporti con quelle nazionali; oltre che da una necessaria indagine sui problemi posti dai **procedimenti amministrativi misti**, caratterizzati cioè dalla compartecipazione di organi delle istituzioni amministrative comunitarie e di plessi dell'amministrazione nazionale.

2. Le fonti del diritto comunitario.

La principale distinzione tra le fonti del diritto comunitario è fondata sul loro carattere originario o derivato, a seconda, rispettivamente che siano espressione dei Trattati originari e di quelli sopravvenuti ovvero dei principi generali selezionati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, o ancora che si tratti di atti posti in essere secondo le procedure di produzione del diritto previste dai Trattati istitutivi.

Pur mancando nel sistema dell'Unione europea una norma analoga a quella contenuta nell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia, la Corte di Giustizia ha selezionato un insieme di principi ai quali deve ispirarsi l'azione dei soggetti chiamati a creare o ad attuare il diritto comunitario, secondo un meccanismo che il TFUE ha previsto all'art. 340, solo in materia di responsabilità extracontrattuale.

Il **principio della generale efficacia diretta delle fonti di diritto comunitario** rappresenta l'elemento di maggiore distinzione tra il sistema del diritto dell'Unione e quello di altri percorsi posti in essere dal legislatore nazionale in ambito internazionale, giacché normalmente gli atti frutto della formazione derivata di diritto internazionale per poter spiegare efficacia in capo ai singoli necessitano di un ulteriore atto di recepimento interno per poter spiegare efficacia giuridica. Alla luce del principio elaborato dalla Corte di Giustizia del *c.d. effetto utile* - alla cui stregua occorre privilegiare quell'interpretazione di una norma che le attribuisca un significato pratico effettivo ai fini del perseguimento degli obiettivi comunitari - si deve reputare, infatti, che le fonti comunitarie, che producono norme chiare, precise e non condizionate, penetrano direttamente e in modo cogente nel tessuto ordinamentale nazionale senza bisogno dell'intermediazione di un atto nazionale di recepimento (Corte Giust., 5 febbraio 1963, Van Gend en Loos). Sebbene ciò si verifichi con modalità ed effetti differenti a seconda della tipologia di fonte: norme dei trattati, regolamenti, decisioni e direttive auto-esecutive (di queste ultime tratteremo nel par. che segue). I trattati dell'Unione europea non si sono limitati, quindi, a generare obblighi tra gli Stati, ma grazie alla limitazione di sovranità accettata da questi ultimi, hanno elevato anche i cittadini a soggetti del diritto dell'Unione europea. Conseguentemente i cittadini dell'Unione possono far valere non solo nei confronti delle Istituzioni dell'Unione, ma anche nei confronti degli Stati membri e delle loro istituzioni quelle posizioni giuridiche riconosciute dal diritto dell'Unione.

2.1. Le direttive *c.d. self-executing*.

Questo principio opera anche per quelle direttive che, tradendo la loro indole fisiologicamente incompleta prevedono obblighi aventi un **contenuto sufficientemente chiaro e preciso** — con correlativa attribuzione di posizioni soggettive in capo a privati — tale cioè da non lasciare margine di discrezionalità agli Stati, e **incondizionato**, tale cioè da non richiedere l'emanazione di ulteriori atti: si tratta delle cosiddette **direttive c.d. self-executing**. Tali direttive, una volta spirato infruttuosamente il termine per il loro recepimento da parte degli Stati nazionali, diventano efficaci e acquisiscono carattere vincolante. Riferimento normativo è costituito dall'art. 288, par. 3, del TFUE (Trattato sul funzionamento dell'unione europea), secondo il quale: *"La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi"*.

Mentre le direttive hanno in genere un'efficacia obbligatoria, che si esaurisce nel dovere dello Stato di raggiungere il fine indicato dall'Unione (si parla di obbligo di risultato), quelle

autoesecutive sono dotate di una forza di penetrazione, che si traduce nella possibilità di risultare vincolanti anche in assenza del recepimento da parte del legislatore nazionale, proprio nella parte in cui non necessitano di una normazione di dettaglio da parte degli Stati che ne sono destinatari.

La loro efficacia è tuttavia solo verticale, nel senso che i diritti sanciti in modo pieno e incondizionato da simili direttive possono essere fatti valere nei confronti dello Stato e, in generale, degli enti pubblici (ivi compresi i soggetti privati investiti di poteri pubblici); **ne è esclusa invece l'efficacia orizzontale** nei rapporti tra privati, così come non è ammesso che possano essere fatti valere diritti da parte di enti pubblici verso privati.

La ratio dell'efficacia unilaterale, meramente verticale, delle direttive autoesecutive, risiede, da un lato, nella sua **funzione sanzionatoria**, in quanto in tal guisa si vuole sanzionare, con l'entrata in vigore delle norme che sanciscono obblighi a suo carico, lo Stato (con tale espressione ricomprendendo tutti i depositari del potere pubblico, anche in sede periferica o di natura privata); dall'altro, nella necessità di **tutelare il principio di certezza del diritto**. Infatti, se si considera che, per sua natura, la direttiva necessita di un atto di recepimento da parte dello Stato nazionale e non gode sempre di adeguate forme di pubblicità, il riconoscimento di un'efficacia anche in senso orizzontale sortirebbe come effetto che il singolo cittadino potrebbe essere chiamato a rispondere per la violazione di una prescrizione difficilmente conoscibile e apprezzabile sia nella sua esistenza che nella portata effettivamente dettagliata. È di tutta evidenza come analoghe esigenze di garanzia non si pongano in riferimento alle amministrazioni pubbliche.

