

**UNIVERSITÀ DELLA CALABRIA**

**DIPARTIMENTO DI SCIENZE GIURIDICHE "C. MORTATI"**

**DOTTORATO DI RICERCA IN "IMPRESA, STATO E MERCATO"**

**XXIII CICLO**

**TESI DI DOTTORATO**

***L'ATTO AMMINISTRATIVO ANTICOMUNITARIO***

***SETTORE SCIENTIFICO DISCIPLINARE: IUS/10***

**SUPERVISORE**  
**CHIAR.MO PROF.**  
**RENATO ROLLI**

**DOTTORANDO**  
**VALERIO ZICARO**

**COORDINATORE**  
**CHIAR.MO PROF. GUERINO D'IGNAZIO**

---

Anno Accademico 2010 - 2011



# INDICE

INTRODUZIONE.....7

PREMESSE METODOLOGICHE E DELIMITAZIONI DEL TEMA.....8

## CAPITOLO PRIMO

IL RAPPORTO TRA GLI ORDINAMENTI: *UNE LIAISON DANGEREUSE*.....25

1. IL RAPPORTO TRA GLI ORDINAMENTI: SPUNTI RICOSTRUTTIVI.....26

2. LA TESI DEL MONISMO ORDINAMENTALE.....29

3. LA TESI DEL DUALISMO O PLURALISMO ORDINAMENTALE.....33

4. DIRITTI FONDAMENTALI, TRATTATO DI LISBONA E *LISSABON URTEIL*.....51

5. IL REGIME DELLA LEGGE ITALIANA INCOMPATIBILE E DISAPPLICABILE.....57

6. LA TEORIA DEI *CONTROLIMITI* NEI SUOI PIÙ RECENTI SVILUPPI.....64

## CAPITOLO SECONDO

LA FUNZIONE DEI PRINCIPI GENERALI E FONDAMENTALI ED IL LORO RUOLO  
UNIFICANTE.....92

1. I PRINCIPI GENERALI: CENNI INTRODUTTIVI.....93

<b>2.</b>	<b>IN PARTICOLARE: I PRINCIPI DELL'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA "COMUNE" .....</b>	<b>101</b>
<b>2.1</b>	<b>PRINCIPIO DI LEGALITÀ E PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO.....</b>	<b>109</b>
<b>2.2</b>	<b>PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ.....</b>	<b>112</b>
<b>2.3</b>	<b>PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE.....</b>	<b>116</b>
<b>2.4</b>	<b>PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ.....</b>	<b>118</b>
<b>2.5</b>	<b>PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO .....</b>	<b>123</b>
<b>2.6</b>	<b>PRINCIPIO DELL'ESTOPPEL E PRINCIPIO DI CONTINUITÀ.....</b>	<b>127</b>
<b>2.7</b>	<b>UNA PRIMA CONCLUSIONE: L'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ATTRAVERSO I PRINCIPI.....</b>	<b>128</b>

### **CAPITOLO TERZO**

	<b>DIRITTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE E DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO: CONVERGENZE, DIVERGENZE E SOVRAPPOSIZIONI.....</b>	<b>131</b>
<b>1.</b>	<b>QUALCHE OSSERVAZIONE INTRODUTTIVA.....</b>	<b>132</b>
<b>2.</b>	<b>DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO E DIRITTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE: UN RAPPORTO SEMPRE PIÙ STRETTO.....</b>	<b>135</b>
<b>3.</b>	<b>L'AMMINISTRAZIONE EUROPEA COME AMMINISTRAZIONE MULTILIVELLO.....</b>	<b>148</b>

4.	ESISTE UN PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO A LIVELLO EUROPEO?.....	159
5.	GLI ATTI AMMINISTRATIVI COMUNITARI: TIPOLOGIE E GIUSTIZIABILITÀ.....	166

## CAPITOLO QUARTO

	IL PROBLEMA DELLA SORTE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE ANTICOMUNITARIO.....	174
--	---	-----

1.	L'INVALIDITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI DELL'UNIONE EUROPEA.....	175
2.	L'INVALIDITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI ANTICOMUNITARI: LE TESI SUL TAPPETO.....	184
3.	LA NULLITÀ.....	194
4.	L'ANNULLABILITÀ E I RAPPORTI CON L'ART. 21-OCTIES DELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO.....	204
5.	LA DISAPPLICAZIONE.....	215
6.	UN'IPOTESI CONTROVERSA: IL CONTRASTO CON LE DIRETTIVE COMUNITARIE NON AUTO-ESECUTIVE.....	222
7.	LE SINGOLE IPOTESI DI INVALIDITÀ: VIOLAZIONE DIRETTA E VIOLAZIONE INDIRETTA.....	225
7.1	ANCORA SULLA DISAPPLICAZIONE.....	229

<b>8.</b>	<b>IL PRINCIPIO DELL'AUTONOMIA PROCEDURALE ED IL PRINCIPIO DELLA <i>RES JUDICATA</i> NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA.....</b>	<b>231</b>
<b>9.</b>	<b>LE DECISIONI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO.....</b>	<b>250</b>
	<b>OSSERVAZIONI CONCLUSIVE.....</b>	<b>269</b>
	<b>BIBLIOGRAFIA.....</b>	<b>275</b>
	<b>GIURISPRUDENZA.....</b>	<b>308</b>

## **INTRODUZIONE**

## PREMESSE METODOLOGICHE E DELIMITAZIONI DEL TEMA

*“Devo subito avvertire che forse il titolo che mi è stato assegnato per questa lezione Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee, probabilmente dice di più di quello che è il reale oggetto del discorso, perché la tesi che mi pare più accettabile è che non si può parlare né di un diritto amministrativo delle Comunità europee e neanche di un diritto costituzionale delle Comunità europee; il trasporto di queste nozioni, che sono proprie degli ordinamenti generali in cui noi viviamo, ossia degli stati ad ordinamenti diversi dagli Stati, è un trasporto sempre gratuito: non avendo neppure un valore conoscitivo, non serve a nulla.”<sup>1</sup>*

Quanto scriveva il Giannini aveva un profondo ed acuto significato atteso che il diritto amministrativo era considerato, tradizionalmente, figlio dello Stato e della sovranità statale.

Quanto poi avverrà negli anni successivi – a partire dal 1957 dello scorso secolo – è tutta altra cosa. Invero le profondissime trasformazioni della forma di governo e della attività delle amministrazioni pubbliche dovute anche e soprattutto all’influenza del

---

<sup>1</sup> Così M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, con presentazione di S. BATTINI, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2003, 4, p. 982.

diritto comunitario hanno imposto un nuovo ordine dei sistemi ed una nuova visione della realtà giuridica del diritto pubblico in generale.

L'assetto 'originario' delle fonti del diritto amministrativo è irreversibilmente mutato; il diritto comunitario pervade aree di interesse delle attività delle amministrazioni; i processi di privatizzazione e liberalizzazione guidano percorsi e sviluppi nuovi nella generale complessità del sistema. Enti pubblici sono società per azioni; società per azioni agiscono attraverso moduli dell'azione amministrativa<sup>2</sup>. Il pubblico impiego tradizionalmente sorretto dal diritto pubblico è oggi contrattualizzato.

Intere discipline hanno una forte matrice 'comunitaria'; le amministrazioni più che fare, provvedono alla cura esternalizzando servizi e talvolta procedure.

Il diritto amministrativo va oltre lo Stato secondo la celebre espressione di Sabino Cassese<sup>3</sup>: valica i confini nazionali, supera l'Unione Europea, si globalizza.

Ebbene, la presente ricerca trae origine da uno studio inerente quella branca giuridica relativamente nuova, sviluppatasi nel corso dell'ultimo ventennio, ampiamente dibattuta in dottrina ed in

---

<sup>2</sup> V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

<sup>3</sup> S. CASSESE, *Oltre lo Stato*, Bari, 2006.

giurisprudenza, che risponde alla locuzione di *diritto amministrativo europeo*<sup>4</sup>.

Per utilizzare i canoni della teoria generale del diritto, una sub-specie (in una visione positiva) o un *monstre* (in una visione negativa) del diritto pubblico e del diritto internazionale, attraverso i fondamenti del diritto costituzionale.

Come si constaterà, il presente contributo è frutto dello studio e dell'approfondimento della straordinaria ed attenta opera della dottrina nazionale ed europea e di un dirompente quanto costante lavoro della giurisprudenza interna e comunitaria. Tuttavia, il predetto tentativo di sistematizzare il diritto amministrativo europeo si infrange sul muro della modernità giuridica, intesa come l'impotenza di utilizzare, nel contesto comunitario<sup>5</sup> e nel *tourbillon* ordinamentale che lo caratterizza, le classificazioni tipiche del nostro ordinamento giuridico e, dunque, della teoria generale.

E' essenziale, a tal fine, tenere a mente alcuni elementi storici: il diritto amministrativo è essenzialmente giovane – rispetto alla vita bi-

---

<sup>4</sup> M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011; M.P.CHITI - G.GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, pp. 35 ss.; M.P. CHITI, *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1999; J. SCHWARZE, *European Administrative Law*, London, 1992; M. AIROLDI, *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990.

<sup>5</sup> Nel presente lavoro, si utilizzeranno, per fini pratici e per ragioni dialettiche, indistintamente fra loro, le accezioni 'comunitario' ed 'europeo' in relazione al diritto della Comunità Economica Europea, poi Comunità Europea, ora Unione Europea.

millenaria dello *jus commune* – ed è il frutto della nascita degli Stati europei, inscindibilmente intrecciato al concetto di sovranità. Anzi, il diritto amministrativo è lo strumento della sovranità dello Stato.

Prendendo le mosse dagli studi recenti sull'evoluzione del diritto amministrativo e sui suoi paradossi, occorrerà dare risposta ad una serie di interrogativi.

Intanto, come può affermarsi l'esistenza di un diritto amministrativo che sia slegato dal concetto di Stato o, altrimenti, come può immaginarsi una sovranità senza Stato?

In secondo luogo, quali sono i suoi recenti sviluppi ed i principi sui quali esso si fonda?

In terzo luogo, quale è il regime giuridico dell'atto amministrativo anticomunitario?

Questi interrogativi, del tutto legittimi e, per certi versi, ancora irrisolti, giustificano quelle forti perplessità espresse dalla dottrina nazionale – e, sul piano internazionale, dagli ordinamenti a diritto comune sino a qualche anno fa – nei confronti del fenomeno 'amministrativo europeo'; perplessità tradottesi, spesse volte, in *indifferenza* verso il fenomeno e che spiegano, in parte, perché rispetto a quasi 60 anni di vita dei primi Trattati comunitari si è cominciato a studiare, con *vis construens*, il fenomeno da soli vent'anni. Non sfuggirà, per esempio,

che il Giannini, nell'ultima edizione del Corso di Diritto amministrativo prima della sua scomparsa, abbia dedicato, per la prima volta, qualche accenno al diritto comunitario. Come non può sottovalutarsi il fenomeno inverso e cioè che, la contaminazione comunitaria, dopo un trentennio di alterne vicende e, ad ogni modo, a partire dal Trattato di Maastricht del 1992, abbia cominciato a dare i suoi frutti anche negli ordinamenti a *common law* ove l'espressione *Administrative Law* è diventata, ormai, di accezione comune<sup>6</sup>. Ad essa, se ne aggiunge un'altra, di origine differente, a conferma della sempre maggior espansione del settore: difatti, *“verso la fine del ventesimo secolo, la scienza giuridica statunitense ha iniziato a usare sempre più spesso l'espressione «Global administrative law»; in Italia, tale formula è tradotta con la locuzione «diritto amministrativo globale», mentre, in Francia, si predilige il termine «mondial»”*<sup>7</sup>. La svolta amministrativistica dei paesi anglosassoni rende inattuale l'affermazione *“contenuta nel Volume di A.V. Dicey secondo cui nella*

---

<sup>6</sup> T. ENDICOTT, *Administrative law*, Oxford, 2009; P. CRAIG, *Administrative Law*, London, 2008.

<sup>7</sup> L. CASINI, *Diritto amministrativo globale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 1944.; S. CASSESE, *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 609 e ss. Sotto il profilo internazionale, si v. S. BATTINI, *Il «diritto amministrativo internazionale»*, oggi: il caso della assistenza consolare e della protezione diplomatica, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1405 e ss.

*seconda metà del XIX secolo “there existed in England non true droit administratif”<sup>8</sup>.*

Ciò nonostante, sin dalla sua nascita, l'ordinamento comunitario si è caratterizzato per essere un'organizzazione atipica nel panorama internazionale – tanto da parlarsi di ordinamento sovranazionale – che utilizza le amministrazioni nazionali per la realizzazione dei suoi scopi, tipologia di attività sinteticamente racchiusa nell'espressione di Jean Monnet secondo cui la Comunità europea è un apparato amministrativo “*che fa fare*”.

In un quadro siffatto, che sconvolge il sistema ordinamentale classico mettendo in discussione il tratto caratteristico degli Stati ovvero la loro sovranità, non meraviglia che il fenomeno abbia attraversato due fasi: una prima, si potrebbe dire di *rifiuto*, espressosi mediante un'assordante indifferenza verso una sua analisi; una seconda, necessitata dall'evoluzione inarrestabile del fenomeno e tradottasi nello studio scientifico dello stesso, consistita nell'esame delle prassi amministrative comunitarie e nel tentativo, ancora in divenire, di

---

<sup>8</sup> Sull'argomento, si v., anche, S. PELLIZZARI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo in Inghilterra: il rapporto tra invalidità e efficacia delle decisioni amministrative*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); G. MONTEDORO, “*Good government*” “*responsible government*” nel diritto amministrativo inglese, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); S. MIRATE, *L'alternativa tra forma e sostanza: un'analisi fra vecchi e nuovi confini del sudicia review on administrative action nel Regno Unito*, in G. FALCON (a cura di) *Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010. S.PELLIZZARI, *La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento amministrativo illegittimo in Inghilterra: questioni sostanziali e processuali a confronto*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2009, 4, pp. 1003 e ss.

sistematizzare la nuova branca giuridica sotto la voce *“diritto amministrativo europeo”*.

Non è caso se, il Giannini, solo pochi anni dopo la nascita della Comunità Economica Europea, affermava che l'ordinamento comunitario ha *“tutti gli elementi di un ordinamento giuridico...però questo ordinamento giuridico non è sovrano”*, come confermato dal ruolo dei privati che, in esso, *“sono figure soggettive dell'ordinamento, ma non sono soggetti dell'ordinamento”* poiché mancano le *“contrapposizioni dialettiche tra il momento dell'autorità e il momento della libertà”*<sup>9</sup>.

Che le amministrazioni nazionali abbiano svolto e svolgano un ruolo cruciale nell'attuazione del diritto comunitario è stato confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia che, una sentenza alla volta e non senza numerosi *arrêt*, ha disegnato il ruolo delle pubbliche amministrazioni nel diritto europeo, unitamente alle previsioni dei Trattati, oggi racchiuse nel Titolo XXIV del TFUE ove, all'art. 197, prescrive *“1. L'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, essenziale per il buon funzionamento dell'Unione, è considerata una questione di interesse comune. 2. L'Unione può sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità*

---

<sup>9</sup> M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, cit., pp. 984-985.

*amministrativa di attuare il diritto dell'Unione. Tale azione può consistere in particolare nel facilitare lo scambio di informazioni e di funzionari pubblici e nel sostenere programmi di formazione. Nessuno Stato membro è tenuto ad avvalersi di tale sostegno. Il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando mediante regolamenti secondo la procedura legislativa ordinaria, stabiliscono le misure necessarie a tal fine, ad esclusione di qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri. 3. Il presente articolo non pregiudica l'obbligo degli Stati membri di attuare il diritto dell'Unione né le prerogative e i doveri della Commissione. Esso non pregiudica le altre disposizioni dei trattati che prevedono la cooperazione amministrativa fra gli Stati membri e fra questi ultimi e l'Unione".*

Il diritto comunitario trae, dunque, dai diritti amministrativi nazionali gli elementi essenziali per la costruzione dei propri principi fondamentali elaborandoli in chiave europea e restituendoli alle amministrazioni nazionali per la loro esecuzione.

La richiamata norma del TFUE conferma quanto testé accennato ovvero che la pietra angolare della costruzione comunitaria è rappresentata proprio dal diritto amministrativo. Sin dalle prime pronunce, la Corte di Giustizia ha sostenuto con forza –

evidentemente in chiave costruttiva – che la Comunità Europea (oggi Unione Europea) è un ordinamento del tutto peculiare, sovranazionale, che si distingue, dunque, dalle altre organizzazioni internazionali. Sottesa a questa affermazione v'è n'è un'altra più importante e che verrà esplicitata solo nel 1986 ovvero che la CEE (poi CE ed, ora, UE) *“è una Comunità di diritto nel senso che né gli Stati che ne fanno parte, né le sue Istituzioni sono sottratti al controllo della conformità dei loro atti alla Carta Costituzionale di base costituita dal Trattato”*<sup>10</sup>; alla suddetta, innovativa, statuizione v'è il riconoscimento del Trattato quale Carta costituzionale. Con queste premesse ed in considerazione dell'organizzazione amministrativa comunitaria, il passo è breve verso il riconoscimento, in favore dell'Unione, quale *“Comunità di diritto amministrativo”* coniata da un celebre studioso<sup>11</sup> pochi anni dopo.

E' evidente che per giungere a simili affermazioni, il percorso comunitario è stato lungo e tortuoso, segnato da non pochi arresti, frutto anche di attriti tra gli Stati e principalmente connessi alle

---

<sup>10</sup> Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1986, Causa 294/83 – *Parti Ecologiste “Les Verts” contro Parlamento Europeo*, punto 23. In *Racc.* p. 1339. Parere 1/91, *Progetto di accordo sullo Spazio economico europeo*, in *Racc.*, 1991, I, p. 6079; Corte di Giustizia, 23 marzo 1993, causa C-314/91, *Weber*, in *Racc.*, 1993, I, p. 1093. Ricorda M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 138 che *“L’espressione ‘costituzione della Comunità’ si ritrova per la prima volta nelle conclusioni dell’avvocato generale Lagrange nel caso Costa del 1964, e poi nel parere della Corte 1/76”*.

<sup>11</sup> J.V. LOUIS, *L’ordinamento giuridico comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1989, p. 43 così richiamato da R. GRECO, *Il diritto amministrativo europeo dopo il trattato di Lisbona*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nota 14.

interazioni tra l'ordinamento comunitario e quelli degli Stati membri, nonché sul ruolo stesso della Comunità che da unione economica fra gli Stati fondatori in taluni, determinati, settori, ha subito, nel corso degli anni ed attraverso i numerosi Trattati, una lunga evoluzione sino ad arrivare all'odierna Unione che, dopo il Trattato di Lisbona<sup>12</sup>, è una vera e propria Comunità di diritti fondamentali.

\*\*\*

Il problema dell'invalidità degli atti amministrativi nazionali per anticomunitarietà<sup>13</sup> si inserisce nel contesto appena descritto ove occupa una posizione di rilievo, stimolando, data la rilevanza della questione, la riflessione dei maggiori studiosi del settore<sup>14</sup>. Si tratta,

---

<sup>12</sup> La letteratura sull'argomento è già amplissima: E. NIETO GARRIDO – I. MARTIN DELGADO, *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010; I. PERNICE, *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, n. 3, Summer 2009, pp. 349 e ss.; M. FRAGOLA, *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di <<decostituzionalizzazione>>*, in *Dir. Com. e degli scambi internazionali*, 2008, 1, pp. 205 e ss.; J. ZILLER, *Il diritto di soggiorno e di libera circolazione nell'Unione Europea, alla luce della giurisprudenza e del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 939 e ss.; J. ZILLER, *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007; F. VECCHIO, *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di <<doppia pregiudizialità>>: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>13</sup> In riferimento all'oggetto della presente indagine, si utilizzerà il termine <<anticomunitarietà>> seppur, l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, comporti la sostituzione del termine comunitario con il termine europeo.

<sup>14</sup> M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 477 e ss.; M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, testo aggiornato della Relazione presentata il 24 ottobre 2007 in Consiglio di Stato, in occasione dell'incontro di studio "L'invalidità degli atti amministrativi per anticomunitarietà" e pubblicato in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2008, 2, p. 478; G. GRECO, *L'incidenza del diritto amministrativo comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P.CHITI-G.GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte generale, II, pp. 933 e ss.; V. CERULLI IRELLI- F.LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e Regioni*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2007, pp. 859 e ss.; R. MUSONE, *Il regime dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007; S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2006; M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. Amm.*, 2003, pp. 687 e ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005; S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 1135 e ss.;

come è noto, della qualificazione patologica di cui è (*rectius*: sarebbe) affetto l'atto amministrativo nazionale in rapporto con la norma comunitaria: la c.d. *illegittimità comunitaria* ed utilizzando il termine atto amministrativo quello "*impiegato correntemente per designare qualunque manifestazione unilaterale di volontà, giudizio, conoscenza di una pubblica amministrazione, avente rilevanza esterna, vale a dire capacità di produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi*"<sup>15</sup>.

E' una questione al di là dal risolversi ed a cui la presente tesi vuol tentare di dare un, seppur modestissimo, contributo. E', altresì, una questione sensibilmente approfondita, soprattutto, nel nostro Paese – sia in giurisprudenza che in dottrina – ma che, invero, è "*comune a tutti i gli Stati membri*"<sup>16</sup>.

La tematica *de qua* per essere affrontata impone un chiarimento in ordine al rapporto tra i gli ordinamenti interessati: quello comunitario e quello nazionale. Più marcatamente, v'è da chiarire il rapporto di integrazione-separazione fra gli ordinamenti, per comprenderne, poi, le conseguenze sul piano dell'invalidità dell'atto amministrativo. La

---

G. STROZZI, *Diritto istituzionale dell'Unione europea*, Torino, 1998; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1991, pp. 351 e ss.

<sup>15</sup> F. SATTA, *Atto amministrativo*, I) *Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, Vol. IV, p. 1. Lo stesso Autore ricorda, che l'espressione "*atto amministrativo sia un concetto totalmente astratto ed indeterminato, del quale è impossibile ricercare la disciplina e tentare una ricostruzione perché non esiste nella realtà. E' una pura categoria logica*", ivi p. 3.

<sup>16</sup> M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, cit., p. 478.

soluzione di tal punto è cruciale per la vicenda di studio: se vi è integrazione, le conseguenze sul piano della nullità/annullabilità assumono un diverso cammino rispetto all'ipotesi della separazione.

I quesiti, invero, sono più d'uno ed attengono, oltre che all'anzidetto rapporto di integrazione-separazione fra gli ordinamenti, anche alle differenze tra i principi comunitari ed i principi nazionali – per come emerge dalla recente giurisprudenza comunitaria – ed, infine, alla differenziazione della tutela giurisdizionale per come affiora, inoltre, dall'orientamento della giurisprudenza nazionale.

Riguardo al primo punto (*rectius*: il rapporto di integrazione-separazione tra gli ordinamenti) negli ultimi tempi si è registrato – da parte degli studiosi – un differente approccio alla questione frutto, tuttavia, di un cambio di passo della giurisprudenza comunitaria e nazionale.

Come è noto, alla tesi monista dell'ordinamento, sostenuta dalla Corte di Giustizia ormai con sentenze datate (Costa/Enel, 1964, C-6/64)<sup>17</sup>, si è sempre contrapposta la tesi dualista, sostenuta dalla Corte Costituzionale italiana<sup>18</sup>. Tale contrapposizione viene oggi mitigata a

---

<sup>17</sup> In verità già anche con la sentenza *Van Gend & Loos*, 1963, C-26/62; quindi con la sentenza *Simmenthal*, 1978, C-106/77.

<sup>18</sup> A partire dalla sentenza n. 14 del 24 febbraio 1964, indi con sentenza n. 98 del 27 dicembre 1965, avente ad oggetto, tal ultima, le attribuzioni giurisdizionali della Corte di Giustizia. I giudici costituzionali, affermarono, che non v'era alcun contrasto tra le norme interne sull'ordinamento giudiziario e le attribuzioni giurisdizionali della Corte di Giustizia, per la semplice ragione che

seguito della riforma del Titolo V della Costituzione ove, con il richiamo letterale agli obblighi derivanti dall'ordinamento comunitario, sembrerebbe riconosciuta, per via costituzionale, la tesi monista dell'ordinamento sostenuta dal giudicante comunitario<sup>19</sup>, per cui la risoluzione del rapporto tra i due ordinamenti (comunitario e nazionale), è *condicio sine qua non* per una corretta analisi del regime patologico oggetto della tesi.

La questione del rapporto tra gli ordinamenti risulta essere determinante anche ai fini dell'attività amministrativa, comunitaria e nazionale; ciò perché in un sistema improntato alla tesi del monismo ordinamentale – con tutte le riserve del caso in ordine alla confusione o meno delle norme comunitarie e nazionali fra loro – l'organizzazione amministrativa è certamente più snella rispetto ad un sistema in cui v'è separazione tra gli ordinamenti e, dunque, i criteri di svolgimento dell'attività amministrativa appaiono certamente più complessi. Ancor

---

quest'ultimi tutelano diritti ed interessi spettanti ad un oggetto *“che gli derivano dalla sua posizione in un ordinamento estraneo come quello della C.E.C.A.”*, ammettendo, pertanto, l'attribuzione di competenze – precedentemente assegnate allo Stato – alla Comunità, purché non vi sia *“pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale, diritto tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'articolo 2 Cost.”*. Ed ancora, in forma del tutto evolutiva, con le successive sentenze nn. 183 del 1973 (*“Frontini”*), 232 del 1975, 170 del 1984 (*“Granital”*), 168 del 1991 e sino alle odierne nn. 348 e 349 del 2007.

<sup>19</sup> Ricorda M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo europeo*, cit., pp. 480 e 481, che la Corte Costituzionale, seppur non ha preso ancora posizione diretta sulla questione, di fatto sta utilizzando il riferimento all'ordinamento comunitario di cui all'art. 117, co. 1, quale parametro di costituzionalità: nelle sentenze nn. 406/2005, 129/2006 e 269/2007.

più complesso è il discorso in relazione ai modelli amministrativi comunitari multi organizzativi o composti.

Anche da questo punto di vista – pur rinviando a quanto innanzi esposto sul rapporto tra gli ordinamenti – è certamente più convincente la tesi monistica, oltretutto se si considera che i nuovi Trattati comunitari si caratterizzano per un costante aumento delle competenze dell’Unione tanto da determinare *“la configurazione del sistema comunitario come vero e proprio ordinamento giuridico generale simile a quello degli Stati nazionali, con la conseguenza che si amplia il ruolo della amministrazione e dei relativi procedimenti”*<sup>20</sup>.

Il lavoro, dunque, si articolerà in diversi momenti di riflessione: dapprima, appunto, analizzando il rapporto tra gli ordinamenti e le conseguenze sul piano sostanziale e processuale dell’una e dell’altra scelta; successivamente, accennando al concetto di diritto amministrativo europeo ed alle sue differenze con gli omologhi diritti nazionali, non lesinando uno sguardo sull’influenza che i secondo hanno avuto sul primo nella sua fase emergente e, parimenti, sugli effetti che tal ultimo ha avuto sui secondi nella sua fase espansiva.

Non potrà trascurarsi, inoltre, il sistema amministrativo europeo sotto il profilo organizzativo per analizzare, dunque, la natura dell’atto

---

<sup>20</sup> C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2003, p. 1040.

amministrativo anticomunitario sotto le sue, diverse, forme e patologie e le conseguenze sul piano processuale, premettendo la diverse tipologie di atti comunitari, legislativi e non.

Nell'ultima parte della tesi si volgerà lo sguardo a taluni atti comunitari non vincolanti ma che, tuttavia, potrebbero assumerne le vesti in ragione dell'architettura comunitaria.

Certamente non sarà possibile esaurire in modo del tutto completo il discorso e l'analisi intrapresa in queste pagine.

Invero, ci si trova davanti un quadro giuridico legato a profonde trasformazioni dell'ordinamento e degli ordinamenti dell'Europa continentale. I sistemi giuridici degli Stati a diritto amministrativo sono in profonda trasformazione; le mutazioni del sistema sono dovute anche alla crisi finanziaria che impone l'utilizzo di strumenti e regole del diritto amministrativo del tutto nuovi.

E così, pubblico e privato si fondono, talvolta sovrapponendosi, ibridandosi, mescolandosi.

La forma dello Stato nazionale, ormai in profonda crisi, si avvia nelle strade inesplorate ed infide della 'forma mercato' – per usare la celebre espressione di Amirante - creando nebulose normative ed oscurità nelle varie discipline di settore.

Si pensi – a solo titolo di esempio – al *corpus* normativo del Codice dei contratti pubblici, tutto di derivazione comunitaria, ove l'idea forza è rappresentata dal mercato e dalla concorrenza.

Tutto quanto verrà rappresentato non è un male. S'impone, tuttavia, una visione nuova (delle cose) e del diritto amministrativo. Esso, se letto in chiave comunitaria, così come si farà in questo contributo, offre margini di aspettativa nuova al giurista. Questi, deve quindi incontrarsi con una dimensione intellettuale interdisciplinare che tenga conto dell'economia o, per lo meno, degli studi dell'analisi economica del diritto pubblico<sup>21</sup>. Una volta scomparsa la tradizionale dicotomia autorità – libertà (per lo meno nel classico significato della 'contrapposizione'), quale essenza dell'immagine nota del diritto amministrativo, occorrerà volgere lo sguardo alla dialettica sui principi del diritto, ché al di là di ogni tecnicismo, si pongono quali unici punti fermi di questa realtà in continua trasformazione.

Lo studio qui presentato vuole essere solo un contributo per la scienza giuridica<sup>22</sup> del diritto amministrativo nella via della sistematizzazione di istituti, regole e principi del diritto amministrativo europeo, dalla sua formazione, al suo sviluppo, al suo sistema.

---

<sup>21</sup> E' lo stesso ruolo del 'diritto' che cambia in un contesto simile, come ricordano G. NAPOLITANO-M. ABBRESCIA, *L'analisi economica del diritto*, Bologna, 2009.

<sup>22</sup> L. FERRAJOLI, *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 1, pp. 1 e ss.

Gli attori di questo nuovo teatro non sono sempre i cittadini, ma gli Stati che dialogano tra di loro; spesso, tuttavia, contrapponendosi nelle scelte amministrative, si trovano in presenza di atti amministrativi che, ledendo gli interessi dei cittadini, vanno impugnati. Ebbene è proprio qui il nocciolo del problema: capire la sorte che avrà un provvedimento amministrativo nazionale emanato sulla base di una norma ultrastatale; o viceversa emanato sulla base di norma nazionale disapplicata, poiché in contrasto con una disciplina comunitaria e così via.

## CAPITOLO PRIMO

### IL RAPPORTO TRA GLI ORDINAMENTI: *UNE LIAISON DANGEREUSE*<sup>23</sup>

---

<sup>23</sup> Parafrasando G. COCCO, *Les <<liaisons dangereuses>> fra norme comunitarie, norme interne e atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1995, pp. 673 e ss.

## 1. IL RAPPORTO TRA GLI ORDINAMENTI: SPUNTI RICOSTRUTTIVI

Ai fini della presente trattazione, è necessario affrontare, in via prodromica, la questione inerente il rapporto tra gli ordinamenti analizzando, in particolare, l'oggetto del dibattito dottrinale e giurisprudenziale. Come è stato giustamente osservato, si tratta di un rapporto *“costruito, nell'incertezza della normativa dei Trattati, da una giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee e della Corte costituzionale (e analogamente, delle Corti costituzionali degli altri Stati membri) in modo spesso problematico, a volte perplesso”*<sup>24</sup>.

Il diritto comunitario, sin dalla sue prime battute, è stato oggetto di un inteso e non di rado feroce dibattito in quanto, per le sue (ora) note peculiarità, ha messo in crisi la struttura degli ordinamenti moderni, financo insidiando la classica divisione dei poteri<sup>25</sup>.

Come è noto, le tesi prospettate sono, essenzialmente, due: la prima – sostenuta dalla Corte Costituzionale italiana – del dualismo ordinamentale, in base al quale i due ordinamenti sono separati ed

---

<sup>24</sup> V. CERULLI IRELLI- F.LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno*, tra Stato e Regioni, cit., p 860.

<sup>25</sup> Sul punto si v., A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, *Enc. giur.*, Vol. XXIII, pp. 1 e ss. L'Autore, nell'incipit, ricorda che *“la teoria nacque nel Seicento inglese e che trovò alimento nel pensiero illuministico francese e nel pensiero liberale tedesco. In realtà un problema di controllo e di garanzia nei confronti del potere è sempre esistito, almeno in tutti i regimi che sono usciti da forme di governo rigidamente monarchiche od aristocratiche e questa garanzia si è modellata in varie forme invero assai più articolate e complesse che non la classica ipotizzata corrispondenza biunivoca fra tre organi e tra funzioni”*. In relazione al diritto comunitario, R. CHIEPPA, *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, 6, pp. 1319 e ss.

autonomi seppur coordinati tra loro<sup>26</sup>; la seconda – propugnata, da diversi decenni, dalla Corte di Giustizia<sup>27</sup> – secondo cui, invece, in forza di un monismo ordinamentale, le disposizioni comunitarie comporrebbero – unitamente a quelle nazionali – un ordinamento unico.

Sullo sfondo aleggiano, in verità, i principi elaborati dalla Corte di Giustizia e, su tutti, quello della *primauté* del diritto comunitario, in ragione del quale le disposizioni comunitarie debbono prevalere, sempre e comunque, su quelle nazionali ai fini dell'effettiva applicazione del diritto comunitario. Da quest'ultima prospettiva, dunque, entrambe le tesi – monista e dualista – per forza di cose, raggiungono il medesimo risultato ma, certamente, mediante un percorso del tutto diverso e che, se portato alle estreme conseguenze – nel primo caso – giunge ad una soluzione paradossale.

Vale la pena sottolineare che la presente ricostruzione – senza alcuna pretesa di completezza – si spinge sino all'attualità, seppur con la riforma costituzionale del Titolo V della Costituzione italiana, avvenuta con legge costituzionale n. 3 del 2001, alla luce del nuovo art. 117, co.

---

<sup>26</sup> Il riferimento è alla sentenza della Corte Costituzionale nr. 170 del 1984 ("*Granital*"), già richiamata.

<sup>27</sup> Sentenza *Van Gend & Loos*, 1963, C-26/62, *cit.*; sentenza *Simmenthal*, 1987, C-106/87, *cit.*; *Fratelli Costanzo*, sentenza 22 giugno 1989, causa C-103/88.

1<sup>28</sup>, il rapporto tra gli ordinamenti ed il ruolo svolto da quello comunitario è stato, ampiamente, chiarito.

Le principali questioni inerenti al rapporto fra gli ordinamenti vanno dall'ammissibilità dell'effetto diretto prodotto dai regolamenti comunitari, all'inquadramento di questo fenomeno nel nostro ordinamento costituzionale; dal rapporto fra la normativa comunitaria direttamente applicabile e la legge italiana successiva in contrasto con la prima e, conseguentemente, il regime giuridico di tale norma nazionale. Ancora questioni sono sorte in ordine alla possibilità di contrasto tra la normativa comunitaria ed in principi fondamentali della nostra Costituzione (la c.d. teoria dei controlimiti sui cui si dirà *infra*).

Si tratta, dunque, di un ampio spettro di questioni la cui soluzione non è stata per nulla agevole e che, tuttavia, lascia sul campo diversi interrogativi.

---

<sup>28</sup> Secondo cui "La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali".

## 2. LA TESI DEL MONISMO ORDINAMENTALE

Come si accennava, la tesi del monismo istituzionale rappresenta uno degli elementi distintivi del diritto comunitario sin dalle prime pronunce (le già citate *Van Gend & Loos* e *Costa c. Enel*).

Nella sentenza *Costa c. Enel*, il giudice comunitario afferma che *“a differenza dei comuni Trattati internazionali, il Trattato CEE ha istituito un proprio ordinamento giuridico, integrato nell’ordinamento giuridico degli Stati membri all’atto dell’entrata in vigore del Trattato...tale integrazione nel diritto di ciascuno Stato membro di norme che promanano da fonti comunitarie e, più in generale, lo spirito e i termini del Trattato, hanno per corollario l’impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all’ordine comune. Se l’efficacia del diritto comunitario variasse da uno Stato all’altro in funzione delle leggi interne posteriori, ciò metterebbe in pericolo l’attuazione degli scopi del Trattato”* sicché, in conclusione, *“la preminenza del diritto comunitario trova conferma nell’art. 189, a norma del quale i regolamenti sono obbligatori e direttamente applicabili in ciascuno degli Stati membri. Questa disposizione, che non è stata accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se*

*uno Stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento legislativo che prevalesse sui testi comunitari. Dal complesso dei menzionati elementi discende che, scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perderne il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità”<sup>29</sup>.*

In verità, si tratta di un ragionamento già espresso dalla medesima Corte nella sentenza *Van Gend & Loos* in tale prospettiva: *“la Comunità costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini. Pertanto, il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri, nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Si deve ritenere che questi sussistano, non soltanto nei casi in cui il Trattato espressamente li menziona, ma anche come*

---

<sup>29</sup> Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*, Racc., p. 1129.

*contropartita di precisi obblighi imposti dal Trattato ai singoli, agli stati membri o alle istituzioni comunitarie*<sup>30</sup>.

La Corte di Giustizia, con diverse formule, afferma, dunque, l'unione ordinamentale, volta a favorire il raggiungimento degli scopi del Trattato, mediante una proficua interazione amministrativa e giudiziaria fra gli Stati membri in forza della quale, peraltro, il ruolo di unificare gli ordinamenti, anche e soprattutto sul piano sostanziale, viene attribuito al giudice ed alle amministrazioni nazionali, attraverso l'applicazione del diritto comunitario.

Ragionando *a contrario*, se gli ordinamenti fossero separati – e pur dovendo, comunque, prevalere il diritto comunitario – il contrasto fra le norme comunitarie e nazionali non comporterebbe l'invalidità di quest'ultime ma la semplice disapplicazione con l'ulteriore conseguenza che, essendo le prime estranee all'ordinamento nazionale, non possono essere assunte a parametro di legittimità dell'azione amministrativa. Questo discorso, tuttavia, applicato con estrema pignoleria, comporterebbe la nullità del provvedimento amministrativo emanato sulla base di una disposizione comunitaria contrastante con la norma interna perché la prima è estranea all'ordinamento e, dunque, risulta inesistente il parametro di

---

<sup>30</sup> Corte di Giustizia, *Van Gend en Loos*, cit., Racc., p. 3.

legittimità dell'azione amministrativa.<sup>31</sup> Una tesi del genere – seppur suggestiva – è stata invero rigettata dalla gran parte della dottrina e dalla giurisprudenza amministrativa perché, in verità, così come prospettata, essa provocherebbe la neutralizzazione del principio della *primauté* del diritto comunitario che risulterebbe, dunque, “disinnescato”. Sul punto, comunque, si tornerà *infra*.

---

<sup>31</sup> In giurisprudenza, unicamente in TAR PIEMONTE, II, sentenza 8 febbraio 1989, n. 34. Sul punto, si v. R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Gius. amm.*, 2004, pp. 903 ss; R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme Ce self executing*, in *Urb. app.*, 1997, pp. 338 ss.

### 3. LA TESI DEL DUALISMO O PLURALISMO ORDINAMENTALE

La Corte Costituzionale italiana, per converso, da sempre ha sostenuto la tesi del dualismo o pluralismo ordinamentale. A tal fine, è opportuno ripercorre le tappe giurisprudenziali di questa vicenda caratterizzate da talune retromarce dei giudici del Palazzo della Consulta.

Con la sentenza n. 14 del 1964, la Corte Costituzionale ha affrontato, per la prima volta, la vicenda della partecipazione italiana al sistema comunitario inquadrando tale rapporto nell'ambito dell'art. 11 della Carta ed affermando che tale inquadramento non comportasse *“alcuna deviazione in ordine alla efficacia nel diritto interno degli obblighi assunti dallo Stato nei rapporti con gli altri Stati, serbando la legge che rende esecutivo il Trattato la forza di legge ordinaria”*<sup>32</sup>. Ciò significava che, in caso di contrasto fra norme dei due distinti ordinamenti, la soluzione derivasse dall'applicazione dei principi sulla successione delle leggi nel tempo.

Una simile interpretazione, dunque, esponeva le norme del Trattato al sindacato di illegittimità costituzionale che puntualmente avvenne appena un anno dopo quella pronuncia. Con sentenza 27 dicembre 1965 n. 98, difatti, la Corte Costituzionale italiana ammetteva il

---

<sup>32</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 14 del 1964.

giudizio di costituzionalità per la legge di esecuzione del Trattato CECA “per la parte in cui sono stati immessi nell’ordinamento dello Stato” gli articoli inerenti la tutela giurisdizionale della Corte di Giustizia. Il giudice costituzionale risolveva la questione con una decisione salomonica attraverso una declaratoria di infondatezza supportata, non già sulla paventata violazione degli artt. 102 e 113 della Costituzione, bensì sulla separazione tra gli ordinamenti, ragion per cui non potevano estendersi agli atti delle istituzioni comunitarie le norme costituzionali prescritte per le sole autorità nazionali.

Sulla spinta di un considerevole avvicinamento della giurisprudenza della Corte di Giustizia (sentenze 7 febbraio 1973, causa 39-72 e 10 ottobre 1973 causa 34-73), la Corte Costituzionale italiana, con la sentenza 27 dicembre 1973 n. 183, arriva ad ammettere l’efficacia<sup>33</sup> immediata e diretta delle norme comunitarie, seppur limitatamente ai regolamenti comunitari sancendo che – in forza dell’art. 189 Trattato CEE, poi 249 TCE<sup>34</sup> - il divieto di emanazione di atti dello Stato che avessero “*carattere riproduttivo, integrativo o esecutivo*”. Tale decisione si rende necessaria in ragione, non solo del principio di efficacia diretta delle norme dell’ordinamento comunitario, quanto,

---

<sup>33</sup> Sull’efficacia giuridica, è imprescindibile il richiamo a A. FALZEA, *Efficacia giuridica* (Voce) in *Enc. Dir.*, XIV, pp. 432 e ss.

<sup>34</sup> Ora sostituito dagli artt. 288, 289, 290, 291 e 292 TFUE.

soprattutto, in ragione delle *“fondamentali esigenze di eguaglianza e certezza giuridica”* delle predette norme che, dovendo avere efficacia piena e diretta in tutto il territorio comunitario, ne impongono la contemporanea, immediata ed eguale applicazione in detto territorio.

Con la sentenza in esame, la Corte Costituzionale è costretta a rivedere l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 11 della Carta giungendo ad affermare che *“la disposizione risulterebbe svuotata del suo specifico contenuto normativo, se si ritenesse che per ogni limitazione di sovranità prevista dall'art. 11 dovesse farsi luogo ad una legge costituzionale”*. Ciò, tuttavia, con un solo 'controlimite' rappresentato dall'impossibilità di violare *“i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o i diritti inalienabili della persona umana”*.

L'*ouverture* della Corte Costituzionale, dunque, prosegue pur nel solco dell'autonomia e della distinzione, ancorché coordinata, degli ordinamenti, in ragione della ripartizione delle competenze stabilite dal Trattato.

Con sentenza 30 ottobre 1975 n. 232, la Corte italiana dichiara l'incostituzionalità di certune norme di legge italiana per violazione degli artt. 189<sup>35</sup> e 177<sup>36</sup> del Trattato CEE e dell'art. 11 Cost. in quanto

---

<sup>35</sup> Sostituito, nella sostanza, dall'articolo 14, paragrafi 1 e 2, del trattato UE.

<sup>36</sup> Oggi articolo 208 TFUE il cui 1° paragrafo, secondo comma, seconda frase, a sua volta, sostituisce nella sostanza l'articolo 178 del trattato CE

riproduttive e derogatorie di regolamenti comunitari. I giudici costituzionali giungono a tale decisione dopo essersi soffermati sulla possibilità di disapplicare la legge italiana successiva contrastante con norma comunitaria ed averla esclusa, come soluzione, in ragione dell'impossibilità di ammettere la radicale nullità della norma italiana in esame; ciò vale, evidentemente, solo per la legge italiana successiva al regolamento comunitario e non già quella precedente a tal ultimo, essendo evidente che nel secondo caso v'è un'abrogazione implicita ad opera del regolamento comunitario<sup>37</sup>.