La soluzione adottata a livello comunitario, fatta propria anche dalla giurisprudenza interna, resta di non facile gestione, in quanto non risulta agevole, come dimostrato dalla sentenza della Cassazione citata *infra*, individuare i soggetti nei confronti dei quali valgono i precetti contenuti nelle direttive autoesecutive in quanto dotati di poteri esorbitanti rispetto alle regole applicabili nei rapporti tra privati. Il limite dell'efficacia verticale delle direttive autoesecutive è giustificato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia attraverso la lettura dell'art. 288 TFUE in base alla quale la direttiva vincola solo lo Stato o gli Stati ai quali è rivolta.

Resta, inoltre, dietro l'angolo il rischio di soluzioni che diano la stura a gravi forme di **disparità di trattamento**. Il caso tipico è quello della direttiva *self-executing* in materia di lavoro, i cui precetti potrebbero essere invocati dal prestatore di lavoro alle dipendenze di una pubblica amministrazione, ma non da quello alle dipendenze di un soggetto privato. L'esempio in questione andrebbe, peraltro, ponderato seriamente in quanto la circostanza che all'indomani della riforma del pubblico impiego sia previsto che nella gestione del rapporto di lavoro la pubblica amministrazione agisca con i poteri propri del datore di lavoro privato potrebbe farlo ritenere non calzante. Anche in considerazione del fatto che per quanto attiene ai rapporti esclusi dalla citata privatizzazione la distanza di disciplina difficilmente lascia prevedere che vi sia una direttiva applicabile in via trasversale anche ai lavoratori privati o a quelli ricompresi nel processo di privatizzazione.

Va, infine, rammentato che lo Stato (inteso nella dimensione più ampia) risponde nei confronti dei singoli per **i danni cagionati** dal mancato recepimento delle direttive (complete e non) all'esercizio dei diritti ivi contemplati. Sul punto si segnala l'importante sentenza della **Corte di Cassazione civile**, sez. III, del 18 maggio 2011, n° 10813, che ha evidenziato il seguente principio, effettuando le dovute precisazioni: *"Nel caso di direttiva comunitaria sufficientemente specifica nell'attribuire diritti ai singoli, ma non self-executing, l'inadempimento statale alla direttiva determina una condotta idonea a cagionare in modo permanente un obbligo di risarcimento danni a favore dei soggetti che successivamente si vengano a trovare in condizioni di fatto tali che, se la direttiva fosse stata adempiuta, avrebbero acquisito il o i diritti da essa riconosciuti; b) qualora, intervenga un atto legislativo di adempimento parziale della direttiva sotto il profilo oggettivo verso tutti i soggetti da essa contemplati, dall'entrata in vigore di detto atto inizia il decorso della prescrizione decennale dell'azione di risarcimento danni di tali soggetti per la parte di direttiva non adempiuta; qualora, intervenga invece un atto legislativo di adempimento della direttiva che sia parziale sotto il profilo soggettivo, nel senso che, o provveda solo per il futuro, o provveda riguardo a determinate categorie di soggetti fra quelle cui la direttiva era applicabile, accomunate esclusivamente dal mero dato temporale della verifica delle situazioni di fatto giustificative dell'acquisto del diritto o dei diritti per il caso che la direttiva fosse stata attuata tempestivamente, il corso della prescrizione per i soggetti esclusi non inizia, perché la residua*

condotta di inadempimento sul piano soggettivo continua a cagionare in modo permanente il danno e, quindi, a giustificare l'obbligo risarcitorio; qualora, sempre l'atto di adempimento parziale sul piano soggettivo concerna invece alcuni dei soggetti riguardo ai quali si erano verificate situazioni di fatto giustificative dell'acquisto del diritto o dei diritti per il caso che la direttiva fosse stata attuata tempestivamente, scelti, però, sulla base di circostanze fattuali diverse dal mero dato temporale che li accomuna, la condotta di inadempimento per i soggetti esclusi non può più dirsi cagionare in modo permanente la situazione dannosa nei loro confronti, con la conseguenza che riguardo ad essi inizia il corso della prescrizione decennale del diritto al risarcimento".

3. I rapporti tra le fonti comunitarie e le fonti nazionali: il principio di primazia si attua con lo strumento della disapplicazione delle norme nazionali contrastanti.

La relazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale è ispirata al **principio di primazia del diritto comunitario**. In omaggio a questo principio la norma dell'Unione sopravvenuta abroga quella nazionale secondo lo schema *lex posterior derogat priori*. Maggiormente complessa è stata la risoluzione del caso opposto: norma nazionale sopravvenuta contrastante con quella comunitaria preesistente. In una prima fase del dialogo tra Consulta (7 marzo 1964) e Corte di Giustizia (15 luglio 1964), infatti, sul caso Costa c. Enel, il giudice nazionale, in posizione antitetica a quella del giudice comunitario, negò la capacità della norma comunitaria di resistere alla norma nazionale sopravvenuta. Solo con le successive sentenze n. 183/1973, Frontini e n. 232/1975, Industrie Chimiche, la Consulta pervenne a un parziale recepimento delle ragioni comunitarie, invocando, però, la necessità di un sindacato accentrato, utilizzando come parametro l'art. 11 Cost. La reazione della Corte di Giustizia non si fece attendere e con la sentenza 9 marzo 1978, Simmenthal affermò chiaramente l'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare la norma nazionale sopravvenuta contrastante con quella comunitaria senza necessità di passare per la declaratoria di incostituzionalità.

Solo a partire dalla sentenza n. 170/1984, *Granital*, la stessa Corte Costituzionale ha, infatti, riconosciuto che, in presenza di un eventuale **conflitto tra norma nazionale sopravvenuta e norma comunitaria preesistente**, la primazia comunitaria si attua con l'immediata disapplicazione della norma nazionale contrastante a opera del Giudice del caso concreto (e, ancora più a monte della p.a. così come di ogni operatore chiamato all'applicazione della norma), senza necessità di investire all'uopo la Corte Costituzionale ai fini dell'annullamento della norma interna ribelle (da ultimo Corte giust. 8 settembre 2005, n. 303; Cons. St., sez. IV, 1° marzo 2006, n. 928; **Corte giust., 28 gennaio 2010, C-406/08**). Un sindacato della Corte delle leggi sulla norma nazionale violativa dei precetti comunitari è, invece, possibile solo in caso di ricorso principale avverso legge regionale o statale, caso nel quale la Corte Costituzionale è il giudice del caso concreto (Corte Cost. n. 384/1994 e n. 95/1995; il primo caso concreto di rinvio pregiudiziale operato dalla Consulta è analizzato da **Corte giust., 2 luglio 2009**). La possibilità di disapplicare l'atto normativo interno contrastante con quello comunitario può essere utilizzata anche in sede cautelare prima della pronuncia definitiva (Corte Giust., 19 giugno 1990, *Factortame*).

Con successivo approdo la Consulta con sentenza n. 102/2008, ha finalmente accolto il principio dell'**integrazione degli ordinamenti**. *"...con la ratifica dei Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento giuridico autonomo, integrato e coordinato con quello interno, ed ha trasferito, in base all'art. 11 Cost., l'esercizio di poteri, anche normativi, nelle materie oggetto dei Trattati medesimi. Le norme comunitarie vincolano in vario modo il legislatore interno, con il solo limite dell'intangibilità dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili dell'uomo garantiti dalla Costituzione"*.

L'incidenza della normativa comunitaria è tale che come riconosciuto dalla Consulta (la prima pronuncia è rappresentata da Corte cost. 126/1996), le norme comunitarie possono derogare espressamente al riparto di competenze tra Stato e Regioni laddove soddisfino un'esigenza organizzativa dell'Unione. Una simile possibilità riposa sulla necessità che le norme europee si coordinino con la struttura costituzionale dello Stato.

Va rammentato, infine, che il contrasto che porta alla disapplicazione della norma interna può anche riguardare una pronuncia della Corte di Giustizia (**Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2010, n. 1241**).

3.1. La cd. disapplicazione *in pejus*.

Si è già detto che non solo il Giudice ma anche la p.a., nell'adottare un atto amministrativo, è tenuta a disapplicare la norma nazionale che violi un precetto europeo.

Recentemente si è posto allora il problema se la disapplicazione in via amministrativa della norma interna contrastante possa operare *in pejus*, con l'effetto di sanzionare amministrativamente condotte che, pur se rispettose della normativa interna, siano contrarie alle disposizioni comunitarie a loro volta violate dalla normativa nazionale.

In altri termini ci si chiede se l'illecito del legislatore, *sub specie* di violazione della normativa comunitaria, possa produrre non l'illegittimità del provvedimento amministrativo violativo della norma comunitaria ma, all'inverso, legittimare l'adozione di un provvedimento che sanzioni la condotta dell'operatore che si sia erroneamente uniformato alla disciplina nazionale.

Il problema è stato sollevato da un'ordinanza del T.a.r. Lazio che ha sollevato questione pregiudiziale avanti alla Corte di Giustizia (causa 198/01) per verificare se sia un potere-dovere del Garante della Concorrenza quello di disapplicare una norma interna che favorisce una intesa contraria alle regole comunitarie sulla concorrenza.

A favore della tesi positiva si evidenziano:

- a) la natura generale del potere-dovere di disapplicazione, tale da legittimare anche la disapplicazione in via principale, e *in malam partem*, nell'esercizio dei poteri ordinari di cognizione dell'Autorità, delle norme contrastanti con le regole del Trattato;
- b) la necessità di esercitare il potere amministrativo in conformità all'art. 4, n. 3 TUE, che impone la collaborazione di tutte le autorità degli Stati membri al fine di garantire l'attuazione del diritto comunitario;
- c) la possibilità di evitare gli effetti iniqui della disapplicazione con la considerazione della peculiarità della situazione al fine di escludere la gravità della colpa (nella condotta del soggetto che abbia rispettato la norma nazionale) per evitare l'applicazione o contenere l'entità della sanzione.

In senso opposto alla sanzionabilità di condotte conformi alle norme nazionali, militano invece i seguenti elementi:

- a) il principio generale secondo cui la disapplicazione della norma interna da parte della autorità amministrativa è possibile solo al fine di consentire l'applicazione della norma comunitaria che conferisce diritti sconosciuti da quella interna, ossia *in bonam partem*;
- b) l'iniuria di una soluzione che sfocia nell'applicazione di una sanzione a fronte di condotte che si siano uniformate alla normativa nazionale formalmente ancora vigente.