L'interpretazione della Corte italiana comportava, tuttavia, che la soluzione passasse attraverso il sindacato accentrato di costituzionalità e, dunque, condizionava – se non neutralizzava – l'applicazione della *primauté* del diritto comunitario, più volte sancita dalla Corte di Giustizia, la quale prediligeva – in caso di conflitto tra norma nazionale e norma comunitaria – lo strumento della disapplicazione della prima o, in alternativa, del rinvio pregiudiziale innanzi alla stessa Corte di Lussemburgo ex art. 177 Trattato CEE (poi 234 TCE ora art. 267 TFUE<sup>38</sup>).

---

<sup>37</sup> Corte Cost. sentenza 29 dicembre 1977 n. 163.

<sup>38</sup> Corte di Giustizia, Sentenza *Simmenthal*, cit.

Su tale linea si assesterà, finalmente, la Corte Costituzionale italiana con la storica sentenza dell'8 giugno 1984 n. 170 (*Granital*<sup>39</sup>) ove riconoscerà, per la prima volta, che spetta al giudice italiano applicare il regolamento comunitario previa disapplicazione della norma nazionale incompatibile, sia essa anteriore o successiva e previo l'eventuale rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia.

Tal ultima pronuncia rappresenta il momento di sovrapposizione tra le tesi delle due Corti sebbene solo sul piano pratico e divergendo, ancora, le due visioni dall'angolazione teorica. Difatti la Corte italiana, pur ammettendo la primazia delle norme comunitaria e la recessione di quelle italiane rispetto a quest'ultime, sostiene che gli ordinamenti comunitario e nazionale sono separati ed autonomi ancorché coordinati in forza del riparto di competenze disciplinato nei Trattati; dunque, il regolamento comunitario, trovando la sua efficacia nell'ordinamento comunitario, si impone negli ordinamenti dei singoli Stati determinando una retrocessione della norma nazionale la quale, tuttavia, deve essere disapplicata in caso di contrasto con l'omologa comunitaria ma non risulta essere affetta da alcuna patologia ri-espandendosi in tutti i casi in cui non ricorra la norma comunitaria.

---

<sup>39</sup> A. PACE, *La sentenza Granital ventitré anni dopo*, in *Studi sull'integrazione europea*, Bari, 2007, pp. 451 e ss.

La Consulta giunge a tale risultato all'esito di un ragionamento tortuoso giacché *“muovendosi da premesse dualistiche, enfatizzava invece la netta separatezza della norma comunitaria rispetto all'ordinamento statale, giungendo conseguentemente alla conclusione che non vi fosse un reale contrasto con la norma interna nel momento della sua applicazione da parte del giudice nazionale. La <<non applicazione>> della norma interna – come avrebbe successivamente poi spiegato il suo estensore<sup>40</sup> in sede dottrinale costituirebbe infatti l'effetto di un <<arretramento>> dell'ordinamento nazionale. Il che, se storicamente e politicamente poteva giustificarsi alla luce del contesto nel quale la sentenza Granital fu emanata, sotto il profilo strettamente giuridico non persuade oggi, come non persuadeva allora”<sup>41</sup>.*

Ciò che è più importante, poi, è che la Corte Costituzionale italiana mantiene il sindacato di costituzionalità per tutte le ipotesi di contrasto della norma comunitaria con i principi fondamentali del nostro ordinamento (c.d. teoria dei controlimiti di cui si dirà *infra*).

---

<sup>40</sup> Il riferimento è ad A. LA PERGOLA, *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. Cost.*, 2003, p. 2432.

<sup>41</sup> A. PACE, *ult. op. cit.*, p. 452.

Il costante cammino della giurisprudenza costituzionale per come testé ricordato ha subito, tuttavia, taluni passi indietro<sup>42</sup> da cui sono emerse, peraltro, delle implicite contraddizioni *in nuce* alla citata evoluzione giurisprudenziale.

Si prenda il caso della sentenza 21 aprile 1989 n. 232 in cui la Corte Costituzionale utilizza come parametro di costituzionalità non già più la legge di esecuzione del Trattato, bensì la singola disposizione comunitaria, in ossequio alla teoria dei controlimiti ma in evidente contrasto con la tesi della separatezza tra gli ordinamenti. Tal ultima, invero, ribadita a più riprese dalla Consulta<sup>43</sup> e, *de facto*, smentita, per esempio, in tutte quelle sentenze in cui la stessa ha dichiarato l'incostituzionalità di leggi regionali per contrasto con norme di legge di esecuzione di direttive comunitarie<sup>44</sup>, che in altri termini va letta come contrasto tra legge regionale e norma comunitaria. Difatti, la Consulta ha affermato il proprio sindacato di costituzionalità in ordine all'eventuale contrasto tra la legge regionale ed il regolamento comunitario<sup>45</sup>, poi confermato, appena un anno dopo, con altra sentenza<sup>46</sup>. Oggetto della questione era una delibera legislativa siciliana nel settore degli aiuti alle imprese, dichiarata incostituzionale,

---

<sup>42</sup> Corte Costituzionale, sentenza 19 novembre 1987 n. 399 e ordinanza 26 marzo 1990 n. 144.

<sup>43</sup> Corte Costituzionale, sentenza 31 marzo 1994 n. 117.

<sup>44</sup> Corte Costituzionale, sentenze nn. 306 del 1992, 307 del 1992, 437 del 1992 e 194 del 1993.

<sup>45</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 384 del 1994.

<sup>46</sup> Corte Costituzionale, sentenza n. 94 del 1995.

seppur ancora non vigente, per contrasto con il diritto comunitario. Per arrivare a questo risultato, la Corte Costituzionale fonda il suo convincimento sulla scorta di quanto precedentemente affermato nella citata sentenza n. 384 del 1994 e, cioè, il potere in capo alla Consulta del controllo sulla legittimità, tanto degli atti statali quanto di quelli regionali, nei giudizi instaurati dinanzi ad essa in via principale e, sottraendo questo potere nei giudizi in via incidentale in quanto, in questa seconda ipotesi, v'è il giudice nazionale che può direttamente provvedervi e non già la Corte Costituzionale difettando il requisito della rilevanza della questione. In altri termini, i rapporti ordinamentali sono improntati al monismo; tuttavia, non si *chiude la porta*, in via definitiva, alla tesi dualistica.

Dalla giurisprudenza sin qui esaminata, in sintesi, non v'è soluzione ad alcuni nodi gordiani nel rapporto tra gli ordinamenti. Difatti, non convince la tesi della separatezza tra gli ordinamenti e la contestuale eventualità di considerare come interposta la norma appartenente ad altro ordinamento. Meno convincente, poi, è l'ulteriore assunto per il quale la norma italiana è disapplicabile, nel caso di contrasto con quella comunitaria, e vigente per tutte quelle applicazioni non inerenti il diritto comunitario.

Partendo da tal ultima questione, *“non si vede come possa conciliarsi un giudizio di costituzionalità (sia pure proposto solo in via principale e non incidentale) con la riferita qualificazione della legge italiana come valida, vigente e pur tuttavia inapplicabile in ossequio al principio della separatezza degli ordinamenti”*, così come risulta difficile *“l’individuazione del regime degli atti (normativi, amministrativi, contrattuali) e il regime della responsabilità dei comportamenti assunti in base ad una legge di tal fatta, ovvero tout court in contrasto con la normativa direttamente applicabile”*<sup>47</sup>. Si tratta di una questione non secondaria che attiene, evidentemente, alla qualificazione del rapporto fra gli ordinamenti: da un lato, dunque, la tesi monistica propugnata e sostenuta dalla Corte di Giustizia secondo il percorso innanzi ricordato; dall’altra, la tesi dualistica o pluralistica, sostenuta dalla Corte Costituzionale, mitigatisi a partire dalla sentenza *Granital* ma che sconta le su indicate contraddizioni in termini dogmatici.

Se, difatti, nulla può dirsi circa la separatezza istituzionale tra gli ordinamenti – quello comunitario derivato e quello statale originario – è sul piano normativo che si registra, stridente, la problematica. Ed in tale contesto, il rapporto tra i due ordinamenti si muove verso un’unica direttrice che è rappresentata dall’influenza che

---

<sup>47</sup> G. Greco, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in M.P.CHITI - G.GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 837.

l'ordinamento comunitario esercita nei confronti di quello nazionale e giammai il contrario. Se così è – e non v'è alcuna argomentazione giuridica che possa smentirla – diventa difficile, se non impossibile, negare che le norme comunitarie vadano ad integrare gli ordinamenti nazionali posto che, peraltro, tali norme abbiano la forza di abrogare norme nazionali anteriori incompatibili con quelle comunitarie. E se alle norme nazionali – per come affermato dalla succitata giurisprudenza costituzionale – è preclusa la possibilità di riprodurre o ripetere le norme comunitarie in quanto alcune di queste norme (per lo meno i regolamenti e le direttive *self-executing*) sono immediatamente applicabili, è evidente che la teoria della separazione tra gli ordinamenti non è sorretta da alcuna convincente argomentazione.

La teoria della separazione delle competenze, difatti, sconta un peccato originale: come è noto, l'ordinamento comunitario, tra la sua normativa originaria (i Trattati), tra quella derivata (regolamenti, direttive, decisioni, etc.) e tra la giurisprudenza della Corte di Giustizia, non contiene alcuna limitazione di carattere negativo, anzi. Attraverso la c.d. teoria dei poteri impliciti (già disciplinata dall'art. 308 TCE<sup>48</sup>) e il

---

<sup>48</sup> Oggi sostituito dagli artt. 352 e 353 del TFUE.

principio di sussidiarietà<sup>49</sup>, l'Unione Europea gode di un sorta di competenza illimitata, il cui unico vincolo è rappresentato sul piano finalistico.

Da ciò ne discende che il rapporto fra gli ordinamenti è informato al criterio gerarchico che, sul piano generale, presuppone necessariamente l'integrazione e non la separazione. Conseguentemente, se la norma comunitaria impone la disapplicazione della norma italiana – anteriore o successiva che sia – per contrasto con la prima e, dunque, mina l'efficacia delle seconde (quand'anche solo in relazione al diritto comunitario, a voler dare credito alla giurisprudenza anteriore alla sentenza *Granital*) non v'è alcun dubbio in ordine alla permeabilità dell'ordinamento nazionale e, in sostanza, alla sua integrazione con quello comunitario<sup>50</sup>.

La su estesa argomentazione risulta confermata dalla successiva giurisprudenza costituzionale la quale, affrontando per lo più casi di contrasto fra la legislazione regionale e quella comunitaria, ha affermato che, attraverso la copertura costituzionale dell'art. 11 Cost., il regolamento comunitario, ponendosi come norma interposta,

---

<sup>49</sup> Sul principio di sussidiarietà nella costituzione italiana, V. CERULLI IRELLI, *Il nuovo assetto dell'amministrazione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2004, 19, pp. 16 e ss.

<sup>50</sup> Del resto, "la tesi della separazione si regge sopra una visione parziale e unilaterale dei fenomeni in esame (Paladin, 1996)" in M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 118.

costituisce il parametro di legittimità della norma nazionale o regionale.<sup>51</sup>

In ogni caso, le incerte nebbie che aleggiavano sulla questione sono state, definitivamente, diradate dalla Legge costituzionale n. 3 del 2001 che, novellando l'art. 117 della Costituzione, ha positivizzato il vincolo comunitario per il nostro ordinamento, confermando la tesi dell'integrazione in ordine agli effetti prodotti dalle norme comunitarie negli ordinamenti nazionali.

Il nuovo art. 117<sup>52</sup> Cost., co. 1°, recita che *“La potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, **nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario** e dagli obblighi internazionali”*.

Tale vincolo è stato ribadito dal legislatore con la modifica della legge 7 agosto 1990 n. 241 il cui nuovo articolo 1 *legge proc. amm.* ora dispone che *“L'attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge ed è retta da criteri di economicità, di efficacia, di imparzialità, di pubblicità e di trasparenza, secondo le modalità previste dalla presente*

---

<sup>51</sup> Corte Costituzionale, sentenze nn. 85 del 1999 e 424 del 1999. Si veda, anche, Corte Costituzionale, sentenza n. 466 del 1993.

<sup>52</sup> S. GAMBINO, *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2009; S. GAMBINO - G. D'IGNAZIO (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, 2007.

*legge e dalle altre disposizioni che disciplinano singoli procedimenti, **nonché dai principi dell'ordinamento comunitario***<sup>53</sup>.

Alla luce di queste due nuove disposizioni di diverso rango – che vincolano, in maniera esplicita, il nostro ordinamento a quello comunitario – non potevano, certamente, sottrarsi i giudici del Palazzo della Consulta sicché *“la Corte Costituzionale ha così chiarito, a sei anni di distanza dalla modifica del Titolo V, la partita innovativa dell’art. 117, co. 1” per la definitiva “scelta della Corte di ricondurre la CEDU all’art. 117 (invece che agli art. 10 e 11 Cost.)”*.<sup>54</sup> Un riconoscimento pieno – seppur in relazione alla CEDU – al vincolo esplicito per il nostro ordinamento con il diritto comunitario<sup>55</sup>.

Il quadro per come è stato chiarito, evidentemente, conferma la validità della tesi monistica verso la quale, peraltro, si è orientata, da tempo, la giurisprudenza amministrativa, la quale ha affermato che *“non può dubitarsi che la disposizione comunitaria violata si ponga,*

---

<sup>53</sup> Comma così modificato dall'articolo 1, co. 1, legge n. 15 del 2005 poi dall'articolo 7, co. 1, legge n. 69 del 2009. Sul punto, si v. F. LUCIANI – R. ROLLI (a cura di), *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Napoli, 2008.

<sup>54</sup> M. SAVINO, *Il cammino internazionale della Corte Costituzionale dopo le sentenze nr. 348 e 349 del 2007* in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2008, 3-4, p. 748; si v., anche, F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte Costituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, 3, pp. 487 e ss.; S. BONATTI, *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, 5, pp. 1288 e ss.

<sup>55</sup> R. MASTROIANNI, *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, 3, pp. 605-606, afferma che *“dall’art. 117, comma 1, Cost., non sembra si possa individuare alcun argomento in favore di una svolta “monista” nei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno...(tuttavia) non va sottovalutato che la sua entrata in vigore fornisce una più solida base (anche concettuale) in Costituzione alla garanzia di rispetto di quelle fonti comunitarie e dell’Unione che, non essendo dotate di efficacia diretta, si ritiene non possano godere del regime <<speciale>> fondato sulla non applicazione della norma interna difforme”*.

*soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma nazionale, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia (per come descritto dalla Corte costituzionale)”<sup>56</sup>. In ragione di ciò “la violazione di una disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo interno con essa contrastante, mentre la diversa forma patologica della nullità (o della inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva di potere) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario”<sup>57</sup>.*

Tuttavia, ad avviso della dottrina, la premessa del G.A., per come sussunta, è errata sul piano metodologico poiché pone le norme nazionali e quelle comunitarie su un piano indistinto. Come un

---

<sup>56</sup> Cons. St., V, sentenza 10 gennaio 2003, n. 35. Tale riconoscimento del G.A. non deve condurre alla considerazione di una facile risoluzione del problema. Detto in altri termini, ciò non si traduce in una diretta invalidità dell'atto amministrativo (ipotesi di annullabilità, appunto) per contrasto con una norma comunitaria assunta a parametro diretto di legalità dell'atto amministrativo poiché parte di un ordinamento unico. O meglio, nel caso di specie, essa è la soluzione: atto amministrativo contrastante con una norma comunitaria direttamente applicabile. Ma non è l'unico caso.

<sup>57</sup> Cons. St., IV, sentenza 24 novembre 2004, n. 579 del 2005. Ancor più recentemente, il Supremo Consesso di Giustizia Amministrativa ha affermato che “il vizio che caratterizza l'atto amministrativo conforme ad una norma nazionale a propria volta in contrasto con il diritto comunitario è quello tipico dell'annullabilità per violazione di legge, di conseguenza tale vizio è deducibile in sede giurisdizionale nell'ordinario termine di decadenza” (Cons. St., VI, sentenza 23 luglio 2008, n. 3621).

tutt'uno. Ed è evidente che non è così. E' sufficiente, in proposito, ricordare due aspetti: uno positivo ed uno negativo. Al primo possono essere ascritti tutti i principi elaborati dalla giurisprudenza comunitaria per affermare il primato<sup>58</sup> del diritto dell'Unione Europea negli ordinamenti degli Stati membri. Il secondo, di carattere prettamente amministrativo, lo si rinviene nell'utilizzo delle amministrazioni nazionali per l'esecuzione degli atti (amministrativi) comunitari. Ci si riferisce, indubbiamente, ai c.d. procedimenti amministrativi composti (o misti) ovvero a quei procedimenti in cui si registra, ai fini dell'adozione del provvedimento finale, la presenza sia di autorità europee che di amministrazioni nazionali. Questo modello procedimentale, difatti, funge da strumento di completamento dell'organizzazione comunitaria, *“poiché nell'ordine giuridico europeo non vi sono uffici periferici dell'amministrazione comunitaria”*<sup>59</sup>. Tale discorso è avvalorato dalla circostanza che l'ordinamento comunitario necessita delle norme nazionali (soprattutto quelle processuali) per il perseguimento dei propri fini; *ergo* le norme dei due ordinamenti non subirebbero alcuna *confusione* tra loro.

---

<sup>58</sup> Recentemente, Corte di Giustizia, II, sentenza 18 luglio 2007, in causa C-503/04 con nota di G.GRECO, *Superprimato del diritto europeo: le direttive sui mezzi di ricorso vincolano tutti, ma non la Commissione e la Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 413 e ss.

<sup>59</sup> G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea* in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 509.

Ciò viene ripetutamente ribadito nelle sentenze della Corte di Giustizia ove si precisa che saranno le norme (processuali) nazionali a stabilire le modalità di esecuzione, volte a garantire la tutela dei diritti derivanti dal diritto comunitario, nel rispetto dei principi propri di ciascun ordinamento<sup>60</sup> ed in assenza di una disciplina comunitaria in materia.

E' la stessa Corte di Lussemburgo, dunque, a riconoscere la distinzione tra le norme comunitarie e quelle nazionali seppur nell'unico quadro ordinamentale. Si pensi, ad esempio, ai principi fondamentali dell'ordinamento comunitario (fra tutti, quelli di legalità comunitaria e di leale collaborazione nonché di certezza del diritto, di effettività e di equivalenza, questi ultimi due individuati dalla dottrina<sup>61</sup> come chiavi di lettura per la pari dignità fra gli ordinamenti) che valgono sì per tutti gli Stati membri – e che questi ultimi devono applicare, anche nei rapporti interni, quindi per le questioni di diritto nazionale, trattandosi di principi riconosciuti a tutti i cittadini dell'UE – ma che non sempre corrispondono agli equivalenti principi generali degli ordinamenti nazionali. Si pensi al principio della certezza del diritto. Esso, non solo

---

<sup>60</sup> G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti* in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2008, 2, p. 508, riprende il principio enunciato nella sentenza della Corte di Giustizia 13 Marzo 2007 (C-432/05), *Urribet*, secondo cui "spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascun Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario" (c.d. principio dell'autonomia procedurale).

<sup>61</sup> G. GRECO, *ibidem*, pp. 509 e ss.

non può essere declinato nell'accezione comunitaria<sup>62</sup>, quanto piuttosto è stato valutato e giustiziato in maniera contrapposta rispetto all'omologo nazionale. Nella famosa sentenza Lucchini<sup>63</sup>, difatti, il principio della certezza del diritto dell'ordinamento italiano (l'autorità della cosa giudicata, nel caso di specie) deve cedere il passo, secondo il giudice comunitario, al principio superiore della ripartizione delle competenze tra Commissione e Stati membri, al principio della certezza del diritto comunitario in forza della sua *primauté*. La Corte di Giustizia, sul punto, è tornata recentissimamente a ripetersi. Con la sentenza *Olimpiclub*<sup>64</sup> - in questo caso in materia di IVA - ha riaffermato la primazia del diritto comunitario rispetto al principio cardine della certezza del diritto stabilendo che *“Il diritto comunitario osta all'applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, 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*

---

<sup>62</sup> Sul principio di certezza del diritto (*Rechtssicherheit*) nel diritto comunitario si v. A. MASSERA, *I principi generali* in M.P. CHITI - G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 318 e ss.

<sup>63</sup> Corte di Giustizia, sentenza 18 luglio 2007, *Lucchini*, C-119/05: *“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 delle Comunità europee divenuta definitiva”*.

<sup>64</sup> Corte di Giustizia, II, sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze ed Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub S.r.l.*

*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”.*

Sulla questione del rapporto tra gli ordinamenti, dunque, non può affermarsi che si sia scritta la parola fine; ma è altrettanto evidente che, la scelta del Giudice Amministrativo per la tesi del monismo ordinamentale spinge – per ragioni di carattere metodologico – l’analisi e l’approfondimento verso codesta direzione, pur non trascurando l’evoluzione legislativa, dottrinale e giurisprudenziale in senso contrario.

#### 4. DIRITTI FONDAMENTALI, TRATTATO DI LISBONA E LISSABON URTEIL

Da quel che si è detto, emerge, in tutta la sua evidenza, che la costruzione comunitaria si misura attraverso l'integrazione europea in misura direttamente proporzionale: tanto più sarà elevato il grado di integrazione, più forte sarà l'Unione Europea; viceversa, l'esistenza di forti crepe nel fenomeno dell'integrazione determina un indebolimento inevitabile della costruzione europea.

Sicché la chiave di volta del fenomeno comunitario è rappresentato dall'integrazione che, a sua volta, ruota intorno alla questione dell'Europa dei diritti, intesi quali diritto fondamentali; un'integrazione, si badi bene, intesa *“come un processo costituzionale dinamico che tende a rafforzare l'unione tra i popoli senza pervenire ad uno Stato e ad una Costituzione statale nel senso tradizionale e che ha già cambiato le categorie giuridiche del costituzionalismo classico”*<sup>65</sup>.

Non è un caso, difatti, che il Trattato di Lisbona abbia dato un forte impulso ai diritti individuali, attraverso due innovazioni fondamentali: *“il riconoscimento di una efficacia giuridicamente vincolante alla Carta dei diritti fondamentali e un passo importante verso l'adesione*

---

<sup>65</sup> G. D'IGNAZIO, *Le sfide del costituzionalismo multilivello tra il Trattato di Lisbona e le riforme degli ordinamenti decentrati*, in G. D'IGNAZIO (a cura di) *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011, p. 3.

*dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritto dell'uomo e delle libertà fondamentali*"<sup>66</sup>. I diritti fondamentali rappresentano la cartina di tornasole dell'integrazione europea: non è un caso, dunque, che i rapporti tra Stati membri e Unione Europea abbiano registrato i momenti di massimo splendore e di massima tensione proprio in relazione all'esatta collocazione ed al ruolo da assegnare ai diritti fondamentali nel quadro della costruzione europea. La teoria dei controlimiti, di cui si è ampiamente discusso, *"ha avuto proprio il significato di mettere i diritti fondamentali al riparo da ogni contrattazione politica e di escluderli dal gioco dei beni negoziabili a livello europeo"*<sup>67</sup>, su cui gli Stati membri e, in particolare, le loro Corti costituzionali non intendono fare sconti, nonostante i passi in avanti, significativi, registrati con il Trattato di Lisbona sul tema.

La nota *Lissabon Urteil*<sup>68</sup> emessa dal Tribunale costituzionale tedesco il 30 giugno 2009 rappresenta la massima espressione dello *scetticismo* costituzionale degli Stati membri; tale pronuncia ha rimesso in discussione il precario equilibrio del rapporto tra gli ordinamenti,

---

<sup>66</sup> M. CARTABIA, *Il Trattato di Lisbona*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 221.

<sup>67</sup> M. CARTABIA, *ibidem*, p. 224.

<sup>68</sup> *BundesVerfassungsgericht*, 2 BvE 2/08 vom 30 juni 2009, Absatz-Nr. (1-421).

suscitando, con le argomentazioni ivi contenute, un tourbillon di reazioni<sup>69</sup>.

Il merito della sentenza – che assume le forme di un piccolo Trattato – consiste nell’aver messo a nudo il problema fondamentale dell’Unione Europea e della sua costruzione ovvero il *deficit* democratico delle istituzioni europee che mal si concilia con la struttura della Legge Fondamentale tedesca. I giudici costituzionali, per far questo, adottano una vera e propria “*motivazione-manifesto politico*”<sup>70</sup>, così, brevemente, riassumibile nei punti chiave: *“il Trattato di Lisbona, la legge che approva tale trattato e l’atto che emenda di conseguenza la Costituzione rispettano le prescrizioni della Costituzione tedesca. La legge che estende e rafforza i poteri dei due rami del Parlamento tedesco per quanto attiene alle questioni europee, invece, non rispetta le norme dell’art. 38.1 e dell’art. 23.1 e va riformulata in modo conforme alla Costituzione, prima della ratifica del Trattato. In particolare, le clausole del trattato chiamate norme passerella (che consentono al Consiglio europeo di passare dall’unanimità alla*

---

<sup>69</sup> Si v., tra gli altri, S. CASSESE, *L’Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, 9, pp. 1003 e ss.; R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Com.*, 2010, pp. 387 e ss.; J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 973 e ss.; L. CASSETTI, *Il “Sì, ma” del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell’integrazione europea*, in *www.federalismi.it*, 2009, 14, pp. 1 e ss.; M. LUCIANI, *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell’integrazione europea*, in *www.astrid-online.it*.

<sup>70</sup> La felice espressione è di S.CASSESE, *ult. op. cit.*, p. 1003.

*maggioranza qualificata e dalla procedura legislativa speciale a quella ordinaria), per essere applicate, richiedono che il rappresentante del governo tedesco ottenga dal <<Bundestag>> e dal <<Bundesrat>> una apposita autorizzazione legislativa”<sup>71</sup>. In sintesi, “la legge che approva il Trattato di Lisbona non contiene disposizioni incompatibili con il testo costituzionale; la legge accompagnatoria, quella sul ruolo del Parlamento (Bundestag e Bundesrat) negli affari europei, solleva viceversa eccezioni di costituzionalità, perché non tutela sufficientemente le prerogative parlamentari”<sup>72</sup>.*

Seppur la gran parte dei commenti in dottrina siano stati molto critici, ciò che rileva è il via libera dato dai giudici di Karlsruhe al Trattato di Lisbona come una sorta di nuovo *imput* al processo di integrazione. La visione critica della sentenza datane dai commentari dipenderebbe dalla circostanza che *“la sentenza è stata pubblicata in lingua tedesca, nonché in una traduzione in lingua inglese a cura dei servizi del BverfG”* sicché *“non è possibile comprenderla senza una conoscenza assai approfondita della lingua giuridica tedesca e del contesto di diritto*

---

<sup>71</sup> S. CASSESE, *ibidem*, pp. 1003-1004.

<sup>72</sup> G. TOSATO, *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente Lisbon Urteil*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), p. 2.

*costituzionale procedurale e sostanziale nel quale essa è stata emessa*<sup>73</sup>.

I giudici, difatti, non pongono ostacoli all'Unione Europea e, soprattutto, non pongono limiti alle competenze comunitarie; pretendono, tuttavia, che tali attribuzioni avvengano nel rispetto del nucleo duro della Costituzione – i diritti fondamentali<sup>74</sup> – anche mediante l'intensificazione dei processi comunicativi tra le culture costituzionali esistenti nel panorama europea<sup>75</sup>.

Il passaggio politico della sentenza – quello che Cassese, appunto, chiama il manifesto – è più che altro un monito, già espresso in passato dagli stessi giudici, sulla necessità di rafforzare la partecipazione democratica ai processi comunitari non per distruggere l'Unione Europea quanto per realizzarla pienamente.

---

<sup>73</sup> J. ZILLER, *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, cit., p. 975. Sottolinea l'Autore (p. 977) che è "abitudine del BVerfG a presentare dei <<Leitsätze>> prima del testo della sua sentenza. I Leitsätze sono molto utili all'addetto ai lavori poiché attirano subito l'attenzione su ciò che il BVerfG ritiene essere specifico alla sua sentenza nello sviluppo della sua giurisprudenza. Si tratta, però, di una fonte di possibile confusione per il lettore non addetto, che crede di trovare nei Leitsätze una sintesi della sentenza, mentre spesso questi non dicono niente sulla decisione stessa e sono solo una scelta di argomenti sviluppati nelle motivazioni. Nel caso di specie, la lettura dei Leitsätze rischia di indurre molti lettori in errore, poiché essi insistono su ciò che non è permesso dalla GG, mentre non fanno emergere che il BVerfG considera il Trattato di Lisbona interamente compatibile con essa".

<sup>74</sup> L. FERRAJOLI, *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 1-2, pp. 141 e ss.

<sup>75</sup> Sul punto, si v. M.R. DONNARUMMA, *Il processo di <<costituzionalizzazione>> dell'Unione Europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle Corti costituzionali*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 407 e ss.

Letta in questi termini, il *Lissabon Urteil* si declina in termini positivi e propositivi, pur contenendo riserve per le quali spetta all'Unione e agli Stati membri attivarsi per rimuoverne gli aspetti critici.

In definitiva, con il *Lissabon Urteil*, i giudici costituzionali tedeschi, in chiave pragmatica, salva il Trattato di Lisbona; tuttavia, questa volta in chiave forse un po' vetero-costituzionalistica, frena il fenomeno dell'integrazione europea, non già per diffidenza verso la costruzione comunitaria – diffidenza, peraltro, mai del tutto nascosta, soprattutto dalle Corti costituzionali italiana e, appunto, tedesca – quanto per una sfiducia verso l'organo esecutivo in ragione della vecchia e irrisolta questione del *deficit* democratico delle istituzioni comunitarie colmato, questa volta, attraverso il rafforzamento dei poteri del Parlamento nazionale. Il *Lissabon Urteil*, tuttavia, *“non è affatto un punto di arrivo, ma piuttosto un punto di (ri)partenza di una <<trattativa>> che si gioca sul circuito delle grandi corti costituzionali europee, intessuto non solo di legami istituzionali, ma anche di occasioni di confronto personale tra le diverse impostazioni giuridico-culturali, che per definizione sono alla incessante ricerca di un reciproco arricchimento e di un nuovo equilibrio”*<sup>76</sup>.

---

<sup>76</sup> R. CAPONI, *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lissabon Urteil)*, cit., p. 405.

## 5. IL REGIME DELLA LEGGE ITALIANA INCOMPATIBILE E DISAPPLICABILE

Una volta delineato il quadro ordinamentale entro cui ci si muove, appare opportuno affrontare un ulteriore problema di non poco conto e cioè chiarire il regime giuridico della legge italiana incompatibile e disapplicabile per contrasto con quella comunitaria.

Come si è ricordato, la Corte Costituzionale – con la sentenza *Granital* in particolare – ha affermato che la norma italiana, contrastante con quella comunitaria, dovesse essere disapplicata dal giudice comune pur essendo valida ed esistente a tutti gli effetti. Tale tesi, alla luce delle successive evoluzioni pretorie e delle modifiche legislative di diverso rango, non appare sostenibile anche alla luce della giurisprudenza comunitaria e dei principi dalla stessa elaborati che ostano una simile interpretazione.

In proposito, taluni autori<sup>77</sup> hanno sostenuto che la soluzione si rinverrebbe nel principio *lex posterior generalis non derogat priori specialis*. Tuttavia, la tesi non convince, non solo per ragioni di carattere generale – l'ordinamento comunitario, per come già innanzi motivato, non è assimilabile ad alcuna organizzazione internazionale ma presente profili di assoluta originalità che ne fanno un

---

<sup>77</sup> F. POCAR, *Lezioni di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1979, I196, in G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, cit., p. 841, nota 26.

ordinamento tipicamente sovranazionale<sup>78</sup> – quanto e soprattutto per l'unicità ordinamentale in forza della quale non può sostenersi, almeno a livello di teoria generale, che in un medesimo ordinamento la ripartizione delle fonti determini sempre specialità di quelle comunitarie e sempre generalità di quella nazionale.

La generalità e la specialità, per come è noto, sono attribuite caso per caso e non sono predeterminate. Nemmeno sotto il profilo dell'efficacia spaziale può trovare accoglimento questa tesi, se si considera che la norma comunitaria ha un ambito di applicazione certamente più ampio – ed omogeneo – di quella nazionale.

Sul punto appare opportuno ragionare secondo i classici canoni ermeneutici e condividere, dunque, la decisione assunta dalla Corte Costituzionale la quale, pacificamente, ha riconosciuto che il contrasto tra norma nazionale antecedente a quella comunitaria va interpretato nel senso che la seconda abroga, tacitamente, la prima.

Così argomentando, resta da affrontare il regime delle norma italiana successiva a quella comunitaria e con essa incompatibile. La soluzione di detta questione, si badi bene, risulterà esiziale anche ai fini della successiva e più pregnante problematica dell'anticomunitarietà degli atti amministrativi.

---

<sup>78</sup> Corte di Giustizia, sentenza *Van Gend en Loos*, cit., p. 3 e Corte di Giustizia, sentenza *Costa c. Enel*, cit., p. 1129.

Secondo taluni Autori<sup>79</sup>, in questo caso la norma italiana sarebbe radicalmente nulla con la sua conseguente disapplicazione. Invero, sul punto, la Corte Costituzionale<sup>80</sup> ha, giustamente, affermato che un'ipotesi del genere presupporrebbe l'incompetenza assoluta del legislatore italiano. E così non è.

In linea con quanto sostenuto nel presente lavoro ed in coerenza con quanto affermato da dottrina e giurisprudenza, è chiaro che il rapporto tra i due ordinamenti si informa al criterio gerarchico e non a quello della competenza. Difatti, è evidente che al Legislatore nazionale non è preclusa la competenza su talune materie piuttosto ad esso è proibito legiferare in maniera difforme e contrastante al diritto comunitario.

Dunque, è di tutta evidenza come il giudice comune, posto dinanzi alla scelta tra una norma nazionale successiva contrastante con norma comunitaria antecedente, debba scegliere, in via gerarchica, la seconda, salva l'ipotesi dei controlimiti di cui si è ampiamente detto. Conseguentemente, viene meno l'ipotesi della nullità della norma italiana restando in piedi, invece, l'ipotesi dell'illegittimità ed

---

<sup>79</sup> Come riporta G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento nazionale*, cit., p. 847 in riferimento a M. CAPURSO, *Criteri ermeneutici in ordine all'applicazione di norme comunitarie convenzionali e derivate, configgenti con norme primarie di diritto interno*, in *Riv. Trim. dir pubbl.*, 1975, pp. 1057 e 1087.

<sup>80</sup> Sentenza n. 232 del 1975.

escludendo che la disapplicazione possa assurgere a nuova categoria patologica.

In ragione dei principi e dei canoni elaborati dalla Corte di Giustizia in tema di primazia ed effetto diretto del diritto comunitario, può affermarsi che, stante il divieto di discriminazione nell'applicazione del diritto comunitario e in forza del vincolo di adeguatezza – che impone, a sua volta, una sorta di giudizio di assimilazione degli ordinamenti nazionali a quello comunitario – risulta agevole affermare l'assoluta equiparazione tra la legge comunitaria e quella nazionale<sup>81</sup>; la soluzione, in definitiva, passa attraverso il giudizio accentrato di costituzionalità della norma nazionale essendo ciò precluso attraverso il ricorso incidentale<sup>82</sup>.

In sintesi, se adita in via principale, la Corte Costituzionale deve pronunciarsi in ordine al contrasto tra norma comunitaria e norma nazionale con esclusione, ovviamente, delle ipotesi in cui ricorre l'istituto della disapplicazione.

L'esito di tale *iter* argomentativo conduce ad affermare che, la norma italiana successiva contrastante con norma comunitaria anteriore è illegittima seppur efficace e sarà disapplicata dal giudice comune

---

<sup>81</sup> Tanto è stato, peraltro, riconosciuto dal Cons. St., I, parere 9 aprile 1997 n. 372.

<sup>82</sup> La Corte Costituzionale, difatti, in numerose pronunce, ha dichiarato l'inammissibilità della questione statuendo che spetta al giudice comune accertare il contrasto tra norme comunitarie e norme nazionali disapplicando, se del caso, tal ultime (Sentenze nn. 47 del 1985, 48 del 1985, 168 del 1991 e 115 del 1993).

oppure dichiarata incostituzionale dalla Corte Costituzionale qualora adita in via principale.

Del resto, tanto è stato ribadito dalla medesima giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>83</sup> ed è in linea con quanto già avviene, nel nostro sistema di giustizia amministrativa nei rapporti fra giudice ordinario e giudice amministrativo.

Esaurito l'argomento sui rapporti fra gli ordinamenti ed il regime giuridico delle leggi italiane contrastanti con quelle comunitarie, deve essere affrontato l'ulteriore rapporto fra le diverse tipologie di atti normativi comunitari e legge nazionale. Quanto esposto per i regolamenti comunitari vale, per come è noto, anche per le norme comunitarie originarie (contenute nei Trattati) e per le direttive direttamente applicabili o *self-executing* in virtù delle medesime argomentazioni<sup>84</sup>.

Il ragionamento è diverso in ordine all'illegittimità della normativa comunitaria derivata. Come è noto, in tal caso, le strade percorribili sono tre: l'impugnazione diretta dinanzi alla Corte di Giustizia ex art. 230 TCE<sup>85</sup>, in via incidentale in un giudizio avente ad oggetto

---

<sup>83</sup> Corte di Giustizia, Sez. Riunite, 9 settembre 2003, causa CC-198/01.

<sup>84</sup> E, cioè, l'integrazione delle norme nell'ordinamento nazionale, superiorità gerarchica, disapplicazione da parte del giudice comune, ricorso principale per la declaratoria di incostituzionalità, obbligo di abrogazione da parte del legislatore nazionale, oltre al giudizio di responsabilità per lo Stato inadempiente.

<sup>85</sup> Ora sostituito dall'art. 263 del TFUE.

l'impugnazione di altri atti ex art. 231 TCE<sup>86</sup> o, infine, in via pregiudiziale sollevata dai giudici degli Stati membri ex art. 234 TCE<sup>87</sup>.

Gli strumenti offerti dal diritto comunitario confermano che tanto il giudizio di annullamento quanto l'istituto della disapplicazione garantiscono l'effettività della tutela giurisdizionale<sup>88</sup> comunitaria in forza del principio di legalità. Tal ultimo, opera *“nell'ordinamento comunitario, in senso più ampio che nell'azione amministrativa nazionale: esso va inteso innanzitutto come principio del primato dell'ordinamento comunitario su quello derivato e a tale scopo il Trattato ha posto a presidio numerose azioni di tutela giurisdizionale”*<sup>89</sup>.

Parimenti, pare che nulla osti a giungere alle medesime conclusioni anche nel caso di contrasto tra leggi italiane e norme comunitarie non direttamente applicabili, come per esempio le direttive non auto-

---

<sup>86</sup> Ora sostituito dall'art. 264 del TFUE. Recentissimamente, il giudice amministrativo si è pronunciato in merito a tale disposizione affermando che *“Quanto alla rilevanza nel sistema nazionale dei principi europei (anch'essi richiamati dall'art. 1 del Codice), va premesso che - per l'articolo 264 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea - la Corte di Giustizia, ove lo reputi necessario, può precisare ‘gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi”*, Cons. St., VI, sentenza 10 maggio 2011, n. 2755, con nota di M. SAPIO, *Un caso di sospensione degli effetti caduca tori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>87</sup> Ora sostituito dall'art. 267 del TFUE.

<sup>88</sup> *“Il diritto dell'Unione, in particolare il diritto ad un'effettiva tutela giurisdizionale, osta ad una normativa nazionale, quale quella oggetto della causa principale, interpretata nel senso che i membri di un'associazione temporanea offerente in un procedimento di aggiudicazione di un pubblico appalto siano privati della possibilità di chiedere, a titolo individuale, il risarcimento del danno che ritengono di aver individualmente subito a seguito di una decisione adottata da un'autorità diversa dall'amministrazione aggiudicatrice, implicata in tale procedimento conformemente alle norme nazionali applicabili, e che è tale da influire sullo svolgimento di quest'ultimo”*, Corte di Giustizia, IV, sentenza 6 maggio 2010, cause riunite C-145/08 e C-149/08, *Club Hotel Loutraki*.

<sup>89</sup> E. PICOZZA, *Attività amministrativa e diritto comunitario (Voce)*, in *Enc. Giur.*, Vol. III, p. 4.

esecutive. In questo caso, ex art. 249, co. 3°, TCE<sup>90</sup>, sussiste in capo allo Stato membro l'obbligo di dare attuazione alla direttiva che vincola nel risultato, ma lascia ampia libertà per le forme ed i mezzi di attuazione. Dunque, in ossequio ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia ed in forza di quanto sopra argomentato sotto il profilo dell'integrazione ordinamentale, non può negarsi che un eventuale contrasto di tal sorta comporta che la legge italiana è illegittima costituzionalmente per violazione di norma interposta rispetto all'art. 117, 1° co., Cost.

---

<sup>90</sup> Ora sostituito, come ricordato, dagli artt. 288, 289, 290, 291 e 292 del TFUE.

## 6. LA TEORIA DEI CONTROLIMITI NEI SUOI PIÙ RECENTI SVILUPPI

Forse per una sorta di preveggenza, la Corte di Giustizia già nella sentenza del 15 luglio 1964 (causa 6/64), *Costa c. Enel*, annunciava, in via del tutto embrionale, l'avvento del principio della primazia comunitaria, attraverso queste parole, riferite all'allora art. 189 (poi 249 TCE): *“questa disposizione, che non e` accompagnata da alcuna riserva, sarebbe priva di significato se uno Stato potesse unilateralmente annullarne gli effetti con un provvedimento nazionale che prevalesse sui testi comunitari”*, sicché *“il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità”*.

Si tratta, appunto, dei primi passi del giudice comunitario verso l'affermazione della *primauté* del diritto comunitario con una decisione che, quasi mettendo le mani avanti, statuisce che nessun atto nazionale può resistere all'applicazione del diritto comunitario.

Tuttavia, le Corti Costituzionali nazionali, nella lunga *liaison* avuta con il giudice di Lussemburgo in ordine al riconoscimento di tale primazia, poi accolta, gioco-forza, dagli ordinamenti nazionali, hanno riservato agli Stati membri una potenziale *exit strategy* avverso l'incidenza

irreversibile del diritto comunitario: la teoria dei controlimiti, così detta perché pone dei limiti alle limitazioni della sovranità nazionale in quegli ordinamenti, come quello italiano e tedesco, che non accolgono in toto il principio della *primauté* del diritto comunitario, sulla scorta del ragionamento che giammai, anche a seguito di una revisione costituzionale, possa ammettersi norme europee contrastanti con i principi inviolabili dell'ordinamento nazionale.

Il monito che la Corte di Giustizia ha affidato alla sentenza *Costa c. Enel*, è stato, negli anni, ripetuto ed ampliato in altre, importanti, pronunce: nella sentenza *Internationale Handelsgesellschaft*<sup>91</sup>, dove si osserva che l'invocazione “*ai diritti fondamentali, per come formulati nella Costituzione di uno Stato membro, oppure ai principi costituzionali nazionali non può sminuire la validità di un atto comunitario o la sua validità nel territorio dello Stato*”; successivamente, con la famosa sentenza *Tanja Kreil*<sup>92</sup> nella quale, in relazione alla direttiva 76/207/CEE, per ciò che concerne il principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, la formazione e la promozione professionali e le condizioni di lavoro, osta all'applicazione di

---

<sup>91</sup> Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70.

<sup>92</sup> Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2000, causa C-285/98.

disposizioni nazionali, come quella dell'art. 12 della Costituzione tedesca, che escludono in generale le donne dagli impieghi militari comportanti l'uso di armi e che ne autorizzano l'accesso soltanto ai servizi di sanità e alle formazioni di musica militare. Con questa sentenza, il giudice comunitario *“precisa in modo ulteriormente espansivo le sue competenze di controllo dell'applicazione del diritto dell'Unione, che si esplicitano nell'individuazione di livelli di protezione assolutamente inderogabili dei diritti fondamentali e, dunque – mutuando la formulazione dell'art. 19.2 della L.F.B. – del loro <<contenuto essenziale>>”*<sup>93</sup>.

La *primauté* rappresenta uno dei tanti volti attribuiti dal giudice comunitario all'integrazione europea<sup>94</sup> ma, certamente, il più doloroso nel rapporto tra Lussemburgo e gli Stati membri, giacché se è vero che la questione non si è posta per quei Paesi che hanno aderito all'odierna Unione Europea in tempi più recenti, lo stesso non può dirsi per gli Stati fondatori della Comunità i quali, probabilmente, non immaginavano l'evoluzione della costruzione comunitaria in questa prospettiva.

---

<sup>93</sup> S. GAMBINO, *Costituzionalismo multilevel, diritti fondamentali e Unione europea*, in G. D'IGNAZIO, cit., p. 89.

<sup>94</sup> P. BILANCIA, *The Role and Power of European and National Parliaments in the Dynamics of Integration*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 273 e ss.

Ed è in questo quadro che le Corti Costituzionali nazionali hanno elaborato la c.d. teoria dei controlimiti<sup>95</sup> sul presupposto che esse, in quanto custodi dei principi fondamentali e dei valori costituzionali irrinunciabili degli Stati membri, al fine di poter tutelare questo patrimonio indisponibile possono, seppur solo in linea teorica, paralizzare la primazia comunitaria. E' una teoria, quella dei controlimiti, sorta, in prima battuta, per edulcorare il principio dell'espansione e dell'applicazione *tout court* del diritto comunitario fondata su presupposti giuridici di non poco momento; tuttavia, a seguito delle modifiche dei Trattati e, soprattutto, delle riforme delle Costituzioni nazionali, con le quali, direttamente o indirettamente, si è introdotto un vincolo puntuale rispetto all'Unione Europea (per la Costituzione italiana, come detto, l'art. 117, co. 1°, secondo cui "*La potestà legislativa e` esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*"), il fenomeno dei controlimiti è assolutamente ridimensionato – giacché, lo si ripete, si tratta di un conflitto tra ordinamenti assolutamente teorico e difficilmente concretizzabile – ma non per questo sparito. Invero, "*Sulla base dell'osservazione del diritto costituzionale vivente degli Stati membri, per come formato*

---

<sup>95</sup> D.U. GALETTA, *Le rapport entre Constitution italienne et normes externes et la question des soi-disant <<contre-limites>>*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1633 e ss.

dalle norme costituzionali scritte e dalla giurisprudenza, pare possibile individuare — per quanto sia difficile schematizzare, specie confrontando ordinamenti assai diversi — due differenti tipi di limiti (o « sfide » ) alla primauté del diritto europeo, primario e derivato, sulle Costituzioni nazionali, in base al loro carattere formale o materiale: a)

Possiamo parlare di limiti formali (o procedimentali) quando gli ordinamenti nazionali ammettono la prevalenza del diritto comunitario sulle norme nazionali (anche di rango costituzionale), a condizione che esso sia introdotto attraverso una procedura speciale, diversa da quella legislativa e, di solito, simile o coincidente con quella della revisione costituzionale. In genere, tale previsione è contenuta nella European clause operante nelle singole Costituzioni rispetto all'ingresso del diritto comunitario primario, ma a volte può valere anche per il diritto comunitario derivato (Francia): solitamente richiede, accanto a maggioranze parlamentari qualificate, l'intervento del corpo elettorale, mediante referendum. Tali «condizioni» (più che veri e propri « limiti ») di ammissione, vedono, quindi, affidata la propria operatività soprattutto ad organi di tipo politico (Parlamento, popolo) e solo eventualmente a Tribunali costituzionali (e` quanto avviene in Francia e in Spagna). Quale effetto, comportano l'immunità dal controllo giurisdizionale del diritto comunitario così immesso: il

*controllo e` stato fatto a monte, al momento dell'ingresso, per cui non può più operare al momento dell'applicazione; b) I limiti materiali riguardano il momento dell'applicazione del diritto comunitario, nel senso che la primauté sul diritto nazionale di rango costituzionale può essere limitata attraverso il controllo da parte di giudici nazionali: e` cioè possibile, almeno sul piano teorico, che un giudice, o più spesso un Tribunale costituzionale, resista all'applicazione del diritto comunitario, quando questo confligga con i principi supremi del proprio ordinamento o con i diritti inviolabili dell'uomo. Si tratta — in sostanza — di (possibili) limiti all'efficacia diretta e, quindi, alla primauté, delle singole norme comunitarie”<sup>96</sup>.*

Esistono, poi, controlimiti testuali – come nell’ordinamento tedesco – nel caso in cui siano previsti nella Costituzione, ovvero controlimiti materiali o non testuali – come nel caso italiano – quando, nel silenzio della Carta, sia la Corte Costituzionale a prevedere, in via pretoria, tali limiti.

Restrungendo l’analisi della teoria all’ordinamento italiano, un primo accenno sul punto si registra già con la sentenza n. 98 del 1965 con la quale la Corte Costituzionale – in relazione alla costituzionalità dell’art.

---

<sup>96</sup> A.CELOTTO-T.GROPPI, *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1309.

2 della legge n. 766 del 1952 esecutiva del Trattato C.E.C.A. rispetto agli articoli 102 e 113 Cost. poiché, introducendo gli articoli 33, 41 e 92 del medesimo Trattato, prevedeva una giurisdizione esclusiva della Corte di Giustizia per i provvedimenti emessi dall'Alta Autorità comunitaria – pur ammettendo l'attribuzione di competenze, già assegnate allo Stato, alle Comunità Europee, ivi compresa la tutela giurisdizionale di diritti ed interessi derivanti dalla C.E.C.A., a patto che esso non comporti alcun *“pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale”* giacché *“questo diritto è tra quelli inviolabili dell'uomo, che la Costituzione garantisce all'art. 2 Cost.”*.

Il su richiamato accenno viene, successivamente, meglio argomentato dai giudici di Palazzo della Consulta con la sentenza n. 183 del 1973 ove si precisa che *“in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni ...possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed e` ovvio che qualora dovesse mai darsi all'art. 189 (ora art. 249) una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla*

*perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali*". Il ragionamento dei giudici costituzionali è, ormai, chiaro tanto da essere ribadito appena un anno dopo, con la sentenza n. 170 del 1984, allorquando si afferma che la Corte *"ha, nella sent. n. 183 del 1973, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana"*<sup>97</sup>. Come si nota, è la stessa Corte a rendersi conto che un ipotesi di tal sorta è del tutto teorica, risultando difficile che l'ordinamento comunitario possa in qualche modo violare i principi fondamentali e inviolabili della Costituzione che sono, del resto, i diritti inviolabili dell'uomo, nucleo di valori irrinunciabile anche per il diritto comunitario, per come, a più riprese, ribadito dalla Corte di Giustizia; tuttavia, la Corte Costituzionale utilizza questa iperbole giurisprudenziale per non rinunciare, definitivamente, al proprio sindacato di legittimità costituzionale in ordine alla normativa comunitaria ed, anzi, utilizza lo strumento dei controlimiti per esercitare un'azione monitoria nei confronti del diritto comunitario. Ancora con la sentenza n. 509 del 1995, la Corte ribadisce che la tutela dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale nazionale

---

<sup>97</sup> Così, anche, in Corte Costituzionale sentenza n. 1146 del 1988 e sentenza n. 203 del 1989.

spetta alla medesima Corte che *“deve salvaguardare anche rispetto alla applicazione del diritto comunitario”*.

Pur tuttavia, si deve registrare l'applicazione, in Italia, della teoria dei controlimiti quanto meno in un caso<sup>98</sup>. Si tratta di una vicenda risalente al 2000, allorquando il Comune di Milano affidò il controllo della società di gestione delle farmacie comunali alla Gehe Italia S.p.A. poi divenuta Admenta Italia S.p.A. Avverso tale provvedimento, taluni soggetti (tra cui *Federfarma*) adirono il TAR Lombardia censurando la procedura adottata dal comune meneghino e, contestualmente, prospettando l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, co. 1°, lett. a) della legge n. 362 del 1991 per contrasto con gli artt. 3 e 32 Cost. poiché tale norma, pur prevedendo l'incompatibilità tra la gestione societaria delle farmacie privata e qualsiasi altra attività nel settore del farmaco, nulla disponeva in ordine alle farmacie comunali per le quali, in sostanza, non vigeva il regime di incompatibilità imposto per la gestione delle farmacie private. Il TAR adito investì della questione la Corte Costituzionale che, con sentenza n. 275 del 24 luglio 2003, dichiarava *“l'illegittimità costituzionale dell'art. 8, comma 1, lett. a), della legge 8 novembre 1991, n. 362 (Norme di riordino del settore farmaceutico), nella parte in cui non prevede che la partecipazione a*

---

<sup>98</sup> Cons. St., V, sentenza 8 agosto 2005, n. 4207.

*società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco”.*

Conseguentemente, il T.A.R. adito accolse il ricorso annullando l'intera procedura<sup>99</sup>. Sicché, tanto il Comune di Milano quanto la prima aggiudicataria ricorrevano al Consiglio di Stato e richiedevano la disapplicazione della norma, modificata dalla citata sentenza della Corte Costituzionale, per contrasto con gli artt. 12, 43 e 56 del TCE o, via subordinata, di rinviare alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale sul contrasto della norma nazionale con le citate disposizioni del Trattato così argomentando *“L'art. 8 della legge n. 362 del 1991 è stato modificato dalla Corte costituzionale che, con una sentenza di tipo additivo, ha inserito nel testo della disposizione preesistente la previsione che la partecipazione a società di gestione di farmacie comunali è incompatibile con qualsiasi altra attività nel settore della produzione, distribuzione, intermediazione e informazione scientifica del farmaco. La norma così introdotta nell'ordinamento positivo italiano si porrebbe in contrasto con alcuni principi del Trattato Istitutivo della Comunità Europea, e precisamente con gli articoli 12, principio di non discriminazione, 43 libertà di stabilimento e*

---

<sup>99</sup> TAR LOMBARDIA, Milano, sentenza 29 settembre 2004, n. 4195.

*56 libera circolazione dei capitali. In virtù del principio di prevalenza e di efficacia diretta del diritto comunitario sul diritto dei paesi membri, il suddetto contrasto dovrebbe essere risolto dal giudice nazionale, nella specie dal Consiglio di Stato, disapplicando la norma interna incompatibile con la norma del Trattato, quindi nella specie, riformando la sentenza appellata e rigettando il ricorso di primo grado. Ove sussistessero dubbi circa il menzionato contrasto della norma introdotta dalla Corte costituzionale con il Trattato, la Sezione sarebbe tenuta a rimettere gli atti alla Corte di giustizia della Comunità Europea, a norma dell'art. 234, comma 4, del Trattato medesimo, per la soluzione della relativa questione pregiudiziale”<sup>100</sup>.*

Sul punto, è opportuno richiamare, per intero, le motivazioni del giudice amministrativo onde comprendere, appieno, la portata applicativa dei controlli. Afferma il giudice che *“La censura proposta muove dall'affermazione del contrasto dell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge n. 362 del 1991, come modificato dalla Corte costituzionale, con i principi del Trattato CE, e fa leva sull'obbligo del giudice nazionale di disapplicare la norma viziata, in ossequio ai principi comunemente accolti in tema di rapporti tra il diritto della Comunità europea e quello degli Stati membri secondo l'assetto*

---

<sup>100</sup> Cfr. sentenza citata, punto 3.1.

*scaturito dalla fondamentale sentenza della Corte costituzionale n. 170 del 1984. Rispetto all'esame della fondatezza della tesi impugnatoria appare pregiudiziale la verifica, richiesta dalla controparte, dell'effettivo ambito di incidenza del diritto comunitario sulle materie che coinvolgono principi e diritti fondamentali secondo l'ordinamento nazionale, e per conseguenza i ruoli rispettivi della Corte di giustizia di Lussemburgo e della Corte costituzionale italiana. Si tratta, come è evidente di tematiche di notevole ampiezza e complessità, che, in queste sede, potranno essere soltanto richiamate per brevi ed essenziali accenni. Va detto subito che non è oggetto di discussione il nucleo essenziale della innovazione introdotta dalla Corte costituzionale con la citata sentenza n. 170 del 1984. Secondo l'orientamento precedente, espresso nelle sentenze n. 14 del 1964, n. 98 del 1965 e soprattutto n. 183 del 1973, infatti, la Corte si considerava competente a conoscere della eventuale illegittimità delle leggi e degli atti aventi forza di legge di cui si denunciava il contrasto con norme comunitarie, e la relativa competenza non poteva che svolgersi a seguito della "rimessione" degli atti da parte di un giudice di merito. Con la sentenza n. 170 del 1984, invece, come è largamente noto, i giudici comuni sono stati abilitati ad applicare il diritto comunitario immediatamente e a preferenza delle norme interne che*

*lo contraddicono. Il contrasto non dà più luogo ad una questione di legittimità costituzionale per indiretta violazione dell'art 11 Cost.; la norma nazionale confliggente si ritrae e lascia spazio al diritto di fonte comunitaria. Il principio, inizialmente affermato per i regolamenti comunitari, è stato poi esteso con successive pronunce alle statuizioni contenute in sentenze interpretative della Corte del Lussemburgo ex art. 177, oggi art. 234 del Trattato (sent. n. 113 del 1985) e delle sentenze di condanna ex art. 169, oggi art 226 (sent. n. 389 del 1989), ed in fine alle direttive c.d. dettagliate (sent. n. 168 del 1991). Questo assetto del controllo di legittimità delle norme interne in materie disciplinate da fonti comunitarie direttamente applicabili ha determinato una consistente contrazione del contenzioso di diritto comunitario di competenza della Corte costituzionale, essendo ad essa subentrato il sindacato diffuso svolto dai giudici comuni, e quello della stessa Corte del Lussemburgo o in sede di impugnativa diretta o nell'esercizio della funzione interpretativa ex art. 234 del Trattato. La dottrina costituzionalistica, peraltro, pur dando atto del ridimensionamento delle aree del controllo sulla legittimità delle fonti proprio della Corte costituzionale, è concorde nel negare, sulla base dei dati emergenti dall'ordinamento, che si sia compiuta una completa estromissione della Corte costituzionale dalla gestione del diritto*

*comunitario. La Corte, infatti, in primo luogo, conosce dei conflitti tra norma comunitaria e norme interne in tutte le ipotesi che si pongono fuori del giudizio di costituzionalità in via incidentale. Si tratta dei casi di accesso diretto alla Corte, quali il giudizio di costituzionalità in via principale proposto dallo Stato o da una Regione contro la legge della Regione o contro la legge dello Stato, il conflitto di attribuzioni nelle diverse ipotesi conosciute, il giudizio sulla ammissibilità del referendum. Una diversa occasione di intervento, di interesse essenzialmente teorico, è stata individuata dalla stessa Corte nella sent. n. 170 del 1984, citata sopra, ed attiene al caso che siano denunciate, in via incidentale, per violazione dell'art. 11 Cost., norme di "legge statale che si assumono costituzionalmente illegittime in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema e al nucleo essenziale dei suoi principi". Né va dimenticato quel filone della giurisprudenza costituzionale, noto alla dottrina come afferente alle c.d. discriminazioni a rovescio, che si concretizzano in situazioni di disparità in danno di cittadini o delle imprese italiani che sono effetto indiretto di un più favorevole trattamento stabilito dal diritto comunitario (sentenze n. 249 del 1995, sui lettori di lingua straniera; n. 61 del 1996, sui procuratori legali; n. 447 del 1997 sulla pasta). In tali casi la Corte,*

*in deroga all'autolimitazione delle proprie attribuzioni in favore della disapplicazione di cui alla sent. n. 170 del 1984, sopra ricordata, è stata chiamata a valutare la legittimità costituzionale di norme italiane dalle quali derivi una posizione di svantaggio per il cittadino italiano rispetto alla disciplina delle medesime situazioni fissata dal diritto comunitario. Concerne in fine l'area comunitaria, ad assume un rilievo centrale nella presente controversia, quel tipo di competenza che la Corte costituzionale ha costantemente rivendicato, seppure non concretamente esercitato, che riguarda la tutela dei principi e diritti fondamentali del nostro ordinamento nei confronti della Comunità Europea. La prima affermazione della volontà di non abdicare al ruolo istituzionale di garante del sistema costituzionale si fa risalire alla sent. n. 98 del 1965, con la quale è stata giudicata non contrastante con gli artt. 102 e 113 Cost. l'attribuzione di competenze giurisdizionali ad organi diversi da quelli dello Stato (nella specie, alla Corte di giustizia), purché ciò avvenga "senza pregiudizio del diritto del singolo alla tutela giurisdizionale" perché questo diritto è tra quelli inviolabili dell'uomo "che la Costituzione garantisce all'art. 2.". Con espressioni assai più incisive la Corte si è pronunciata nella sent. n. 183 del 1973, già citata, e poi nella sent. n. 170 del 1984, anch'essa citata. Si è osservato, nel primo arresto, che "in base all'art. 11 della Costituzione sono state*

*consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni possano comunque comportare per gli organi della CEE un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana. Ed è ovvio che qualora dovesse mai darsi dell'art. 189 una sì aberrante interpretazione, in tale ipotesi sarebbe sempre assicurata la garanzia del sindacato giurisdizionale di questa Corte sulla perdurante compatibilità del Trattato con i predetti principi fondamentali.” Le proposizioni della seconda decisione sono particolarmente significative, perché pronunciate contestualmente alla svolta definitiva in tema di efficacia diretta del diritto comunitario. La Corte ha avvertito: “le osservazioni fin qui svolte non implicano tuttavia che l'intero settore dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte” che ha già affermato come “la legge di esecuzione del trattato possa andare soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana.”.*

*Tali fondamentali statuizioni sono state costantemente richiamate dalla Corte in numerose successive pronunce (sentenze nn. 1146 del*

1988, 203 del 1989, 232 del 1989, 168 del 1991, 117 del 1994, 509 del 1995, 126 del 1996, 93 del 1997, 73 del 2001). Emblematica tra queste può considerarsi la sentenza 21 aprile 1989 n. 232 la quale, pur concludendosi con un dispositivo di inammissibilità, svolse un approfondito esame della (in)compatibilità dell'art. 174, comma 2, (ora 231) del Trattato con gli artt 24, 24 e 41 Cost., con riguardo al potere conferito alla Corte di Giustizia di limitare nel tempo gli effetti delle proprie pronunce. 3.3. Così delineato il quadro di riferimento va affrontato il quesito proposto dalla censura, con la quale si chiede di disapplicare (*rectius*, non applicare, secondo la sottile precisazione operata dalla Corte costituzionale con la sent. n. 168 del 1991) la norma di cui all'art. 8, comma 1, lett. a) della legge n. 362 del 1991, come modificato dalla Corte costituzionale, di cui si assume il contrasto con gli artt. 12, 43 e 56 del Trattato, ossia di considerarla *tamquam non esset*, ovvero, in *subordine*, operare il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi del 234, comma 3, del Trattato. Osserva in primo luogo il Collegio che nella specie si prospetta il conflitto di una norma dell'ordinamento interno, che disciplina una specifica ipotesi incompatibilità tra lo svolgimento contemporaneo di due diverse attività, con principi generali del Trattato, e non con una normativa di settore emessa dagli organi comunitari competenti. In

*tale situazione l'ipotesi della "disapplicazione" da parte del giudice nazionale non appare percorribile, per difetto di una disciplina comunitaria direttamente applicabile. Per principio risalente alla ricordata sentenza n. 170 del 1984 della Corte costituzionale, ed in conformità alla sentenza della Corte di Giustizia 9 marzo 1978, in causa 106/77 (c.d. sentenza Simmenthal), infatti, il giudice nazionale è tenuto ad applicare direttamente la normativa comunitaria che regoli la materia in maniera difforme dalla legge nazionale, ma a tale fine non può utilizzarsi il principio generale di non discriminazione, o quello sulla libera circolazione dei capitali. In questo caso si richiede una attività di interpretazione del principio generale enunciato dal Trattato, e di verifica della compatibilità della norma interna con il principio medesimo, che dovrebbe essere devoluto alla Corte di Giustizia a norma del citato art. 234. 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. Né pare possibile, nel caso qui in esame, accedere alla tesi secondo cui il giudice nazionale, che non disponga di una normativa comunitaria direttamente applicabile a preferenza di*

*quella dello Stato membro, potrebbe adottare una interpretazione della norma contestata in senso conforme ai principi del Trattato. Tale soluzione può ammettersi quando la lettura conforme al Trattato sia tra quelle possibili, cioè sia compatibile con il testo della disposizione e non da questo manifestamente impedita. Ma questo è proprio il caso che ricorre nella fattispecie, poiché la norma inserita nell'art. 8, comma 1, lett. a) della legge n. 362 del 1991, non può che essere interpretata nel senso della incompatibilità del contemporaneo svolgimento delle due attività considerate, e la pretesa disapplicazione del detto precetto non rientrerebbe nel fenomeno della preferenza per la norma comunitaria, che non esiste, ma equivarrebbe ad una vera e propria abrogazione da parte del giudice, con disapplicazione della sentenza della Corte costituzionale. Conseguente da quanto detto che le argomentazioni delle appellanti volte a dimostrare il contrasto della norma introdotta dalla Corte costituzionale con principi del Trattato non hanno rilievo ai fini della domanda di disapplicazione, dovendo nuovamente rammentarsi che questo potere del giudice scatta in presenza di una disciplina di fonte comunitaria suscettibile di applicazione diretta. L'apprezzamento del detto contrasto compete certamente alla Corte di Giustizia ove ne fosse ritualmente investita. Viene quindi in considerazione la domanda, avanzata invero in termini*

*insolitamente perentori, di rinvio pregiudiziale della questione alla Corte del Lussemburgo, facendo leva sulla formulazione dell'art. 234, comma 3, del Trattato, che imporrebbe, immancabilmente, il rinvio alla Corte della questione di interpretazione che si ponga dinanzi ad una giurisdizione di ultima istanza quale è innegabilmente il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Il Collegio deve osservare che secondo la giurisprudenza della stessa Corte di Giustizia l'obbligo di rinvio della questione proposta davanti ad un giudice nazionale di ultima istanza non è assoluto ed inderogabile. A partire dalla nota sentenza 6 ottobre 1982 in C.283/81 (Cilfit) si è ammesso che l'obbligo di rinvio venga meno quando l'applicazione del diritto comunitario può imporsi con tale evidenza da non lasciare adito a nessun ragionevole dubbio sulla soluzione da dare alla questione sollevata. Alla detta statuizione, conosciuta ormai come teoria dell'atto chiaro, ha fatto seguito nella giurisprudenza della Corte di Cassazione (Cass. Civ. sez. lav. 25 ottobre 2002 n. 15105; 23 novembre 2001, n. 14880; sez. I, 7 giugno 2000 n. 7699; 18 febbraio 2000, n. 1804; sez. lav., 1 febbraio 2000 n. 1105; sez. civ. I, 9 maggio 1999 n. 4564; 9 giugno 1998 n. 5673) e del Consiglio di Stato (Sez. VI, 20 ottobre 2004 n. 6884; Sez. IV, 19 giugno 2003 n. 3475; 31 maggio 2003 n. 3047; Sez. VI, 4 ottobre 2002 n. 5255; 1 aprile 2000 n.1885; Sez. V, 23 aprile 1998 n. 478) l'enucleazione di ulteriori*

*casi di esenzione dall'obbligo di rinvio, con riguardo sia alla esistenza di una precedente decisione della Corte comunitaria che abbia già risolto il dubbio interpretativo, sia alla irrilevanza della questione ai fini della definizione della causa. Più precisamente si è affermato che "i giudici di ultima istanza non sono tenuti a sottoporre alla Corte una questione di interpretazione di norme comunitarie se questa non è pertinente (vale a dire nel caso in cui la soluzione non possa in alcun modo influire sull'esito della lite) .." (Sez. VI, n. 6884/2004, cit). Nella fattispecie in esame si versa in situazione di irrilevanza della questione interpretativa sollevata dagli appellanti. Occorre richiamare l'attenzione sulla circostanza che la norma, della quale sarebbe dubbia la compatibilità con alcuni principi del Trattato CE, non scaturisce dalla attività del potere legislativo, ma è il frutto di un giudizio di legittimità costituzionale ai sensi dell'art. 134 della Costituzione. Come è del tutto evidente, la Corte costituzionale ha accertato nella norma rimessa al suo esame il vizio di violazione degli artt. 3 e 32 Cost., e, utilizzando una modalità di intervento ormai acquisita da anni al processo costituzionale, ha imposto al giudice remittente, ed a tutti gli operatori del diritto, quella modificazione additiva ritenuta idonea ad eliminare il pregiudizio arrecato dal vecchio testo ai diritti fondamentali dell'eguaglianza e della tutela della salute. Ritiene il Collegio che la*

*matrice costituzionale della norma in questione assume rilievo decisivo per il problema, che qui si pone, del dovere del giudice procedente di investire la Corte di Giustizia. Va richiamata la giurisprudenza citata sopra sub 3.2. a proposito della competenza in materia di salvaguardia dei diritti fondamentali cui la Corte costituzionale non ha mai inteso rinunciare neppure a fronte delle limitazioni di sovranità decise dallo Stato con la ratifica del Trattato in applicazione dell'art. 11 Cost.. La posizione della Corte italiana sul punto ha determinato l'elaborazione da parte della dottrina costituzionalistica della teoria c.d. dei "controlimiti", che rappresenta il naturale svolgimento del modo di intendere il diritto comunitario nel suo rapporto con l'ordinamento interno. Mentre la Corte di Giustizia (sentenza Simmenthal, citata sopra) si è orientata per una impostazione monista di tale rapporto, basata sulla capacità della norma comunitaria di "abrogare" quella dello Stato, come se si fosse verificata una integrazione tra gli ordinamenti, la Corte costituzionale ha seguito inflessibilmente la tesi dualista, fondata sulla separazione tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale: essi, sebbene coordinati e comunicanti, sono ordinamenti autonomi e distinti "secondo la ripartizione di competenza stabilita e garantita dal Trattato" (sent. 170 del 1984, già citata). In altri termini, nelle materie di loro competenza le fonti comunitarie*

*ricevono diretta applicazione nel territorio italiano, rimanendo del tutto estranee al sistema delle fonti interne: la norma comunitaria, quindi, pur non abrogando né modificando né invalidando la norma interna incompatibile, prevale su di essa “se e fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinseca con una normazione compiuta e immediatamente applicabile” (stessa sentenza). Si è così pervenuti ad una sorta di “armonia tra diversi”, secondo la felice definizione di un illustre giurista, che ha avuto il pregio di garantire la conservazione del nostro ordinamento e con esso della sovranità statale, che, lungi dall’essere assorbita all’interno di una sovranità superiore, risulta essere soltanto limitata, ai sensi dell’art. 11 Cost.. In tal modo è stato, ed è, concepibile conservare uno spazio giuridico statale del tutto sottratto all’influenza del diritto comunitario, uno spazio nel quale lo Stato continua ad essere interamente sovrano, vale a dire indipendente, e perciò libero di disporre della proprie fonti normative. E’ appunto l’area dei diritti fondamentali, la cui tutela funge da insopprimibile “controlimite” alle limitazioni spontaneamente accettate con il Trattato. Ad avviso del Collegio, in questo contesto si deve collocare la sentenza costituzionale n. 257 del 2003, secondo cui è indispensabile alla tutela di un diritto fondamentale dell’ordinamento, il diritto alla salute, la indicata modificazione dell’art. 8, comma 1, lett.*

*a) della legge n. 362 del 1991. La Corte infatti è intervenuta in un'area riservata alla sua giurisdizione che non è stata intaccata dal trasferimento a favore della Corte di Giustizia delle competenze interpretative sul Trattato CEE, e pertanto rimane insensibile al paventato contrasto della modifica introdotta con principi comunitari. Potrebbe obiettarsi che la Corte costituzionale non ha preso in esame il problema del possibile conflitto tra la modifica introdotta e il Trattato, e che, pertanto, il quesito proposto dagli appellanti attende ancora la soluzione da parte dall'Autorità comunitaria competente, e ad essa deve essere rimesso. A tale riguardo il Collegio non ha motivo di pronunciarsi sulla possibilità che si svolga nel futuro, anche prossimo, un giudizio della Corte di giustizia sulla compatibilità della norma italiana con il Trattato, a seguito dell'esercizio delle competenze proprie degli organi comunitari. Ritiene invece non consentito che il giudice nazionale in presenza di una statuizione della Corte costituzionale che lo vincola alla applicazione della norma appositamente modificata in funzione della tutela di un diritto fondamentale, possa 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 ad essa riservata. Il Collegio non ignora*

*la tendenza invalsa nel diritto comunitario, e nella giurisprudenza della Corte del Lussemburgo, specie dopo la firma del Trattato di Nizza, ad assicurare la salvaguardia dei diritti soggettivi in ambiti sempre più ampi, anche estranei alla vocazione prettamente economica che ha caratterizzato le origini e una larga parte della storia della Comunità e ora dell'Unione. Non è controverso, tuttavia, che si tratti ancora di manifestazioni di valenza quasi sperimentale della aspirazione ad una unione più stretta tra i Paesi membri, che però allo stato non hanno assunto un significato giuridico vincolante, tale da determinare il superamento delle sovranità nazionali e delle loro prerogative costituzionali”<sup>101</sup>.*

Il Consiglio di Stato, con tale pronuncia, rende ‘giustizia’, in qualche modo, alla tesi sostenuta dalla Corte Costituzionale seppur, per raggiungere questo risultato, è costretto, in alcuni punti, a discostarsi dalla costante giurisprudenza comunitaria in tema di effetti diretti del diritto europeo. Tuttavia, *“la soluzione seguita dal Consiglio di stato, per quanto “forte”, non è invece dirompente, avendo – in ragione dei poteri processuali di cui è dotato - fatto applicazione dei controlimiti, mediante una disapplicazione dei principi comunitari nel caso de qua e*

---

<sup>101</sup> Cons. St., sentenza cit., punti 3.2, 3.3 e 3.4 di diritto. Più recentemente, sulla stessa materia ma evitando, accuratamente, di affrontare la questione dei controlimiti, Corte di Giustizia, sentenza 19 maggio 2009, causa C-531/06, con nota di A. SANTUARI, *Le farmacie solo ai farmacisti e ai comuni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

*non avendo certo avuto la necessità di annullare, anche se pro parte, la legge di partecipazione dell'Italia alla Comunità europea. In altri termini, mediante una applicazione a livello diffuso, è stato possibile fare ciò che, nelle forme del giudizio di costituzionalità in sede accentrata, avrebbe configurato una rottura permanente dell'unitarietà del diritto comunitario*<sup>102</sup>.

La decisione in commento rappresenta un *unicum* nel panorama giurisprudenziale<sup>103</sup>, forse anche in ragione delle innumerevoli critiche ricevute dalle stesse istituzioni comunitarie<sup>104</sup>.

Come è stato giustamente osservato, *“i controlimiti sono da intendere come rigurgito di orgoglio nazionale soprattutto oggi che la crescita del sistema comunitario e l'allargamento delle finalità dell'Unione hanno dimostrato come l'intervento del diritto comunitario non costituisca un « attentato » agli ordinamenti costituzionali nazionali,*

---

<sup>102</sup> A. CELOTTO, *I “controlimiti” presi sul serio*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>103</sup> Recentemente, sempre in materia di farmacie comunali pur senza alcun accenno ai controlimiti, TAR CAMPANIA, Napoli, V, 10 ottobre 2008, n. 14597.

<sup>104</sup> Segnatamente, la Commissione Europea che, attraverso un comunicato stampa, ha sottolineato come pronunce del genere *“hanno l'effetto di impedire o rendere più difficoltosa l'assunzione di partecipazioni o lo stabilimento di farmacie da parte di operatori di altri Stati membri. Esse possono essere considerate compatibili con il trattato CE solo se giustificate da obiettivi di interesse generale, necessarie e proporzionate al raggiungimento di tali obiettivi. Le autorità italiane giustificano le limitazioni in questione con la necessità di tutelare la salute pubblica (evitando conflitti d'interesse nel caso della prima limitazione e controllando in modo più efficace le persone che rilasciano i medicinali nel caso della seconda limitazione). La Commissione ritiene però che le limitazioni in questione vadano oltre ciò che è necessario a raggiungere l'obiettivo di tutela della salute”*. Per un commento, si v. A. CELOTTO, *Farmacie e “controlimiti” alla prevalenza del diritto comunitario: la “risposta” della Commissione europea*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it). *Contra*, A. BARONE, *A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via (con postilla di A.T., A volte ritornano...)*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, 1, pp. 201 e ss.

*bensì — piuttosto — uno strumento di notevole potenzialità anche per dare sviluppo a principi e valori presenti nelle Costituzioni, ma spesso negletti o dimenticati. Il compimento dell'evoluzione dei controlimiti può essere ritenuto ormai completo nei Paesi che, per primi, si erano posti, il problema (Italia e Germania), ove ormai — in pratica — questa forma di controllo appare sospesa, ed è riaffermata unicamente in chiave teorica, forse più per tradizione giuridica che non per reale esigenza di conservare una forma di extrema ratio...Occorrerà rendersi sempre più conto che le Costituzioni nazionali, per l'impatto del diritto comunitario, divengono — paradossalmente — una sorta di « fortezza di Singapore », imprendibile dal mare, ma facilmente espugnabile da terra”<sup>105</sup>.*

Si tratta, dunque, di un meccanismo con cui le Costituzioni tentano di arginare la continua espansione del diritto comunitario ed il fenomeno, inarrestabile, di erosione che lo stesso compie in danno agli ordinamenti nazionali. Tuttavia, è evidente che, alla luce delle continue riforme dell'Unione Europea e dei nuovi poteri ad essa attribuiti, deve essere necessariamente riletto il rapporto tra ordinamenti nazionali e diritto comunitario e, dunque, verificare la concreta attualità della teoria dei controlimiti magari attraverso un

---

<sup>105</sup> A. CELOTTO - T. GROPPPI, *ult. op. cit.*, p. 1377.

cambio di 'prospettiva' giacché, ora, *“più che vedervi un richiamo alle difficoltà di contemperare le esigenze del diritto comunitario con quelle della salvaguardia della specificità e degli spazi di intervento delle Corti costituzionali a tutela dei valori supremi delle rispettive Carte fondamentali, si tende infatti talvolta ad esasperare la lettura di quella teoria in termini di contrapposizione ultimativa tra istanze giurisdizionali, se non addirittura come pretesto per giustificare la diffusione a tutti i livelli di un controllo che, per la sua importanza e le sue dirompenti implicazioni, la Corte Costituzionale fin dall'inizio ha dichiaratamente riservato a se stessa”*<sup>106</sup>. In proiezione, *“essi potrebbero diventare il mezzo per favorire la progressiva armonizzazione degli ordinamenti, nell'ottica di una interpretazione <<mite>> del diritto, in cui i sistemi giuridici si confrontano e vengono esaltate le identità costituzionali nazionali”*<sup>107</sup>.

---

<sup>106</sup> A. TIZZANO, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 739.

<sup>107</sup> M.G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, p. 377.

## **CAPITOLO SECONDO**

### **LA FUNZIONE DEI PRINCIPI GENERALI E FONDAMENTALI ED IL LORO RUOLO UNIFICANTE**

## 1. I PRINCIPI GENERALI: CENNI INTRODUTTIVI

Come si accennava innanzi, un ruolo chiave ai fini dell'applicazione del diritto comunitario e dell'armonizzazione tra i diritti nazionali è stato giocato dai principi generali. Sin dai Trattati di Parigi e di Roma, difatti, è innegabile che, accanto alle singole prescrizioni normative in essi contenute, si sono sviluppati e sono stati elaborati dei principi generali dell'ordinamento comunitario attraverso i quali si è inciso nei singoli ordinamenti nazionali avvicinando, allo stesso tempo, i medesimi ordinamenti fra loro. Invero, *“in assenza di disposizioni nei trattati comunitari in materia di diritti fondamentali, la costruzione originaria di un ‘catalogo’ di diritti fondamentali comunitari (sia pure limitato) sia stata opera in modo pressoché esclusivo della sola Corte di Giustizia C.E.”*<sup>108</sup>.

In sede comunitaria, per come si è ampiamente avuto modo di affermare, la giurisprudenza ha assolto ad una duplice funzione: da un lato, colmando i vuoti normativi e, dall'altro, creando diritto comunitario attraverso l'elaborazione di quei principi non scritti che oggi appartengono tanto all'ordinamento comunitario quanto agli

---

<sup>108</sup> S. GAMBINO, *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra 'Trattati' (di Lisbona) e Costituzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 20.

ordinamenti nazionali<sup>109</sup>. In questo quadro, il duplice lavoro della Corte di Giustizia ha avuto un ruolo fondamentale nel settore del procedimento amministrativo fondato, per come premesso innanzi, sui principi generali dell'ordinamento comunitario soffrendo, tuttavia, una carenza normativa specifica, sicché, il giudice comunitario, utilizzando il caso concreto, ha applicato, volta per volta, anche al procedimento amministrativo, i principi sanciti dal Trattato unitamente ai "*principi sans texte formel tratti da altri ordinamenti*"<sup>110</sup>. Oltre al principio della *primauté* – su cui ci si è soffermati ampiamente – ed ai principi generali (richiamati di qui a poco) ci si riferisce, tra gli altri, al principio dello Stato di diritto (la *rule of law* dei sistemi anglosassoni); alla certezza del diritto, inteso quale stabilità dei rapporti giuridici nonché dell'assetto normativo dell'ordinamento; al legittimo affidamento<sup>111</sup>, che, nel sistema comunitario, viaggia accoppiato alla certezza del diritto, che in un economia di mercato rappresentano le chiavi di equilibrio dell'ordinamento; al principio di legalità, ulteriore declinazione della *rule of law*, inteso quale rispetto

---

<sup>109</sup> S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601.

<sup>110</sup> G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, p. 59.

<sup>111</sup> In chiave comparatistica, si v. D.U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 757 e ss. Rispetto all'ordinamento britannico, si v. S. VALAGUZZA, *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legittimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2010, pp. 1257 e ss.

dell'ordinamento e dei suoi istituti e principi, compresi quello non scritti; il principio di precauzione<sup>112</sup>, applicato in ragione degli interessi in gioco e dei mutamenti che tali ultimi possano subire in ragione delle modifiche normative e regolamentari; ai principi di esattezza e completezza in ordine alla rappresentazione dei fatti e degli interessi coinvolti nell'attività amministrativa; al principio del contraddittorio, che occupa un ruolo chiave nell'ordinamento, quale diritto ad essere ascoltati dall'Autorità e a ricevere adeguate e motivate risposte dalla stessa in ordine alle istanze del privato; al diritto di accesso agli atti amministrativi, declinato quale strumento nel dialogo con l'amministrazione nonché mezzo di controllo, postumo, sulla legittimità dell'azione amministrativa.

Nell'ordinamento comunitario si suole distinguere i principi generali – applicabili tanto ai procedimenti normativi quanto a quelli amministrativi – da quelli tipici dei procedimenti amministrativi. I primi sono rappresentati dallo Stato di diritto, dal principio democratico, nonché dai principi di legalità, di imparzialità, di sussidiarietà, di proporzionalità, dell'obbligo di motivazione, della certezza del diritto, del legittimo affidamento e, in sostanza, quelli inerenti i diritti fondamentali. I secondi, invece, sono più specifici: i principi di buona

---

<sup>112</sup> B. MARCHETTI, *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pp. 149 e ss.

amministrazione<sup>113</sup> e dell'obbligo di sana gestione delle risorse finanziarie, quelli di esattezza e completezza della rappresentazione dei fatti e degli interessi coinvolti, di precauzione, del contraddittorio, della conclusione del procedimento in modo espresso e di accesso ai documenti amministrativi.

Non può tacersi, tuttavia, che, trattandosi, per la gran parte, di principi non scritti, la distinzione – o, meglio, la catalogazione 'settoriale' – è valida fino a un certo punto, in quanto molto spesso detti principi sono stati espunti ed applicati dal giudice comunitario in un contesto specifico, salvo poi essere estesi ad ambiti ben più ampi per, poi, divenire principi generali. Tal altre volte, invece, i giudici di Lussemburgo hanno affermato la portata generale di un principio, sibbene successivamente ne abbiano, con non poca contraddizione, limitato la portata applicativa.

E' certo che in ambito amministrativo, risulta evidente che, in assenza di una disciplina unica sul procedimento amministrativo europeo, il parametro di riferimento per gli Stati membri in ordine all'esecuzione del diritto comunitario è rappresentato dall'insieme dei principi<sup>114</sup>, tanto quelli contenuti nei Trattati, quanto, ancor più, quelli elaborati

---

<sup>113</sup> L.R. PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 789 e ss.

<sup>114</sup> Si v., in chiave nazionale, V. CERULLI IRELLI, *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2010, pp. 248 e ss.

dal giudice comunitario che con la sua attività ha cercato *“di sopperire alla mancanza di una normativa unitaria sul procedimento amministrativo europeo...elaborando dei principi generali che risultino comuni se non a tutti i procedimenti, almeno a categorie di essi”*<sup>115</sup>.

Nondimeno, *“per effetto della funzione ordinamentale c.d. di <<integrazione comunitaria>> tali principi generali divengono altresì parametri della violazione di legge nei giudizi (amministrativi nazionali), quando l’azione amministrativa interna, direttamente o indirettamente incisa dal diritto comunitario, sia da esso difforme”*<sup>116</sup>.

In questo lavoro, la Corte di Giustizia è stata accompagnata ed aiutata, con non poche frizioni, dalle Corti Costituzionali degli Stati membri.

Il risultato finale è un complesso di principi di natura mista: taluni di chiara matrice comunitaria, tal altri di matrice nazionale ma riletti in chiave comunitaria.

Ai fini del presente lavoro, è necessario ripercorrere, per richiami generali, i momenti di questo percorso giurisprudenziale, giacché i predetti principi rappresentano, in fondo, la bussola per mezzo della quale districarsi per risolvere la questione dell’invalidità comunitaria degli atti amministrativi.

---

<sup>115</sup> S.STICCHI DAMIANI, *L’atto amministrativo nell’ordinamento comunitario*, cit., p. 41.

<sup>116</sup> E. PICOZZA, *Attività amministrativa e diritto comunitario (Voce)*, cit., pp. 4-5.

La Comunità Europea nasce allo scopo di delineare una disciplina comune – seppur limitata, allora, al settore economico – con la quale gli Stati fondatori potessero sfidare e affrontare la competizione economica degli altri Paesi e, in particolare, degli Stati Uniti d’America. Il modello istituzionale<sup>117</sup> comunitario illo tempore creato, dunque, si presenta quale giusto compromesso tra gli assetti ordinamentali dei Paesi membri e le finalità dei Trattati. In ragione del ristretto ambito di azione di questi ultimi, fu sufficiente creare un’amministrazione limitata che è andata, nel tempo, ampliandosi di pari passo al processo di integrazione, all’adesione di nuovi Paesi, all’aumento delle competenze dell’odierna Unione<sup>118</sup>.

Dall’ appena descritto progressivo ampliamento delle competenze emerge che la struttura originaria dei Trattati si è rivelata inadeguata rispetto alla crescita dell’attività amministrativa comunitaria. E tale *gap*, appunto, è stato colmato, nel corso del tempo, dall’attività pretoria del giudice comunitario in linea, in fondo, con il sistema degli Stati membri in materia di amministrativa. Si ricorda in dottrina che *“l’influenza dei principi generali non scritti – come diritto di matrice essenzialmente extra-legislativa – sulla formazione e sullo sviluppo del*

---

<sup>117</sup> G. STROZZI, *Le istituzioni dell’Unione Europea*, in M.P.CHITI - G.GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte generale, I, pp. 199 e ss.

<sup>118</sup> U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell’Unione europea*, Milano, 2004; F. POCAR, *Diritto dell’Unione e delle Comunità europee*, Padova, 2003; G. STROZZI, *Diritto dell’Unione Europea. Parte istituzionale*, Torino, 2005.

*diritto amministrativo nazionale è stata, invero, assolutamente determinante in ordinamenti come quello francese o come quello italiano...ribadendo peraltro orgogliosamente che il <<diritto amministrativo risulta appunto non soltanto da norme, ma anche da principi che dottrina e giurisprudenza hanno elaborato e ridotto a unità e dignità di sistema>> e che <<se al legislatore compete disciplinare i singoli istituti, spetta all'interprete formarne la qualificazione giuridica>>" non dimenticando, tuttavia, "il ruolo essenziale svolto dai principi generali negli ordinamenti di common law, ivi operanti ben al di là del <<rango di fonte sussidiaria o di tecnica meramente interpretativa>> come accade normalmente nei sistemi o almeno per i settori codificati"*<sup>119</sup>.

Ben si comprende, quindi, il ruolo esiziale svolto dalla Corte di Giustizia che, a fronte di una base giuridica estremamente limitata, ha creato principi generali volti, da un lato, a completare un complesso normativo troppo generico e disomogeneo e, dall'altro, a ridurre a sistema le stesse norme accelerando il processo di integrazione europea<sup>120</sup>.