Una felice sintesi tra le opposte esigenze è stata raggiunta dalla **Corte di Giustizia** con la sentenza **9 settembre 2003 in C-198/01**. La Corte sostiene che, se pure è certo che l'art. 81 TFUE riguardi esclusivamente la condotta delle imprese e non le disposizioni legislative e regolamentari poste in essere dagli Stati membri, ciò non toglie che i ripetuti articoli vadano letti in combinato disposto con le disposizioni comunitarie che prevedono l'obbligo di leale collaborazione (art. 4, par. 3, TUE) e che tutelano l'effetto utile delle disposizioni di diritto comunitario. Ne consegue che gli Stati membri non possono e non debbono emettere o mantenere in vita disposizioni contrarie a detti principi (cfr. sent. in causa C-267/86, Van Eycke) e che l'inottemperanza a tale obbligo ben possa essere incidentalmente rilevata dall'Autorità nazionale di regolazione.

Il principio in questione, d'altronde risulta essere nulla di più che una coerente applicazione del principio del primato del diritto UE, il quale esige che sia disapplicata qualsiasi disposizione normativa nazionale che si ponga in contrasto con la norma comunitaria, indipendentemente dal fatto che sia anteriore o posteriore rispetto a quest'ultima (cfr. sent. in causa C-103/88, Fratelli Costanzo).

L'Antitrust vede così grandemente rafforzati i propri poteri di indagine e controllo, non dovendo più attestarsi sul solo vaglio dei comportamenti posti in essere da privati alla luce dei parametri nazionali, ma potendo estendere le proprie indagini fino a dichiarare l'incompatibilità con il diritto UE della concorrenza di qualunque disposizione nazionale ed a pronunciarne conseguentemente la disapplicazione (il che, se pure da un lato risulta conforme alla giurisprudenza della Corte, dall'altro — con ogni probabilità — esula dalle intenzioni originarie del Legislatore del 1990 in tema di poteri da devolvere all'A.G.C.M.).

Sulla rilevanza della norma nazionale al fine di escludere o attenuare la sanzionabilità della condotta che vi si sia adeguata, i Giudici di Lussemburgo non escludono a priori che in

presenza di una norma nazionale siffatta possa comunque sussistere, in capo ai privati, un profilo di responsabilità, ma ritengono di distinguere fra due ipotesi.

Se la condotta anticoncorrenziale venisse effettivamente imposta (se del caso, con previsione di apposite sanzioni) dalla norma nazionale, la Corte ammette che ciò varrebbe a fornire alle imprese una causa di giustificazione idonea ad escludere qualunque sanzione.

Se, invece, la norma si limitasse a sollecitare e facilitare le condotte anticoncorrenziali, queste ultime rimarrebbero assoggettate all'applicazione degli artt. 81 ed 82 del TFUE, ma gli organi nazionali potranno valutare la buona fede dell'operatore privato alla stregua di una vera e propria "circostanza attenuante".

3.2. Il contrasto tra atto comunitario e norma comunitaria di rango superiore.

A conclusioni diverse si deve giungere qualora **la violazione del diritto comunitario discenda da un atto comunitario**. In questo caso secondo la Corte di Giustizia, 6 dicembre 2005, C-453/03, qualora all'interno di un procedimento di rinvio pregiudiziale sia posto in contestazione un atto amministrativo nazionale, fondato su di un regolamento comunitario sospettato di illegittimità, sia il giudice comunitario che quello nazionale possono disporre la sospensione dell'efficacia del provvedimento amministrativo nazionale, dopo aver valutato l'irreparabilità del danno che potrebbe subire il ricorrente, eventualmente tenuto a prestare cauzione nel caso in cui la concessione della sospensione esponga la Comunità a rischi finanziari. Una simile possibilità per il giudice nazionale resta però condizionata alla necessità che operi un rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia (21 febbraio 1991, Zuckerfabrik).

La possibilità per l'amministrazione dello Stato membro di disapplicare il regolamento comunitario sospettato di illegittimità non è, invece, conforme ai principi dell'ordinamento nel caso in cui la questione inerente la validità di tale atto sia stata già sottoposta alla Corte, in quanto trattasi di autorità alle quali non è riconosciuto lo stesso status di indipendenza e imparzialità di cui godono le giurisdizioni nazionali, né dinanzi a loro è pienamente rispettato il principio del contraddittorio. Pertanto, in presenza di validi meccanismi giurisdizionali tesi a sterilizzare, nelle more della decisione della Corte, gli effetti dell'atto anticomunitario nessuna supposta lesione in termini di celerità o costi può giustificare la necessità di riconoscere alle autorità amministrative una simile potestà.

3.3. Le deroghe al principio di primazia del diritto comunitario: la teoria dei controlimiti.

Un limite alla primazia del diritto comunitario si rinviene nelle previsioni della Carta costituzionale che tutelano i diritti fondamentali della persona.

Il Consiglio di Stato, con sentenza 8 agosto 2005, n. 4207, ha esaminato l'ipotesi dell'eventuale contrasto tra norma comunitaria e norma nazionale analizzando la c.d. **teoria dei controlimiti**.