---

<sup>119</sup> A. MASSERA, *I principi generali*, cit., pp. 285-286 e la nota 3 ivi richiamata.

<sup>120</sup> G. GAJA - A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Roma-Bari, 2010; R. ROLLI, *Brevi osservazioni in tema di diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in S. GAMBINO (a cura di) *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, pp. 303 e ss.

L'attività interpretativa svolge un ruolo di completamento dell'ordinamento comunitario allo scopo di desumere i principi generali<sup>121</sup> dello stesso mediante l'utilizzo analogico degli istituti presente negli ordinamenti nazionali o desunti da norme domestiche, comunitarie, dalla CEDU o dalla Carta dei diritti fondamentali<sup>122</sup>, ora vincolante con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona<sup>123</sup>.

Non è da sottovalutare che la necessità di stabilire dei principi generali è sorta anche in conseguenza di un'attività legislativa a due velocità dell'Unione Europea che ha emanato rilevanti e dettagliate norme per il mercato unico e la concorrenza, trascurando, forse eccessivamente, tal altre materie ad esse, comunque, attribuite e per le quali il legislatore europeo è stato meno dettagliato.

---

<sup>121</sup>G. DELLA CANANEA, *Al di là dei confini statali: Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; C. PINELLI, *Gli interpreti della Costituzione e le funzioni della teoria costituzionale*, in A. CERRI (a cura di), *Costituzione, interpretazione, garanzie e tecnica legislativa*, Quaderno monografico di *Nova Juris interpretatio*, n. 1 del 2006, p. 63, ss.

<sup>122</sup> Sul punto si v. S. GAMBINO, *I Diritti fondamentali dell'Unione Europea fra 'Trattati' (di Lisbona) e Costituzione*, cit., pp. 1 e ss.

<sup>123</sup> M. FRAGOLA, *Il Trattato di Lisbona. Che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea*, Milano, 2010; G. GUARINO, *Verso una fase costituente nella Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, 6, pp. 1287 e ss.

## 2. IN PARTICOLARE: I PRINCIPI DELL'ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA

### “COMUNE”

I principi, dunque, assolvono al duplice obiettivo: uno, in chiave interna al sistema, volto ad armonizzare il diritto comunitario; l'altro, in chiave esterna all'assetto istituzionale dell'ordinamento comunitario, ideato quale strumento di armonizzazione tra il diritto europeo e i singoli ordinamenti nazionali e, in particolare, con le amministrazioni nazionali<sup>124</sup>.

I principi di primazia, legalità, certezza del diritto e legittimo affidamento, sussidiarietà, proporzionalità e i principi sui diritti fondamentali sono principi dello spazio giuridico europeo<sup>125</sup>.

I principi di buona amministrazione<sup>126</sup>, di precauzione, dell'obbligo di sana gestione dei mezzi finanziari<sup>127</sup>; i già citati principi di esattezza e completezza della rappresentazione dei fatti e degli interessi coinvolti, del contraddittorio, della conclusione espressa, unitamente al diritto di accesso ai agli atti sono stati elaborati dalla giurisprudenza

---

<sup>124</sup> C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, cit., pp. 1037 e ss.

<sup>125</sup> Interessante, sul punto A. FERRARO, *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 503 e ss.

<sup>126</sup> A. SERIO, *La buona amministrazione nelle esperienze nazionali. Rimedi non giurisdizionali a confronto*, in S. STICCHI DAMIANI-F. VETRO' (a cura di) *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010, pp. 33 e ss.

<sup>127</sup> G. DELLA CANANEA, *Dalla contabilità di stato alle finanze pubbliche: la prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 1143 e ss.

comunitaria certamente nell'ambito del procedimento amministrativo assumendo, tuttavia, immediatamente, un carattere generale. Di conseguenza, può affermarsi che non v'è alcuna distinzione tra i vari principi, poiché di essi non esiste un 'catalogo' e giacché, spesso, per il carattere svolto, essi vengono utilizzati in forma promiscua dalla Corte di Giustizia, assumendo talvolta un carattere generale, talaltra un carattere specifico, in un fenomeno circolare che lega, dunque, indissolubilmente tutti i summenzionati principi<sup>128</sup>.

In effetti, paragonando sotto questo aspetto l'esperienza comunitaria rispetto a quella degli stati nazionali, si registrano più affinità che diversità<sup>129</sup>; e, difatti, si è giustamente osservato che *"i principi generali sono innanzitutto chiamati a svolgere la funzione di riempimento delle lacune normative e di criterio orientativo per l'interprete. Così è scritto anche nell'art. 12 delle disposizioni preliminari al Codice civile italiano"*<sup>130</sup>. Ciò non significa che via sia una piena identità tra l'ordinamento europeo e quello dello stati di membri, anche in ragione della peculiarità della disciplina sul procedimento amministrativo fondata, come è noto, su principi

---

<sup>128</sup> C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, cit.

<sup>129</sup> Si v., F. TORIELLO, *I principi generali del diritto comunitario. Il ruolo della comparazione*, Milano, 2000; R. SCARCIGLIA, *La disciplina generale dell'azione amministrativa in Europa*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina...*, cit., p. 21; da ultimo, G. D'IGNAZIO, *Integrazione europea e tendenze asimmetriche del neoregionalismo in Italia*, in G. DIGNAZIO (a cura di), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, Milano, 2007, pp. 1 e ss.

<sup>130</sup> A. MASSERA, *I principi generali*, cit., p. 291.

generali quali l'imparzialità, il buon andamento, la pubblicità, la ragionevolezza, di proporzionalità e l'obbligo di motivazione, arricchiti, evidentemente, dai principi di elaborazione comunitaria in ragione di una inevitabile *"apertura ai principi, alle clausole generali, al ruolo integrativo del precetto in capo all'amministrazione non può non generare un risultato che sia tale da tradire alla radice l'idea di sistema"*<sup>131</sup>.

Ed è tra le differenze correnti tra l'ordinamento comunitario e gli ordinamenti nazionali che sorgono quei principi tipici del primo, quali quello di buona amministrazione<sup>132</sup> frutto, evidentemente, delle peculiarità dell'azione amministrativa comunitaria caratterizzata da un'esecuzione indiretta affidata alle amministrazioni nazionali, come nel caso dei procedimenti composti. Si tratta di moduli procedurali partecipati da soggetti differenti appartenenti a sistemi differenti – ovvero la Commissione Europea e le amministrazioni nazionali<sup>133</sup> - intrecciandosi tra loro e completandosi vicendevolmente. Un sistema

---

<sup>131</sup> F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato, Poteri tecnici e "giurisdizionalizzazione"*, Milano, 2005., p. 44.

<sup>132</sup> Si pensi al diritto ad una buona amministrazione che *"figura nei motivi dei ricorrenti e nelle argomentazioni dei giudici comunitari. Ben prima della proclamazione della Carta dei diritti, ad esso ci si appella per sostenere le ragioni dei singoli e degli Stati nei confronti delle istituzioni comunitarie. Il principio non viene invocato quale autonomo fondamento per le pretese fatte valere in giudizio, ma piuttosto a conferma e rafforzamento di posizioni giuridiche basate su regole di diritto scritto o su altri principi di diritto"*, così F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 49, ed ivi indicazioni di dottrina e giurisprudenza.

<sup>133</sup> S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale*, cit. pp. 1136 e ss.

di tal fatta, ha consentito la creazione di un peculiare diritto amministrativo<sup>134</sup> e di una altrettanto peculiare organizzazione<sup>135</sup>, generando un'attività dei pubblici poteri<sup>136</sup> del tutto nuova.

Sebbene, dunque, i sistemi presentino caratteristiche molto simili tra loro ed i principi generali abbiano una comune radice, differente si prospetta quadro applicativo in ragione del differente *modus agendi* dell'amministrazione europea<sup>137</sup> attraverso la partecipazione dei soggetti nazionali ai procedimenti amministrativi europei<sup>138</sup> che terminano, generalmente, in sede nazionale e, raramente, in sede comunitaria<sup>139</sup>. La divergenza riflette la diversità degli obiettivi perseguiti dall'Unione che presentano carattere generale in ragione della necessità di armonizzare gli ordinamenti in funzione servente agli scopi del Trattato: ciò appare confermato dalla circostanza che l'attività provvedimentale comunitaria non prevede l'esercizio di un

---

<sup>134</sup> S. CASSESE, *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, pp. 213-222.

<sup>135</sup> C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa*, in *Trattato di diritto amministrativo*, cit., I, pp. 251 e ss.

<sup>136</sup> F. LUCIANI, *Potere pubblico, poteri privati e "paradossi della libertà"* in corso di pubblicazione tra gli scritti in onore di Alberto Romano, Napoli.

<sup>137</sup> C. FRANCHINI, *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 87 e ss.

<sup>138</sup> A. CASSATELLA, *Procedimenti amministrativi europei: il caso del marchio comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubb. Com.*, 2008, 3-4, pp. 835 e ss.

<sup>139</sup> Per una chiarificatrice analisi delle tipologie di procedimenti e relative fasi, per tutti, S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale*, cit., p. 1139, ss.

potere autoritativo (e, dunque, particolare), nei confronti dei soggetti privati<sup>140</sup>.

La storia dell'attività amministrativa comunitaria, del resto, conferma questo trend. Nel corso dell'ultimo trentennio, difatti, le Autorità comunitarie, per raggiungere gli scopi del Trattato, hanno utilizzato le amministrazioni nazionali limitandone l'attività<sup>141</sup>. Si pensi all'utilizzo congiunto delle funzioni<sup>142</sup> comunitarie ove, apparentemente, era l'ordinamento comunitario a condividere la titolarità della funzione con le amministrazioni nazionali; al contrario, attraverso questo strumento, le autorità europee si inserivano nell'esercizio del potere amministrativo nazionale e, in ragione dei principi generali dell'ordinamento, ne limitavano il raggio d'azione.

In tale contesto, da un lato, la Commissione ha assunto un ruolo preminente sotto l'aspetto funzionale, attraverso una dettagliata e puntuale regolamentazione<sup>143</sup>; dall'altro lato, si è chiarito il panorama

---

<sup>140</sup> Come ad esempio le concessioni di beni e servizi oppure i provvedimenti di esecuzione forzata.

<sup>141</sup> Ancora sul tema, C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, cit.

<sup>142</sup> Come nel caso della co-amministrazione e dell'integrazione decentrata. Sul tema, per tutti, C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1992; E. CHITI- C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pp. 901 e ss.; G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003; nonché per i profili processuali, G. FALCON, *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 1154 e ss.

<sup>143</sup> Sulle competenze legislative, esecutive ed esterne della Commissione, cfr. M. SAVINO, *Commissione delle Comunità europee*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, II, pp. 1038-1049, pp. 1041-1042.

organizzativo tanto delle amministrazioni nazionali quanto di quelle comunitarie.

Una prospettiva del genere, infine, disvela il vero ruolo svolto dai principi: essi rappresentano lo strumento di azione dell'attività amministrativa comunitaria e assumono il ruolo di linee guida della stessa; allo stesso tempo, mediante la loro applicazione attraverso i procedimenti cui si accennava, diventano, gioco-forza, parametro, anche, dell'azione amministrativa nazionale<sup>144</sup>. E' inevitabile, tuttavia, che il sistema comunitario così delineatosi assume caratteri del tutto peculiari rispetto ai corrispondenti nazionali<sup>145</sup> a cui si ispira ma da cui se ne differenzia. I principi, in questo quadro, svolgono una funzione armonizzante tra gli ordinamenti coinvolti *“perché favoriscono la comunitarizzazione dei modelli amministrativi nazionali, agevolando la collaborazione tra autorità interne e sovranazionali e, in ultima analisi, determinandone l'interdipendenza: diviene comune lo scambio reciproco del compito di promozione e di realizzazione delle decisioni comunitarie tra gli apparati burocratici della Comunità e quelli degli*

---

<sup>144</sup> A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 707 e ss. Il processo di integrazione comunitaria e l'armonizzazione con i diritti amministrativi nazionali, da un lato, impone obblighi per l'effettività delle disposizioni del Trattato relativamente alle libertà, dall'altro si pone indifferentemente rispetto alla natura delle regole, pubbliche o private da applicare.

<sup>145</sup> Sulla presenza di alcune *“tradizioni amministrative comuni”*, cfr. R. ROLLI, *Integrazione amministrativa europea e buona amministrazione alla luce della Carta di Nizza*, in M. SCUDIERO (a cura di) *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2005, pp. 1105 e ss.

*stati membri onde consentire la realizzazione degli interessi sovranazionali*"<sup>146</sup>. Da qui, è inevitabile il carattere biunivoco tra gli ordinamenti nazionali e quello europeo: i primi incidono sul secondo perché il diritto amministrativo interno ascende per coprire gli ambiti che non risultano disciplinati a livello comunitario; parimenti, l'ordinamento comunitario influenza gli ordinamenti interni, attraverso gli istituti ed i principi – di origine nazionale – rilette in chiave europea e restituiti agli ordinamenti nazionali per la realizzazione degli scopi comunitari.

I principi generali diventano, per gli ordinamenti nazionali<sup>147</sup>, vere e proprie di fonti del diritto<sup>148</sup> stante il dovere di applicazione in capo alle amministrazioni ed ai giudici degli Stati membri<sup>149</sup>, sicché non è

---

<sup>146</sup> Cfr. C. FRANCHINI, *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 675, nota 59; spunti in S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, cit.

<sup>147</sup> Si pensi ai principi generali riconosciuti dalla giurisprudenza come principi comuni agli ordinamenti degli Stati membri (ciò vale per i diritti della difesa, per la durata ragionevole del procedimento, per l'imparzialità delle decisioni; si può pensare anche al diritto ad una buona amministrazione. F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 50.

<sup>148</sup> Si specifica in dottrina (G. STROZZI, *Il sistema normativo*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 172, ss.) come i principi elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, sono "ricavati da un contesto diverso da quello comunitario, ma rielaborati e adattati alla luce delle specifiche esigenze dell'ordinamento comunitario. Essi costituiscono ormai una fonte non scritta del diritto comunitario: la Corte ha svolto dunque una vera e propria funzione normativa o di "legislazione giurisprudenziale".

<sup>149</sup> I mutamenti della realtà amministrativa statale, a seguito della integrazione (anche amministrativa) comunitaria, inducono, verosimilmente a pensare che si possano minare "le garanzie che proprio dal diritto positivo sono custodite"; e tuttavia, "non può neppure trascurarsi una realtà che appare addirittura preponderante agli occhi dell'interprete: basti pensare alle Autorità indipendenti, ai modi e fondamenti della loro legittimazione, al ruolo svolto dal diritto comunitario, a come le clausole generali che lo stesso legislatore comunitario utilizzando finiscano, se non per sovvertire, quantomeno per modellare in termini nuovi istituti tradizionali". In tal senso, F. CINTIOLI, *Giudice amministrativo, tecnica e mercato...*, cit., p. 10.

assurdo rilevare che *“tutta la materia amministrativa è oggi, nel nostro ordinamento, materia <<europeizzata>>, anche al di là dei settori materiali di attività che sono oggetto delle competenze comunitarie, con una decisione che non costituisce certamente un atto dovuto di adeguamento, ma una scelta ordinamentale ben caratterizzata, che va nella direzione del monismo, proprio in uno di quei campi ove sono finora state maggiori le specificità e, per così dire, le gelosie nazionali”*<sup>150</sup> e che può essere racchiusa in quella famosa espressione coniata da un’autorevole dottrina<sup>151</sup> secondo cui il diritto europeo, ormai, detiene una *“signoria sul diritto amministrativo”*.

---

<sup>150</sup> Così A. MASSERA, *I principi generali dell’azione amministrativa*, cit., p. 44-45.

<sup>151</sup> Cfr. S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, cit., p. 1136.; Id., *L’ordinamento giuridico globale*, in F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, 2005, pp. 3 e ss.

## 2.1 PRINCIPIO DI LEGALITÀ E PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO

Il principio di legalità<sup>152</sup> ed il principio di certezza del diritto impongono una trattazione congiunta, poiché rappresentano due facce di una stessa medaglia, inizialmente sanciti dalla Corte di Giustizia in relazione al solo ordinamento comunitario e poi estesi anche agli ordinamenti degli Stati membri, dapprima, ai soli fini dell'esecuzione del diritto europeo e, successivamente, quali canoni irrinunciabili anche nell'applicazione del diritto nazionale e quale strumento di uguaglianza e di parità di trattamento tra i cittadini comunitari. Il principio di legalità impone l'obbligo di conformazione degli atti comunitari al diritto comunitario trattandosi di un principio generale 'non scritto' il cui rispetto è *"una delle caratteristiche fondamentali del Trattato"*<sup>153</sup>, con la differenza, tuttavia, rispetto ai diritti amministrativi dei Paesi continentali, che la declinazione comunitaria impone la base giuridica.

Il principio di certezza del diritto, parimenti, partendo dal presupposto della stabilità dei rapporti giuridici, impone che ogni eventuale

---

<sup>152</sup> In chiave comunitaria, F. MERUSI, *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2009, pp. 43 e ss.; in chiave nazionale, S. SPUNTARELLI, *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, *Dir. Amm.*, 2008, pp. 223 e ss.; V. CERULLI IRELLI, *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, *Dir. pubbl.*, 2007, 2, pp. 345 e ss.

<sup>153</sup> Corte di Giustizia, sentenza 16 febbraio 1979, causa 101/78, *Granaria*, ribadito, recentemente, in Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, causa C-496/99, ma si vedano, anche, sentenza 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59, sentenza 12 luglio 1962, causa 14/61, sentenza 31 marzo 1971, causa 22/70.

modifica ai provvedimenti avvenga sempre e in ogni caso nel rispetto dei criteri di competenza e procedura<sup>154</sup>. Sotto un diverso profilo, esso permette al destinatario dell'atto di conoscere appieno la portata, la produzione degli effetti giuridici, la decorrenza dei termini per l'esperimento dei mezzi di impugnazione, come ha affermato la Corte di Giustizia secondo cui *"il principio di certezza del diritto, in quanto principio generale del diritto comunitario, esige una pubblicità adeguata per le misure adottate dagli Stati membri in attuazione di un obbligo derivante dal diritto comunitario e risiede nell'evidente necessità di garantire che i soggetti di diritto interessati da tali misure siano messi in grado di conoscere la portata dei loro diritti ed obblighi nell'ambito particolare disciplinato dal diritto comunitario. Ne consegue che una pubblicità adeguata deve essere idonea a informare le persone fisiche o giuridiche interessate riguardo al loro quantitativo di riferimento individuale"*<sup>155</sup>.

L'impostazione comunitaria in ordine a questi due, fondamentali, principi è dovuta alla circostanza che *"l'ordine giuridico europeo accoglie i due principi nei quali i giuristi ottocenteschi hanno, con diverse formulazioni, racchiuso l'essenza dello Stato di diritto*

---

<sup>154</sup> Corte di Giustizia, sentenza 15 febbraio 1996, causa C-63/93 e sentenza 24 settembre 2002, causa C-74-75/00.

<sup>155</sup> Corte di Giustizia, sentenza 25 marzo 2004, causa C-480/2000.

*(Rechtsstaat): si tratta dei principi di rispetto delle regole di diritto previamente stabilite e di azionabilità delle pretese vantate dai privati nei confronti delle autorità pubbliche” in quanto “l’ordine giuridico europeo non è stato edificato sulla categoria della legge, vista come una sorta di cuspide della piramide degli atti idonei a <<creare>> il diritto”<sup>156</sup>.*

---

<sup>156</sup> G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, 2010, p. 87.

## 2.2 PRINCIPIO DI SUSSIDIARIETÀ

Il principio di sussidiarietà fa il suo ingresso nel diritto comunitario con il Trattato di Maastricht del 1992, assumendo, sin da subito, un ruolo chiave nel processo di integrazione europea, tanto che esso si ritrova sia nel Preambolo *“decisi a portare avanti il processo di creazione di un’unione sempre più stretta fra i popoli dell’Europa, in cui le decisioni siano prese il più vicino possibile ai cittadini, conformemente al principio di sussidiarietà”* sia, nell’art. 5 del Trattato secondo cui *“la comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite e degli obiettivi che le sono assegnati dal presente Trattato. Nei settori che non sono di propria esclusiva competenza la Comunità interviene, secondo il principio della sussidiarietà, soltanto se e nella misura in cui gli obiettivi dell’azione prevista non possono essere sufficientemente realizzati dagli Stati membri e possono dunque, a motivo delle dimensioni o degli effetti dell’azione in questione, essere realizzati e meglio conseguiti a livello comunitario. L’azione della Comunità non va al di là di quanto necessario per il raggiungimento degli obiettivi del presente Trattato”*<sup>157</sup>.

Il principio di sussidiarietà ha portata applicativa non solo nei confronti dell’attività normativa ma, soprattutto, in relazione all’attività

---

<sup>157</sup> M.P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, cit., p. 505.

amministrativa, non solo quale *emergency clause* sotto la veste dei poteri sostitutivi di cui all'art. 120 della Costituzione, quanto in tutte quelle ipotesi in cui agisce quale strumento creativo dell'azione amministrativa.

A livello europeo, il principio di sussidiarietà è lo strumento con il quale si attiva il potere di intervento dell'Unione nei settori che non sono di sua esclusiva competenza ovvero la gran parte dell'attività poi svolta dall'Unione<sup>158</sup>; tale principio richiama il principio di proporzionalità che disciplina pure l'esercizio delle competenze: per cui il contenuto e la forma dell'azione amministrativa dell'Unione non vanno al di là di quanto necessario per il conseguimento degli obiettivi. Tuttavia, l'utilizzo del principio di sussidiarietà non è arbitrario né illimitato e perciò soggetto ad una serie di controlli politici<sup>159</sup>, esercitati dalle istituzioni comunitarie: un controllo politico, dunque, che rifugge il più importante controllo giurisdizionale della Corte di Giustizia, in ragione dell'elevato tasso di discrezionalità che caratterizza l'attività del legislatore<sup>160</sup> e fatto salvo il controllo 'esterno' del giudice, mediante allorquando impone allo stesso di rientrare nell'ambito delle

---

<sup>158</sup> Sul principio, tra gli altri, cfr. M. P. CHITI, *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, p. 505; S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro It.*, 1995, pp. 373 e ss.

<sup>159</sup> La sussidiarietà "consente che l'azione della Comunità, entro i limiti delle sue competenze sia ampliata laddove le circostanze lo richiedano, e inversamente ristretta, e sospesa laddove essa non sia più giustificata".

<sup>160</sup> A. G. TOTH, *Is subsidiarity justiciable?*, in *European Law Review*, 1992, p. 255.

competenze fissate dal Trattato. Il principio di sussidiarietà si rivolge al Consiglio, alla Commissione ed al Parlamento europeo<sup>161</sup> e, quindi, a tutte le istituzioni comunitarie. Nella sua declinazione verticale, poi, il principio di sussidiarietà trova la sua massima applicazione, giacché l'esercizio delle potestà pubbliche è affidato, in via generale, alle autorità più vicine ai cittadini<sup>162</sup>.

Da tanto emerge la duplice finalità della sussidiarietà che, da un lato, autorizza l'intervento dell'Unione laddove un obiettivo non può essere sufficientemente realizzato dagli Stati membri a livello nazionale; dall'altro, garantisce la competenza di tal ultimi in tutti quei settori in cui una misura comunitaria non riesce a garantire il massimo risultato. Esso, poi, agisce quale principio regolatorio dei rapporti fra istituzioni e società ed in tale veste è stato declinato dal Titolo V della Costituzione italiana all'art. 118, co. 1° e 4°. Non ultimo, la sussidiarietà è strumento accessorio dell'imparzialità e del buon andamento, in chiave organizzativa, *“attraverso il quale raggiungere l'obiettivo della piena conoscenza ed effettività del mercato unico”*<sup>163</sup> nei settori in cui

---

<sup>161</sup> Per queste applicazioni del principio di sussidiarietà, nella dottrina internazionalistica, cfr. le interessanti considerazioni di P. PUSTORINO, *Note sul principio di sussidiarietà*, in *Dir. comm. e degli scambi internazionali*, 1995, p. 47; A. G. TOTH, *The principle of subsidiarity*, in *Common market Law Review*, 1992, p. 1079.

<sup>162</sup> Per tutti, cfr. S. CASSESE, *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, cit.

<sup>163</sup> E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1992, p. 1227.

l'amministrazione nazionale agisce in esecuzione di quella comunitaria, consentendo la piena applicazione del principio di buona amministrazione<sup>164</sup>.

---

<sup>164</sup> Tribunale di primo grado, sentenza 6 marzo 2003, cause riunite T-228 e 233/99.

### 2.3 PRINCIPIO DI LEALE COLLABORAZIONE

Il principio di sussidiarietà richiama, inevitabilmente, il principio di leale collaborazione<sup>165</sup> perché ambedue hanno il compito di disciplinare l'organizzazione delle pubbliche amministrazioni, nell'ambito delle rispettive sfere di applicazione ove il primo attribuisce la funzione amministrativa dal livello comunitario al livello comunale ed il secondo disciplina la predetta funzione o, meglio, regola i rapporti e scandisce i modi di attuazione della medesima. Il vecchio art. 10 TCE, statuiva che *“gli stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente Trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. Essi facilitano quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti. Essi si astengono da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi del presente Trattato”*. Tale impianto applicativo, peraltro, è stato utilizzato dalla Corte costituzionale italiana per regolare, allo stesso modo, i rapporti tra Stato e Regioni, imponendo un obbligo di armonizzazione tra i diversi assetti di governo<sup>166</sup>, specialmente in

---

<sup>165</sup> Sul punto, si v. L. ALBINO, *La ragionevole tutela degli interessi unitari e la leale collaborazione tra Stato e regioni*, in G. D'IGNAZIO, cit., pp. 301 e ss.

<sup>166</sup> Cfr. Corte Costituzionale, sentenza n. 437 del 2000.

seguito alla riforma del Titolo V della Carta<sup>167</sup>, come emerge del resto dall'ultima parte dell'art. 120 Cost.

Dunque, in presenza di concorrenza tra gradi diversi di governo, sussiste l'obbligo di leale collaborazione; tuttavia nell'Unione Europea viene applicato anche nelle relazioni tra le varie istituzioni dell'Unione.

---

<sup>167</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 303 del 2003.

## 2.4 PRINCIPIO DI PROPORZIONALITÀ

Il principio di proporzionalità, di origine tedesca, ha stravolto la visione dell'amministrazione nell'attività procedimentale<sup>168</sup> ma ben presto ha trovato accoglimento nella giurisprudenza comunitaria quale strumento essenziale del sindacato giurisprudenziale, tanto da collocarsi, *"fra i c.d. principi generali del diritto comunitari, enucleati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in base al noto metodo della comparazione giuridica. La giurisprudenza della Corte di Giustizia ha, infatti, riconosciuto al principio di proporzionalità la natura di norma giuridica vincolante, alla quale può appellarsi qualunque cittadino dinanzi ad un tribunale e che i tribunale devono rispettare ed applicare. Essa ha inoltre affermato che ad esso spetta rango costituzionale, quale principio generale per la limitazione delle misure comunitarie restrittive, comprese quelle adottate dal legislatore comunitario"*<sup>169</sup>.

La proporzionalità<sup>170</sup> presenta caratteri profondamente innovativi per quanto attiene l'esercizio dell'azione amministrativa. Tal ultima, deve

---

<sup>168</sup> G. GRECO, *L'incidenza sugli atti amministrativi nazionali*, cit., p. 962 ricorda, nella nota 74, che detto istituto "è stato elaborato in origine nel quadro del c.d. <<diritto di polizia>> e risale a FLEINER, *Institutionen des Deutschen Verwaltungsrechts*, Tübingen, 1928, p. 404. Ma si tratta di principio subito accolto anche da altri autori, quali Mayer, *Deutsches Verwaltungsrecht*, Vol. I, 3<sup>a</sup> Ed., München, 1977, pp. 429 e ss. e con carattere generalizzante".

<sup>169</sup> D.U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie, Rivista di diritto pubblico*, 2005, 4-5, p. 546.

<sup>170</sup> D. U. GALETTA, *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1993, p. 837, ss.; *Id.*, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto*

essere espletata con mezzi idonei all'obiettivo perseguito; necessaria, in assenza di altri strumenti alternativi che comportino minor sacrificio per il privato; infine, improntata all'adeguatezza del potere esercitato rispetto agli interessi in gioco.

Essi sono i tre caratteri della proporzionalità, per come, peraltro, interpretati dal giudice amministrativo nazionale<sup>171</sup>, secondo cui il principio di proporzionalità<sup>172</sup> vincola l'Autorità la quale *“non può imporre, con atti normativi od amministrativi obblighi o restrizioni alle libertà del cittadino, in misura superiore a quanto strettamente necessario nel pubblico interesse”*. Esso impone, un'indagine prodromica dell'amministrazione prima dell'esercizio dell'attività<sup>173</sup>.

Il giudice comunitario<sup>174</sup> parimenti, legge nel principio di proporzionalità l'esigenza che gli strumenti utilizzati dalle istituzioni europee siano idonei a realizzare lo scopo perseguito, evitando di sacrificare, eccessivamente, il privato all'esito di tale attività.

---

*amministrativo*, Milano, 1998; C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, cit., p. 1042. A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa. Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011.

<sup>171</sup> TAR LAZIO, Roma, III, sentenza 2 febbraio 2007, n. 777.

<sup>172</sup> Recentemente, si v. Cons. St., VI, sentenza 17 aprile 2007, n. 1736, con nota di F. SPAGNUOLO, *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, 3-4, pp. 992 e ss.

<sup>173</sup> Si v., altresì, TAR LAZIO, Roma, III, sentenza 18 ottobre 2006, n. 10485.

<sup>174</sup> Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 2006, causa C-380/03, in *Foro amm.*, CDS, 2006, n. 12, p. 3231. Il giudice comunitario riconosce, in materia di pubblicità dei prodotti del tabacco, al legislatore comunitario un ampio potere discrezionale nell'adozione di scelte complesse che involgono valutazioni di carattere politico, economico e sociale. Solo la manifesta inidoneità di una misura in relazione allo scopo perseguito, può inficiare la legittimità dell'intervento comunitario.

Il principio di proporzionalità richiama, inevitabilmente, il principio di ragionevolezza<sup>175</sup>, tutti e due di origine pretoria<sup>176</sup>. Invero, non può sostenersi che la proporzionalità fosse racchiusa nella ragionevolezza in quanto i profili cui si accennava pocanzi, distintivi del principio, sono del tutto assenti nella ragionevolezza per come è stata notoriamente intesa. In altri termini, il principio di proporzionalità<sup>177</sup>, nell'ottica amministrativa, impone una duplice, prodromica, valutazione ovvero la comparazione degli interessi in gioco e, secondariamente, la ricerca del mezzo adeguato, efficiente ed idoneo a raggiungere il fine pubblico con il minor sacrificio possibile del privato.

Si è dibattuto a lungo sulla compatibilità di tale principio con l'attività amministrativa nazionale, fermo restando l'obbligo di applicazione dello stesso nel quadro della amministrazione comunitaria indiretta<sup>178</sup>, sibbene la questione appare ormai risolta, in ragione della portata del nuovo art. 117, co. 1°, Cost. e della disposizione di cui all'art. 1, co. 1°, legge proc. amm., che ora impongono il vincolo all'attività amministrativa ai principi dell'ordinamento comunitario. A livello

---

<sup>175</sup> Si v., su tutti, A. CERRI (a cura di), *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, *Atti del Convegno di Studi*, Roma, 2-4 ottobre 2006, I-III, Quaderno monografico di *Nova Juris interpretatio*, Roma, 2007.

<sup>176</sup> Da ultimo, F. TAMASSIA, *La ragionevolezza nei giudizi della Corte di Giustizia europea nell'applicazione delle direttive non particolareggiate*, in A. CERRI (a cura di), *ult. op. cit.*, II, pp. 315 e ss.

<sup>177</sup> Cons. St., VI, sentenza 1° aprile 2000, n. 1885.

<sup>178</sup> Per come statuito dalla Corte di Giustizia, a partire dalla sentenza 26 febbraio 1991, causa C-180/89 e dalla Commissione Europea con comunicazione in GUCE 29 aprile 2000, C-121/2.

comunitario, il principio di proporzionalità ha trovato collocazione all'interno del Trattato di Maastricht, all'art. 3B, ed attualmente è disciplinato dall'art. 5, paragrafo 1, TCE consolidato secondo cui *“La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità”*.

In sintesi, il principio di proporzionalità segna il limite invalicabile per l'attività amministrativa rispetto all'obiettivo da raggiungere; ne determina le modalità di esercizio; impone una previa valutazione: dinanzi ad una molteplicità di soluzioni, l'amministrazione deve preferire quella meno invasiva, quella che sacrifica il meno possibile la libertà del privato, nel perseguimento dei fini pubblici, in un'ottica preventiva che impone all'amministrazione pubblica di valutare gli effetti scaturenti dal provvedimento adottato<sup>179</sup>.

Sul versante opposto, è interessante notare che il giudice amministrativo<sup>180</sup> ha statuito che gli atti di autotutela non possono fondarsi genericamente sulla richiesta di ripristino della legalità, ma debbono esternare le ragioni di interesse pubblico, concreto ed attuale, che ostano al mantenimento della situazione consolidata, ciò quando la revoca interviene a distanza di tempo, incidendo,

---

<sup>179</sup> TAR LAZIO, Roma, III, sentenza 2 febbraio 2007, n. 777, cit.

<sup>180</sup> TAR TOSCANA, I, sentenza 6 marzo 2007, n. 286.

inevitabilmente, su posizioni consolidate e stabilizzate, sicché il ritardo con cui l'amministrazione ha esercitato i poteri di autotutela è sufficiente ad ingenerare un legittimo affidamento che restringe ancor più l'ambito di azione della p.a.<sup>181</sup>. Da questo punto di vista, la proporzionalità è interpretata dal giudice amministrativo in linea con l'ordinamento comunitario<sup>182</sup> ed oggi positivizzato, per come precisato, dall'art. 1, co. 1°, *legge proc. amm*<sup>183</sup>.

E' interessante sottolineare, infine, gli aspetti applicativi, in relazione al provvedimento transnazionale, del principio in esame di concerto con il principio del mutuo riconoscimento, "*fa assumere al principio di sussidiarietà una portata orizzontale, perché regola le relazioni tra le normative e le sfere di azione amministrativa di due Stati membri*"<sup>184</sup>.

---

<sup>181</sup> Per una distinzione tra principio di imparzialità, buon andamento della p.a. e buona fede, cfr. A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997; P. M. VIPIANA, *L'autolimita della pubblica amministrazione fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1999.

<sup>182</sup> Sulla correlazione del principio di buona fede con i principi generali che disciplinano la legalità sostanziale della pubblica amministrazione, cfr. G. SALA, *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

<sup>183</sup> In questi termini, Cons. St., VI, sentenza 17 aprile 2007, n. 1736; in dottrina, A. MASSERA, *I principi generali*, cit.

<sup>184</sup> L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, Torino, 2009, p. 43.

## 2.5 PRINCIPIO DEL LEGITTIMO AFFIDAMENTO

Anche il principio del legittimo affidamento è di matrice giurisprudenziale<sup>185</sup>. Tanto nel diritto europeo, quanto nel diritto nazionale, il legittimo affidamento opera quale strumento di precauzione nell'adozione dei provvedimenti di secondo grado da parte della pubblica amministrazione. Il provvedimento amministrativo consacra delle situazioni giuridiche soggettive e consolida posizioni; sicché, per esempio, l'amministrazione, prima di esercitare il potere di revoca, deve previamente valutare gli effetti che esso avrà sulle situazioni consolidate dei privati. In altra veste, il legittimo affidamento è stato utilizzato per riconoscere l'efficacia retroattiva del diritto al rimborso tributario; o, ancora, è stato azionato in chiave protettiva degli interessi collettivi<sup>186</sup>.

In sintesi, il principio del legittimo affidamento – coerentemente con l'impostazione paritaria dell'ordinamento comunitario – è strumento di tutela dell'interesse privato ed agisce, sull'amministrazione, appunto in chiave precauzionale, ricordandole la situazione di vantaggio creatasi in capo al privato a seguito di un provvedimento amministrativo o di un'attività amministrativa, la cui rimozione

---

<sup>185</sup> Se ne veda la connessione con il principio di proporzionalità nella sentenza della Corte di Giustizia del 7 settembre 2006, cit.

<sup>186</sup> Cfr. Cons. St., VI, sentenza n. 4653 del 2000.

comporta, nel migliore dei casi (per la parte pubblica) l'indennizzo della posizione acquisita.

Come si è giustamente ricordato, il legittimo affidamento è strumento della buona fede oggettiva<sup>187</sup> e assicura l'affidamento ragionevole fondato su un pregresso atteggiamento della pubblica amministrazione<sup>188</sup>.

In un'ottica di bilanciamento tra i vari principi, il legittimo affidamento determina una sorta di prevalenza dei principi di certezza del diritto e di stabilità dei rapporti giuridici rispetto al principio di legalità, all'esercizio del potere pubblico e, dunque, alla stessa attività amministrativa che, legittima o meno, ha prodotto e consolidato vantaggi ai privati e che non possono essere sacrificati *sic et simpliciter*<sup>189</sup>, se non a determinate condizioni<sup>190</sup> ed escludendo, ovviamente, il mantenimento di una situazione manifestamente illegale<sup>191</sup>.

---

<sup>187</sup> In dottrina, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001; M. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.

<sup>188</sup> Il principio dell'apparenza del diritto (secondo Cassazione Civile, II, sentenza 25 maggio 2007, n. 12201) è da ricondursi a quello, più generale, della tutela dell'affidamento.

<sup>189</sup> Cfr. TAR LAZIO, Roma, III, 10 gennaio 2007 n. 76. Infatti la previsione specifica in merito alla tutela dell'affidamento dell'interessato (obbligo dell'amministrazione di indennizzare il pregiudizio subito dal privato) in relazione all'esercizio del potere di revoca da parte dell'amministrazione non la necessità che la p.a. - nell'ambito della fase formativa del contratto - operi secondo canoni di correttezza e buona fede.

<sup>190</sup> TAR LAZIO, Latina, I, 24 aprile 2007 n. 293.

<sup>191</sup> Si v., TAR MOLISE, Campobasso, 23 marzo 2007, n. 180, in *Foro amm. Tar*, 2007, n. 3, p. 1045

La Corte di giustizia, ha utilizzato il principio in esame anche per riconoscere il diritto del privato seppur formatosi illegittimamente ma in conseguenza di una scarsa attività informativa delle autorità nazionali<sup>192</sup>, mediante una stretta correlazione tra i principi di certezza del diritto, proporzionalità e legittimo affidamento<sup>193</sup>.

Nel diritto nazionale, tuttavia, pur non essendo esplicitamente richiamato il detto principio – se non attraverso il vincolo comunitario di cui all’art. 1, co. 1°, legge *proc. amm.* – una tutela indiretta la si ritrova nella disposizione di cui all’art. 21-*quinquies* legge *proc. amm.* in forza del quale *“se la revoca comporta pregiudizi in danno ai soggetti direttamente interessati, l’amministrazione ha l’obbligo di provvedere al loro indennizzo”*.

Sul punto il giudice amministrativo<sup>194</sup>, ha specificato come *“l’assoggettamento degli atti di ritiro al giusto procedimento, principio prima affermato dalla giurisprudenza e poi fatto proprio dalla legge sul procedimento, presuppone logicamente che tra l’atto di annullamento o di revoca e l’atto ritirato sia intercorso un asso di tempo significativo, sotto il profilo fenomenologico e, soprattutto, sotto il profilo degli effetti giuridici prodotti dall’atto posto nel nulla, perché possa ritenersi*

---

<sup>192</sup> Corte di Giustizia, III, sentenza 19 febbraio 2002, causa 366-00, *Republik Osterreich c. Martin Huber*.

<sup>193</sup> Corte di Giustizia, I, sentenza 14 settembre 2006, causa C-496/04. Si v., in questo senso, F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., pp. 21 e ss.

<sup>194</sup> Cons. St., V, sentenza 21 giugno 2007, n. 3431.

*formato un legittimo affidamento in capo al destinatario". Il legittimo affidamento è inscindibilmente intrecciato al fattore temporale; tal ultimo, invero, "ci ammonisce che l'affidamento diventa pieno solo quando siamo al cospetto di un vantaggio conseguito da un arco di tempo tale da persuadere il beneficiary della sua stabilità, se non definitività. Proprio tale dato cronologico, che a bene vedere più che essere elemento costitutivo in senso stretto è fattore potenziamento dell'expectation, distingue l'affidamento dal principio di certezza del diritto, di cui è, au fond, in un corollario, condito dalla salsa del tempo"<sup>195</sup>.*

---

<sup>195</sup> F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 425 e ss.

## 2.6 PRINCIPIO DELL'ESTOPPEL E PRINCIPIO DI CONTINUITÀ

Con il principio dell'*estoppel*, per esempio, l'attività amministrativa risulta utilmente indirizzata verso un altro cammino. Elaborato dalla Corte di Giustizia in relazione agli atti normativi, tale principio comporta per l'amministrazione pubblica l'impossibilità di opporre, ai destinatari, le conseguenze di un proprio inadempimento. Sicché, i cittadini potranno sempre invocarlo ogni qual volta l'Amministrazione ritardi od ometta di provvedere a compiere tutti quegli adempimenti che alla stessa spettano in ordine all'esercizio dell'attività amministrativa.

In ordine al principio di continuità – di cui già v'era traccia nella nostra giurisprudenza amministrativa<sup>196</sup> quale rimedio generale avverso la paralisi dell'attività amministrativa – anch'esso, seppur previsto in relazione al quadro istituzionale ed al raggiungimento degli obiettivi connessi<sup>197</sup>, può agevolmente applicarsi alle pubbliche amministrazioni imponendo, pertanto, l'esercizio unitario ed uniforme dell'attività amministrativa in coerenza con il diritto comunitario.

---

<sup>196</sup> Ricorda G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, cit., p. 967, nota 90, TAR PUGLIA, Lecce, 22 settembre 2004 n. 6620 e TAR LOMBARDIA, III, 6 dicembre 2001 n. 7879.

<sup>197</sup> Oggi disciplinato dagli art. 3, paragrafo 6, del TUE consolidato: "L'Unione persegue i suoi obiettivi con i mezzi appropriati, in ragione delle competenze che le sono attribuite nei trattati".

## 2.7 UNA PRIMA CONCLUSIONE: L'UNIFICAZIONE AMMINISTRATIVA ATTRAVERSO I

### PRINCIPI

Legalità, certezza del diritto, irretroattività, tutela dell'affidamento ragionevole, precauzione, proporzionalità appunto, non discriminazione, diritto al contraddittorio e diritto ad una buona amministrazione.

Fatta eccezione di alcuni di detti principi, la gran parte dei medesimi era già presente nei singoli ordinamenti nazionali. Tuttavia, l'elaborazione e l'interpretazione fattane dalla Corte di Giustizia li rende sempre differenti, spesso contrastanti agli omologhi nazionali. Si pensi alla certezza del diritto giustiziata, in talune pronunce, addirittura in opposizione a quella italiana. Od, ancora, al principio di legalità allorquando si è dovuto comparare il livello comunitario con quello nazionale. E, non ultimo, al divieto di discriminazione che *“no solo prohiben las discriminaciones manifiestas basadas en la nacionalidad, sino tambien cualquier forma de discriminacion encubierta que, aplicando otros criterios de diferenciacion, conduzca de hecho al mismo resultado”*<sup>198</sup>.

In altre parole, è vero che tali principi derivino, direttamente o indirettamente, dalle tradizioni comuni degli Stati membri; è

---

<sup>198</sup> G.M. LUCHENA MOZO, *El principio de no discriminacion en la jurisprudencia del TJUE: incidencia en la imposicion directa española*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, p. 951.

altrettanto vero, però, che essi sono stati elaborati e interpretati in relazione al diritto comunitario con il risultato che essi rientrano negli Stati membri con una forma ed una sostanza del tutto differente.

Il problema è di non poco conto.

Emerge, dunque, una sorta di 'conflitto' tra principi fondamentali degli ordinamenti nazionali e corrispondenti comunitari elaborati dalla Corte di Giustizia: conflitto cui, spesso, la giurisprudenza comunitaria non ha affatto contribuito ad eliminare, semmai lo ha acuito con interpretazioni differenti nel corso dei lustri.