Il Consiglio ricostruisce i rapporti tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario, nonché le relazioni esistenti tra Corte costituzionale e Corte di Giustizia, addivenendo alle seguenti conclusioni: a) il giudice nazionale non può limitarsi a disapplicare la norma di diritto interno contrastante con il diritto comunitario, qualora difetti una disciplina comunitaria direttamente applicabile, essendo necessario un intervento interpretativo della Corte di Giustizia. In caso contrario il giudice nazionale, anziché risolvere il caso secondo la disciplina comunitaria adottata dagli organi competenti, finirebbe per creare esso stesso la norma mancante, con inammissibile stravolgimento della distinzione e della separazione tra le fondamentali potestà di creazione e applicazione del diritto. b) La posizione della Consulta che valuta l'ordinamento nazionale e quello comunitario come ordinamenti separati, ha determinato l'elaborazione da parte della dottrina costituzionalistica della teoria c.d. dei "controlimiti", secondo la quale la sovranità statale lungi dall'essere assorbita all'interno di una sovranità superiore, risulta essere soltanto limitata, ai sensi dell'art. 11 Cost..

La parabola motivazionale calibrata dal Consiglio rende quindi chiaro che si conserva uno spazio giuridico statale sottratto all'influenza del diritto comunitario; spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre delle proprie fonti normative. **E' appunto l'area dei diritti fondamentali, la cui tutela funge da insopprimibile "controlimite" alle limitazioni spontaneamente accettate con il Trattato.**

In costanza, pertanto, di una sentenza della Corte costituzionale che lo vincola all'applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, il

giudice nazionale non può prospettare alla Corte del Lussemburgo un quesito pregiudiziale della cui soluzione non potrà comunque tenere conto, perché assorbita dalla decisione della Corte italiana, incidente nell'area della tutela dei diritti a essa riservata.

3.4. Il giudicato nazionale contrastante con il diritto comunitario.

Proseguendo nell'indagine relativa ai limiti di prevalenza del diritto comunitario e dell'utilizzo dello strumento della disapplicazione, va segnalata l'importante pronuncia della Corte di Giustizia, 16 marzo 2006, C-234/04, che affronta il tema del **rapporto tra giudicato giurisdizionale contrastante con il diritto comunitario e primazia del diritto comunitario**. La Corte, in particolare, viene investita del seguente quesito: se il principio di cooperazione sancito dall'art. 4, par. 3 TUE debba essere interpretato nel senso che anche un giudice nazionale, in presenza dei presupposti fissati dalla sentenza della Corte di giustizia 13 gennaio 2004, causa C-453/00, Kühne & Heitz, è obbligato a riesaminare e ad annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato nel caso in cui risulti che questa viola il diritto comunitario; se, eventualmente, il riesame e la revoca di decisioni giurisdizionali siano subordinate a condizioni ulteriori rispetto a quelle valevoli per le decisioni amministrative.

La decisione del giudice comunitario chiarisce il suo autorevole precedente, dando risposta negativa al quesito. La Corte, infatti, rammenta l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia. Da ciò deriva che il diritto comunitario non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione. Quanto alla rammentata sentenza Kühne & Heitz il giudice comunitario precisa che la suddetta pronuncia subordina l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 4, par. 3, TUE, di riesaminare una decisione definitiva che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione. Pertanto, può concludersi che il principio di cooperazione derivante dall'art. 4, par. 3, TUE non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare e annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario (in senso adesivo **Cass. civ., 15 dicembre 2010, n. 25320**).

Nella stessa ottica, sia pure valutando il **rapporto tra autotutela amministrativa e violazione del diritto comunitario**, si muove la sentenza della Corte di Giustizia, 19 settembre 2006, C-392/04 e C-422/04. Richiamando il principio della certezza del diritto la Corte ribadisce che 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. Tanto per evitare che atti definitivi vengano rimessi in discussione all'infinito. La Corte ha tuttavia riconosciuto la possibilità di limitare in taluni casi il detto principio: al punto 28 della sentenza Kühne & Heitz, cit., ha affermato, infatti, che l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 4, par. 3 TUE, a riesaminare tale decisione, ed eventualmente a ritornare su di essa, ove siano soddisfatte le seguenti quattro condizioni: 1) che disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; 2) che la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito a una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; 3) che tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 267 TFUE) che l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza. Ne discende a giudizio della Corte che nella fattispecie, se le norme nazionali di ricorso obbligano a ritirare l'atto amministrativo illegittimo per contrarietà al diritto interno, pur se ormai atto definitivo, allorché il suo mantenimento è «semplicemente insopportabile», identico obbligo deve sussistere a parità di condizioni in presenza di un atto amministrativo non conforme al diritto comunitario.

Spetta al giudice nazionale, pertanto verificare sulla scorta della normativa interna se sussistono i presupposti per il ritiro dell'atto amministrativo, risultando indifferente che lo stesso sia viziato per violazione del diritto interno o del diritto comunitario.

Subito dopo nel 2007 la **Corte di Giustizia con sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05 (Lucchini)** ritorna sul tema con una sentenza che apparentemente sembra scardinare il principio dell'intangibilità del giudicato contrastante con il diritto comunitario, affermando che: *"il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva"*. La conclusione alla quale giunge la Corte però deve essere mitigata nelle sue conseguenze ultime atteso che giunge ad una simile affermazione operando una previa *actio finium regundorum* tra la giurisdizione del giudice nazionale e quella del giudice comunitario. La Corte, infatti, ha escluso la possibilità che il beneficiario di un aiuto di Stato oggetto di una decisione della Commissione direttamente indirizzata soltanto allo Stato membro in cui era residente questo beneficiario, che avrebbe potuto senza alcun dubbio impugnare tale decisione e che ha lasciato decorrere il termine perentorio all'uopo prescritto dall'art. 263, par. 6, TFUE, possa utilmente contestare la legittimità della decisione dinanzi ai giudici nazionali nell'ambito di un ricorso proposto avverso i provvedimenti presi dalle autorità nazionali in esecuzione di tale decisione. Sotto questa angolazione può dirsi che il giudicato del giudice nazionale non poteva formarsi sul punto perché era già decorso il termine a favore dell'interessato per contestare l'atto comunitario dinanzi all'unica sede competente ossia quella della Corte di Giustizia.