Tuttavia, la disciplina contenuta nella Carta dei diritto fondamentali di Nizza, proclamata nel 2000 ed ora vincolante per l'ordinamento comunitario e per gli Stati membri per come statuito nel Trattato di Lisbona, sembra aver superato il problema. L'art. 52, comma 1°, dispone che *"eventuali limitazioni all'esercizio dei diritti e delle libertà riconosciuti dalla presente Carta devono essere previste dalla legge e rispettare il contenuto essenziale di detti diritti e libertà"*. Tale norma, ora vincolante, unitamente al diritto ad una buona amministrazione<sup>199</sup> sancito dalla stessa Carta all'art. 41 e dal TFUE all'art. 298<sup>200</sup>, attraverso il vincolo di cui al citato art. 1, co. 1°, della *legge proc.*

---

<sup>199</sup> In dottrina, F. TRIMARCHI BANFI, *Il diritto ad una buona amministrazione*, cit., pp. 49 e ss.

<sup>200</sup> *"Nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente"*.

*amm.*, chiude il cerchio in ordine all'obbligo di applicazione dei succitati principi da parte di tutte le pubbliche amministrazioni.

Il principio ad una buona amministrazione, dunque, in ragione della sua ampia portata e della sua generalizzante (potenziale) applicazione, rappresenta il veicolo per l'applicazione di altri importanti principi e, su questo versante, diventa uno strumento esiziale nell'applicazione giurisprudenziale<sup>201</sup>.

In conclusione, *"It has however been the EU courts that have made the major contribution to the development of EU administrative law principles. They have read principles such as proportionality, fundamental rights, legal certainty, legitimate expectations, equality and procedural justice into the Treaty, and used them as the foundation for judicial review under articles 263 or 267 TFEU"*<sup>202</sup>.

---

<sup>201</sup> In tal senso ma in chiave nazionale, D.U. GALETTA, *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 601 e ss.

<sup>202</sup> P. CRAIG, *EU Administrative Law. The acquis*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2011, p. 331.

## **CAPITOLO TERZO**

**DIRITTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE E DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO:**

**CONVERGENZE, DIVERGENZE E SOVRAPPOSIZIONI**

## 1. QUALCHE OSSERVAZIONE INTRODUTTIVA

E' un fatto ineludibile che il diritto europeo abbia, sin dalla nascita della Comunità, inciso, modificandoli, gli ordinamenti giuridici nazionali ivi compreso quello italiano. Si tratta di un fenomeno, dunque, che affonda le sue radici lontano nel tempo ed è, allo stesso tempo, una conseguenza ed una peculiarità del rapporto fra il diritto comunitario e diritti nazionali. Sotto il primo profilo, per evidenti ragioni storico-giuridiche non ultimo il graduale fenomeno dell'espansione delle competenze comunitarie che dal solo ambito economico hanno occupato diritti e libertà fondamentali.

Sotto il secondo aspetto, invece, in ragione della tipicità dell'ordinamento comunitario che, a differenze delle organizzazioni internazionali, è sovranazionale.

E' evidente, quindi, che tanto gli ordinamenti statali quanto le singole aree giuridiche – pubblicistiche e privatistiche – abbiano subito e subiscano modificazioni e trasformazioni ineluttabili in forza del diritto comunitario.

Quanto detto vale, dunque, anche per il diritto amministrativo nazionale che, ogni giorno, deve confrontarsi e confondersi con il diritto amministrativo europeo a cagione della legislazione

comunitaria che incide, sensibilmente, sull'attività procedimentale – spesso svolta in vece dell'amministrazione comunitaria in procedimenti di co-amministrazione – e sull'attività provvedimentale.

La disciplina sostanziale subisce una profondo mutazione che si riflette, conseguentemente, sui fondamenti dell'attività amministrativa i cui parametri appaiono totalmente diversi rispetto ai canoni classici del diritto amministrativo nazionale. Ciò vale, evidentemente, non solo per il nostro ordinamento, quanto per tutti gli ordinamenti europei<sup>203</sup>.

Anche sul piano processuale, poi, l'obbligo di prevalenza del diritto comunitario in virtù del noto e antico principio della *primauté* si concreta mediante il rispetto della normativa sovranazionale e l'applicazione di quella nazionale mediante la lente del diritto comunitario e dei suoi principi, normativi e giurisprudenziali che siano. Secondo Autorevole dottrina si tratta, in ogni caso, di una falsa distinzione “*perché il diritto amministrativo europeo include —ma non completamente — i diritti amministrativi nazionali. Questi fanno parte del primo, perché sono ad esso cuciti*”, sicché il vero interrogativo è il

---

<sup>203</sup> In chiave comparatistica, si v., C. BONTEMPS-S. LUSI, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento francese*, in V. CERULLI IRELLI- L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, pp. 229 e ss.; L. DE LUCIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, in V. CERULLI IRELLI- L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, ult. op. cit., pp. 245 e ss.

*“modo in cui l’uno e gli altri sono legati”*<sup>204</sup>, per la cui soluzione è necessario chiarire il concetto di amministrazione europea e del suo rapporto con le amministrazioni nazionali.

---

<sup>204</sup> S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: Signoria o integrazione?*, cit., p. 1135.

## 2. DIRITTO AMMINISTRATIVO EUROPEO E DIRITTO AMMINISTRATIVO

### NAZIONALE: UN RAPPORTO SEMPRE PIÙ STRETTO

Come già ricordato, il Giannini sosteneva la tesi della statualità del diritto amministrativo; difatti, *“nelle lezioni per l’anno accademico 1959-60, l’autore osservava che il diritto amministrativo, da intendersi come uno specifico <<tipo strutturale di disciplina dei fatti amministrativi della collettività>>, così come non si trova in tutti gli Stati, <<a maggior ragione non è necessariamente presente in tutti gli ordinamenti giuridici che possano esistere>>”*<sup>205</sup>. In sostanza, il diritto amministrativo ha delle proprie caratteristiche strutturali, sicché ove esse non ricorrano, non v’è diritto amministrativo; parimenti, parlare di diritto amministrativo senza poter riscontrare tali elementi è frutto di *“suggestioni puramente verbali”* poiché *“gli autori del trattato infatti hanno usato un linguaggio che è il linguaggio proprio delle scienze di diritto amministrativo, in particolare dei diritti amministrativi dello Stato, ancor più in particolare dello Stato francese”*. *“Se però ci sforziamo di superare la servitù che ci viene dal*

---

<sup>205</sup> S. BATTINI, *Presentazione*, M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, cit., p. 979.

*linguaggio...possiamo accorgerci che la situazione è in realtà profondamente diversa*"<sup>206</sup>.

Lo stesso Autore, a distanza di un decennio, ribadendo tale impostazione dogmatica, *"includeva tra gli ordinamenti statali che conoscono l'istituto non solo, come sarebbe stato lecito attendersi, quelli a 'diritto amministrativo', bensì anche gli Stati retti da un regime di common law"*<sup>207</sup>. Da allora sono trascorsi tantissimi anni ed il quadro comunitario, dal punto di vista dell'architettura giuridica, è radicalmente cambiato. Tuttavia, la lezione del Maestro contiene una verità che è rimasta immutata. Il diritto comunitario non contempla, in sé, un proprio diritto amministrativo ma è un sistema sovranazionale che elabora norme, direttamente o indirettamente applicabili – regolamenti e direttive su tutti – che trovano immediata esecuzione o devono essere applicate dagli Stati membri mediante i loro apparati amministrativi.

Dunque, v'è un diritto comunitario – oggi diremmo, definitivamente, europeo – che viene applicato dai diritti amministrativi nazionali. In

---

<sup>206</sup> M.S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, cit., pp. 983-984.

<sup>207</sup> S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 3. Il riferimento, richiamato nella nota 3, è a M.S. GIANNINI, *Presentazione*, in H.W.R. Wade, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969.

sintesi, *“il diritto comunitario si ferma sulla soglia degli Stati, e demanda ad essi l’esecuzione”*<sup>208</sup>.

Tuttavia, se ciò è vero da un punto di vista dell’architettura giuridica, è altrettanto innegabile che, nel corso degli anni, è sorta una ramificata organizzazione amministrativa europea, composta dai tantissimi comitati che pullulano nell’Unione Europea, dalle migliaia di funzionari della Commissione, dalle Agenzie o dalle Autorità europee che, seppur in diverse forme, rappresentano i gangli vitali degli atti amministrativi comunitari e che infondono linfa vitale alla produzione amministrativa degli Stati membri.

L’Unione Europea è un ordinamento sovranazionale del tutto peculiare, se non unico nel panorama internazionale (salvo esperienze similari quali il *MERCOSUR*) che ha messo in crisi i modelli classici statuali dei Paesi membri ovvero il modello di diritto pubblico. Le peculiarità di tale ordinamento si rinvengono, *in primis*, nella distribuzione dei poteri che non è del tutto marcata come nell’organizzazione degli Stati membri: il potere legislativo non è del tutto separato da quello esecutivo e, dunque, l’esecuzione delle norme spesso è affidata a chi contribuisce a creare quelle norme. Insomma, il diritto costituzionale si confonde con quello

---

<sup>208</sup> S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 1.

amministrativo seppur, in ogni caso, v'è sia l'uno che l'altro all'interno dell'UE. Al pari del potere esecutivo, ripartito tra Commissione e Consiglio, quello legislativo appartiene al Parlamento insieme, ancora, alla Commissione che svolge un ruolo propositivo in tal senso<sup>209</sup>.

La Commissione, insieme ai Comitati, alle Agenzie ed alle Autorità rappresenta l'apparato amministrativo dell'Unione<sup>210</sup> ed essa, attraverso le amministrazioni nazionali<sup>211</sup>, cura l'esecuzione delle norme europee. Non è ultroneo sottolineare che gran parte di tali organismi ha una costituzione mista tra dipendenti della Commissione e dipendenti delle amministrazioni nazionali.

In sintesi, può affermarsi che alla creazione delle norme comunitarie contribuiscono le stesse amministrazioni degli Stati membri, quelle amministrazioni che poi sono chiamate all'applicazione delle predette norme.

I principi che reggono il diritto europeo, poi, sono, anch'essi, un *melting pot* frutto dei principi comunitari e di derivazione nazionale: i primi sanciti nei Trattati e, soprattutto, elaborati dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia; i secondi estrapolati dalle tradizioni costituzionali dei Paesi membri dunque dai loro ordinamenti giuridici.

---

<sup>209</sup> M.P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte generale, I, pp. 415 e ss.

<sup>210</sup> M.P. CHITI, *ibidem*, pp. 415 e ss.

<sup>211</sup> C. FRANCHINI, *L'organizzazione amministrativa italiana*, cit., pp. 863 e ss.

Si dirà, allora, che, vi sia corrispondenza fra i secondi una volta assorbiti dall'ordinamento sovranazionale. Tuttavia, non è così. Come si vedrà, taluni principi *ascendono* dallo Stato membro all'Unione Europea ed in essa vengono rielaborati in chiave comunitaria per *discendere*, nuovamente, negli Stati membri in una nuova e originale accezione.

Il diritto comunitario, insomma, assimila principi e norme degli Stati membri per elaborarne dei propri – quelli comunitari – che in forza della *primauté* e dell'effetto diretto devono essere in egual misura e forma applicati nei medesimi Stati membri. Ciò comporta, in linea teorica, una semplificazione sistemica; tuttavia, in certi casi, giunge a dei veri paradossi<sup>212</sup>.

L'Unione Europea, inizialmente, si occupava di talune, determinate, materie. Nel corso dei decenni, tali competenze sono cresciute, ora attraverso le numerose modifiche dei Trattati, ora mediante l'utilizzo, in un crescendo, della c.d. teoria dei poteri impliciti *ex art. 235 TCE*<sup>213</sup> per mezzo della sua interpretazione giurisprudenziale.

Tale ampliamento ha avuto delle conseguenze importanti sul piano sostanziale e processuale. Dal primo punto di vista, giova rilevare che la produzione normativa ed amministrativa si è centuplicata con le

---

<sup>212</sup> Come si vedrà, *ex multis*, con le citate sentenze *Lucchini* e *Olimpiclub* della Corte di Giustizia.

<sup>213</sup> Poi art. 308, ora contenuta negli artt. 252 e 253 TFUE.

ovvie conseguenze sul piano dell'applicazione; il versante processuale, invece, che rappresentava (e, in linea di principio, ancora lo è) un ambito esclusivo dei paesi membri – in virtù del c.d. principio dell'autonomia procedurale – nel corso del tempo è stato, progressivamente, eroso a colpi di sentenza della Corte di Giustizia che, al fine di garantire la corretta ed equivalente applicazione del diritto comunitario, ha delimitato, ancor più, la competenza nazionale in ambito procedurale. Tal ultima, in alcuni casi, è stata addirittura creata dal diritto europeo (in materia di appalti<sup>214</sup>, su tutte).

Dunque, se dapprima le funzioni comunitarie rispondevano al principio delle competenze per attribuzione, successivamente le competenze amministrative dell'UE si sono ampliate, mediante l'elaborazione giurisprudenziale dei principi e attraverso l'attribuzione di funzioni sovrane previste nei Trattati.

Ad ogni modo, tra le numerose peculiarità dell'organizzazione comunitaria, in questa sede rileva, su tutte, la fase dell'esecuzione

---

<sup>214</sup> Direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE, direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE, disciplinate in Italia dal 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 pubblici" che ha modificato il D. Lgs. 12 aprile 2006 n. 163. La tutela giurisdizionale è disciplinata, ora, dagli artt. 119-125 del D. Lgs. 104 del 2 Luglio 2010, c.d. *Codice del processo amministrativo*. Sul punto, su tutti, si v. V. CERULLI IRELLI, *Diritto privato dell'amministrazione pubblica*, Torino, 2011, pp. 24 e ss.

delle norme ovvero la vera e propria attività amministrativa comunitaria.

Come si è accennato pocanzi, essa si compone di diverse fasi, sinteticamente riconducibili a due momenti: un primo, gestito direttamente dalla Commissione e, perciò, dall'Unione; un secondo, con maggiore frequenza, attualizzato dalle Amministrazioni statali cui spetta il ruolo dell'esecuzione che, solo di rado, viene eseguito direttamente dalla Commissione<sup>215</sup>.

Le Amministrazioni statali, oltre a contribuire all'elaborazione delle norme a livello centrale mediante la partecipazione diretta alla fase normativa, sono poi destinatarie dei provvedimenti adottati dall'UE con l'onere di darvi esecuzione in ossequio all'obbligo di assicurare l'attuazione del diritto comunitario (*ex art. 155 TCE*<sup>216</sup>) ed all'obbligo di leale cooperazione, secondo cui *"l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati"*<sup>217</sup>.

Ben si comprende, sotto questa luce, il senso dell'affermazione di Jean Monnet allorquando definiva la Commissione un'amministrazione

---

<sup>215</sup> Si pensi, su tutte, alle procedure di infrazione *ex art. 105 TFUE*.

<sup>216</sup> Ora sostituito dall'*art. 171 TFUE*.

<sup>217</sup> *Art. 4, paragrafo 3, del TUE nel testo consolidato.*

“*che fa fare*”: essa, difatti, controlla l’esecuzione delle decisioni comunitarie da parte delle amministrazioni statali.

Come si accennava, il fenomeno della co-amministrazione si sviluppa a livelli sfalsati, poiché, al variare dei settori, variano i compiti tanto dell’Amministrazione comunitaria quanto di quelle nazionali. Salvo rari casi<sup>218</sup> in cui l’attività è gestita, direttamente, dalla Commissione, nella maggioranza dei procedimenti si distingue la fase strumentale da quella dell’attuazione e dell’esecuzione, affidata alle amministrazioni nazionali.

In fondo, se si escludono le procedure di infrazione, la stragrande maggioranza dei procedimenti amministrativi comunitari sono eseguiti dalle amministrazioni degli Stati membri, la cui attività esecutiva è vincolata a quei principi ed a quegli obblighi, derivanti dai Trattati o dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, tutti operanti sotto l’ombrello della primazia del diritto comunitario e dunque fondati sul divieto di discriminazione<sup>219</sup> o della disparità di trattamento<sup>220</sup> da parte degli Stati membri nella fase esecutiva, sulla cui liceità vigila, attraverso la fase dei controlli e mediante le procedure di infrazione, la Commissione.

---

<sup>218</sup> Procedure di infrazione ex art. 105 TFUE.

<sup>219</sup> Già con Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1966, causa C-214/94, *Boukhalfa* e, più recentemente, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

<sup>220</sup> Corte di Giustizia, sentenza 1° luglio 2004, causa C-65/04 e Tribunale primo grado, sentenza 20 gennaio 2004, causa T-195/02, *Briganti*.

Si è detto che l'architettura istituzionale dell'Unione si fonda su principi derivanti dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri e che tali principi, allorquando vengono elaborati dalla giurisprudenza comunitaria, assumono una veste diversa, un significato differente rispetto al suo omologo nazionale. Essi, poi, interagiscono con le norme comunitarie il cui paradigma non è rappresentato dalla sola legge – che, in chiave comunitaria, corrisponde al regolamento – ma si estrinseca attraverso le direttive – *self executing* e non – le decisioni, i pareri, le raccomandazioni.

In questo quadro, dunque, è di tutta evidenza come anche i classici strumenti delle amministrazioni nazionali subiscono una metamorfosi, dovendo rispondere a canoni normativi e principi giurisprudenziali del tutto nuovi. Si pensi, ad esempio, alla discrezionalità amministrativa o al principio di legalità: entrambi vedono aumentare lo spettro normativo di riferimento, non più la sola legge, nazionale, quand'anche quella comunitaria sotto le sue diverse sfaccettature.

L'influenza del diritto amministrativo comunitario non si estrinseca, soltanto, attraverso la rielaborazione dei principi e degli strumenti normativi.

Esso, invero, comporta una rideterminazione dell'area pubblica attraverso una 'nuova' definizione di pubblica amministrazione

nazionale. Se, infatti, il concetto di servizio pubblico è ridefinito – passando da un regime monopolistico a quello ispirato alla concorrenza ed al libero mercato – ne discende che anche la pubblica amministrazione nazionale non corrisponda più a quella che si è conosciuta sinora.

Ciò perché per il diritto comunitario è pubblica amministrazione *“l’apparato chiamato a curare gli interessi generali dello Stato o ad esercitare poteri autoritativi”<sup>221</sup>*: dunque, talune ‘pubbliche amministrazioni’ quali scuole, ospedali e trasporti non sono tali secondo il diritto europeo in quanto, in virtù del succitato criterio ispiratore della concorrenza il ‘servizio pubblico’ dei trasporti, ad esempio, può essere erogato dai privati; il servizio pubblico dell’istruzione, parimenti, può essere erogato anche dal privato e così via.

In sostanza, l’area pubblica subisce una contrazione in termini di erogazione dei servizi pur restando in capo allo Stato (*rectius*: ed all’Unione Europea) il compito di disciplinare la materia.

Quanto detto grava sulle amministrazioni nazionali che agiscono su un doppio binario: comunitario e nazionale. Nel primo caso, quando debbono eseguire provvedimenti amministrativi comunitari, nel

---

<sup>221</sup> S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, cit., p. 8.

secondo caso quando, esercitando il loro ruolo naturale, debbono informare l'attività amministrativa nazionale a quei principi e quei criteri stabiliti dal diritto europeo.

In questo quadro, è inevitabile il mutamento dei criteri e dei principi che per decenni hanno ispirato e informato la vita amministrativa nazionale: si pensi alla definizione di dipendente pubblico modificata ed ampliata dal diritto comunitario<sup>222</sup> se è vero che oggi, in un concorso pubblico nazionale, devono poter partecipare i cittadini comunitari al pari di quelli nazionali. Dunque, si verifica quello che un'autorevole dottrina ha definito quale effetto di conformazione dei diritti nazionali al diritto comunitario che trascina con sé l'ulteriore effetto dell'imitazione tra i diritti amministrativi nazionali. Tali ultimi si confrontano e si contaminano attraverso uno dei principi cardine del diritto comunitario che è il mutuo riconoscimento<sup>223</sup> in forza del quale una volta stabiliti taluni principi comuni – la c.d. armonizzazione minima<sup>224</sup> – v'è una diretta legittimazione tra le istituzioni nazionali dei

---

<sup>222</sup> In dottrina, si v. G.G. BALANDI, *Lavoro (Lavoratori subordinati e tutela)*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte speciale, III, pp. 1297 e la giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>223</sup> Di recente, Corte di Giustizia, III, sentenza 28 giugno 2008, cause riunite C-329/06 e C-343/06, *Wiedemann*, con nota di N. BASSI, *Il mutuo riconoscimento in trasformazione: il caso delle patenti di guida*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, 6, pp. 1582 e ss.

<sup>224</sup> L'armonizzazione minima riguarda un'insieme di interventi (normativi, amministrativi, etc.) allo scopo di ridurre le distanze tra gli ordinamenti onde facilitare l'applicazione del diritto comunitario. Molto utilizzato nel settore finanziario, bancario e assicurativo, è, tuttavia, divenuto un principio generale dell'ordinamento comunitario.

Paesi membri: ciò avviene in materia, bancaria<sup>225</sup>, nel settore assicurativo<sup>226</sup> e farmaceutico<sup>227</sup>, nella disciplina dei trasporti<sup>228</sup>, etc.

Tale fenomeno, meglio noto dell'arena pubblica (intendendosi con questa definizione la circolazione di istituti giuridici fra i diversi ordinamenti), involge anche il tema del diritto amministrativo poiché è attraverso il principio del mutuo riconoscimento che si è formato, dapprima empiricamente e dopo per via legislativa, il provvedimento amministrativo transnazionale<sup>229</sup>.

In definitiva, il diritto amministrativo comunitario presenta caratteri strutturalmente simili ai corrispondenti nazionali ma se ne differenzia sul piano funzionale. Essendo ispirato ad un modello ibrido, si presenta per taluni aspetti in forma equiordinata nel rapporto Commissione-amministrazioni nazionali e per tal altri in forma subordinata, per esempio nella fase esecutiva.

Anche il rapporto tra le amministrazioni nazionali non importa una vicendevole esclusione, piuttosto una compartecipazione

---

<sup>225</sup> M. CAPANTINI - T. PONTELLO, *Banche*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte speciale, II, pp. 623 e ss.

<sup>226</sup> P. PIVA, *Assicurazioni*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte speciale, II, pp. 575 e ss.

<sup>227</sup> M. GNES, *Farmaci*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte speciale, II, pp. 1075 e ss.

<sup>228</sup> R. INVERNIZZI - M.A. SANDULLI, *Trasporti aerei e aeroporti*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte speciale, IV, pp. 2025 e ss.

<sup>229</sup> L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, cit.

all'esecuzione provvedimento comunitaria ed un mutuo riconoscimento nella fase dell'efficacia dei medesimi provvedimenti.

### 3. L'AMMINISTRAZIONE EUROPEA COME AMMINISTRAZIONE MULTILIVELLO

Il concetto di amministrazione europea nasce in ragione dell'evoluzione dell'UE nel quadro appena descritto.

Si tratta di una tappa obbligata nel cammino della trasformazione dell'architettura costituzionale degli Stati membri a seguito della nascita, dell'evoluzione e dell'espansione del diritto comunitario, ora diritto europeo.

Dapprima gli uffici comunitari erano separati dagli Stati membri e dalle loro amministrazioni; successivamente, con la presa visione dell'esistenza di uno spazio giuridico europeo<sup>230</sup>, attraverso il costante lavoro della giurisprudenza comunitaria, e con la codificazione di veri e propri procedimenti comunitari, ci si è avveduti – soprattutto in dottrina – dell'esistenza di un complesso amministrativo europeo che oltre ad occuparsi dell'esecuzione diretta dell'attività comunitaria, sempre di più interagiva con le amministrazioni nazionali per l'esecuzione indiretta di talune di quelle attività, dando vita ad un

---

<sup>230</sup> M.P. CHITI, *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2001, p. 979, affermava che "Con la dizione « Spazio giuridico europeo » si indica l'unione di ordinamenti giuridici determinatasi con l'istituzione dell'Unione europea nel 1992. Tale peculiare « ordinamento di ordinamenti » è composto dall'ordinamento giuridico delle Comunità europee, integrate dalle politiche e forme di cooperazione instaurate dal TUE e dagli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Del complessivo ordinamento dell'Unione sono soggetti gli Stati, i popoli europei e i singoli cittadini degli Stati membri, cui compete anche la cittadinanza europea come completamento della cittadinanza nazionale".

organizzazione amministrativa multilivello<sup>231</sup>, sfalsata, in cui era sempre più difficile delineare la linea di demarcazione tra l'ordinamento sovranazionale, da un lato, e quelli nazionali dall'altro. Un'organizzazione in cui, oltretutto, era sempre più complicato circoscrivere l'ambito degli interessi in gioco, in quanto quegli stessi interessi erano mutati assurgendo in chiave comunitaria ad interessi europei ormai non più scindibili e comparabili in un'ottica nazionale.

L'amministrazione europea – così detta a seguito del Trattato di Maastricht, amministrazione comunitaria – è il baricentro dell'Unione, talvolta intesa quale amministrazione che agisce direttamente per l'esecuzione diretta delle attività comunitarie, talaltra intesa quale complesso di uffici composto dalle amministrazioni centrali europee e le amministrazioni nazionali.

L'evoluzione dell'amministrazione comunitaria<sup>232</sup> è direttamente proporzionale alla crescita delle funzioni dell'odierna Unione Europea. Le tre Comunità iniziali, difatti, essendo titolari di politiche limitate alla materia economica, non necessitavano, evidentemente, di una particolare organizzazione amministrativa. Già allora, peraltro, la fase esecutiva dei procedimenti avviati dalle Comunità veniva delegata alle

---

<sup>231</sup> Si v., R. ROLLI, *I caratteri 'multilivello' del diritto amministrativo europeo*, in G. D'IGNAZIO, cit., pp. 445 e ss.

<sup>232</sup> Si v., C. FRANCHINI, *L'evoluzione dell'organizzazione amministrativa europea*, in S. STICCHI DAMIANI-F. VETRO', cit., pp. 1 e ss.

amministrazioni nazionali consentendo, in tal modo, all'ordinamento comunitario di mantenere un'organizzazione piuttosto snella, ben lontana dall'elefantiaca organizzazione odierna racchiudibile nella famosa espressione, certamente critica, dall'allora Primo Ministro inglese, Margaret Thatcher, di *"mostro burocratico"*<sup>233</sup>.

Con il trascorrere degli anni, tuttavia, attraverso, in particolare, l'Atto Unico Europeo ed il Trattato di Maastricht<sup>234</sup>, si assiste ad una radicale espansione delle funzioni comunitarie, ben al di fuori, ormai, dei limitati ambiti economici delle tre Comunità, con la conseguenza, inevitabile, della crescita dell'organizzazione amministrativa comunitaria e del progressivo appesantimento della stessa, sicché *"oggi si parla di amministrazione policentrica e multilevel per rappresentare la complessità del rinnovato sistema amministrativo che, pur non abbandonando definitivamente i tradizionali modelli di esecuzione diretta ed indiretta, s'incerna su modelli organizzativi che favoriscono, anche se in modo flessibile e differenziato, <<sovrapposizioni, assemblaggi, combinazioni, aggiunte ed*

---

<sup>233</sup> L'aneddoto viene ricordato da J. ZILLER, *L'amministrazione europea: ancora così snella?*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, p. 3.

<sup>234</sup> G. STROZZI, *Il sistema normativo*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., parte generale, I, pp. 147 e ss.

*inserimenti>> tra amministrazione comunitaria ed amministrazioni nazionali”<sup>235</sup>.*

A dispetto della nascita e della crescita di una vera e propria amministrazione comunitaria multilivello, non può negarsi che, da un punto di vista formale, il principio generale vigente è quello dell’esecuzione indiretta ovvero l’attuazione del diritto comunitario attraverso le amministrazioni nazionali. In forza di tale modello, la regola prevede che l’esecuzione del diritto comunitario spetti alle amministrazioni nazionali degli Stati membri mentre, per ciò che attiene la sua uniforme applicazione – in ossequio ai principi dell’ordinamento comunitario su tutti quello della primauté – compete al Consiglio ed alla Commissione, mediante l’adozione di atti regolamentari attuativi del principio di sussidiarietà.

*Ciò perché “il riparto di competenze esecutive tra gli Stati membri e l’Unione...non avviene per materie, ma per attribuzioni: alla Commissione – assistita dai comitati della c.d. comitatologia – spetta il compito di emanare la normativa secondaria di esecuzione, volta a disciplinare in dettaglio la materia; alle amministrazioni nazionali*

---

<sup>235</sup> S. STICCHI DAMIANI, *L’atto amministrativo nell’ordinamento comunitario*. cit., p. 30 che si richiama a S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI - S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, p. 31.

*spetta, invece, l'attività di esecuzione amministrativa, consistente nell'attuazione concreta del diritto comunitario".*

Tuttavia, è necessaria una premessa metodologica che riguarda le competenze dell'UE e, in particolare, l'esatta definizione di 'competenza' nel diritto comunitario. Come è noto, il termine competenza nell'ambito del diritto europeo assume un'accezione prettamente finalistica e, dunque, non declinata come materia o settore attribuita all'Unione. Si tratta di una definizione diversa da quella propria degli ordinamenti nazionali e che richiama, in linea generale, i compiti dell'amministrazione in termini di funzioni con la differenza, invero, che nel diritto comunitario il vincolo funzionale è molto più stringente.

Con il Trattato di Lisbona non vi sono novità di rilievo sul punto. Difatti, l'art. 5, paragrafo 1, del TUE dispone che *"La delimitazione delle competenze dell'Unione si fonda sul principio di attribuzione. L'esercizio delle competenze dell'Unione si fonda sui principi di sussidiarietà e proporzionalità"*; tale definizione, conferma il sistema delle competenze fondato sul principio di attribuzione con un richiamo più forte – ed innovativo – ai principi di sussidiarietà e proporzionalità riferito agli atti legislativi e che, se letto in combinato disposto con l'art. 291 – *"Allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione*

*degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specifici debitamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea, al Consiglio” – consente di comprendere l’effettiva portata del principio di sussidiarietà anche sulla competenza esecutiva della Commissione in ordine agli atti emanati dall’UE.*

Anche dopo Lisbona, dunque, non registrandosi alcuna novità di rilievo in ordine alle competenze dell’UE (*rectius*: in ordine al criterio di attribuzione delle competenze), resta fermo il ruolo delle amministrazioni nazionali nel processo di esecuzione, chiarendosi, invece, il ruolo della Commissione nel quadro di tale processo se è vero che, ai sensi dell’art. 17 TUE, *“La Commissione promuove l’interesse generale dell’Unione e adotta le iniziative appropriate a tal fine. Vigila sull’applicazione dei trattati e delle misure adottate dalle istituzioni in virtù dei trattati. Vigila sull’applicazione del diritto dell’Unione sotto il controllo della Corte di giustizia dell’Unione europea. Dà esecuzione al bilancio e gestisce i programmi. Esercita funzioni di coordinamento, di esecuzione e di gestione, alle condizioni stabilite dai trattati. Assicura la rappresentanza esterna dell’Unione, fatta eccezione per la politica estera e di sicurezza comune e per gli*

*altri casi previsti dai trattati. Avvia il processo di programmazione annuale e pluriennale dell'Unione per giungere ad accordi interistituzionali”.*

Le funzioni della Commissione, nel quadro istituzionale stabilito dai Trattati, diventano più nitide e, conseguentemente, permettono di comprendere i compiti dell'amministrazione europea nonché la reale essenza della stessa. Come è noto, si è molto dibattuto in dottrina in ordine alla possibilità o meno di delineare una definizione di amministrazione europea, al di là della classico schema che suole distinguere tra *“amministrazione diretta”* ed *“amministrazione indiretta”* l'organizzazione amministrativa europea intendendo, con la prima, l'apparato proprio della Commissione europea e, forse, anche le amministrazioni del Consiglio, del Parlamento e della Corte, e, con la seconda, le amministrazioni nazionali<sup>236</sup> allorquando svolgano compiti esecutivi per la Commissione Europea e per l'Unione in generale. Sul punto, è stato precisamente rilevato che *“questa terminologia ricorda una teoria e una realtà giuridica molto sviluppate nel diritto tedesco*

---

<sup>236</sup> E. CHITI, *Organizzazione europea ed organizzazione globale: elementi per una comparazione*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2009, 2, p. 366, sottolinea come *“Nell'ordinamento europeo, le amministrazioni degli Stati membri dell'Unione sono soggette ad una medesima influenza, che deriva dal processo di integrazione europea e dalla elaborazione di un diritto amministrativo comunitario. Per effetto di questi sviluppi, in particolare, le amministrazioni nazionali, là dove agiscono in funzione dell'attuazione delle normative e delle politiche europee, vengono a dipendere non più dai rispettivi governi, ma dall'esecutivo comunitario, al quale i governi partecipano nell'ambito del Consiglio dell'Unione Europea”.*

dove appunto sono previste l'esecuzione diretta e indiretta (*unmittelbarer e mittelbarer Vollzug*). In quest'ultimo caso, inoltre, è contemplata una serie di meccanismi volti ad assicurare all'esecutivo federale tutti gli strumenti per fare in modo che l'amministrazione indiretta svolga i suoi compiti", pur non essendo questo sistema "soddisfacente nel diritto comunitario perché mancano alcuni di questi strumenti; per esempio, l'amministrazione comunitaria non ha un potere di sostituzione nel caso in cui le amministrazioni degli Stati membri non facciano il proprio dovere, anche nel quadro delle competenze esclusive"<sup>237</sup>. Per superare questi limiti si è sviluppata, negli anni, la teoria della co-amministrazione che, attraverso un'ottica procedimentale, definisce l'amministrazione europea quale organizzazione caratterizzata, ontologicamente, da amministrazioni comunitarie ed amministrazioni nazionali le quali, in sede di esecuzione dei compiti propri dell'Unione, subiscono una sorta di trasformazione – sostanziale e non certo formale – diventando, per tutta la durata di quel determinato affare, amministrazioni comunitarie.

Sicché, la soluzione non può che provenire dalla lettura di quelle norme sulla competenza dell'Unione che consentono di definire

---

<sup>237</sup> J. ZILLER, *L'amministrazione europea: ancora così snella?*, cit., p. 13.

l'amministrazione comunitaria attraverso la sua attività di esecuzione: ancora una volta, è illuminante la dottrina testé richiamata che – richiamandosi ad un Autore inglese<sup>238</sup> - suddivide le modalità di svolgimento dei compiti dell'amministrazione europea in 'esecuzione centralizzata' ed 'esecuzione concorrente' rinvenibili dall'art. 53 del regolamento finanziario del 2003 il quale, pur essendo relativo a tale settore, può analogicamente applicarsi anche alle altre competenze dell'amministrazione europea.

L'esecuzione centralizzata può essere diretta, quando è la stessa Commissione a eseguirla, o indiretta quanto è compiuta o da Agenzie o da altri soggetti individuati dalla medesima Commissione. L'esecuzione concorrente o decentrata, invece, *“è un modello in cui sia l'amministrazione della Commissione europea, sia le amministrazioni degli Stati membri partecipano alla gestione dei fondi comunitari”*<sup>239</sup>.

Si tratta, come è evidente, di una definizione innovativa e più efficace dell'amministrazione europea ma, anche, coerente con i principi generali del diritto comunitario perché in linea con il criterio finalistico delle competenze comunitarie. Invero, se *“concettualmente rimane*

---

<sup>238</sup> P. CRAIG, *The Constitutionalisation of Community Administration*, in 2003, 28, *European Law Review*, pp. 840-864, così richiamato in J. ZILLER, *op. ult. Cit.*, p. 14, nota 4. Si v., anche, P. CRAIG, *Una nuova cornice per l'amministrazione comunitaria: il regolamento finanziario del 2002*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, *Quaderno n. 1, Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, 2004, pp. 161 e ss.

<sup>239</sup> J. ZILLER, *op. ult. cit.*, pp. 15 e ss.

*fondamentale la distinzione già ricordata tra amministrazione diretta e amministrazione indiretta*<sup>240</sup>, si tratta, ormai, di concetti superati dall'esistenza di un'amministrazione europea sempre più complessa ed integrata, tanto da residuare, ormai, un piccolissimo ambito di amministrazione diretta *esclusivamente comunitaria*<sup>241</sup> per ciò che riguarda il pubblico impiego comunitario e gli aiuti di Stato.

Si assiste, dunque, ad un fenomeno di decentramento delle funzioni amministrative comunitarie non già attraverso il metodo dell'attribuzione (o, si potrebbe dire, della ri-attribuzione) alle amministrazioni nazionali, bensì mediante un processo di integrazione tra tal ultime e le omologhe europee, sì da creare "un sistema amministrativo europeo fondato su una stretta integrazione tra amministrazione europea ed amministrazioni nazionali: un fenomeno che sembra l'esatto opposto di quello che ha caratterizzato l'esperienza americana, e che in qualche modo rende comprensibile come un'amministrazione dimensionalmente tanto ridotta riesca a governare e coordinare in modo accettabile il complessivo sistema europeo" in cui "la Commissione sembra emergere come il suo baricentro anche grazie al complesso delle agenzie, attraverso le quali

---

<sup>240</sup> G. FALCON, *Conclusioni*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, cit., p. 130.

<sup>241</sup> L'espressione è di G. FALCON, *ibidem*, p. 130.

*essa potenzia la propria capacità di afferrare la realtà e di coordinare l'azione degli Stati*"<sup>242</sup>.

Tuttavia, ora, pare possa parlarsi di amministrazione integrata intendendo con questa espressione quei modelli provvedimentali quali *"decisioni della Commissione, emanate secondo le regole della comitologia (regolamentare o di gestione) o in funzione di vigilanza sulle autorità nazionali, determinazioni di agenzie europee, decisioni comuni (id est provvedimenti nazionali emanati previo assenso di altre amministrazioni statali e della Commissione), provvedimenti nazionali soggetti a riconoscimento, provvedimenti nazionali con efficacia transazionale*<sup>243</sup> *automatica*"<sup>244</sup>.

---

<sup>242</sup> G. FALCON, *ult. op. cit.*, p. 131.

<sup>243</sup> L. DE LUCIA, *Autorizzazioni transazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, pp. 759 e ss.; si v., anche, F. LAFARGE, *EU Law implementation through administrative cooperation between member States*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 119 e ss.

<sup>244</sup> L. DE LUCIA, *Cooperazione e conflitto nell'unione amministrativa europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2011, 1, pp. 14-15

#### 4. ESISTE UN PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO A LIVELLO EUROPEO?

La disciplina sul procedimento amministrativo comunitario<sup>245</sup> segue il modello normativo e, dunque, essa ha una duplice origine, pretoria e legislativa. Da quest'ultima prospettiva, rilevano, in primo luogo, le disposizioni contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'UE e, in particolare, gli articoli 42, 42, 43 e 47 i quali, rispettivamente, sanciscono l'obbligo di imparzialità, l'obbligo di motivazione degli atti, il diritto alla partecipazione ed il diritto di accesso<sup>246</sup>, il diritto di difesa. Quindi l'art. 19 che, disciplinando la Corte di Giustizia, afferma implicitamente il principio di legalità: *"1. La Corte di giustizia dell'Unione europea comprende la Corte di giustizia, il Tribunale e i tribunali specializzati. Assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati. Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione. 2. La Corte di giustizia è composta da un giudice per Stato membro. È assistita da avvocati generali. Il Tribunale è composto da almeno un giudice per Stato membro. I giudici e gli avvocati generali della Corte di giustizia e i*

---

<sup>245</sup> M.P. CHITI, *Towards an EU Regulation on Administrative Procedure?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2011, 1, pp. 1 e ss.; S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo*, cit., pp. 31 e ss.; G. DELLA CANANEA, *La disciplina dei procedimenti amministrativi: nuove prospettive nei rapporti tra ordinamenti giuridici*, in S. STICCHI DAMIANI-F. VETRO', cit., pp. 19 e ss.

<sup>246</sup> Recentemente, Corte di Giustizia, IV, sentenza 16 dicembre 2010, in causa C-266/09.

*giudici del Tribunale sono scelti tra personalità che offrano tutte le garanzie di indipendenza e che soddisfino le condizioni richieste agli articoli 253 e 254 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea. Sono nominati di comune accordo dai governi degli Stati membri per sei anni. I giudici e gli avvocati generali uscenti possono essere nuovamente nominati. 3. La Corte di giustizia dell'Unione europea si pronuncia conformemente ai trattati: a) sui ricorsi presentati da uno Stato membro, da un'istituzione o da una persona fisica o giuridica; b) in via pregiudiziale, su richiesta delle giurisdizioni nazionali, sull'interpretazione del diritto dell'Unione o sulla validità degli atti adottati dalle istituzioni; c) negli altri casi previsti dai trattati”.*

*Come è stato giustamente rilevato, “in tal modo, il principio di legalità viene a definire globalmente i criteri di legittimità dell’azione amministrativa, sino a ricomprenderne altri di contenuto più specifico, quale quello di imparzialità (che sancisce la separazione e la neutralità dell’amministrazione rispetto alla politica, proponendosi come criterio organizzativo attraverso il quale si assicura la piena concorrenza e l’effettività del mercato unico) e quello di buon andamento o di buona*

*amministrazione (che impone alle istituzioni comunitarie doveri di diligenza e di efficienza)”<sup>247</sup>.*

Unitamente all’art. 19, rileva la disposizione di cui all’art. 263<sup>248</sup>: *“La Corte di giustizia dell’Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell’Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione. La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative. Qualsiasi*

---

<sup>247</sup> G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, cit., p. 181. Ivi, nota 12, ove si precisa che *“in termini generali, il principio di imparzialità comporta la necessità di evitare trattamenti difformi in casi analoghi senza che sia adeguata giustificazione, anche attraverso il rispetto dei criteri di massima fissati in precedenza ovvero seguiti in fattispecie similari”*.

<sup>248</sup> B. MARCHETTI, *L’impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell’art. 263 TFUE*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1471 e ss.

*persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione. Gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti. I ricorsi previsti dal presente articolo devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza”.*

Non può dimenticarsi, inoltre, l’art. 6, co. 1°, della CEDU<sup>249</sup> secondo cui *“Ogni persona ha diritto a che la sua causa sia esaminata equamente, pubblicamente ed entro un termine ragionevole da un tribunale indipendente e imparziale, costituito per legge, il quale sia chiamato a pronunciarsi sulle controversie sui suoi diritti e doveri di carattere civile o sulla fondatezza di ogni accusa penale formulata nei suoi confronti”*,

---

<sup>249</sup> Sull’argomento si v., S. VALAGUZZA, *Riflessioni sul primato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, 6, pp. 1375 e ss.

disposizione che si applica, anche, ai procedimenti amministrativi. Sul punto è opportuna una precisazione. Come è noto, con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'Unione Europea impone, formalmente, il rispetto della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: dall'art. 6 del TUE<sup>250</sup> *“1. L'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati. Le disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni.*

*2. L'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali. Tale adesione non modifica le competenze dell'Unione definite nei trattati.* 3. *I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”, con cui si riconosce,*

---

<sup>250</sup> P. SANDRO, *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 855 e ss.

*altresì, valore giuridico vincolante alla Carte dei diritti fondamentali dell'UE, come confermato, recentemente, dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui "La Convenzione europea sui diritti dell'uomo ha una diretta rilevanza nell'ordinamento interno poiché, ai sensi dell'art. 117, co. 1, Cost., le leggi devono rispettare i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario. Ne consegue che, al giudice nazionale spetta interpretare la norma interna in modo conforme alla disposizione internazionale, entro i limiti nei quali ciò sia permesso dai testi delle fonti normative"*<sup>251</sup>; dall'art. 218, paragrafo 6, lett. a), punto

---

<sup>251</sup> Cons. St., VI, sentenza 15 giugno 2010, n. 3760. Con altra sentenza, di qualche mese antecedente, si era affermato che *"I principi sulla effettività della tutela giurisdizionale, desumibili dall'articolo 24 della Costituzione e dagli articoli 6 e 13 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, direttamente applicabili nel sistema nazionale, impongono agli Stati di prevedere una giustizia effettiva e non illusoria in base al principio 'the domestic remedies must be effective'"*, così Cons. St., IV, sentenza 2 marzo 2010, n. 1220. Ed invero, ciò vale anche per il giudice di primo grado secondo cui *"La nuova formulazione dell'art. 6 del Trattato dell'Unione Europea prevede che 'l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali' e, secondo il comma 3, 'i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali'. Ne consegue che le norme della Convenzione divengono immediatamente operanti negli ordinamenti nazionali degli Stati membri dell'Unione, e quindi nel nostro ordinamento nazionale, in forza del diritto comunitario, e quindi in Italia ai sensi dell'art. 11 della Costituzione, venendo in tal modo in rilievo l'ampia e decennale evoluzione giurisprudenziale che ha, infine, portato all'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme nazionali in conformità al diritto comunitario, ovvero di procedere in via immediata e diretta alla loro disapplicazione in favore del diritto comunitario, previa eventuale pronuncia del giudice comunitario, ma senza dover transitare per il filtro dell'accertamento della loro incostituzionalità sul piano interno"*, TAR LAZIO, Roma, II-bis, sentenza 18 maggio 2010, n. 11984, con nota di S. MIRATE, *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1345 e ss. Di recente, invece, più cautamente, si è affermato che *"La proposizione contenuta nel Trattato di Lisbona secondo cui 'l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali' non può, evidentemente, aver comportato di per sé l'effetto costitutivo della inserzione dell'Unione europea nel quadro istituzionale della CEDU, per il quale occorrerà percorrere una procedura "internazionalistica" di negoziazione articolata (un accordo nelle forme di un trattato o di un protocollo di emendamento della CEDU sarà necessario per apportare tutti gli adattamenti che consentano l'intersezione dei due "sistemi")"*, TAR LOMBARDIA, Milano, III, sentenza 15 settembre 2010, n. 5988.

ii) del TUE<sup>252</sup>; non ultimo, dal Protocollo n. 8 *“relativo all’articolo 6, paragrafo 2, del Trattato sull’Unione Europea sull’adesione dell’Unione alla Convenzione Europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”*.

In generale, dunque, si applicano al procedimento amministrativo tutti i principi generali<sup>253</sup> sanciti dai Trattati, dalla Carta dei diritti fondamentali dell’UE e dalla CEDU che, direttamente o indirettamente, affermano precetti valevoli anche per il procedimento amministrativo.

---

<sup>252</sup> *“Fatte salve le disposizioni particolari dell’articolo 207, gli accordi tra l’Unione e i paesi terzi o le organizzazioni internazionali sono negoziati e conclusi secondo la procedura seguente...accordo sull’adesione dell’Unione alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali”*.

<sup>253</sup> C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, Quaderno n. 1, *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, 2004, pp. 281 e ss.

## 5. Gli atti amministrativi comunitari. Tipologie e giustiziabilità.

La questione dell'invalidità degli atti amministrativi nazionali per contrasto con il diritto comunitario impone, in via preliminare, di esaminare le tipologie di atti amministrativi comunitari al fine, da un lato, di comprenderne le assonanze o le distonie rispetto al modello di diritto amministrativo nazionale; dall'altro, per saggiare il metodo seguito dalla giurisprudenza comunitaria nel dichiarare la giustiziabilità degli stessi. Si tratta, in ogni caso, di una premessa sistematica, su cui si tornerà successivamente.

In linea di principio, può affermarsi che, anche se con le dovute differenze, il diritto comunitario segue le nozioni di atto del procedimento o endoprocedimentale e di provvedimento, anche se i Trattati comunitari, come è noto, non contenevano un'elencazione tassativa degli stessi – rinveniente, sino al Trattato di Lisbona, nell'art. 249 TCE<sup>254</sup> – in ragione del canone generale del diritto europeo, poi sancito dalla Corte di Giustizia, per cui la natura di un atto amministrativo<sup>255</sup> è caratterizzata non (soltanto) dalla forma quanto (soprattutto) dalla sua natura, in controtendenza alla famosa

---

<sup>254</sup> Ora sostituito dall'art. 288 del TFUE.

<sup>255</sup> Sul punto pare opportuno ricordare che, secondo la teoria generale, *"E' atto legislativo, amministrativo, giudiziario materiale quello che esprime la funzione ma non promana dal potere corrispondente"*, così A.CERRI, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 2, il cui riferimento è a P. LABAND, *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tubingen, 1911, IV, p. 577.

affermazione di Von Ihering, per il quale *“la forma è il nemico giurato dell’arbitrio, sorella gemella della libertà”*<sup>256</sup>.

In forza di un tale ragionamento, i giudici comunitari hanno preferito la via della ricorribilità<sup>257</sup>, intesa quale libertà di impugnare gli atti ritenuti, di volta in volta, lesivi, salvo poi riservare allo stesso giudice di Lussemburgo il compito di individuare l’ambito discrezionale dell’amministrazione comunitaria nell’esercizio del proprio potere.

Questo modo di agire tradisce, invero, il metodo amministrativo comunitario che, in forza del principio della *primauté*, impone una valutazione caso per caso sugli atti amministrativi prodotti in ragione della sua finalità, sicché *“quando una decisione si indirizza ad una pluralità non determinabile di soggetti, ha efficacia generale ed è assimilabile ad un atto normativo. In tali casi la Corte di Giustizia parla di decisioni di <<natura normativa>>. Altri atti, come i pareri, possono avere una valenza amministrativa quale tipica espressione della funzione consultiva propria di certi organi comunitari, e sono destinati ad inserirsi nel contesto di un procedimento amministrativo; ma possono avere una valenza prettamente politica, quali i pareri del*

---

<sup>256</sup> R. Von Ihering, *Geist des römischen Rechts auf den verschiedenen Stufen der Entwicklung II*, III ed, 1874, p. 471 così richiamata da J. SCHWARZE, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo*, cit., p. 125.

<sup>257</sup> Sull’argomento si v., C. CURTI GIALDINO, *I vizi dell’atto nel giudizio davanti alla Corte di Giustizia dell’Unione europea*, Milano, 2008. Si v., anche, B. MARCHETTI, *L’eccezione di illegittimità nel processo comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 2, pp. 345 e ss.

*Parlamento europeo previsti dagli artt. 250-252 TCE nel quadro del procedimento normativo comunitario. Lo sviluppo di atti atipici ha evidenziato nuovi tipi di atti che non è facile collocare tra gli atti normativi o quelli amministrativi; con intuibili incertezze sul loro valore giuridico e pericoli per la tutela dei soggetti interessati”<sup>258</sup>.*

Incertezze che si moltiplicano se si considera che gran parte dei procedimenti amministrativi comunitari si intrecciano ai procedimenti nazionali o, comunque, comportano la co-partecipazione delle amministrazioni nazionali.

L’art. 249 TCE è, ora, sostituito dall’art. 288 del TFUE relativo agli atti giuridici dell’Unione e che così dispone *“Per esercitare le competenze dell’Unione, le istituzioni adottano regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri. Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. 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. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi. Le raccomandazioni e i*

---

<sup>258</sup>M.P. CHITI, *Diritto Amministrativo europeo*, cit., p. 479.

*pareri non sono vincolanti*”<sup>259</sup>. L’elencazione ivi contenuta continua a non essere tassativa nonostante la sistematicità cui si è giunti attraverso il Trattato di Lisbona.

In primo luogo rileva la **decisione** che, ai sensi della citata norma, “è *obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi*”. Tal ultimo inciso rappresenta l’assoluta novità della norma che, a differenza del passato, ne prescrive l’obbligatorietà per i soli destinatari qualora essi siano designati. Letta *a contrario*, la disposizione in esame rivela la sua portata generale, perché l’ultima locuzione rappresenta l’eccezione rispetto alla regola della sua generale applicazione. Così intesa, la decisione balla dal piano normativo a quello amministrativo differenziandola dalla sua classica definizione (ante Lisbona) secondo cui essa era un provvedimento decisorio a contenuto concreto e non astratto, a dispetto del provvedimento normativo, sì da avvicinarla – se non sovrapporla – alla categoria degli atti amministrativi nazionali. Per come innanzi ricordato, la Corte di Giustizia, sin dalle sue prime pronunce, ha affermato che *“la Corte non può arrestarsi alla denominazione ufficiale dell’atto, bensì deve tener conto in primo*

---

<sup>259</sup> Sul punto, si v. V. CERULLI IRELLI - F. BARAZZONI, *Gli atti dell’Unione*, in F. BASSININI - G. TIMPERI (a cura di) *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pp. 309 e ss.

*luogo del suo oggetto e del suo contenuto*<sup>260</sup>, sicché non v'è dubbio che il carattere normativo o meno della decisione andrebbe valutato caso per caso, in ragione della sua generalità e astrattezza. Tuttavia, la previsione ora contenuta nell'art. 288 TFUE, nel prevedere l'ipotesi di ristretta applicazione della decisione (ovvero l'emanazione di una decisione non generale e astratta), seppur in linea con il carattere sostanzialistico della giurisprudenza comunitaria e del diritto europeo, introduce, sul piano pratico, una distonia evidente teorizzando l'esistenza di due tipologie di decisioni, l'una di carattere normativo, l'altra di carattere amministrativo. Il quadro appena descritto è, poi, arricchito da un ulteriore elemento relativo all'organo emanante la decisione: di regola, la Commissione Europea; non di rado, tuttavia, il Consiglio – nel caso di decisioni indirizzate agli Stati – o la Commissione su delega del Consiglio. Discorso analogo può farsi in ordine all'efficacia diretta delle decisioni a seconda dei destinatari (Stati o singoli) o per ciò che attiene alla sua pubblicazione, mentre alcun dubbio v'è, ormai, sull'obbligo di motivazione espressamente sancita dall'art. 296 TFUE: *“Gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati”*.

---

<sup>260</sup> Corte di Giustizia, sentenza 14 settembre 1962, cause riunite 16-17/62, in M.P. CHITI, *ult. op. cit.*, p. 481.

La decisione, dunque, è un atto obbligatorio, talvolta per talune categorie di soggetti (destinatari) esplicitamente richiamati nella stessa.

Il medesimo art. 288 TFUE, all'ultimo comma, recita che *“le raccomandazioni e i pareri non sono vincolanti”*. Si tratta delle altre due tipologie di atti di cui dispone l'Unione. A seguito del Trattato di Lisbona, non si rinviene, in nessuna norma, alcuna definizione giuridica delle raccomandazioni e dei pareri, tanto meno l'individuazione dei loro elementi essenziali. Ciò conferma, qualora ve ne fosse ancora bisogno, il carattere sostanzialistico del diritto comunitario rispetto ai paradigmi tipici degli ordinamenti nazionali.

Le **raccomandazioni** sono atti con i quali le istituzioni comunitarie prospettano ai destinatari la possibile soluzione in chiave comunitaria di un dato problema; esse, come è noto, non possono essere oggetto di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, tanto meno essere impugnate dinanzi alla stessa, fatta salva la possibilità di impugnare, invece, quegli atti che abbiano disatteso il *decisum* di una raccomandazione.

Pur trattandosi di uno strumento che può essere utilizzato da tutte le istituzioni comunitarie, la raccomandazione è maggiormente utilizzata dalla Commissione europea in particolare – prima dell'entrata in

vigore del Trattato di Lisbona – per l’esercizio dei c.d. poteri impliciti sanciti dall’art. 308<sup>261</sup> del TCE (l’attuale art. 352 TFUE, seppur notevolmente svuotato della sua portata originaria), in maniera del tutto legittima posto che *“le raccomandazioni sono in genere adottate dalle istituzioni comunitarie quando queste non dispongono, in forza del Trattato, del potere di adottare norme obbligatorie o quando ritengono che non vi sia motivo di adottare norme più vincolanti”*<sup>262</sup>.

Ora, con l’art. 292 del TFUE, sono ben individuate le istituzioni cui spetta il potere di adottare raccomandazioni: *“Il Consiglio adotta raccomandazioni. Delibera su proposta della Commissione in tutti i casi in cui i trattati prevedono che adotti atti su proposta della Commissione. Delibera all’unanimità nei settori nei quali è richiesta l’unanimità per l’adozione di un atto dell’Unione. La Commissione, e la Banca centrale europea nei casi specifici previsti dai trattati, adottano raccomandazioni”*.

---

<sup>261</sup> Si sottolinea in dottrina che *“D’altra parte, l’art. 308 Tratt. CE (riportato in identico tenore nel Trattato costituzionale art. I-18) consente in pratica (secondo la prassi seguita, costantemente avallata nella interpretazione della Corte di giustizia) agli organi dell’Unione, rispettando la procedura ivi prevista, di occuparsi (anche mediante atti normativi) di ogni affare a prescindere dalle attribuzioni conferite (4). In sostanza, mentre in ambito interno il riparto tra formazione statale e normazione regionale si può ritenere, come s’accennava, fondato sul criterio della competenza (anche se la pervasività della legislazione statale, sorretta da alcune norme costituzionali, interpretate estensivamente dalla Corte, resta un dato di fatto), nell’ambito dei rapporti tra diritto interno (complessivamente inteso) e diritto europeo, il criterio della competenza pur affermato, si può nei fatti ritenere come non operativo”*; V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e Regioni*, cit., p. 862.

<sup>262</sup> Corte di Giustizia, sentenza Grimaldi, 13 dicembre 1989, causa 322/88.

La raccomandazione, dunque, pur essendo un atto giuridicamente rilevante ed autonomo ma insuscettibile di autonoma impugnazione e di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia, rappresenta uno strumento molto utilizzato dalle istituzioni comunitarie per 'indirizzare' le scelte dei destinatari in chiave comunitaria.

I pareri, invece, sono la versione comunitaria degli atti consultivi. In tale veste, essi si inseriscono nei procedimenti amministrativi rappresentando delle indicazioni di carattere tecnico-giuridico utili ai fini dell'esercizio dell'attività amministrativa. Pur differenziandosi dalle raccomandazioni – essendo privi, per esempio, di autonomia – i pareri mostrano le medesime limitazioni in ordine all'impossibilità di impugnazione e di rinvio pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia.

## **CAPITOLO QUARTO**

### **IL PROBLEMA DELLA SORTE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO NAZIONALE**

#### **ANTICOMUNITARIO**

## 1. L'invalidità degli atti amministrativi dell'Unione Europea

Come è noto, *“in primo luogo, un atto invalido si qualifica come nullo o annullabile, non tanto per la qualità del suo vizio (sanabile o insanabile, più grave o meno grave, ecc.) ma per il tipo di reazione che l'ordinamento prevede a fronti di quell'anomalia...in secondo luogo, la distinzione tra nullità ed annullabilità, introdotta dal codice civile vigente, si suole rappresentare come netta contrapposizione tra un'invalidità che opera di diritto, produce l'immediata inefficacia dell'atto ed è rilevabile senza limiti di tempo, anche d'ufficio dal giudice; ed un'invalidità che non impedisce all'atto di nascere efficace, può essere lamentata solo da soggetti determinati, entro definiti limiti temporali”*<sup>263</sup>.

Se ciò è vero per il nostro ordinamento, occorre, tuttavia, soffermare lo sguardo sul versante europeo dell'invalidità amministrativa.

Ed infatti, il tema della c.d. *illegittimità comunitaria* degli atti amministrativi nazionali, impone di soffermarsi, brevemente, sui casi di invalidità degli atti amministrativi comunitari rispetto al diritto europeo. Si tratta di un'utile digressione giacché consente di

---

<sup>263</sup> F. LUCIANI, *L'invalidità e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI- L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, cit., p. 4. E' doveroso precisare, in relazione alla nullità, che questa splendida e concisa descrizione è stata vergata prima dell'entrata in vigore del Codice del Processo amministrativo.

comprendere gli strumenti, sostanziali e processuali, utilizzati dal giudice comunitario in tali circostanze; strumenti, poi, che la stessa Corte di Giustizia suggerisce ai giudici nazionali nelle ipotesi di invalidità degli atti amministrativi, questa volta nazionali, rispetto al diritto comunitario. Tal ultimo, in fondo, segue, con le dovute ed differenze, il modulo procedimentale amministrativo degli Stati membri. Sicché, anche in tema di invalidità degli atti amministrativi comunitari, rispetto allo schema normativo dei Trattati, i termini della questione ricalcano, più o meno, quanto predisposto negli ordinamenti nazionali.

In altre parole, valgono anche per il diritto comunitario le note categorie dell'inesistenza, della nullità e dell'annullabilità in ragione delle diverse tipologie di vizi di cui è affetto l'atto amministrativo; tuttavia, il giudice comunitario – sempre informato da una logica sostanzialistica – utilizza le suddette accezioni apparentemente in confusione tra loro quando, invece, lo stesso ne differenzia l'uso a seconda della gravità dei vizi di cui è affetto l'atto<sup>264</sup>.

Non v'è dubbio, comunque, che “ *si distingue anzitutto tra le situazioni in cui si evidenziano vizi dell'atto di particolare gravità, e le situazioni in cui i vizi, pur sussistenti, non assumono tale carattere. Nel primo*

---

<sup>264</sup> Sul punto si v., P. CLARIZIA, *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento europeo*, in V. CERULLI IRELLI- L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, cit., pp. 177 e ss.

*caso si parla di atto inesistente, che dunque non produce giuridicamente alcun effetto e che in ogni momento può essere dichiarato tale a seguito di rilevazione d'ufficio del giudice o su istanza di qualsiasi interessato, o dalla stessa amministrazione comunitaria. Nel secondo caso, invece, atti annullabili che continuano ad esercitare i loro effetti giuridici fino all'eventuale annullamento su ricorso o in via di autotutela, alle condizioni procedurali e sostanziali precisate da una vasta giurisprudenza dei giudici comunitari. Sin dalla sua prima giurisprudenza, la Corte di giustizia ha affermato che <<così come nei diritti nazionali dei diversi Stati membri, un atto amministrativo gode in diritto comunitario di una presunzione di validità, sino a quando non sia stato annullato o revocato dall'istituzione da cui emana>> (Cfr. sentenza 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3-7/57; 26 febbraio 1987, causa 15/85)"<sup>265</sup>.*

Come si accennava, il discrimine fra le varie patologie è dettato dalla gravità del vizio che affligge l'atto in questione: la graduazione del vizio, previa valutazione, sarà sanzionata dall'inesistenza, dalla nullità e dall'annullabilità.

Di inesistenza il giudice comunitario discetta in casi estremi *"come la manifesta usurpazione di poteri o di funzioni, l'assoluta mancanza di*

---

<sup>265</sup> M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 488.

*firma, l'irrealtà, l'incertezza o l'illiceità dello scopo dell'atto, che vanno di gran lunga al di là della normale irregolarità dovuta all'erronea valutazione del fatto o alla violazione di legge*<sup>266</sup>; sicché *“gli atti viziati da un'irregolarità la cui gravità sia così evidente che non può essere tollerata dall'ordinamento giuridico comunitario, devono essere considerati giuridicamente inesistenti”*<sup>267</sup>. E' opportuno ricordare che nel nostro ordinamento, tal ultimo istituto è strettamente connesso alla carenza di potere e, in tal caso, *“non è l'atto in sé a rilevare e ad interessare l'interprete, bensì la sua capacità di manifestare l'esistenza di un potere; l'esistenza dell'atto è strumentale all'esistenza del potere”* e, dunque, *“quando si nega l'esistenza di un potere, si nega l'esistenza del provvedimento amministrativo, della sua efficacia tipica (nonché della sua attitudine ad essere eseguito)”*<sup>268</sup>.

Diversamente, per ciò che concerne i vizi di legittimità degli atti comunitari, l'art. 263 del TFUE contiene, al pari dell'ordinamento nazionale, un elenco tassativo di ipotesi di invalidità: *“1. La Corte di giustizia dell'Unione europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli*

---

<sup>266</sup> Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 1987, causa 15/85, Conclusioni dell'avvocato generale.

<sup>267</sup> Corte di Giustizia, sentenza 15 gennaio 1994, C-137/92, *Caso Basf*.

<sup>268</sup> F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, p. 103.

*atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. 2. A tal fine, la Corte è competente a pronunciarsi sui ricorsi per incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, ovvero per sviamento di potere, proposti da uno Stato membro, dal Parlamento europeo, dal Consiglio o dalla Commissione. 3. La Corte è competente, alle stesse condizioni, a pronunciarsi sui ricorsi che la Corte dei conti, la Banca centrale europea ed il Comitato delle regioni propongono per salvaguardare le proprie prerogative. 4. Qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre, alle condizioni previste al primo e secondo comma, un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione. 5. Gli atti che istituiscono gli organi e organismi dell'Unione possono prevedere condizioni e modalità specifiche relative ai ricorsi proposti da persone fisiche o giuridiche contro atti di detti organi o organismi destinati a produrre effetti giuridici nei loro confronti. 6. I ricorsi previsti dal presente articolo*

*devono essere proposti nel termine di due mesi a decorrere, secondo i casi, dalla pubblicazione dell'atto, dalla sua notificazione al ricorrente ovvero, in mancanza, dal giorno in cui il ricorrente ne ha avuto conoscenza".*

Dalla lettura dell'articolo, emergono, *ictu oculi*, evidenti differenze rispetto al sistema nazionale. Partendo dai vizi di legittimità, si nota come le figure previste siano, essenzialmente, quattro: l'incompetenza, la violazione delle forme sostanziali, la violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione e lo sviamento di potere.

Chiaramente, se talune figure appaiono, in prima battuta, simili alle corrispondenti nazionali, in verità esse se ne differenziano in ragione della diversità dell'ordinamento comunitario rispetto a quelli degli Stati membri. Si pensi, ad esempio, all'incompetenza in relazione al soggetto che ha assunto l'atto, così come avviene nell'ordinamento nazionale; tuttavia, nel caso comunitario, evoca la violazione della sfera di attribuzioni di una o più istituzioni comunitarie o di organi amministrativi dell'Unione o di tutti quei soggetti all'interno di essa dotati di personalità giuridica. Ed, invero, in un sistema caratterizzato

dall'assenza di una netta divisione dei poteri<sup>269</sup> tra le istituzioni ed, anzi, tipicamente caratterizzato da sistemi di codecisione e coamministrazione<sup>270</sup>, che non determinano una netta distinzione tra i poteri dell'Unione, i casi di incompetenza sono, potenzialmente, all'ordine del giorno. Ciò riguarda, soprattutto, i rapporti tra Commissione e Consiglio, i Comitati, quand'anche le stesse articolazioni della Commissione<sup>271</sup>.

Una figura sconosciuta al nostro ordinamento è quella della *“violazione delle forme sostanziali”* che tende a confondersi con la successiva *“violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione”*. Alla luce della giurisprudenza comunitaria, si evince che con essa si intende, in generale, la violazione dei principi del diritto comunitario quali, ad esempio, la proporzionalità o, del principio *“dell’audi alteram partem* (Sentenza 7

---

<sup>269</sup> A. CERRI, *Poteri (divisione dei)*, cit., p. 1, ricorda che *“Comunemente si afferma che la teoria nacque nel Seicento inglese e che trovò alimento nel pensiero illuministico francese e nel pensiero liberale tedesco. In realtà un problema di controllo e di garanzia nei confronti del potere è sempre esistito, almeno in tutti i regimi che sono usciti da forme di governo rigidamente monarchiche od aristocratiche e questa garanzia si è modellata in varie forme invero assai più articolate e complesse che non la classica ipotizzata corrispondenza biunivoca fra tre organi e tra funzioni”*.

<sup>270</sup> D.U. GALETTA, *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di <<cooperazione amministrativa>> dell’art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell’amministrazione intrecciata?*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, 6, pp. 1689 e ss.

<sup>271</sup> Ricorda M.P. CHITI, *ult. op. cit.*, p. 490, che ci si riferisce alle ipotesi di incompetenza relativa rispetto alle ipotesi di incompetenza assoluta o *“esterna”*. Difatti, *“con il pieno affermarsi del principio di sussidiarietà è stato invocato il vizio dell’incompetenza assoluta, anche se la corretta accezione della sussidiarietà sta nel valorizzare il criterio della cooperazione e non quello della competenza”*.

maggio 1991, causa C-304/89)<sup>272</sup> o, ancora, l'errore sull'individuazione della base giuridica.

Più agevole è, invece, individuare la violazione *“di qualsiasi regola di diritto”* assimilabile alla violazione di legge nonché, nell'ordinamento comunitario, alla violazione di norme internazionali convenzionali e consuetudinarie.

In ultimo, ci si imbatte nello sviamento di potere che *“connota il vizio della funzione come nell'ordinamento amministrativo francese, e solo in parte corrisponde al nostro eccesso di potere. Gli atti amministrativi comunitari sono viziati in tal modo quando, sulla base di indizi oggettivi, pertinenti e concordanti risultano adottati sulla base di potere che è nella titolarità dell'amministrazione agente, ma per raggiungere scopi diversi da quelli dichiarati o imposti dall'ordinamento giuridico; in tal modo eludendo una procedura appositamente prevista dal Trattato per far fronte a circostanze del caso di specie (Corte, sentenza 7 marzo 2002, causa C-310/99)”<sup>273</sup>*. Si tratta, chiaramente, di una delibazione esterna che non può invadere l'ambito discrezionale dell'amministrazione.

Gli atti ritenuti illegittimi, in forza dell'ultimo comma dell'art. 263 TFUE, devono essere impugnati entro due mesi dalla pubblicazione,

---

<sup>272</sup> M.P. CHITI, *ult. op. cit.*, p. 490.

<sup>273</sup> M.P. CHITI, *ult. op. cit.*, p. 491.

dalla notificazione o dalla conoscenza da parte dei destinatari: dunque, in linea con i termini e le modalità previste nell'ordinamento italiano in tema di impugnazioni innanzi al giudice amministrativo.

## 2. L'INVALIDITÀ DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI NAZIONALI ANTICOMUNITARI: LE

### TESI SUL TAPPETO

La patologia che affligge gli atti amministrativi contrastanti con la disposizione comunitaria (c.d. *illegittimità comunitaria*) è, dunque, un tema complicato, spinoso, che serba, in sé, questioni ancora più complesse. *“Non so se tutti abbiate familiarità con le térmiti. Per quei pochi che eventualmente non l'avessero ricordo che le térmiti sono insetti ciechi, della sottoclasse degli pterigoti, ordine degli isotteri, noti in entomologia sia per il loro polimorfismo e la loro particolare organizzazione sociale (tratti che in questa sede non interessano) sia per il loro modo di approvvigionarsi di cibo (tratto che in questa sede ha invece un qualche interesse), cibo che è costituito per lo più da cellulosa. Dunque le térmiti, essendo cieche, prendono tutte le precauzioni per non essere viste quando sono fuori dal nido; e così quando hanno localizzato una consistente fonte di cellulosa - per esempio, una casa di legno - con un cemento durissimo di loro produzione costruiscono dal loro nido una galleria, poco più grande di una matita ed entro la quale possano andare su e giù indisturbate, sino alla base della struttura della casa; la forano e penetrano all'interno del primo asse di legno. E di là, diffondendosi di asse in asse - sempre operando all'interno, e quindi restando sempre invisibili - si diffondono*

*in tutta la struttura e la svuotano letteralmente. I loro ingegneri sono abili e prudenti: sono capaci di svuotare dall'interno tutta la casa senza che nessuno se ne accorga e senza che crolli (il che le esporrebbe agli attacchi dei loro nemici naturali, che essendo vedenti avrebbero buon gioco di loro); gli entomologi hanno addirittura notato che quando qualche struttura è stata divorata troppo a fondo le térmiti provvedono a rinforzarla, per evitare crolli che rivelino la loro presenza. Dopo aver divorato tutto il divorabile le térmiti rientrano nel nido. La porta d'accesso alla galleria viene murata. L'operazione è conclusa. A quel punto la casa in legno resta in piedi, apparentemente intatta. Il padrone, tornandoci a distanza di tempo, la vede e dice tra sé soddisfatto: tutto è a posto. Ma basta che sbatta la porta con forza o che dia un colpo sul muro perché tutta la costruzione venga giù come un castello di carte. Qualcosa del genere sta accadendo all'ordinamento nazionale ad opera dell'ordinamento comunitario. I Trattati di Roma hanno costituito delle gallerie in durissimo cemento attraverso le quali le norme comunitarie, come un esercito di térmiti, sono penetrate nell'ordinamento nazionale e lo stanno progressivamente svuotando. Per fortuna, a differenza di quello che accade in una casa in legno, le norme comunitarie non si limitano a distruggere ma costruiscono dall'interno un loro sistema che viene*

*gradualmente a sostituire quello nazionale: non c'è il pericolo che tutto crolli all'improvviso. Ma c'è sempre l'effetto della continua, inarrestabile e - come preciserò dopo - tendenzialmente irreversibile erosione dell'ordinamento nazionale*<sup>274</sup>. Queste splendide pagine, scritte ormai quasi un ventennio fa, rendono appieno il senso della questione.

In virtù di quanto premesso inizialmente, il tema è strettamente connesso all'inquadramento del rapporto tra gli ordinamenti su cui ci si è, ampiamente, soffermati. Non v'è dubbio, difatti, che *“la questione <<sconta>> ancora in certa misura le incertezze interpretative in ordine ai rapporti tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale e al regime della legge italiana contrastante con la normativa comunitaria, direttamente applicabile. Nel primo caso, infatti, sussiste ancora il dibattito tra le opposte tesi della separazione e della integrazione degli ordinamenti, mentre nel secondo – che dipende anch'esso in buona parte dalla soluzione del primo – v'è incertezza in ordine alla qualificazione della legge italiana in termini di nullità, ovvero di illegittimità, ovvero, ancora, in termini di vigenza e validità,*

---

<sup>274</sup> S. GIACCHETTI, *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1993, pp. 367 e ss.

*accompagnata peraltro da inapplicabilità*<sup>275</sup>. Tuttavia, al di là di quanto in quella sede esposto, non v'è dubbio che con la positivizzazione del vincolo comunitario tanto a livello costituzionale (l'art. 117, co. 1°) quanto a livello primario (l'art. 1 *legge proc. Amm.*) è scontata la constatazione che il nostro ordinamento e, dunque, anche le pubbliche amministrazioni abbiano l'obbligo di applicare la norma comunitaria se del caso disattendendo la norma nazionale con essa contrastante. Sicché, il piano dell'analisi si sposta verso un altro versante ovvero, da un lato, qualificare la patologia di cui è affetto l'atto amministrativo con le fonti comunitarie; dall'altro, rispondere ad un ulteriore interrogativo ovvero se tale invalidità investa, oltre che i regolamenti, le direttive auto esecutive e non dell'Unione Europea, in sostanza gli atti normativi, anche altri tipi di provvedimenti quali le decisioni della Commissione.

Ad ogni modo, l'invalidità degli atti amministrativi nazionali per contrasto il diritto comunitario è una conseguenza dell'espansione del diritto europeo a livello normativo ed a livello amministrativo. Si tratta, in ogni caso, di una particolare ipotesi, a sua volta suscettibile di

---

<sup>275</sup> G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P. CHITI – G. GRECO (a cura di), cit., p. 935.

diverse articolazioni, che ha impegnano non poco la dottrina<sup>276</sup> e la giurisprudenza in ordine alla sua qualificazione. V'è stato chi ha elevato tale ipotesi ad una nuova forma di invalidità degli atti amministrativi: tuttavia, un simile ragionamento non trova riscontro nella disciplina nazionale e, segnatamente, negli artt. 21-*septies* e 21-*octies* della *legge proc. amm.* che disciplinano, rispettivamente, i casi di nullità ed annullabilità del provvedimento amministrativo. In dette disposizioni, difatti, non si rinviene l'ipotesi dell'illegittimità comunitaria tanto meno la specifica violazione del diritto comunitario. Sicché la discussione deve essere, necessariamente, ricondotta nell'alveo delle figure note di invalidità e tenendo a mente quanto già prospettato anzitempo in ordine, in primo luogo, al rapporto tra gli ordinamenti e, in seconda battuta, in ragione del vincolo all'ordinamento comunitario ora previsto sia nell'art. 117 Cost. che nell'art. 1 *legge proc. amm.*

---

<sup>276</sup> M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 477 e ss.; M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, cit., p. 478; G. GRECO, *L'incidenza del diritto amministrativo comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, cit., pp. 933 e ss.; V. CERULLI IRELLI - F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e Regioni*, cit., pp. 859 e ss.; R. MUSONE, *Il regime dell'atto amministrativo anticomunitario*, cit.; S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, cit.; M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, cit., pp. 687 e ss.; G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit.; S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, cit., pp. 1135 e ss.; G. STROZZI, *Diritto istituzionale dell'Unione europea*, cit.; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, cit., pp. 351 e ss.

Il vizio di invalidità in esame, quindi, pur ammettendo la particolarità del regime, deve essere risolto attraverso i principi generali del diritto interno ma integrati con principi e canoni comunitari<sup>277</sup> ed in ragione della disciplina processuale nazionale compatibilmente adeguata ai fini della corretta ed immediata applicazione del diritto comunitario.

La soluzione, in ogni caso, non si prospetta agevole in ragione della molteplicità delle fonti del diritto comunitario potenzialmente oggetto di violazione domestica, non dimenticando che *“la violazione del diritto comunitario può essere prodotta non soltanto per mezzo di atti statali generali ed astratti ma anche per mezzo di atti statali particolari e concreti, potendo rilevarsi una anticomunitarietà nell’esercizio della funzione pubblica e quindi una (speciale) illegittimità comunitaria del provvedimento che concretizza la funzione”*<sup>278</sup>.

---

<sup>277</sup> Si tratta di due tesi contrapposte che *“non sono mai risultate convincenti. La prima, che tende a mantenere anche per questo caso il regime ordinario della invalidità degli atti amministrativi, porta a conclusioni palesemente inaccettabili dal punto di vista comunitario. Infatti, il diverso regime di invalidità proprio dei vari Stati membri attenterebbe al primato del diritto comunitario ed al principio di necessaria uniformità del diritto comunitario. Inoltre, per gli atti amministrativi nazionali avremmo molte più limitazioni che per gli atti normativi, al fine di far valere le loro anticomunitarietà; ciò che rappresenta un evidente paradosso, non giustificato dalle pur evidenti differenze tra il regime delle fonti e quello degli atti amministrativi...Anche l’altra tesi, che propende per la radicale nullità degli atti amministrativi così assunti, mostra evidenti limiti nella misura in cui generalizza una situazione che invece sembra da individuare in particolari circostanze. Determina inoltre paradossali conseguenze negative circa la rilevanza del diritto, dato che in questo modo si nega alle norme comunitarie direttamente applicabili ogni efficacia diretta sull’operato amministrativo. Soprattutto, determina un radicale sconvolgimento del sistema processuale nazionale, che allo stato della evoluzione del diritto comunitario non sembra giustificato”*, M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 496-497.

<sup>278</sup> N. PIGNATELLI, *L’illegittimità “comunitaria” dell’atto amministrativo*, in *Giur. Cost.*, 2008, 4, pp. 3635 e ss.

La violazione in esame si presenta, a grandi linee, sotto due forme: la prima in caso di contrasto con un atto normativo comunitario; la seconda, in caso di contrasto con un atto amministrativo comunitario, come la decisione o la comunicazione.

Ognuna di queste ipotesi, tuttavia, è suscettibile di moltiplicazione: nell'un caso, si pensi ai regolamenti ed alle direttive *self-executing* o, diversamente, alle direttive non auto esecutive; nell'altro caso, si pensi alle comunicazioni o decisioni emanate non dalla Commissione europea, ma da altre istituzioni comunitarie.

Tuttavia, è doveroso dar conto di tutte le tesi che sono state elaborate sull'argomento, tenendo presente che esse sono frutto della peculiarità del sistema ed in relazione, dunque, al rapporto tra gli ordinamenti, alle criticità tuttavia esistenti in ordine alla tesi dell'unicità ordinamentale, nonché a quanto appena prospettato in tema di invalidità degli atti amministrativi dell'Unione Europea.

In via preliminare e per evidenti ragioni sistematiche, deve darsi conto delle diverse tesi, elaborate dalla dottrina e dalla giurisprudenza, in cui si articola il vizio dell'invalidità comunitaria, portatrici di altrettanti orientamenti in forza dei quali, in ragione dell'inquadramento, derivano differenti regimi processuali.

La prima tesi – ed, invero, la più convincente anche per quanto si è premesso – è quella dell’annullabilità dell’atto amministrativo anticomunitario. Posto che le norme comunitarie e nazionali convivono ed operano in un contesto ordinamentale unico, la violazione della norma comunitaria produce i medesimi effetti della violazione di una norma di diritto interno e, pertanto, soggiace ai principi generali sull’invalidità degli atti amministrativi, tanto in termini sostanziali quanto processuali. Dunque, obbligo di impugnazione nei perentori termini di decadenza, denuncia di anticomunitarietà dell’atto e conseguente sentenza di annullamento.

La seconda tesi – peraltro, minoritaria – è quella della nullità dell’atto<sup>279</sup>. Essa parte dal presupposto che l’atto anticomunitario debba qualificarsi quale nullo o inesistente per carenza di potere<sup>280</sup>. Tale tesi, invero, appare superata non solo per effetto dell’accoglimento – quanto meno in sede di giurisprudenza amministrativa – del monismo ordinamentale, quanto, soprattutto,

---

<sup>279</sup> In giurisprudenza, TAR PIEMONTE, II, sentenza 8 febbraio 1989, n. 34. Sul punto, si v. R. GIOVAGNOLI, *L’atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell’autotutela decisoria*, cit., pp. 903 ss; R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme Ce self executing*, cit., pp. 338 ss.

<sup>280</sup> M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1999, pp. 1371 e ss., nonché R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. It.*, 1989, III, pp. 284 e ss.

perché raramente – se non mai – le disposizioni comunitarie sono attributive del potere di esercizio dell'azione amministrativa<sup>281</sup>.

La terza tesi, che potremmo definire intermedia<sup>282</sup>, distingue le fattispecie in ragione della norma nazionale contrastante con quella comunitaria: se essa è attributiva del potere, allora l'atto amministrativo sarebbe affetto da nullità per carenza di potere in forza di una norma nazionale di attribuzione contrastante con la norma comunitaria. Nell'ipotesi in cui la norma nazionale – sempre contrastante con la norma comunitaria – si limiti a disciplinare l'esercizio del potere, allora si ritornerebbe alla tesi classica dell'annullabilità. Tale inquadramento ha trovato conferma in una recente, seppur superata, giurisprudenza che, da un lato ha accolto esplicitamente la tesi del monismo ordinamentale, e dall'altro ha accolto la duplicità nullità/annullabilità per come appena esposta.<sup>283</sup>

---

<sup>281</sup> Tale tesi, peraltro, è stata negata dalla giurisprudenza amministrativa che, richiamandosi ad una precedente pronuncia, ha negato *“che il provvedimento adottato in violazione del diritto comunitario sia nullo, in quanto l'entrata in vigore dell'art. 21 septies della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono quindi un numero chiuso e all'interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario (Cons. Stato, VI, n. 1023/2006)”*, Cons. St., VI, sentenza 6831 del 2006, punto 11.

<sup>282</sup> Così, R. GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 906.

<sup>283</sup> Cons. St., V, sentenza 10 gennaio 2003, nr. 35, cit., ove si afferma che *“Appare, allora, agevole rilevare che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità e che la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario.”*

La quarta ed ultima tesi è quella della disapplicabilità dell'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario. E' una tesi nota, sostenuta dalla Corte di Giustizia<sup>284</sup>, ma che in realtà appare non convincente sul punto dell'invalidità comunitaria degli atti amministrativi per la ragione che, se la disapplicazione valesse anche in questo caso, ci troveremmo di fronte ad un provvedimento amministrativo dotato di una resistenza agli effetti comunitari maggiore degli atti normativi, cedevoli, con la conseguenza che si determinerebbe *“un'inversione del valore giuridico degli atti giuridici nazionali, non giustificata da nessun convincente argomento generale”*.<sup>285</sup>

Le tesi sono, evidentemente, molto suggestive. Tuttavia, vi sono valide ragioni che consentono di affermare la validità di una sola fra esse.

---

<sup>284</sup> Corte di Giustizia, 29 aprile 1999, C 224-97, *Ciola* e, in ambito nazionale, TAR LOMBARDIA, Milano, III, ordinanza 8 agosto 2000, n. 234. Sul punto, si v. R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005, pp. 121 e ss.

<sup>285</sup> M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 335 e ss.

### 3. LA NULLITÀ

Si accennava, nel paragrafo precedente, alla tesi della nullità<sup>286</sup> dell'atto anticomunitario secondo cui l'atto amministrativo nazionale, contrastante con norma comunitaria, sarebbe nullo (o inesistente<sup>287</sup>) per carenza di potere.

Detto orientamento viene contrastato dalla dottrina maggioritaria sulla scorta di un ragionamento di duplice natura: da un lato, si sostiene, che in ragione del riconoscimento del monismo tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario, le norme prodotte dai due ordinamenti confluiscono in un medesimo contesto normativo; sicché le disposizioni prodotte dall'ordinamento europeo assurgono a parametro di legittimità dell'azione amministrativa al pari di quelle nazionali e, dunque, non potrebbe configurarsi la nullità dell'atto per

---

<sup>286</sup> In tema di nullità, si v., nella letteratura più recente, F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, cit.; V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, cit., e, ivi, F. LUCIANI, *L'invalidità amministrativa e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, cit., pp. 3 e ss.; F. LUCIANI, *Premesse allo studio dell'atto amministrativo nullo*, Roma, 2008; N. PAOLANTONIO, *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali I, I*, Milano 2007; S. CIVITARESE MATTEUCCI, *La forma presa sul serio*, Torino, 2006; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., pp. 359 e ss.

<sup>287</sup> N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, cit., sottolinea come ciò sia dovuto al fatto che *"la teoria della separatezza degli ordinamenti giuridici, portata alle sue estreme conseguenze, è in grado di mortificare la primazia del diritto comunitario sul piano dell'attività amministrativa, negando alle norme comunitarie, in quanto appartenenti ad un altro ordinamento, sia la funzione attributiva di un potere amministrativo sia la funzione di regolamentazione del quomodo di esercizio del potere. In altre parole, l'atto emanato sulla base di una norma comunitaria dovrebbe essere qualificato sempre come inesistente per la assoluta carenza di potere...; mentre, a stretto rigore, non sarebbe neppure configurabile una illegittimità comunitaria (sia essa diretta o indiretta), visto che le uniche norme sulla genesi del potere amministrativo o sul quomodo di esercizio sarebbero quelle statali"*.

carezza di potere. A conferma di ciò, si sostiene (ed è il secondo aspetto del ragionamento) che assai raramente – se non mai – le norme comunitarie sono attributive del potere di esercizio dell'azione amministrativa.

In verità, a voler estendere la riflessione alla teoria generale, la soluzione prospettata – e che, tuttavia, lo si ripete, si rinviene nella dottrina e giurisprudenza maggioritaria – appare un po' restrittiva, in quanto limitata al rapporto ordinamentale, poiché la categoria della nullità impone una riflessione ben più approfondita e non può eludere la disciplina codicistica sulla nullità, che a sua volta richiama la distinzione, fondamentale, tra illegalità ed illiceità.

Come è noto, l'istituto della nullità, nel nostro ordinamento, è stato codificato con la riforma della legge sul procedimento amministrativo, avvenuta con la legge n. 15 del 2005, mediante l'introduzione dell'art. 21-*septies* unitamente alla previsione dei c.d. vizi non invalidanti del provvedimento contenuti nell'art. 21-*octies*, 2° co. Alle nullità testuali, le uniche sino ad allora previste dalla legge, se ne sono aggiunte delle altre, dette nullità virtuali, scaturenti, in sostanza, dalla violazione di norme imperative secondo, appunto, il paradigma previsto dall'art. 1418, 1° co., c.c. Tuttavia, partendo dal presupposto per il quale le norme che disciplinano l'agire amministrativo sono, tutte, imperative,

è opinione comune che, in tema di invalidità, la nullità, nel nostro ordinamento, rappresenta l'eccezione a fronte della regola raffigurata dall'annullabilità. La nullità, dunque, si atteggia come una forma speciale di invalidità azionabile nei soli casi previsti dalla legge. Il contrasto con la norma imperativa, quindi, oscilla, a seconda dei casi, tra nullità e annullabilità non potendosi escludere, tuttavia, ulteriori casi oggetto di riflessione che discendono, appunto, dalla richiamata distinzione tra illegalità ed illiceità.

Sulla scorta di tale ragionamento, un'Autorevole dottrina ha giustamente rilevato che *“nell'adozione di atti precettivi il soggetto agente, oltre a regole sulla produzione proposte dall'ordinamento (per l'esercizio del potere), incontra anche norme di condotta imposte, vale a dire, situazioni di obbligo (o di divieto), la cui violazione qualifica la condotta del soggetto come comportamento illecito”*<sup>288</sup>.