Nel 2008 la Corte ritorna sul tema con la **sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06 (Kempter)**, lasciando intravedere un panorama nel quale la mancata attivazione doverosa del meccanismo del rinvio pregiudiziale espone il procedimento di formazione del giudicato a un vizio così radicale, tale da impedire che si realizzi la qualità stessa di intangibilità del giudicato. Un'ultima questione affrontata da **Corte giust., sez. II, 3 settembre 2009**, riguarda l'esegesi dell'art. 2909 c.c. nell'ipotesi in cui una parte rivendichi all'interno del rapporto tributario la presenza di precedenti giudicati favorevoli adottati sulla scorta di un'interpretazione contrastante con il diritto comunitario. Al riguardo la Corte osserva che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull'imposta sul valore aggiunto concernente un'annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta.

3.5. Il principio di legittimo affidamento quale limite negativo al principio di primazia del diritto comunitario nell'autotutela : rinvio.

Si rinvia alla successiva trattazione (par. 5.1) quanto al ruolo che assume la tutela del legittimo affidamento e il valore della certezza e stabilità dei rapporti giuridici quale limite alla primazia del diritto comunitario.

4. Le relazioni tra amministrazioni nazionali e comunitarie: i c.d. procedimenti amministrativi misti.

La progressiva compenetrazione dei rapporti tra amministrazioni comunitarie e amministrazioni nazionali ha portato ad approfondire, da un lato, la tematica delle formule organizzative utilizzate; dall'altro, grazie anche a un significativo contributo giurisprudenziale, il rilievo degli atti adottati in seno a un **procedimento amministrativo composto**, caratterizzato cioè dalla compartecipazione di organi delle istituzioni amministrative comunitarie e di plessi dell'amministrazione nazionale, e della correlata tutela giurisdizionale.

4.1. Le forme di cooperazione europea secondo il principio di separazione e di cooperazione.

Il tema delle **forme di cooperazione amministrativa europea**, cui si è appena accennato, merita di essere approfondito secondo la lente della migliore dottrina europea (E. Schmidt-Aßmann). Il diritto a una buona amministrazione per l'affermazione e la tutela dei diritti e delle libertà fondamentali viene assicurato all'interno dell'Unione da un sistema a rete nel quale organi della Comunità e dei singoli Stati membri si integrano. Si deve registrare, infatti, l'abbandono dello schema salomonico ispirato da una netta cesura tra la fase di individuazione delle regole affidato alla competenza comunitaria e la fase esecutiva di competenza, invece,

degli organi degli Stati membri. Il tutto a vantaggio di **forme ibride di amministrazione europea**. In particolare, l'amministrazione all'interno dell'ordinamento giuridico europeo si conforma a due principi, quello di separazione e quello di cooperazione. Secondo **il principio di separazione** le funzioni amministrative spettano all'Unione o ai singoli Stati membri e, pertanto, alcune funzioni amministrative vengono svolte direttamente dagli organi europei nei confronti dei cittadini dell'Unione. Si ha in questo caso un'attuazione diretta e la tutela giurisdizionale viene affidata agli stessi organi giudiziari dell'Unione. In altre ipotesi, invece, il diritto dell'Unione europea è attuato per il tramite di organi degli Stati membri, quindi secondo una formula di attuazione indiretta o decentrata, che prevede che l'atto amministrativo sia un atto nazionale. Ma non sempre lo stesso diritto comunitario detta anche una formula procedimentale, così, implicitamente richiamando l'applicazione del diritto nazionale. Pertanto, in assenza di ulteriori indicazioni provenienti dal diritto comunitario opera la disciplina procedimentale nazionale mitigata da una formula di coordinamento elaborata dalla Corte di Giustizia in omaggio al principio di efficacia e al principio di equivalenza. In particolare, secondo il principio di efficacia occorre evitare che il diritto dello Stato membro venga applicato in modo da rendere più difficoltosa o impossibile l'attuazione del diritto comunitario. Inoltre, secondo il principio di equivalenza l'attuazione del diritto comunitario non può passare attraverso formule che si rivelino meno vantaggiose di quelle utilizzate per il diritto di matrice interna. Allo stesso tempo, la tutela giurisdizionale viene assicurata attraverso il ricorso al giudice nazionale, mentre quello comunitario svolge una funzione di ausilio in sede interpretativa.

Accanto al principio di separazione opera **il principio di cooperazione**, che testimonia dal lato funzionale la presenza di uno spazio giuridico unitario e assume un ruolo di primo piano grazie al richiamo operato dall'art. 4, par. 3 TUE, nella parte in cui statuisce un obbligo di cooperazione leale e dall'art. 5, par. 3, TUE in relazione al principio di sussidiarietà. In questo caso, dunque, si ha un intervento congiunto da parte di più amministrazioni di derivazione nazionale o comunitaria, tutte funzionalmente competenti. Il principio di cooperazione si manifesta sotto forma di cooperazione verticale o sotto forma di cooperazione orizzontale. Nella prima ipotesi la cooperazione si realizza tra organi della Comunità e organi degli Stati membri; nella seconda la cooperazione si realizza tra organi degli Stati membri in modo bilaterale o multilaterale.