In sostanza, la nullità del provvedimento può scaturire, anche, dalla violazione di norme di condotta ultra imperative imposte alla pubblica amministrazione e che solo per una scelta legislativa (e, dunque,

---

<sup>288</sup> F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, cit., p. 188. Come sottolinea l'Autore, si tratta di un problema di non poco momento nel diritto amministrativo, in quanto *“l'ipotesi del provvedimento adottato in conseguenza di un illecito trova in dottrina e nel lavoro giurisprudenziale ricostruzioni teoriche diverse; talora si qualifica il provvedimento amministrativo come illecito, altre volte come illegittimo”*, ivi, p. 189.

politica) vengono (de)rubricate a mere ipotesi di illegittimità<sup>289</sup>. Un siffatto ragionamento riconosce, come è evidente, una distinzione tra le norme imperative evidenziando, infine, che le norme di condotta imposte all'agire pubblico conducono alla nullità del provvedimento e ciò, quindi, oltrepassando l'angusto perimetro del monismo ordinamentale e di quello più ampio – tuttavia anch'esso limitato – sull'analisi della norma attributiva o meno del potere.

Ci si trova su altro piano, ulteriore o precedente a secondo dei punti di vista, in cui *“il giudizio di nullità potrebbe intervenire a fronte di una ‘causa’ che tratteggi una composizione dell’interesse pubblico concreto*

---

<sup>289</sup> Come sottolinea, ancora, F. LUCIANI, *ibidem*, p. 190, allorquando afferma che *“nella nostra materia, dunque, l’art. 1418, comma 1, c.c. è stato convertito nell’art. 26 t.u. n. 1054 del 1924 (adesso nell’art. 21-octies l. n. 241 del 1990): e così le ipotesi di nullità per violazione di norme imperative sono state archiviate come casi di illegittimità per violazione di legge”*. Tale impostazione legislativa trova conferma dalla lettura degli Atti preparatori della legge n. 15 del 2005 che ha modificato la legge n. 241 del 1990. Infatti, in riferimento all’art. 21-octies, si legge, nel testo della relazione della Prima Commissione permanente (p. 10), che *“La disposizione approvata dal Senato prevedeva l’annullabilità del provvedimento amministrativo nei casi di violazione di norme imperative e di eccesso di potere. Pertanto alla vecchia tripartizione (incompetenza, violazione di legge, eccesso di potere) si sostituiva la bipartizione suddetta i cui elementi innovativi erano da individuare nella eliminazione dell’incompetenza come vizio autonomo, stante che essa sarebbe potuta continuare a rilevare nei limiti in cui avesse integrato una fattispecie di violazione di norme imperative e nella limitazione della fattispecie della violazione di legge solo ai casi di violazione di norme imperative. La previsione che di fatto prevedeva che solo la violazione di leggi e regolamenti attributivi della competenza degli organi amministrativi sarebbe stata fonte di illegittimità avrebbe comportato, inoltre, che la violazione di disposizioni generali a carattere non regolamentari con le quali è espressamente previsto dalla legislazione vigente (articolo 17, comma 4-bis, lettera e), della legge n. 400 del 1988) che si possa ripartire competenze amministrative sarebbe stata ininfluenza. I dubbi interpretativi inoltre che avrebbe portato con sé la dizione « norme imperative » (utilizzata tra l’altro nel codice civile per i casi di nullità e non di annullabilità dei contratti) hanno indotto la Commissione a privilegiare la consolidata tripartizione (che si coordina perfettamente con le dizioni utilizzate nelle disposizioni vigenti sopracitate in tema di giustizia amministrativa) dei vizi del provvedimento che conducono alla annullabilità del provvedimento”, in S. 1281-B. Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull’azione amministrativa, approvato dal Senato, modificato dalla Camera e nuovamente modificato dalla I Commissione permanente del Senato, (3890-B), in [http://legislature.camera.it/\\_dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?PDL=3890-B](http://legislature.camera.it/_dati/leg14/lavori/schedela/trovaschedacamera.asp?PDL=3890-B). A conferma della tendenza legislativa ad inquadrare anche la violazione di norme imperative all’interno della categoria dell’annullabilità.*

*che, proprio nella concretezza della fattispecie sociale presa in esame, nei suoi rapporti con il piano delle norme e dei valori primari dell'ordinamento, vada a cozzare con la prevalenza oggettiva che l'ordinamento non può assicurare...ad alcuni interessi, norme ovvero valori....Nella prospettiva qui indicata potrebbe...riacquistare vigore e sostanza l'ipotesi della configurabilità di un provvedimento illecito, ove con tale formula si intenda, però, in maniera corretta ed aggiornata, il provvedimento nullo per illiceità che, collocandosi all'"interno" del precetto, si pone su un piano concettualmente diverso da quello dell'illecito aquiliano cui si riferisce l'art. 2043 c.c."*<sup>290</sup>.

Anche la giurisprudenza, invero, si è mantenuta in linea con la scelta (politico) legislativa di inquadrare, sul versante amministrativo, tale fattispecie nell'alveo dell'illegittimità disciplinato dall'art. 21-octies legge proc. amm. se è vero che *"nel caso della costituzione di fatto del rapporto di pubblico impiego...il giudice amministrativo ha escluso che la nullità (testuale) del provvedimento dovesse collegarsi ad un'ipotesi di illiceità, in tal modo ritenendo applicabile la disciplina prevista dall'art. 2126 c.c. Al riguardo la sensazione è che, date le premesse contenute nella motivazione della sentenza...le quali sembravano avvicinare le norme violate all'area dell'ordine pubblico (politico o*

---

<sup>290</sup> M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, pp. 272 e ss., così in F. LUCIANI, *ult. op. cit.*, p. 191, nota 7.

*economico), la soluzione di qualificare la nullità come un'ipotesi di mera illegalità ha risentito forse della <<preoccupazione>> relativa alla sorte degli atti adottati dai funzionari, legati in via di fatto all'amministrazione (sorte che, in caso di nullità-illecito sarebbe stata l'inefficacia radicale e insanabile)"<sup>291</sup>.*

Dalla ricostruzione che precede può trarsi, quindi, un'interessante riflessione e cioè che la questione dell'invalidità comunitaria degli atti amministrativi – al pari dell'invalidità domestica – non può limitarsi ad una mera scelta fra diverse tesi quali l'annullabilità e la nullità, quasi fosse una scelta di campo; piuttosto, il punto di analisi, ai fini della qualificazione patologica dell'atto, si sposta un po' più a monte e pone l'attenzione sul tipo di norma violata (quale momento di diagnosi) per poterne, poi, misurarne il vizio (quale momento di prognosi).

Tale inquadramento permette di soffermare l'attenzione su quelli che l'Autorevole dottrina quivi richiamata definisce *"casi di nullità (virtuale) del provvedimento per violazione di discipline normative ultra-imperative"*<sup>292</sup>. Il riferimento si presenta, a questo punto, in tutta la sua evidenza: *"l'art. 119 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (T.f.u.e.) prevede che la politica economica degli Stati membri e della Comunità sia <<condotta conformemente al principio di una*

---

<sup>291</sup> F. LUCIANI, *ibidem*, p. 192 in riferimento a Cons. St., A.P., 29 febbraio 1992 n. 2.

<sup>292</sup> F. LUCIANI, *ibidem*, p. 193.

*economia di mercato aperta e in libera concorrenza>>. Gli artt. 101-109 del medesimo Trattato contengono <<regole di concorrenza>>, in alcuni casi direttamente produttive di effetti nelle relazioni tra i singoli operatori economici e che sanzionano con la nullità di pieno diritto <<gli accordi o le decisioni vietate>>”<sup>293</sup> sicché “quello della libera concorrenza, senza dubbio, rappresenta uno dei principi giuridici fondamentali dell’ordinamento comunitario, ma anche dell’ordinamento nazionale: si può ipotizzare che esso rientri nella nozione di ordine pubblico economico”<sup>294</sup>. Ed invero, per come ivi richiamato, si registra qualche pronuncia giurisprudenziale confermativa sul punto. Il giudice amministrativo, difatti, premettendo che **“la capacità giuridica e di agire degli Enti Pubblici è disciplinata dalle disposizioni di diritto positivo relative alle persone giuridiche ma, in relazione al principio della necessaria evidenza pubblica delle scelte effettuate da detti Enti, le persone giuridiche pubbliche possono assumere impegni solo nei limiti e nei modi stabiliti dalla legislazione che regola la loro attività per il perseguimento dei fini che sono loro assegnati ( in tal senso cfr. tra le altre decisioni Cons. Stato Ad. Gen.n.2/2000 del 17 febbraio 2000)”**, sottolinea che **“per il carattere***

---

<sup>293</sup> e <sup>292</sup> F. LUCIANI, *ibidem*, p. 194.

*inderogabile delle disposizioni che prevedono tali procedure, sicuramente ascrivibili al novero delle norme imperative, l'obbligo di seguire i procedimenti nei quali è, per così dire, **crystallizzata** la volontà dell'Ente: volontà che così come deve manifestarsi secondo tali procedure parimenti può essere **modificata solo con il ricorso ai medesimi procedimenti** e, di regola, con l'adozione di atti espressione del **potere di autotutela** ove sussistano i presupposti per il ricorso ai relativi istituti. **Al di fuori dei limiti** segnati dalle norme dell'ordinamento di settore che fissano le regole cui le Amministrazioni devono seguire nel contrattare **non vi è, pertanto, capacità di agire di diritto privato**, che possa essere utilmente esercitata dalla p.a.. Siamo, perciò, in presenza dell'illegittimo esercizio della funzione amministrativa, in palese contrasto con le norme in tema di procedure ad evidenza pubblica.*

*Le norme qui richiamate, e che prevedono le singole procedure di gara, corrispondono in primo luogo all'esigenza di consentire alle Amministrazioni di provvedere nel modo più economico e conveniente alla provvista di beni e servizi ed alla realizzazione di opere, ma assolvono anche alla essenziale funzione di consentire a tutti i soggetti dell'ordinamento di partecipare, a parità di condizioni alla redistribuzione delle risorse pubbliche che attraverso il sistema degli*

*affidamenti pubblici viene effettuata. Si tratta, con evidenza, di risorse dei bilanci degli Enti pubblici prevalentemente conseguite con il prelievo fiscale e con gli altri strumenti propri della finanza pubblica e per le quali è doveroso consentire, in linea con i principi costituzionali di cui agli articoli 3 e 41 della Costituzione prima ancora che con i principi posti a garanzia della concorrenza nell'ordinamento interno e comunitario, la possibilità di un libero accesso a tutti gli operatori economici giudicati idonei tecnicamente per fornire i beni , prestare i servizi e realizzare le opere nei confronti di Enti pubblici”, potendo così concludere che **“l'esercizio della funzione amministrativa in contrasto con norme imperative, non dà luogo alla semplice annullabilità del provvedimento, prevista espressamente dalla legge per i soli casi di atto e/o provvedimento di tipo autoritativo, bensì alla nullità dell'assetto di interessi posto in essere con l'assenso del privato interessato (art. 11 L. n. 241/90). E' evidente, infatti, che, nelle ipotesi considerate, non sussistendo una capacità di diritto privato, liberamente esplicabile da parte della p.a., trattasi pur sempre di esercizio illegittimo della funzione amministrativa, che trasmoda in nullità del regolamento di interessi posto in essere al di fuori e senza la prescritta osservanza delle regole della evidenza pubblica”**<sup>295</sup>.*

---

<sup>295</sup> TAR LAZIO, ROMA, II-Ter, sentenza 27 luglio 2007, n. 7119, confermata da Cons. St., V, sentenza 202

In conclusione, la tesi della nullità del provvedimento per anticomunitarietà, se viene affrontata da un altro ed altrettanto valido punto di vista, non può certo definirsi superata.

---

1° marzo 2010, n. 1156, entrambe in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il grassetto appartiene all'estensore della sentenza.

#### 4. L'ANNULLABILITÀ E I RAPPORTI CON L'ART. 21-OCTIES DELLA LEGGE SUL

##### PROCEDIMENTO AMMINISTRATIVO

La riflessione sulla tesi dell'annullabilità<sup>296</sup> impone una premessa sul piano del diritto amministrativo nazionale e sull'evoluzione che essa ha avuto, all'interno della più ampia categoria dell'invalidità. Nel diritto amministrativo italiano, come è noto, quando si parla di invalidità ci si riferisce, quasi sempre, all'annullabilità in quanto, a differenza del diritto privato – ove la violazione di norme imperative comporta la nullità del negozio – nel diritto amministrativo alla medesima violazione consegue, generalmente, l'annullabilità dell'atto (fermo restando quanto disposto dall'art. 21-septies legge proc. amm. e, in particolare, quanto testé esposto nel paragrafo precedente). Pertanto, al di là delle ricostruzioni dogmatiche in ordine alla tesi dell'annullabilità degli atti amministrativi anticomunitari, non meraviglia di certo che la dottrina e la giurisprudenza prevalenti concordino sulla tesi dell'annullabilità degli atti amministrativi contrastanti con il diritto europeo. Ciò perché la categoria

---

<sup>296</sup> In tema di annullabilità, si v., nella letteratura più recente, V. CERULLI IRELLI - L. DE LUCIA, cit.; A. POLICE, *Annulabilità ed annullamento, (dir. amm.)*, in *Enc. dir., Annali*, I, pp. 49 e ss.; F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Annulabilità del provvedimento*, in N. PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005; F. LUCIANI, *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, cit., pp. 377 e ss.

dell'annullabilità rappresenta la *magna pars* dell'invalidità amministrativa. Simili affermazioni, lungi dall'essere innovative o originali, trovano, invero, conferma, non solo nella letteratura e nella giurisprudenza, quanto nel dibattito conseguente all'entrata in vigore del D. Lgs. 2 luglio 2010 n. 104 (c.d. *Codice del processo amministrativo*<sup>297</sup>) il quale, rappresentando la prima codificazione processuale amministrativa, detta una disciplina positiva in materia di azioni<sup>298</sup>; e, all'interno di esse, all'art. 31 prevede la declaratoria di nullità<sup>299</sup> il cui breve termine 'decadenziale'<sup>300</sup> imposto dal Legislatore

---

<sup>297</sup> La letteratura sul punto è già vastissima. R. GAROFOLI - G. FERRARI, *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010; A. TRAVI, *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, S. SPUNTARELLI, *Osservazioni sulla coerenza della 'bozza' di codice del processo amministrativo con i principi e criteri direttivi contenuti nelle disposizioni di delega*, G. D'ANGELO, *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, G. SIGISMONDI, *Osservazioni alle disposizioni sulle impugnazioni, nello schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*; N. SAITTA, *L'araba fenice del contenzioso elettorale (a proposito del c.d. codice del processo amministrativo)*, A. POZZI, *Codice del processo amministrativo, arretrato ed etica della giurisdizione*, R. CARANTA, *La tutela risarcitoria*, D. CORLETTI, *Il procedimento cautelare*, M. RAMAJOLI, *Osservazioni sui riti speciali*, R. GISMONDI, *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, G. PELLEGRINO, *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, D. SICLARI, *L'evoluzione della legittimazione processuale ambientale in ambito comunitario*, F. MERUSI, *In viaggio con Laband...*, A. ROMANO TASSONE, *Così non serve a niente*, E. FOLLIERI, *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, tutti in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); P. DE LISE, *Verso il Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); si v., inoltre, *Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) ivi contenente la letteratura su ciascun articolo.

<sup>298</sup> Sul punto, oltre alla letteratura richiamata nella nota precedente, si v., Cons. St., Adun. Plen., sentenza 23 marzo 2011, n. 3, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) con commento di G. PELLEGRINO, *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); P. QUINTO, *Le «convergenze parallele» nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A.P. n. 3 del 2011*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>299</sup> A. ROMANO TASSONE, *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); A. CARBONE, *L'azione di nullità nel Codice del processo amministrativo*, in *Speciale sul Codice del*

conferma, seppur sul piano indiziario, una certa residualità dello strumento all'interno del processo amministrativo, quasi che si tratti di una *exceptio* alla generale azione di annullamento, oggi disciplinata dall'art. 29 c.p.a.<sup>301</sup>

Se ciò vale sul versante processuale, la questione non muta se ci si sposta su quello sostanziale ove il punto di origine della riflessione sul tema è rappresentato dal contenuto degli artt. 21-*septies* e 21-*octies* della citata legge sul procedimento amministrativo il quale, invero, non lascia spazio ad interpretazioni di sorta o, altrimenti, non consente forzature ricostruttive in ordine alla c.d. illegittimità comunitaria che non viene configurata, dal Legislatore, come vizio autonomo dell'atto amministrativo, tanto nell'ipotesi di nullità quanto in quella di annullabilità.

A questo punto, ritornando sul piano sovranazionale e seppur limitandolo ai soli atti principali dell'Unione, si consenta di sviluppare il seguente ragionamento. Il regolamento e la direttiva, integrando l'ordinamento nazionale, divengono fonti del diritto interno e, di

---

*Processo Amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); G. VELTRI, *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>300</sup> Sul punto, si veda la recente ordinanza del TAR SICILIA, Palermo, I, Ordinanza 7 settembre 2011, che ha rimesso alla Corte costituzionale la questione sulla legittimità dell'art. 30, co. 5, c.p.a., che stabilisce il termine decadenziale di 120 giorni per la proposizione dell'azione risarcitoria.

<sup>301</sup> M. CLARICH, *Azione di annullamento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); M. CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); F. PATRONI GRIFFI, *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

conseguenza, assumono la veste di parametro di legittimità dell'atto amministrativo nazionale. Ciò significa che la fonte comunitaria condiziona l'Amministrazione nell'emanazione dell'atto, mutandone i canoni ed i parametri di riferimento; tuttavia, nulla cambia sul versante del regime di invalidità degli atti che restano assoggettati al classico schema di illegittimità/annullabilità<sup>302</sup>. Questa è la naturale conseguenza della scelta della tesi sull'integrazione fra gli ordinamenti accolta, anche, dal giudice amministrativo che, con una nota ed articolata sentenza, ha affermato, preliminarmente, come non possa *“dubitarsi che la disposizione comunitaria violata si ponga, soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma nazionale, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia (per come descritto dalla Corte Costituzionale)”* sicché *“appare, allora, agevole*

---

<sup>302</sup> Tale ragionamento trova, peraltro, conferma ancora una volta nei già citati lavori preparatori della legge 15 del 2005, di modifica alla legge n. 241 del 1990 ove, in riferimento all'art. 21-*octies*, si legge, nel testo della relazione della Prima Commissione permanente (p. 10), che *“La Commissione ha poi sottolineato che la dizione « violazione di legge » deve intendersi, conformemente a quanto afferma la giurisprudenza, in senso lato, comprendendo tutti gli atti di normazione (primaria, secondaria e comunitaria)”*, in S. 1281-B. *Modifiche ed integrazioni alla legge 7 agosto 1990, n. 241, concernenti norme generali sull'azione amministrativa approvato dal Senato, modificato dalla Camera e nuovamente modificato dalla I Commissione permanente del Senato (3890-B)*, cit. Una scelta di tal sorta, sul piano legislativo, permette, quindi, di rispondere negativamente alla domanda se l'illegittimità comunitaria, quale violazione di legge, possa essere configurata come quarta specie rispetto alla trilogia classica dei vizi dell'atto amministrativo.

*rilevare che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità e che la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario"<sup>303</sup>. Il predetto indirizzo è stato, di lì a poco, confermato sempre dal Supremo Consesso di giustizia amministrativa secondo cui "E' principio acquisito che la violazione di una disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo interno con essa contrastante, mentre la diversa forma patologica della nullità (o della inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva di potere) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario. Pertanto, al di fuori del caso da ultimo descritto, la inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta l'annullabilità del provvedimento viziato, nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena*

---

<sup>303</sup> Cons. St., V, sentenza 10 Gennaio 2003 n. 35.

*la sua inoppugnabilità*<sup>304</sup>. Il giudice amministrativo, dunque, sceglie la tesi del monismo ordinamentale – forse solo per ragioni di necessità – e da essa fa discendere ‘agevolmente’ la conclusione che l’atto amministrativo interno emanato in violazione di norma comunitaria sia affetto dall’ordinario regime patologico dell’illegittimità e, quindi, sia annullabile con l’onere di impugnazione nell’ordinario termine decadenziale. Lo stesso giudice, inoltre, lascia aperta – seppur in via teorica – l’ipotesi della nullità o inesistenza del provvedimento nel solo caso in cui esso sia emanato sulla base di una norma nazionale attributiva del potere e incompatibile con il diritto comunitario. Sul punto, v’è chi ha rilevato che *“si tratta, invero, di casi assai rari, perché capita di rado che la normativa comunitaria si sovrapponga del tutto a quella nazionale sulla attribuzione del potere amministrativo. Mente è assai più frequente l’ipotesi che la legge italiana (nella parte incompatibile) si limiti a prevedere segmenti della fattispecie normativa di disciplina del potere amministrativo. E in tali casi, trattandosi di norme sul modo di esercizio di detto potere, la loro disapplicazione non può ripercuotersi in termini di carenza di potere-nullità sull’atto amministrativo, sibbene solo in termini di illegittimità-*

---

<sup>304</sup> Cons. St., IV, sentenza 21 Febbraio 2005 n. 579.

*annullabilità*<sup>305</sup>. Ciò non toglie che, seppur di rari casi si tratta, tale evenienza possa ben verificarsi<sup>306</sup>; il che riporterebbe le lancette della vicenda sul piano dei rapporti fra gli ordinamenti per cui la legge italiana incompatibile con la norma comunitaria sarebbe nulla con la conseguenza che anche il provvedimento amministrativo emanato sulla base di tale legge sarebbe da considerarsi, anch'esso, nullo. Il discorso potrebbe ripetersi anche nel caso della tesi sostenuta *illo tempore* dalla Corte Costituzionale dell'inapplicabilità ma vigenza della legge italiana incompatibile con il diritto comunitario: il provvedimento amministrativo seguirebbe le stesse sorti per carenza di potere della norma in base alla quale è stato emanato. In definitiva, però, tanto per le ragioni di carattere generale già esposte, quanto per le argomentazioni testé indicate, non pare ci si possa discostare dalla via imboccata dal Consiglio di Stato sulla scorta di quanto statuito dalla Corte di Giustizia, senza dimenticare che il problema non si pone più in

---

<sup>305</sup> G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, cit., p. 940.

<sup>306</sup> Ricorda V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. It. Dir. publ. Com.*, 2008, 2, p. 445, che "ciò potrebbe verificarsi ad esempio, nelle gare pubbliche per l'aggiudicazione di contratti d'appalto (materia quasi interamente coperta da normativa comunitaria) laddove si verifici la violazione di regole essenziali poste a tutela della concorrenza dal diritto comunitario, che potrebbero appunto rappresentarsi come elementi essenziali della fattispecie di gara. Insomma, la notevole ampiezza (e imprecisione) del riferimento normativo agli elementi essenziali del provvedimento la cui mancanza ne produce la nullità, potrebbe in prospettiva tradursi nell'affermazione della nullità di atti amministrativi posti in essere in violazione di regole poste dal diritto europeo, che, in riferimento a determinate fattispecie (come appunto le regole poste a presidio della concorrenza nelle gare pubbliche) possono dare luogo nella loro applicazione in concreto, ad "elementi" che possano rivelarsi "essenziali" ai fini dell'identificazione stessa della fattispecie".

forza della nuova formulazione dell'art. 117 Cost. e dell'art. 1 *legge proc. amm.*, almeno per ora.

V'è, in verità, un altro valido argomento a sostegno della tesi dell'illegittimità (a discapito della nullità-inesistenza) che consiste nel potere – riconosciuto dai Trattati agli artt. 226 e ss. TCE, ora 258 TFUE – della Commissione di adire la Corte di Giustizia nell'ipotesi di inadempienza degli Stati membri, in caso di violazione del diritto comunitario ma certamente in caso di omessa applicazione dello stesso fosse, anche conseguente al mancato esercizio dell'azione amministrativa o al suo illegittimo esercizio – verrebbe da dire 'comunitario' – perché reso in ossequio a normativa italiana incompatibile con la norma di rango superiore.

La Corte di Giustizia, d'altronde, ha sottolineato come *“la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. Il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale*

*carattere definitivo*<sup>307</sup>: ciò significa, in altri termini, riconoscere e far proprio il regime di illegittimità-annullabilità in forza del superiore principio della certezza del diritto<sup>308</sup> perché, imponendosi dei termini decadenziali ('di scadenza') per l'esercizio della tutela giurisdizionale, si limita l'ambito applicativo, necessariamente, ai provvedimenti invalidi e non già a quelli nulli che non producono alcun effetto.

Sul piano processuale, quindi, appare chiara la scelta del giudice amministrativo nazionale di ricondurre l'illegittimità comunitaria nell'alveo dell'annullabilità per violazione di legge (comunitaria).

Tuttavia, sul piano sostanziale, permangono dei dubbi, non tanto in relazione al dettato normativo dell'art. 21-*octies*, 1° comma, *legge proc. amm.*, secondo cui, come è noto, "*È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza*"; quanto, soprattutto, intorno al valore giuridico attribuito alla norma comunitaria che viene assimilata, *sic et simpliciter*, alla norma nazionale. Si è giustamente affermato, infatti, che non è affatto "*corretto considerare cumulativamente il diritto nazionale e quello comunitario quale insieme indistinto di norme di uguale valore giuridico, che costituiscono il parametro della legittimità*

---

<sup>307</sup> Corte di Giustizia, 13 gennaio 2004, causa C-453/00.

<sup>308</sup> In verità, tale principio è stato più volte rimaneggiato dalla Corte di Giustizia, per esempio, con le sentenze *Lucchini* e *Olimpiclub*.

*dell'azione delle pubbliche amministrazioni operanti in funzione comunitaria. Né, di conseguenza, che il nuovo parametro della legittimità amministrativa si sia solo ampliato quantitativamente*<sup>309</sup>.

Tale impostazione interpretativa è confermata dalla teoria generale, in forza della quale non può certamente ammettersi la 'confusione' tra norme di ordinamenti che, pur non rinnegando le teorie sul monismo o sul pluralismo, sono differenti tra loro, anche solo sul piano strutturale.

Se ciò non bastasse, la distanza tra gli ordinamenti è stata sottolineata proprio dalla giurisprudenza comunitaria allorquando afferma che *"i giudici nazionali devono trattare il diritto comunitario come <<diritto superiore>> (higher law), capace di essere applicato direttamente all'interno dei rispettivi ordinamenti degli Stati membri da parte di tutti coloro (tra cui ovviamente le pubbliche amministrazioni) che sono coinvolti nei procedimenti di rilievo comunitario"* sicché, per effetto della *primauté* del diritto europeo *"il parametro della legittimità amministrativa nei casi a rilevanza comunitaria è rappresentato da plessi normativi con valore diseguale"*<sup>310</sup>.

---

<sup>309</sup> M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. It. Dir. pubb. Com.*, 2008, 2, p. 482.

<sup>310</sup> M.P. CHITI, *ult. op. cit.*, p. 483.

Nel quadro attuale, dunque, può affermarsi che spetta agli ordinamenti nazionali qualificare le forme di invalidità degli atti amministrativi anticomunitari secondo il principio dell'autonomia procedurale (ad eccezione di quanto si dirà *infra* al paragrafo 8); parimenti, non può ammettersi né l'esistenza di un'autonoma categoria di invalidità amministrativa per tali atti, tantomeno può 'confondersi' la norma comunitaria con quella nazionale nella comune patologia della 'violazione di legge'.

La questione, tuttavia, resta aperta.

## 5. LA DISAPPLICAZIONE

Non si può evitare, infine, di prospettare la tesi della disapplicazione che è, in fondo, *“svincolata da ogni questione in ordine alla separazione o integrazione degli ordinamenti e che tende a riconoscere all’atto amministrativo un regime sostanziale e processuale costituito sulla falsa-riga della disapplicazione degli atti normativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario”*<sup>311</sup>. Tuttavia, secondo tal ultima Autorevole dottrina ed altra ivi richiamata, la tesi della disapplicazione non potrebbe trovare alcun accoglimento, poiché trascura *“le profonde differenze tra atto normativo e atto provvedimento e la circostanza che per il primo (ma non per il secondo) la disapplicazione è una forma ordinaria di risoluzione delle antinomie tra fonti”*, sicché *“mentre il Giudice comune non avrebbe alcun altro mezzo per neutralizzare l’efficacia della legge nazionale in contrasto con la normativa comunitaria, il Giudice amministrativo è titolare, rispetto al provvedimento parimenti contrastante, del ben più radicale potere di annullamento”*<sup>312</sup>.

E’ vero, inoltre, che l’utilizzo dell’istituto della disapplicazione non è affatto necessario ai fini della diretta ed immediata applicazione del

---

<sup>311</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 943.

<sup>312</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 944 e, per la dottrina richiamata, nota 26, G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, p. 661 e pp. 704 e ss.

diritto comunitario poiché, in forza dei principi elaborati dalla Corte di Giustizia e dai canoni da essa elaborata a tal fine (primi fra tutti l'equivalenza e l'adeguatezza), non appare affatto ostativo l'utilizzo del potere di annullamento da parte del giudice amministrativo dell'atto che si pone in contrasto con la norma europea. Ed in effetti, se grava sullo Stato l'obbligo di dare immediata esecuzione al diritto comunitario evitando l'adozione di atti normativi che ostino al raggiungimento di tale risultato, è di tutta evidenza che anche le Pubbliche amministrazioni debbano muoversi entro questo solco. Ciò è confermato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia in materia di impugnazione degli atti amministrativi e dei relativi termini<sup>313</sup>.

Anche sotto il profilo processuale, la giurisprudenza comunitaria, nel sancire la sussistenza, a livello nazionale e pur nel quadro dell'autonomia procedura degli Stati membri, del potere di annullamento degli atti illegittimi da parte del giudice nazionale, ha riconosciuto il regime dell'illegittimità/annullabilità quale strumento atto a garantire la corretta ed effettiva applicazione del diritto comunitario.

---

<sup>313</sup> Corte di Giustizia, sentenza 12 ottobre 1978 causa 156/77; sentenza 10 giugno 1993, causa C-183/91; sentenza 23 febbraio 2006, causa C-346/03 e C-529/03.

Tuttavia, la tesi della disapplicabilità degli atti amministrativi nazionali ha trovato, per lungo tempo, grande linfa nella giurisprudenza della Corte di Giustizia.

Ad onor del vero, il cammino dei giudici di Lussemburgo non è stato affatto lineare sul tema. Dapprima, con la sentenza *Peterbroek*, hanno affermato che *“il diritto comunitario osta all’applicazione di una norma processuale nazionale che, a condizioni analoghe a quelle del procedimento di cui trattasi nella causa davanti al giudice a quo, vieta al giudice nazionale, adito nell’ambito della sua competenza, di valutare d’ufficio la compatibilità di un provvedimento di diritto nazionale con una disposizione comunitaria, quando quest’ultima non sia stata invocata dal singolo entro un determinato termine”*<sup>314</sup>.

Appena un anno dopo, però, i medesimi giudici, in ragione del criterio dell’equivalenza, hanno affermato che *“Per quanto riguarda il diritto, per il singolo, di avvalersi di una direttiva e, per il giudice nazionale, di prenderla in considerazione, la Corte ha già affermato che sarebbe incompatibile con l’effetto vincolante che l’art. 189 riconosce alla direttiva l’escludere, in linea di principio, che l’obbligo da essa imposto possa esser fatto valere dalle persone interessate. Particolarmente nei casi in cui le autorità comunitarie abbiano, mediante direttiva, imposto*

---

<sup>314</sup> Corte di Giustizia, 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroek*.

*agli Stati membri di adottare un determinato comportamento, l'effetto utile dell'atto sarebbe attenuato se ai cittadini comunitari fosse precluso di valersene in giudizio ed ai giudici nazionali di prenderlo in considerazione in quanto elemento del diritto comunitario allo scopo d'accertare se le autorità nazionali competenti, nell'esercizio della facoltà loro riservata quanto alla forma ed ai mezzi per l'attuazione della direttiva, siano rimaste entro i limiti di discrezionalità tracciati dalla direttiva stessa" sicché "Quando, in virtù del diritto nazionale, un giudice ha l'obbligo o la facoltà di sollevare d'ufficio motivi di diritto basati su una norma interna di natura vincolante che non sono stati adottati dalle parti, il detto giudice è tenuto a verificare d'ufficio, nell'ambito della sua competenza, se gli organi legislativi o amministrativi dello Stato membro sono rimasti entro i margini di discrezionalità" previsti dalla normativa comunitaria e "Nel caso in cui sia stato superato tale margine di discrezionalità e, pertanto, le disposizioni nazionali debbano essere a tal riguardo disapplicate, spetta agli organi dello Stato membro, nell'ambito delle loro attribuzioni, adottare tutti i provvedimenti necessari"<sup>315</sup>.*

In sostanza, si statuisce la disapplicazione d'ufficio dell'atto amministrativo anticomunitario a patto che il medesimo trattamento

---

<sup>315</sup> Corte di Giustizia, Sentenza 24 ottobre 1996, causa C-72/95, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contro Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*, in Racc., pp. 5403 e ss.

subisca analogo provvedimento emanato in violazione della norma nazionale. Si giunge, dunque, alla nota sentenza *Ciola* che, ragionando per assiomi e parallelismi, statuisce: se può disapplicarsi la legge nazionale contrastante con la normativa comunitaria, parimenti può applicarsi il medesimo istituto (della disapplicazione) al provvedimento amministrativo anticomunitario. Affermano i giudici nella citata sentenza che *“un divieto emanato anteriormente all’adesione di uno Stato membro all’Unione Europea non attraverso una norma generale ed astratta, bensì attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, va disapplicato nella valutazione della legittimità di un’ammenda irrogata per l’inosservanza di tale divieto dopo la data dell’adesione”*<sup>316</sup>.

In effetti la decisione del giudice è giustificata dalla peculiarità del caso concreto – così come nella precedente sentenza – trattandosi di una illegittimità sopravvenuta in ragione della successiva adesione del Paese all’Unione Europea: al tempo dell’emanazione del provvedimento, difatti, non vi era alcuna illegittimità dello stesso

---

<sup>316</sup> Corte di Giustizia, II, 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*. Sul punto, R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell’atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, cit.

determinatasi, poi, al momento dell'emanazione della sanzione avvenuta dopo l'adesione all'UE.

Tuttavia, ciò che conferisce rilievo – e, sotto taluni profili, preoccupazione e non condivisione – è che alla decisione raggiunta il giudice comunitario conferisce rango di principio, sì da poterlo applicare *erga omnes*. Ma è la stessa Corte di Giustizia a rendersi conto dell'eccessiva portata conferita alla pronuncia sicché, con la sentenza *Santex*<sup>317</sup>, ha inteso fissare dei limiti ben precisi alla questione. Innanzitutto, riconoscendo che, ai fini della certezza del diritto, è ragionevole prevedere, ex lege, termini di decadenza per la proposizione di un ricorso; in particolare, che un termine decadenziale di sessanta giorni è, anch'esso, ragionevole e idoneo a garantire l'effettiva applicazione del diritto comunitario; infine, salva l'ipotesi dell'impossibilità o della difficoltà ad azionare la tutela giurisdizionale – da valutarsi caso per caso – l'obbligo, in capo al giudice nazionale, di disapplicare la norma decadenziale che disciplina l'impugnazione.

In sostanza, elevare a regola l'eccezionalità di cui si è discusso, violerebbe, in primis, il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri elaborato proprio dalla Corte di Giustizia e, in secondo luogo, snaturerebbe la stessa essenza del giudizio impugnatorio che è già

---

<sup>317</sup> Corte di Giustizia, 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*.

improntato ai canoni di equivalenza ed effettività anch'essi sanciti dalla stessa Corte di Giustizia. Non è un caso che, a tali conclusioni, era già giunto il Consiglio di Stato appena un mese prima della sentenza *Santex*<sup>318</sup>.

---

<sup>318</sup> Ci si riferisce alla già citata sentenza n. 35 del 2003.

## 6. UN'IPOTESI CONTROVERSA: IL CONTRASTO CON LE DIRETTIVE COMUNITARIE

### NON AUTO-ESECUTIVE

Un caso ben diverso e più complicato riguarda il contrasto tra atti amministrativi nazionali e direttive comunitarie non immediatamente applicabili. Orbene, *“ai sensi dell’art. 11, c. 1 delle legge 4 febbraio 2005 n. 11, infatti, <<Nelle materie di cui all’articolo 117, secondo comma, della Costituzione, già disciplinate con legge, le direttive possono essere attuate mediante regolamento se così dispone la legge comunitaria>>. E, ai sensi del successivo c. 5, <<Nelle materie di cui all’articolo 117, secondo comma, della Costituzione, non disciplinate dalla legge o da regolamento emanato ai sensi dell’art. 17, commi 1 e 2, della legge 23 agosto 1988 n. 400, e successive modificazioni, e non coperte da riserva di legge, le direttive possono essere attuate con regolamento ministeriale o interministeriale, ai sensi dell’articolo 17, comma 3, della legge 23 agosto 1988 n. 400, o con atto amministrativo generale da parte del Ministro con competenza prevalente per la materia, di concerto con gli altri Ministri interessati>>”<sup>319</sup>. Nel caso di specie, come ricorda la richiamata dottrina, le direttive in questione assumono parametro di legittimità degli atti attuativi con l’aggiunta che, nel caso tal ultimi assumano la forma del regolamento, possono*

---

<sup>319</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 949.

essere disapplicati dal giudice amministrativo. Orbene, ad avviso del citato Autore, *“non trattandosi di precetti compiuti e incondizionati, dovrebbe essere esclusa...una correlazione diretta coi singoli provvedimenti amministrativi”*<sup>320</sup> trattandosi di norme non idonee a disciplinare fattispecie concrete.

In verità, la questione appare superata in virtù di un altro, importante, principio ovvero *l'estoppel* in ragione del quale *“lo Stato membro che non abbia adottato, entro i termini, i provvedimenti di attuazione imposti dalla direttiva, non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa”*<sup>321</sup>. Ciò significa che per le Autorità amministrative le predette direttive rappresentano un vincolo insormontabile, intanto perché costituiscono parametro di legittimità all'azione amministrativa, inoltre perché, in virtù di quanto sopra esposto, giammai la medesima attività amministrativa può porsi in contrasto con la disciplina comunitaria. Sicché, *“anche le direttive non ancora attuate, né immediatamente applicabili, possono talvolta incidere sul singolo provvedimento amministrativo, restringendone la discrezionalità con al conseguenza, in tali casi, che la relativa*

---

<sup>320</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 949.

<sup>321</sup> Corte di Giustizia, 5 aprile 1979, causa 148/78; Corte di Giustizia, 19 gennaio 1982, causa 8/81.

*inosservanza potrà pur sempre essere valutata sotto un profilo di illegittimità*<sup>322</sup>.

---

<sup>322</sup> G. GRECO, *op. ult. cit.*, p. 952.

## 7. LE SINGOLE IPOTESI DI INVALIDITÀ: VIOLAZIONE DIRETTA E VIOLAZIONE

### INDIRETTA

Alle su accennate tesi corrispondono differenti ipotesi di invalidità degli atti amministrativi per anticomunitarietà che, sempre per ragioni di ordine sistematico, si riassumono nel seguente modo per essere successivamente analizzate caso per caso.

Una prima ipotesi è quella della violazione diretta: in tal caso l'atto amministrativo emanato in violazione di norma comunitaria *self-executing* (regolamento o direttiva *self-executing*) sarebbe annullabile per violazione di legge.

Un'altra ipotesi, sempre per violazione diretta, ricorre nel caso dell'atto amministrativo emanato in violazione di norma comunitaria non auto-esecutiva. La conseguenza, anche in questo caso – in virtù del principio dell'effetto diretto e della *primauté* – sarebbe l'annullabilità per violazione di legge.

V'è, poi, l'ipotesi della violazione indiretta, che si registra quando l'atto amministrativo sia emanato conformemente alla norma nazionale a sua volta contrastante con norma comunitaria direttamente applicabile. Tale ipotesi si differenzia dalla violazione diretta sul piano del rapporto fra le norme comportando, tuttavia, le medesime conseguenze sul piano sostanziale e processuale, in ragione di quanto

sostenuto in ordine al rapporto fra gli ordinamenti e, soprattutto, alla luce del ‘vincolo comunitario’ ora vigente nel nostro ordinamento. La giurisprudenza amministrativa, sin dalle prime pronunce, ha risolto la questione qualificando tale tipologia di atto come illegittimo e, dunque, annullabile<sup>323</sup>. E’ assodato, difatti, che la Pubblica Amministrazione, parimenti al giudice comune, ha l’obbligo di disapplicare la legge nazionale contrastante con la norma comunitaria direttamente applicabile, così come affermato dapprima dalla Corte di Giustizia<sup>324</sup> e, successivamente, dalla Corte Costituzionale italiana<sup>325</sup>. Ne discende, a contrario, che l’atto amministrativo adottato conformemente al diritto comunitario e difformemente alla legge italiana contrastante con la prima è più che legittimo<sup>326</sup>. Dunque si avrà, anche questo caso, annullabilità per violazione di legge.

Sempre all’interno della categoria della violazione indiretta, ricade l’atto amministrativo emanato in ossequio alla norma nazionale contrastante con norma comunitaria non direttamente applicabile. Come si vedrà, si tratta dell’ipotesi più incerta in quanto oscillante tra l’annullabilità per violazione di legge o la nullità per carenza di potere.

---

<sup>323</sup> TAR LAZIO, Roma, Sez. I, sentenza 25 agosto 1988, n. 1185; TAR LOMBARDIA, Milano, Sez. I, sentenza 25 novembre 1989, n. 389.

<sup>324</sup> Corte di Giustizia, 22 giugno 1989, causa 103/88. Egualmente, Cons. St., IV, sentenza 4 gennaio 2005, n. 2.

<sup>325</sup> Corte Costituzionale, sentenza 11 luglio 1989, n. 389.

<sup>326</sup> Così Cons. St., IV, sentenza 18 gennaio 1996, n. 54 e Cons. St., V, sentenza 31 luglio 1991, n. 1074.

Procedendo per gradi – in ordine crescente dalle ipotesi più semplici a quelle più complesse – si analizzi il caso di un atto amministrativo nazionale contrastante direttamente con un regolamento comunitario. Tal ultimo, in forza (ora) dell'art. 288 TFUE *“ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri”*, sicché è facilmente intuibile che tal ultimo assurge a parametro diretto di legittimità dell'attività amministrativa comunitaria e nazionale e, dunque, l'atto amministrativo adottato in contrasto con il regolamento è ascrivibile alla categoria dell'annullabilità per violazione di legge.

Si tratta di una classica ipotesi di violazione diretta.

Tuttavia, in relazione al medesimo regolamento, si prenda in considerazione un'altra ipotesi ovvero che la normativa nazionale – ferma restando l'immediata applicabilità del regolamento in tutti gli Stati membri – proceda ad adeguare la normativa nazionale e l'organizzazione amministrativa a quanto disposto dal suddetto regolamento e che, in tal modo, vengano violate talune disposizione dello stesso. In tal caso, l'atto normativo nazionale è invalido per contrasto con il diritto comunitario e non può assurgere a parametro di legittimità dell'azione amministrativa. Sicché l'atto amministrativo, eventualmente adottato conformemente alla disciplina nazionale a

sua volta contrastante con il regolamento comunitario, è annullabile per violazione di legge quantunque per **violazione indiretta** del diritto comunitario risolta, evidentemente, attraverso il noto ragionamento sul rapporto tra le fonti ed in forza dei principi comunitari, su tutti primauté ed effetto diretto.

Medesima situazione e soluzione si verifica in caso di atto amministrativo nazionale adottato conformemente alla norma nazionale di recepimento della direttiva non auto esecutiva che è stata trasposta erroneamente o parzialmente: anche in questo caso ci si trova dinnanzi ad una violazione indiretta.

Diversamente, nel caso di mancato recepimento della direttiva, l'autorità nazionale dovrà, secondo i principi elaborati dalla Corte di Giustizia (ancora una volta, su tutti, primauté ed effetto diretto), adottare il provvedimento conformemente alla direttiva, ancorché non trasposta; parimenti si comporterà dinanzi ad una decisione – atto non normativo – obbligatoria per gli Stati membri.

## 7.1 Ancora sulla disapplicazione

In un quadro siffatto, in un primo momento, la disapplicazione era stato ritenuto uno strumento assolutamente idoneo a garantire la corretta applicazione del diritto comunitario tanto utilizzandola per gli atti normativi in ordine al contrasto tra le fonti – e, dunque, al di là dell'eterna diatriba tra monismo/pluralismo ordinamentale – tanto per gli atti amministrativi in ragione del principio di legalità.