4.1.1. Le formule tipiche dell'amministrazione organizzata secondo il principio di cooperazione e i problemi inerenti alla tutela giurisdizionale.

All'interno del fenomeno della cooperazione possono individuarsi tre distinte forme di relazione: 1) relazione di azioni; 2) relazione di decisioni organizzate in modo verticale; 3) relazione di decisioni organizzate in modo orizzontale.

Le relazioni di azione si caratterizzano per essere orchestrate sulla scorta di comportamenti materiali, quali l'acquisizione o lo scambio di informazioni. Si tratta di pratiche spesso imposte in materia di tutela ambientale, nel caso ad esempio di realizzazione di impianti inquinanti in zona di confine o, ancora, in materia doganale per la realizzazione di banche dati di informazione gestite in rete. In queste ipotesi la tutela giurisdizionale dei diritti del cittadino può venire in rilievo in forma problematica nel caso, ad esempio, di danno causato da amministrazioni appartenenti a più Stati membri, potendo risultare particolarmente complessa l'individuazione dell'effettivo soggetto danneggiante, specie nei casi di concorso di condotte colpose, e di conseguenza del giudice competente a decidere la controversia.

Le relazioni di decisioni organizzate in modo verticale evidenziano la presenza di un procedimento composto, nel quale all'amministrazione nazionale o a quella comunitaria è rimessa l'adozione di un atto intermedio rispetto alla decisione finale.

Le relazioni di decisioni organizzate in modo orizzontale richiamano il tema dell'efficacia dell'atto amministrativo di uno Stato membro all'interno dell'ordinamento di altro Stato membro in omaggio al principio di riconoscimento di derivazione comunitaria. Il tema assume particolare rilievo, ad esempio, nel caso di servizi pubblici oggetto di cooperazione transfrontaliera.

4.2. Il problema della tutela giurisdizionale: separazione o integrazione?

Nelle due ultime relazioni il problema della tutela giurisdizionale si fa maggiormente avvertito. La soluzione data parte dalla premessa che, in materia di amministrazione della giustizia, il principio che ispira i rapporti tra organi giurisdizionali della Comunità e organi giurisdizionali degli Stati membri è quello della separazione, eccezion fatta per il coordinamento offerto dal meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE. Pertanto, vige il principio che vuole gli atti nazionali debbano essere impugnati dinanzi agli organi giurisdizionali nazionali, mentre gli atti comunitari devono essere impugnati dinanzi agli organi giurisdizionali comunitari, indipendentemente dalla natura dell'atto in questione, abbia esso natura provvedimentale o meramente istruttoria.

In ordine ai profili di giurisdizione, la Corte di Giustizia (sez. V, 3 dicembre 1992, in causa C-97/91), con riguardo al caso del cofinanziamento del FEOG, ha ritenuto che è compito del Giudice nazionale — e non della Corte di Giustizia in sede di impugnazione dell'atto finale comunitario — sindacare la legittimità degli atti endoprocedimentali nazionali, che si inseriscano nella procedura con carattere vincolante, in un procedimento destinato a sfociare in una decisione della Commissione della Comunità europea. Nel caso di specie si trattava di un diniego di sovvenzione da parte della Commissione europea conseguente a un parere negativo espresso, in modo vincolante, da una regione italiana.

Resta da vedere se la soluzione sia espressione di un principio generale, alla stregua del quale il Giudice nazionale o comunitario conosce degli atti endoprocedimentali adottati rispettivamente dalle autorità nazionali e comunitarie e tanto in deroga al principio giurisprudenziale amministrativo secondo cui, salvi gli atti endoprocedimentali lesivi in via autonoma, gli altri atti interlocutori non sono autonomamente impugnabili e vanno conosciuti nella loro efficacia viziante dal Giudice chiamato a conoscere della determinazione conclusiva; o se, per converso, la soluzione del caso di specie sia legata alla circostanza che si trattava di atto endoprocedimentale vincolante, ossia autonomamente lesivo, e lascia conseguentemente ferma la legittimazione del Giudice, nazionale o comunitario, chiamato alla cognizione del provvedimento finale, alla verifica degli atti endoprocedimentali, anche se promananti da autorità che non rientra nella sua sfera naturale di sindacato.

Questo anche nel caso in cui il provvedimento dell'autorità nazionale risulti sostanzialmente vincolato rispetto a un precedente atto dell'istituzione comunitario, sempre che la tutela giurisdizionale approntata dal giudice nazionale risulti adeguata.

Per concludere sul tema va rimarcata la sentenza della Corte di Giustizia 23 febbraio 2006, C-346/03, che ha indicato un principio di **coordinamento tra le tutele giurisdizionali**, statuendo che il principio di certezza del diritto e l'autorità della cosa giudicata impongono di escludere che il beneficiario di un aiuto, che abbia lasciato decorrere il termine imperativo per l'impugnazione di una decisione della Commissione, possa in seguito contestarne la legittimità innanzi alla giurisdizione dello Stato membro mercé l'impugnazione degli atti nazionali esecutivi. Un diverso avviso, infatti, consentirebbe al ricorrente di eludere il carattere definitivo dell'atto all'indomani della scadenza per impugnarlo dinanzi agli organi giurisdizionali comunitari. La soluzione sposata dalla giurisprudenza comunitaria è analoga a quella adottata dalla giurisprudenza interna nel caso di atto presupposto e atto presupponente meramente esecutivo rispetto al primo.

5. Gli effetti del diritto comunitario sul diritto amministrativo nazionale: l'incidenza sugli istituti di diritto sostanziale.

5.1. I principi generali del diritto comunitario ai sensi dell'art. 1, comma, 1, l. 241/90.

Il disposto dell'art. 1, comma 1, della legge 241/1990, come modificato dalla legge n. 15/2005, annovera tra i principi generali dell'azione amministrativa appunto i principi dell'ordinamento comunitario, così doppiando il vincolo europeo per il legislatore posto dall'articolo 117, comma 1, Cost.

Il richiamo ai principi comunitari appare destinato a estendersi, per un naturale moto ascensionale, anche alle materie non interessate da disposizioni specifiche di derivazione europea.

Dall'analisi della giurisprudenza comunitaria è possibile individuare i *principi generali* che caratterizzano e influenzano l'attività della P.A. comunitaria e dei singoli Stati membri e quindi

che si pongono alla base della legislazione e dell'azione amministrativa di questi ultimi. Tali principi si sostanziano principalmente nella *legalità* dell'azione amministrativa, nell'obbligo di *motivazione*, nella *trasparenza*, nel diritto di *accesso*, nell'*imparzialità* e, soprattutto, nella garanzia dell'*affidamento legittimo*.

Detti principi, trasfusi nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (Nizza, 2001), sono ora richiamati dal Trattato della Costituzione Europea presentato e sottoscritto a Roma il 30-31 ottobre 2004 (all'insegna della continuità rispetto alla sottoscrizione del Trattato CEE del 1957 nella medesima città) e, all'indomani del fallimento di quel progetto, sono stati ripresi dal Trattato di Lisbona.

Va peraltro, rammentato, come manchi una norma di carattere generale sui principi alla stregua dell'art. 38 dello Statuto della Corte internazionale di Giustizia, che prevede l'applicazione di principi generali di diritto riconosciuti nelle nazioni civili. L'unica disposizione di carattere generale è contenuta nell'art. 340 TFUE che nel disciplinare la responsabilità extracontrattuale richiama i principi comuni agli ordinamenti nazionali. Questa previsione è stata estesa anche a materie diverse.

In questa sede ci preme mettere i riflettori sui principi di affidamento, proporzionalità e trasparenza.

5.1.1. Il principio di tutela del legittimo affidamento e sue applicazioni in materia di autotutela.

Un posto di particolare rilievo va attribuito al principio di tutela dell'affidamento.

Nell'ambito della giurisprudenza comunitaria, il principio di legittima aspettativa (*legitimate expectation*) conduce a ritenere che **una situazione di vantaggio, assicurata ad un privato da un atto specifico e concreto dell'autorità amministrativa, non può essere successivamente rimossa**, salvo che non sia strettamente necessario per l'interesse pubblico e fermo in ogni caso l'indennizzo della posizione acquisita. La particolare considerazione per tale posizione 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.

La legge 15/2005 si è fatta carico di tale principio, subordinando l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio al limite temporale del termine ragionevole oltre che al criterio della comparazione degli interessi (art. 21-*nonies*); e stabilendo la tutela indennitaria a vantaggio del destinatario del provvedimento di revoca anticipata (art. 21-*quinquies*).

L'applicazione del principio di tutela dell'affidamento nel campo comunitario ci rende quindi edotti che la primazia del diritto comunitario e il valore della legalità formale non assumono valore assoluto nel diritto europeo; dette esigenze possono infatti inchinarsi di fronte al valore della stabilità dei rapporti giuridici stabilendo l'intangibilità di un provvedimento attributivo di un vantaggio, nonostante la sua illegittimità, quando questo abbia assicurato un vantaggio a un soggetto che in buona fede, e grazie al decorso del tempo, confidi nella sua stabilità.

Sulla questione è intervenuto anche il Consiglio di Stato con la sentenza della VI sezione, 3 marzo 2006, n. 1023. La Sezione premette che il principio di non doverosità dell'esercizio del potere di autotutela e quello consacrato nel testo dell'art. 21-*nonies*, l. 241/90 della necessità di valutare la presenza di un interesse pubblico attuale ai fini dell'annullamento non vengono derogati quando l'asserito vizio di legittimità del provvedimento da rimuovere consiste nella violazione del diritto comunitario. Pertanto, la presenza di una violazione di diritto comunitario non muta in esercizio vincolato l'utilizzo del potere di autotutela, nemmeno nel caso in cui la violazione del diritto comunitario consista nell'omesso svolgimento della valutazione di impatto ambientale. E tanto proprio per il ruolo che assume l'affidamento in campo europeo, tale da imporre sempre la valutazione della sussistenza di un interesse pubblico che renda veramente necessario il ritiro dell'atto.

Tuttavia, anche **il principio di certezza del diritto e di legittimo affidamento non assumono un valore assoluto**: sebbene tali valori richiedano che il procedimento di revoca di un atto amministrativo si svolga entro un lasso di tempo ragionevole, tenendo conto della misura in cui il beneficiario ha potuto confidare nella legittimità dell'atto, tali limiti non possono essere opposti da uno Stato membro per paralizzare il ricorso della Commissione finalizzato a