Esso, tuttavia, non potrebbe elevarsi a strumento di carattere generale per la soluzione delle ipotesi di illegittimità comunitaria: così procedendo, ci si troverebbe di fronte ad un paradosso inaccettabile sul piano della teoria generale. Difatti, la disapplicazione della norma nazionale non elimina dall'ordinamento la violazione del diritto comunitario compiuta dallo Stato membro e, dunque, non risolve il contrasto superabile solo con l'abrogazione della norma stessa; diversamente, disapplicando l'atto amministrativo nazionale, stante la portata diversa ed assai più limitata di tal ultimo rispetto alla norma, la questione verrebbe risolta quasi in toto, residuando la necessità di annullare l'atto amministrativo anticomunitario.

In sintesi, il riconoscimento alla disapplicazione di principio generale a garanzia del primato del diritto comunitario spiegherebbe effetti diversi se utilizzato per le norme o per gli atti amministrativi,

consentendo, a questi ultimi, di avere una maggiore resistenza agli effetti comunitari che in ordinamento come quello italiano è inaccettabile sul piano della gerarchia delle fonti.

Sul punto, la Corte di Giustizia è sempre stata molto sensibile tanto da non ammettere la portata generale della disapplicazione utilizzata, invece, caso per caso come strumento risolutivo delle controversie.

**8. IL PRINCIPIO DELL'AUTONOMIA PROCEDURALE ED IL PRINCIPIO DELLA RES JUDICATA NELLA GIURISPRUDENZA COMUNITARIA.**

Le posizioni dottrinali si sono evolute, nel corso degli anni, in ragione delle pronunce della Corte di Giustizia e delle modifiche intervenute nel diritto originario rappresentato dai Trattati. Difatti, la versione consolidata del TUE dopo il Trattato di Lisbona, all'art. 19, co. 1°, seconda alinea, recita testualmente *“Gli Stati membri stabiliscono i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell'Unione”*. Si tratta di una novità assoluta – sotto alcuni aspetti in controtendenza con quanto statuito dalla Corte di Giustizia quanto meno nelle sentenze aventi ad oggetto il principio dell'autonomia procedurale ed il principio di leale collaborazione – chi rilancia la 'palla' nel campo dell'ordinamento nazionale ovvero rimette la questione dell'invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario nell'alveo dogmatico dell'ordinamento interno, non solo sotto il profilo processuale, con i limiti derivanti da quanto sopra esposto in termini di inquadramento della questione che, si badi bene, non riguarda solo il nostro Paese ma

è comune a tutti gli Stati membri anche se l'Italia, sul tema, si è dimostrato sinora il Paese più sensibile in termini scientifici<sup>327</sup>.

Come si è ricordato, la questione affonda le sue radici nel rapporto fra gli ordinamenti ove, da un lato, la Corte di Giustizia, con le citate sentenze *Van Gend & Loos*, *Costa* e *Simmenthal*, ha sostenuto la tesi del monismo ordinamentale; dall'altro, la Corte Costituzionale italiana (e, sotto alcuni profili, il Tribunale Federale tedesco) ha sostenuto la tesi del pluralismo ordinamentale (sentenza n. 98 del 1965), ribadita con la sentenza *Granital*, seppur con importanti correzioni (ordinamenti "coordinati, ma distinti e reciprocamente autonomi"), per giungere ad un allineamento, mai esplicitato, alle posizioni della Corte di Giustizia a seguito della riforma del Titolo V della Costituzione con il nuovo art. 117 che, al primo comma, sancisce il vincolo

---

<sup>327</sup> Ricorda M.P. CHITI, *op. ult. cit.*, pp. 500-501, che "nell'ordinamento francese, giurisprudenza e scienza giuridica sono sinora pervenute a magri risultati, che pur evidenziando le originalità del caso dell'anticomunitarietà amministrativa, non rimettono in discussione i canoni fondamentali sul provvedimento amministrativo ed il suo controllo giurisdizionale. Così, il Conseil d'Etat dopo decisioni alterne ha concluso che il controllo sulla validità degli atti amministrativi, in attuazione del diritto comunitario, deve svolgersi secondo i principi tradizionali. Si veda, in particolare, la decisione *Société Arcelor Atlantique et Lorraine* dell'8 febbraio 2007, secondo cui il controllo delle regole di competenza e di procedura non è modificato dalla circostanza che l'atto controllato sia un atto di attrazione del diritto comunitario. Ma, come è stato giustamente rilevato, in tal modo il controllo giurisdizionale rischia di rimanere alla periferia dei problemi". Per un commento sulla citata sentenza, si v., O. POLLICINO, *Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'Etat in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, 4, pp. 895 e ss. In relazione alla ridetta sentenza del Conseil d'Etat, è stato sottolineato in M. LONG - P. WEIL - G. BRAIBANT. - P. DELVOLVE' - B. GENEVOIS, *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 2011, p. 892, che "L'arrêt Sarran du 30 octobre 1998 a affirmé la suprématie de la Constitution dans l'ordre juridique interne. Sans abandonner cette prise de position, le Conseil d'Etat, avec l'arrêt d'assemblée, *Société Arcelor Atlantique et Lorraine*, rendu conformément aux conclusions du commissaire du gouvernement Guyomar, adapte les modalités de sa mise en œuvre au contrôle qu'il exerce sur les actes réglementaires de trans position d'une directive communautaire".

all'ordinamento comunitario. Una posizione, quella della Corte Costituzionale, mai esplicitata appunto, quantunque la stessa abbia accettato che la norma comunitaria rappresenti, oggi, parametro di costituzionalità in forza del citato art. 117, co. 1, Cost<sup>328</sup>.

Si è, inoltre, ricordato che, ai fini della presente trattazione rileva la posizione del Giudice Amministrativo che, sin dalle prime applicazioni della riforma costituzionale e nonostante lo scetticismo dei giudici costituzionali, abbia propeso, senza incertezze, verso la tesi del monismo ordinamentale<sup>329</sup>.

Ciò non significa, invero, che le norme nazionali e quelle comunitarie, in virtù di una confusione (giuridicamente intesa) compongano un tutt'uno indistinto: esse, difatti, pur agendo in un unico contesto, sono norme diseguali tra loro. D'altronde, questa è l'indicazione proveniente dalla Corte di Giustizia secondo cui *"i giudici nazionali devono trattare il diritto comunitario come <<diritto superiore>>, capace di essere applicato direttamente all'interno dei rispettivi ordinamenti degli Stati membri da parte di tutti coloro (tra cui*

---

<sup>328</sup> Con sentenze nn. 406 del 2005, 129 del 2006, 269 del 2007.

<sup>329</sup> Ci si riferisce alla nota e citata sentenza del Cons. St., V, sentenza 10 gennaio 2003, n. 35, quando afferma che *"non può dubitarsi che la disposizione comunitaria violata si ponga, soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma nazionale, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti, per come definito dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia, per come descritto dalla Corte Costituzionale"*.

ovviamente le pubbliche amministrazioni) che sono coinvolti nei procedimenti di rilievo comunitario”<sup>330</sup>, in virtù della primazia del diritto comunitario. E’ opportuno precisare che la tecnica ermeneutica seguita dalla Corte di Giustizia, inizialmente, prevedeva l’obbligo di applicazione – e dunque, di prevalenza – del diritto comunitario rispetto alle norme nazionali ogni qual volta il destinatario della norma agiva nell’interesse comunitario. Questa elaborazione giustificava la tesi secondo cui i diritti (nazionale e comunitario) non subivano alcuna confusione; allo stesso tempo, ammetteva la reviviscenza del diritto nazionale (o, anche, la sua prevalenza) rispetto a quello comunitario in tutte quelle altre ipotesi in cui non si perseguiva l’interesse europeo. Ben presto, però, i giudici di Lussemburgo si resero conto delle limitazioni che comportava una tesi di tal sorta, non solo in ragione della piena applicazione del diritto comunitario e dell’effettivo perseguimento degli obiettivi del Trattato, quanto perché, in questo modo, si sconfessava uno degli elementi cardine del diritto dell’Unione ovvero il riconoscimento, in capo ai singoli, di veri e propri diritti<sup>331</sup> comunitari tutelati dai Trattati stessi.

---

<sup>330</sup> M.P. CHITI, *op. ult. cit.*, p. 503.

<sup>331</sup> G. MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell’ordinamento comunitario*, in *Quaderni della Rivista Il Diritto dell’Unione Europea*, Milano, 2001.

Tuttavia, un ragionamento del genere non è di poco momento e, in prospettiva, era destinato a incontrare degli ostacoli per il superamento dei quali il giudice europeo è stato costretto a vere e proprie ‘acrobazie’ interpretative, spesso non condivisibili. E’ il caso – cui si è accennato – della famosa sentenza Lucchini<sup>332</sup> che ha assestato un duro colpo alla costruzione europea sul fronte dei rapporti UE-Stati membri. Con questa pronuncia la Corte di Giustizia ha fortemente ridimensionato il principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri – ribadita, per come si ricordava, dall’art. 19, co. 1°, seconda alinea del TUE consolidato – allorché, pur di affermare la primazia del diritto comunitario, non ha esitato a colpire uno degli elementi cardine degli ordinamenti: *la res judicata*<sup>333</sup>.

---

<sup>332</sup> Corte di Giustizia, Grande Sez., sentenza 18 luglio 2007, causa C-119/05 con nota di A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti*, Riv. It. Dir. pubbl. com., 2008, 5, pp. 1217 e ss.

<sup>333</sup> Ciò contrariamente alla precedente giurisprudenza in materia di cosa giudicata. Nella sentenza *Kapferer*, 16 marzo 2006, causa C-234/04, il giudice comunitario affermava che “occorre rammentare l’importanza che il principio dell’autorità di cosa giudicata riveste sia nell’ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l’esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, Köbler, Racc. pag. I-10239, punto 38). Ne consegue che il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione (v., in tal senso, sentenza 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punti 46 e 47). Nel disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la salvaguardia dei diritti derivanti, per i privati, dall’effetto diretto delle norme comunitarie, gli Stati membri devono far sì che tali modalità non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non siano strutturate in modo da rendere in pratica impossibile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in tal senso, sentenza 16 maggio 2000, causa C-78/98, Preston e a., Racc. pag. I-3201, punto 31 e giurisprudenza ivi citata). Orbene, il rispetto di tali limiti al potere

Premettendo che non si tratta di una controversia tra un'autorità amministrativa nazionale ed un attore privato – risolvibile attraverso il semplice contesto dell'ordinamento giuridico nazionale – piuttosto di una controversia che, in prima istanza, deve essere risolta a livello di diritto comunitario, ed in cui la ripartizione di poteri tra l'ordinamento giuridico comunitario e quello nazionale deve essere rispettata molto rigorosamente, la Corte di Giustizia rileva che *“stando al giudice nazionale, l'art. 2909 del codice civile italiano osta non solo alla possibilità di dedurre nuovamente, in una seconda controversia, motivi sui quali un organo giurisdizionale si sia già pronunciato esplicitamente in via definitiva, ma anche alla disamina di questioni che avrebbero potuto essere sollevate nell'ambito di una controversia precedente senza che ciò sia però avvenuto. Da siffatta interpretazione della norma potrebbe conseguire, in particolare, che a una decisione di un giudice nazionale vengano attribuiti effetti che eccedono i limiti della competenza del giudice di cui trattasi, quali risultano dal diritto comunitario. Come ha osservato il giudice a quo, è chiaro che l'applicazione di tale norma, così interpretata, impedirebbe nel caso di specie l'applicazione del diritto comunitario in quanto renderebbe*

---

*degli Stati membri in materia processuale non è stato messo in discussione nella controversia principale, per quanto attiene al procedimento d'appello”.*

*impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto comunitario*<sup>334</sup>; ne discende, quindi, 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 delle Comunità europee divenuta definitiva”*<sup>335</sup>.

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

---

<sup>334</sup> Sentenza *Lucchini*, cit., punto 59 in diritto.

<sup>335</sup> Sentenza *Lucchini*, cit., punto 64 in diritto.

*somma corrispondente all'aiuto concesso*"<sup>336</sup>. Da ciò si evince la vera natura della sentenza Lucchini nella quale, in effetti, "non era in essere un generico conflitto fra giudicato nazionale e diritto comunitario, quanto piuttosto un conflitto tra due decisioni, ambedue dotate di definitività, ciascuna delle quali pretendeva di governare, in via esclusiva, la fattispecie litigiosa: quella dei giudici nazionali, dotata dell'effetto tipico del giudicato, da un lato; quella della Commissione, antecedente rispetto alla prima, e dotata dell'effetto dell'inimpugnabilità tipica delle decisioni comunitarie non tempestivamente impugnate"<sup>337</sup>. V'è chi ricorda che, "manca, invero nella Carta fondamentale un espresso riferimento al giudicato. Come è noto, infatti, la Commissione dei Settantacinque aveva formulato, nel progetto di Costituzione, l'intangibilità della cosa giudicata. In sede costituente, però, prevalse l'orientamento contrario, essendosi preferito mantenere l'espressa previsione dell'intangibilità solo nelle norme codicistiche. Non può comunque negarsi una copertura al giudicato per il tramite dell'art. 24 Cost.: i diritti di azione processuale e di difesa sarebbero senza dubbio lesi se fosse possibile per il giudice ritornare sempre sulle proprie decisioni. Nel contempo il giudicato è

---

<sup>336</sup> V. CERULLI IRELLI, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in Riv. It. Dir. pub. Com., 2008, 2, pp. 457-458.

<sup>337</sup> E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in Il Diritto dell'Unione Europea, 2008, 3, p. 459.

*elemento di certezza del diritto” tanto che “sia la Corte costituzionale che il Consiglio di Stato hanno annoverato tra i principi fondamentali il giudicato”<sup>338</sup>.*

Se si fosse trattato di un caso isolato, in ragione della richiamata disposizione contenuta nell’art. 19 TUE, non si registrerebbe alcuna, particolare, contraddizione. Tuttavia, l’indirizzo statuito con la sentenza Lucchini, il giudice comunitario l’ha ribadito, con le dovute differenze, con la successiva sentenza *Olimpiclub*<sup>339</sup>.

Difatti, premettendo che, in ragione dei principi di effettività e di equivalenza, *“il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione. Le modalità di attuazione del principio dell’autorità di cosa giudicata, che rientrano nell’ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell’autonomia procedurale di questi ultimi, non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica*

---

<sup>338</sup> M.G. PULVIRENTI, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, cit., pp. 374-375.

<sup>339</sup> Corte di Giustizia, II, sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Olimpiclub*.

*impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)", il giudice comunitario riprende il filo del ragionamento introdotto e sostenuto nella sentenza Lucchini ed afferma che "l'interpretazione del principio dell'autorità di cosa giudicata secondo cui, nelle controversie in materia fiscale, la cosa giudicata in una determinata causa, in quanto verte su un punto fondamentale comune ad altre cause, ha, su tale punto, una portata vincolante, anche se gli accertamenti operati in tale occasione si riferiscono ad un periodo d'imposta diverso, non è compatibile con il principio di effettività. Una simile interpretazione non solo impedisce di rimettere in questione una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato, anche se tale decisione comporti una violazione del diritto comunitario, ma impedisce del pari di rimettere in questione, in occasione di un controllo giurisdizionale relativo ad un'altra decisione dell'autorità fiscale competente concernente il medesimo contribuente o soggetto passivo, ma un esercizio fiscale diverso, qualsiasi accertamento vertente su un punto fondamentale comune contenuto in una decisione giurisdizionale che abbia acquistato efficacia di giudicato. Siffatta applicazione del principio dell'autorità di cosa giudicata avrebbe dunque la conseguenza che, laddove la decisione*

*giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su un'interpretazione delle norme comunitarie relative a pratiche abusive in materia di imposta sul valore aggiunto in contrasto con il diritto comunitario, la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile correggere tale erronea interpretazione. Ostacoli di tale portata all'applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di imposta sul valore aggiunto non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività".*

Le conclusioni sono, a tal punto, evidenti per cui *"il diritto comunitario osta all'applicazione, in simili circostanze, di una disposizione del diritto nazionale diretta a consacrare il principio dell'autorità di cosa giudicata, in una causa 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"*<sup>340</sup>.

Tuttavia, appena un mese dopo la sentenza *Olimpiclub*, la Corte di Giustizia ridimensiona l'interpretazione in ordine al principio della cosa

---

<sup>340</sup> Così la massima della sentenza citata.

giudicata dovuta, probabilmente, in forza di un cauto ragionamento del giudice comunitario sulla questione o, più realisticamente, onde evitare il sorgere di un orientamento consolidato della Corte di Giustizia.

Nel caso *Asturcom*<sup>341</sup>, ai giudici di Lussemburgo si chiedeva “*se la direttiva 93/13 debba essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l’esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, sia tenuto a rilevare d’ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto concluso tra un professionista e detto consumatore, nonché ad annullare tale lodo*”<sup>342</sup>, i quali, sottolineando che “*il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono autorità di cosa giudicata ad una decisione, anche quando ciò permetterebbe di porre rimedio ad una violazione di una disposizione, di qualsiasi natura essa sia, del diritto comunitario da parte di tale decisione (v., in particolare, sentenze 1° giugno 1999, causa C-126/97, Eco Swiss, Racc. pag. I-3055, punti 47 e 48; Kapferer, cit., punto 21, e Fallimento Olimpiclub, cit., punto 23)*. In assenza di

---

<sup>341</sup> Corte di Giustizia, I, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira*, con nota di G. LO SCHIAVO, *La Corte di Giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv. It. Dir. pubb. Com.*, 2010, pp. 280 e ss.

<sup>342</sup> Sentenza citata, punto 28 di diritto.

*una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza) né essere strutturate in modo da rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) (v., in particolare, citate sentenze Kapferer, punto 22, e Fallimento Olimpiclub, punto 24)<sup>343</sup>, hanno statuito che “un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne*

---

<sup>343</sup> Sentenza citata, punti 37 e 38 di diritto.

*derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola*<sup>344</sup>.

Alla luce di questo quadro, può affermarsi, in sostanza, che il diritto comunitario, pur riconoscendo l'autonomia procedurale degli Stati membri mediante l'art. 19, paragrafo 1, seconda alinea, riserva a sé, in ragione della sua primazia, il potere di verificare il rimedio giurisdizionale adottato da ciascun Stato membro e, se del caso, di bloccarne gli effetti onde consentire l'espansione e la piena applicazione del diritto dell'UE.

Si tratta, invero, di un *modus operandi* non nuovo del giudice comunitario, soprattutto nei casi di invalidità per anticomunitarietà. A partire dalla sentenza *Ciola* ed anche con la sentenza *Peterbroeck*, la Corte di Giustizia, in forza della primazia del diritto comunitario, ha reso evanescenti principi che la stessa Corte, precedentemente, aveva affermato e che risultano essere due facce della stessa medaglia: l'autonomia procedurale nel primo caso, ammettendo l'uso dell'istituto della disapplicazione anche per i provvedimenti amministrativi; l'autonomia processuale nel secondo caso, consentendo al giudice nazionale di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento amministrativo domestico rispetto al diritto

---

<sup>344</sup> Sentenza citata, punti 56 di diritto.

comunitario anche quando lo stesso non fosse stato impugnato nei termini previsti dalla normativa nazionale o, addirittura, non invocato dal richiedente.

Dunque, utilizzando un linguaggio comune nelle pronunce lussemburghesi, il diritto comunitario osta all'applicazione di quelle norme, procedurali o processuali, che, nei fatti, limitino l'attuazione dello stesso. Anche in queste ipotesi, tuttavia, la Corte di Giustizia ha segnato, successivamente, dei numerosi *arrêt*, onde evitare di destabilizzare gli ordinamenti nazionali e minarne le fondamenta giuridiche, in linea con la tipica impostazione dei giudici della Corte di Lussemburgo i quali, fermi restando i principi generali e le norme del Trattato, preferiscono affermare i principi partendo dal caso particolare evitando, esplicitamente, di conferire agli stessi portata generale.

Tuttavia, non può non rilevarsi come un siffatto modo di procedere contribuisce, in ogni caso, a destabilizzare il sistema: se, infatti, si riconosce e garantisce, solo per restare a quest'ambito, l'autonomia procedurale e processuale degli Stati membri e, contestualmente, si riconosce una riserva d'eccezione in base al singolo caso ed in ragione del superiore principio della primauté del diritto comunitario, non v'è chi non veda che così argomentando si concretizza ciò che vorrebbe

evitarsi e cioè che *“il diritto aborre il disordine e per questo si è dotato di strumenti per lottare contro la sua principale causa: l’instabilità”*<sup>345</sup>.

Anche in tema di *‘autotutela comunitaria’*, la Corte di Giustizia ha confermato lo stesso trend applicativo. Dapprima, con la sentenza *Kuhne & Heitz*<sup>346</sup>, i giudici lussemburghesi hanno statuito il principio dell’autotutela<sup>347</sup> per la garanzia dell’interesse comunitario e, ad appena un paio di anni di distanza, nel già menzionato caso *Arcor*, tale principio ha subito un inusitato quanto dubbio ampliamento giungendo ad individuare ed indicare al giudice nazionale l’istituto giuridico domestico da applicare al caso concreto in eccezione al principio dell’autonomia procedurale, con la conseguenza che il *“principio della certezza del diritto, con il corollario della stabilità delle posizioni giuridiche, cede così il passo al principio del rispetto della legalità comunitaria”*<sup>348</sup>. V’è da rilevare che, su questo fronte, è stata la giurisprudenza nazionale a porre un argine a tale indirizzo, mediante conferma dei medesimi principi: *“L’amministrazione che ha adottato il provvedimento è l’unico soggetto che può valutare se sussistono i presupposti per la revoca, la modifica o l’annullamento d’ufficio*

---

<sup>345</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale nel caso *Arcor*, sentenza 19 settembre 2006, cause riunite C-392704 E C-422/04, par. 55.

<sup>346</sup> Corte di Giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00.

<sup>347</sup> A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in S. STICCHI DAMIANI - F. VETRO’, cit., pp. 141 e ss.

<sup>348</sup> M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 510.

*dell'atto originario e tale verifica deve essere svolta alla luce dei principi di cui agli artt. 21 nonies della l. n. 241/90, che indica quali presupposti per l'esercizio di tale potere, oltre all'accertamento dell'originaria illegittimità dell'atto, la sussistenza delle ragioni di interesse pubblico, il decorso del termine ragionevole (e quindi non eccessivamente lungo) e la valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati; tali principi non vengono derogati quando l'asserito vizio di illegittimità del provvedimento da rimuovere consiste nella violazione del diritto comunitario, in quanto anche nell'ordinamento comunitario la revoca dell'atto illegittimo può essere consentita entro un termine ragionevole, a seguito di un'attenta ponderazione degli interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo”<sup>349</sup>.*

La *passerella* utilizzata dai giudici di Lussemburgo per le citate *incursioni* nell'autonomia procedurale e processuale degli Stati membri è rappresentata, come è noto, dal rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE (già 234 TCE). Sul punto, con la sentenza *Kempter*<sup>350</sup>, la Corte di Giustizia – premettendo che il “*principio della certezza del diritto, che figura tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. A tal riguardo occorre constatare che il carattere definitivo di una*

---

<sup>349</sup> Cons. St., Sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023.

<sup>350</sup> Corte di Giustizia, Grande Sez., sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*.

*decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o, come nella causa principale, in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo*<sup>351</sup> – ha affermato che “*il sistema introdotto dall’art. 234 CE per assicurare l’unità dell’interpretazione del diritto comunitario negli Stati membri istituisce una cooperazione diretta tra la Corte e i giudici nazionali attraverso un procedimento estraneo ad ogni iniziativa delle parti...sebbene il diritto comunitario non imponga ai giudici nazionali di sollevare d’ufficio un motivo vertente sulla violazione di disposizioni comunitarie se l’esame di tale motivo li obbligherebbe ad esorbitare dai limiti della controversia come è stata circoscritta dalle parti, tali giudici sono tenuti a sollevare d’ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale,*

---

<sup>351</sup> E pur sottolineando che “*in circostanze particolari, un organo amministrativo nazionale può essere tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall’art. 10 CE, a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all’esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell’interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte*”, sentenza *Kempter*, cit., par. 38.

*essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante*"<sup>352</sup>.

Il rinvio pregiudiziale, dunque, è uno strumento di dialogo tra la Corte ed i giudici nazionali, in ossequio alla leale collaborazione ed informato alla garanzia dell'interesse comunitario; tuttavia, esso, imponendo ai giudici domestici di utilizzarlo nel caso di una *'insopportabile'* violazione del diritto comunitario, segna un'ulteriore *eccezione* (o assesta un altro duro colpo) al principio dell'autonomia processuale degli Stati membri.

---

<sup>352</sup> Per un commento, F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, 6, pp. 1527 e ss.

## 9. LE DECISIONI DEL GIUDICE AMMINISTRATIVO

Sul fronte della giurisprudenza nazionale, già si è detto che il giudice amministrativo ha optato per la tesi monistica elaborata dalla Corte di Giustizia; sicché, il contrasto tra atti amministrativi nazionali e norme comunitarie direttamente applicabili rientra nella categoria dell'annullabilità trattandosi di una violazione di legge in ragione del fatto che la norma comunitaria – in forza dell'integrazione fra gli ordinamenti e, ancor più, in ragione della disposizione di cui all'art. 117, co. 1°, Cost. e dell'art. 1, *legge proc. amm.* – assume parametro di legittimità al pari delle norme nazionali. Dunque, annullabilità dell'atto, onere di impugnazione nei canonici termini di legge, divieto di disapplicazione.

Tale tesi, elaborata per evidenti ragioni processuali, non tiene in conto, invero, quanto affermato innanzi in ordine alla circostanza che le norme nazionali e quelle comunitarie, seppur trovandosi in un unico contesto, non sono esattamente uguali e non subiscono alcuna confusione. Il giudice amministrativo, già con sentenza ormai datata, ha chiarito *“che la più complessa questione della disapplicabilità di atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario (al quale può equipararsi quello interno di derivazione comunitaria) va risolta, in ogni caso, in senso negativo (e cioè negando, come per il*

*caso di violazione di norme dell'ordinamento interno, il relativo potere del giudice amministrativo)*<sup>353</sup>; orbene, non potendosi dubitare “che la disposizione comunitaria violata si ponga, soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma nazionale, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (per come definito dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia (per come descritto dalla Corte Costituzionale), appare, allora, agevole rilevare che la violazione della disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto interno contrastante con il relativo paradigma di validità e che la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale è stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario”<sup>354</sup>.

Il giudice amministrativo ha inteso ripetersi poco tempo dopo, statuendo che “E' principio acquisito che la violazione di una disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto amministrativo interno con essa contrastante, mentre la

---

<sup>353</sup> Cons. St., V, sentenza 35 del 2003, punto 6.

<sup>354</sup> Cons. St., V, sentenza 35 del 2003, punto 6.2.

*diversa forma patologica della nullità (o della inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva di potere) incompatibile (e, quindi, disapplicabile) con il diritto comunitario. Pertanto, al di fuori del caso da ultimo descritto, la inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta l'annullabilità del provvedimento viziato, nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità (in tal senso, C. Stato, V, 10.1.2003, n.35)<sup>355</sup>.*

*E siccome “la normativa comunitaria rappresenta il parametro diretto di legittimità dell’atto nazionale, in caso di illegittimità dell’atto amministrativo, perché violativo del diritto comunitario, si prefigura la illegittimità, e non già la nullità, da fare valere entro il termine di decadenza con ricorso di annullamento dinanzi al giudice amministrativo. Non può sostenersi che, se oggetto di disapplicazione può essere l’atto normativo, a fortiori, se anticomunitario, deve essere sottoposto al medesimo regime l’atto di natura amministrativa, sotto pena di inversione del valore giuridico degli atti nazionali. E’ vero, al contrario, che, una volta che la norma comunitaria sia entrata a fare*

---

<sup>355</sup> Cons. St., IV, sentenza n. 579 del 2005, punto 2 in diritto.

*parte integrante dell'ordinamento interno, essa gode del medesimo regime di illegittimità-legittimità degli atti o conformi alle altre disposizioni dell'ordinamento nazionale*<sup>356</sup>. Sicché, *“una volta che, per la giurisprudenza in esame, il problema dell'invalidità del provvedimento amministrativo per contrasto con il diritto comunitario è riportato al regime sostanziale e processuale dell'atto illegittimo/annullabile, consegue necessariamente sul piano processuale un regime identico a quello ordinario, anche quanto il contenzioso abbia un sostrato comunitario”*<sup>357</sup>.

Secondo questa tesi, la norma comunitaria, al contrario, entra nel nostro ordinamento e si confonde con quella nazionale assumendone gli stessi caratteri. Ciò nel caso, quindi, di atto amministrativo anticomunitario per contrasto diretto con la norma europea (*c.d. violazione diretta*).

Nel ribadire questo indirizzo, il giudice amministrativo è stato ancora più esplicito giungendo a sancire il divieto di disapplicazione del provvedimento per anticomunitarietà<sup>358</sup>.

I giudici amministrativi, tuttavia, hanno assunto, coerentemente, una posizione diversa nel caso di contrasto indiretto con il diritto

---

<sup>356</sup> Cons. St., IV, sentenza n. 579 del 2005, punto 2 in diritto.

<sup>357</sup> M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, cit., p. 494.

<sup>358</sup> Cfr. Cons. St., sentenza n. 6831 del 2006, cit.

comunitario. Si tratta del caso del provvedimento amministrativo emanato sulla scorta di una norma nazionale contrastante con il diritto comunitario direttamente applicabile. In questo caso, vige la regola della disapplicazione dell'atto normativo nazionale per contrasto con la disciplina europea per come sancito anzitempo dalla Corte di Giustizia. Difatti, *“in presenza di un contrasto tra diritto comunitario e diritto interno, sussiste l'onere anche per le pubbliche amministrazioni, di dare prevalenza al primo con disapplicazione del secondo”*<sup>359</sup>.

Il divieto della disapplicazione provvedimentoale è stato, peraltro, ribadito dal giudice amministrativo nel caso forse più spinoso di anticomunitarietà, ovvero il contrasto fra l'atto amministrativo emanato sulla base di una norma nazionale contrastante con norma comunitaria non direttamente applicabile. La Corte di Giustizia, in questo caso, ha affermato numerosi principi cui ricorrere per adottare la soluzione al caso e rinveniente nell'obbligo di interpretazione conforme – che grava su tutti i soggetti, ivi comprese le pubbliche amministrazioni ed i giudici – e, in *extrema ratio*, mediante il rinvio

---

<sup>359</sup> Cons. St., VI, sentenza n. 2 del 2005, punto 4.3.4 in diritto. Indirizzo recentemente confermato dal TAR LAZIO, Roma, III, sentenza n. 9630 del 2007 ove, in relazione al caso in esame, il giudice amministrato ha sancito che *“Il combinato disposto dei predetti articoli del D.Lgs. n. 163/2006 dev'essere quindi nella specie disapplicato, stante la prevalenza della normativa comunitaria sulla contrastante normativa nazionale (preesistente o sopravvenuta che sia) e l'obbligo di diretta applicazione della direttiva predetta”*.

pregiudiziale (fatti salvi i controlimiti) – senza, appunto, potersi procedere alla disapplicazione del provvedimento.

Nella casistica nazionale – tuttavia ancora scarna seppur in costante crescita – si registrano singolari casi risolti dai giudici nazionali con originalità, tuttavia in linea con l’ indirizzo assunto dal giudice amministrativo; basti analizzare due recenti sentenze, rispettivamente del TAR Sardegna<sup>360</sup> e del TAR Sicilia<sup>361</sup>. Tanto nel primo quanto nel secondo, il ricorrente chiede l’applicazione di un provvedimento affetto da anticomunitarietà: nella prima ipotesi si trattava di un atto presupposto, definita dal giudice di *‘eccezione di anticomunitarietà’*; nella seconda di autotutela, dal giudice definita *‘comunitaria’*. Ambedue i giudicanti si determinano per la doverosità della disapplicazione del provvedimento anticomunitario ai fini della risoluzione della controversia. In verità, il Consiglio di Stato, Sez. V, con ordinanza sospensiva dell’11 settembre 2007, n. 4607 aveva già affermato che *“Va sospesa la sentenza che respinge il ricorso di una spa a partecipazione pubblica minoritaria (affidataria, in via esclusiva e senza gara, del servizio idrico integrato comunale) avverso una gara con procedura aperta per ampliamento della rete di distribuzione acqua potabile. I lavori di ampliamento erano compresi fra quelli*

---

<sup>360</sup> TAR SARDEGNA, I, sentenza 27 marzo 2007 n. 549.

<sup>361</sup> TAR SICILIA, Palermo, II, sentenza 28 settembre 2007, n. 2049.

*oggetto dell'affidamento da parte del Comune. La sentenza sospesa osservava che il contratto di affidamento a suo tempo stipulato da Comune e società partecipata minoritariamente, pur essendo conforme alla legislazione interna all'epoca vigente (art. 12 L. 23/12/1992 n. 498), violava la normativa comunitaria, che consente affidamenti di opere e servizi, senza gara, solo a condizione che gli stessi avvengano "in house". Le conseguenze di tale contrasto del contratto col diritto comunitario (annullabilità, nullità, disapplicazione) erano state esaminate dalla sentenza impugnata tenendo presente che il ricorrente fondava le proprie ragioni, su un atto emanato in contrasto con il diritto comunitario (l'affidamento del servizio, senza gara) affermando che il provvedimento impugnato (gara aperta a tutti) era illegittimo perché contrastante con l'affidamento in house. Su questi presupposti, la convenzione tra Comune e società partecipata era stata ritenuta – in sentenza - contraria ad un precetto di rango comunitario e disapplicata. Nel rigettare quindi il ricorso, il TAR aveva escluso che la spa ricorrente potesse fondare legittime aspettative sulla convenzione con il Comune, in quanto tale convenzione era contraria al diritto comunitario. In sede cautelare, di appello sulla sentenza, si e' ritenuto che l'incidenza dei principi comunitari su provvedimenti individuali e concreti, adottati in contrasto con i principi*

*comunitari stessi, opera nel senso di renderne legittima la eventuale rimozione in sede di autotutela dei provvedimenti (con le garanzie che l'ordinamento appresta alle posizioni individuali, in tema di partecipazione al procedimento ed introduzione degli interessi di parte). Secondo il giudice cautelare i principi comunitari non consentono, invece, una mera disapplicazione da parte della medesima P.A.; sotto l'aspetto del danno grave, e' stata rilevata infine una consistente incidenza degli atti impugnati (gara aperta) sulla società appellante, incidenza non riducibile a mero danno economico suscettibile di postuma riparazione. Questo ragionamento ha indotto il Consiglio di Stato a sospendere la sentenza impugnata".*

In questo quadro, si muovono le due citate sentenze del TAR Sardegna e del TAR Sicilia. Nel primo caso, il giudice amministrativo, ripercorrendo le tappe della giurisprudenza in materia<sup>362</sup> e pur ribadendo che *"sul piano processuale, i riflessi della riferita impostazione sostanziale hanno portato la giurisprudenza nazionale*

---

<sup>362</sup> Ricorda il giudice che *"la prevalente giurisprudenza nazionale, prendendo le mosse dalla tesi che definisce i rapporti tra diritto interno e diritto comunitario in termini di integrazione fra i due ordinamenti, ha ricondotto il vizio generato dall'inosservanza delle norme comunitarie alla categoria dell'illegittimità per violazione di legge con conseguente annullabilità del provvedimento, (cfr., da ultimo, Cons. Stato, V Sez., 10/1/2003 n°35). Solo in isolate pronunce, invero, si è giunti alla conclusione di configurare il vizio dell'atto anticomunitario in termini di nullità inesistenza (cfr. T.A.R. Piemonte 8/2/1989 n°34). Ma tale tesi è stata, anche di recente, smentita dal Consiglio di Stato, il quale, nel confermare il tradizionale orientamento, ha ulteriormente rilevato che "l'entrata in vigore dell'art. 21 septies della legge n° 241/1990, introdotto dalla legge n° 15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono quindi un numero chiuso e all'interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario" (così Cons. Stato, VI, 22/11/2006 n°6831, e 3/3/2006 n°1023)".*

*ad escludere che il giudice possa disapplicare (salva l'ipotesi degli atti di normazione secondaria) l'atto contrario al diritto comunitario, e a ritenere che tale conclusione non risulti incompatibile con il principio della "primauté" del diritto comunitario e con il suo carattere vincolante, oltre che per i giudici, per il legislatore e le amministrazioni. Il provvedimento, ancorché viziato perché emanato in violazione del diritto comunitario, è idoneo, secondo principi noti, a produrre tutti i suoi effetti, con conseguente onere per l'interessato di proporre avverso il medesimo tempestiva impugnazione", ritiene il Collegio che la questione ad esso sottoposta "debba porsi in termini differenti nel caso in cui il ricorrente non contesti l'atto emanato in violazione del diritto comunitario, ma, al contrario, fondi su di esso le proprie ragioni, affermando che il provvedimento impugnato è illegittimo perché contrastante con l'atto anticomunitario. Nella descritta ipotesi, la regola sull'onere di impugnazione, con tutti i suoi portati, non viene in rilievo, poiché anzi il privato chiede l'applicazione dell'atto viziato sotto il profilo comunitario, cosicché non possono frapporsi ostacoli a che il giudice giudichi la controversia alla luce degli effettivi parametri di legalità sostanziale, nel pieno rispetto del principio di preminenza del diritto comunitario". Si deve ritenere, pertanto, che "nell'ipotesi descritta, l'atto (anche negoziale) su cui il ricorrente fonda le proprie*

*pretese, possa esplicare i propri effetti solo laddove sia conforme al diritto comunitario, non potendo, in caso contrario, costituire fonte di legittime aspettative del privato. In quest'ultima ipotesi sarà doveroso per il giudice disapplicarlo o comunque giudicare la controversia senza tenerne conto" non potendosi sottacere che "la tesi prospettata dalla ricorrente condurrebbe all'assurda conseguenza di annullare un atto conforme al diritto comunitario (oltre che a quello interno), il quale impone, anche in relazione agli appalti sotto soglia (cfr. Cons. Stato, VI Sez., 25/1/2005 n. 168), che gli affidamenti avvengano mediante gara".*

*Come si è giustamente rilevato, "si tratta di conclusione di grande interesse, che si incentra sulla premessa del primato del diritto comunitario da cui trae le opportune indicazioni per la soluzione del caso"<sup>363</sup>.*

Diversamente, il TAR Sicilia, nell'altra vicenda, ha risolto la questione attraverso l'applicazione della 'autotutela comunitaria'. Si verteva su un provvedimento della Regione siciliana attraverso il quale si annullava un altro provvedimento preordinato al primo – avente ad oggetto l'ammissione a un contributo per la costruzione di nuove navi

---

<sup>363</sup> M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, cit., p. 497. Aggiunge l'Autore che la portata della sentenza in commento "va oltre il caso particolare ivi considerato, in quanto connessa ad un principio generale dalle amplissime implicazioni applicative. Così, in effetti, lascia intendere la sentenza in esame...secondo cui i limiti generali alla disapplicazione provvedimento non vanno estesi oltre la loro ragione di essere".

– e motivato in relazione alla circostanza che la Commissione europea, avesse manifestato in proposito, tramite il Ministero delle politiche agricole, alimentari e forestali, parere negativo all'erogazione dei finanziamenti *de quibus*, contrastando essi con una precedente decisione vincolante della stessa Commissione, nonché direttamente con l'art. 9, lett. b) del regolamento CE 2369/02, che ha fissato al 31 dicembre 2004 il termine ultimo entro il quale potevano essere finanziate le nuove costruzioni.

Sicché, l'amministrazione decideva di annullare il provvedimento anticomunitario onde evitare, si consenta il parallelismo, di innescare un meccanismo simile a quello oggetto della sentenza *Lucchini* ed il giudice ha condiviso la scelta dell'amministrazione sottolineando come il *“provvedimento impugnato, per come risulta motivato, appare non solo legittimo, ma addirittura dovuto, alla stregua dell'obbligo di cooperazione gravante sulle pubbliche amministrazioni nazionali in forza dell'art. 10 del Trattato CE, come specificato dall'art. 1, c. 1213, della legge 27 dicembre 2006, n. 296”* giacché *“in punto di peculiarità dell'esercizio del potere di autotutela in presenza della c.d. illegittimità comunitaria del provvedimento, l'interesse pubblico specifico si connota anche in relazione all'esigenza di evitare che l'azione amministrativa anticomunitaria produca effetti economici*

*pregiudizievoli per la collettività territoriale di riferimento, in conseguenza del possibile esercizio dell'azione di rivalsa da parte dello Stato, responsabile sul piano internazionale dell'inadempimento regionale degli obblighi comunitari, ai sensi dell'art. 1, c. 1215, della l. 296/2006"*<sup>364</sup>.

Tuttavia, deve precisarsi che si tratta solo di pronunce, sinora, isolate e, in parte, non condivise dal Supremo Consesso di giustizia amministrativa. Tal ultimo, infatti, pronunciandosi proprio in relazione alla succitata sentenza del TAR Sardegna, ha inteso ribaltare la decisione del giudice di primo grado ritenendo che *"un provvedimento amministrativo il cui contenuto sia in contrasto con norme o principi comunitari, non possa essere disapplicato dall'amministrazione, sic et simpliciter, ma debba essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui la stessa amministrazione dispone"* ;peraltro *"l'esercizio di tali poteri, peraltro, deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dalla*

---

<sup>364</sup> TAR SICILIA, Palermo, II, 28 settembre 2007, n. 2049.

*osservanza delle garanzie che l'ordinamento appresta per i soggetti incisi dall'atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento*"<sup>365</sup>.

La scelta del giudice, in questo caso, è apparsa, a taluni, preferibile e *"più consonante proprio con l'ottica in cui si pone la Corte di Giustizia, che ragiona, sempre, nel senso di non forzare il diritto interno per perseguire l'effettività del diritto comunitario, utilizzando i consueti rimedi nazionali ogni volta che gli stessi permettano di perseguire lo scopo prefisso, senza, di solito, richiedere o imporre il metodo o il mezzo"*<sup>366</sup>.

In sostanza, il Consiglio di Stato predilige la *'autotutela comunitaria'* effettuata dalla Regione Sicilia nell'altro caso innanzi richiamato. Il giudice amministrativo, difatti, pare non intenda discostarsi da questo orientamento *"secondo la quale la violazione del diritto comunitario implica un vizio di illegittimità – annullabilità dell'atto amministrativo con esso contrastante, mentre la nullità (o l'inesistenza) è configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile*

---

<sup>365</sup> Cons. St., V, sentenza n. 4263 del 2008.

<sup>366</sup> M. DELSIGNORE, *Il ruolo della Pubblica Amministrazione nazionale ai fini dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, p. 449. L'affermazione riportata, in verità, non convince fino in fondo: è proprio quel "di solito" che lascia perplessi, in particolare se si pensa a come la Corte di Giustizia abbia affrontato il problema del giudicato, per esempio, con le sentenze *Lucchini* e *Olimpiclub*.

*con il diritto comunitario (e quindi disapplicabile)”, sicché “sul piano processuale, l’onere dell’impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità; l’obbligo per l’amministrazione di applicare l’atto illegittimo salvo il ricorso ai poteri di autotutela”<sup>367</sup>.*

A tutti i casi esaminati potrebbero, certamente, aggiungersi i provvedimenti transnazionali riferendosi, con tale espressione, a quel provvedimento nazionale, emanato sulla base della norma comunitaria, che produce effetti transnazionali.<sup>368</sup>

In definitiva, appare evidente che il giudice comunitario ed il giudice nazionale abbiano fornito degli elementi significanti sul tema dell’invalidità comunitaria. La Corte di Giustizia, pur senza contraddizioni, ha ribadito che il principio di autonomia procedurale e processuale degli Stati membri, intesa quale libertà, a fronte della *primauté* comunitaria, di disciplinare tanto le ipotesi di invalidità degli

---

<sup>367</sup> Cons. St., V, sentenza 19 maggio 2009 n. 3072, con nota di F. D’ORO, *L’atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2009, 2, pp. 735 e ss.

<sup>368</sup> Sul tema, v. L. DE LUCIA, *La cooperazione amministrativa nel mercato europeo: il provvedimento transnazionale*, seminario tenuto presso l’Università della Calabria il 9 maggio 2008 per il quale si rinvia all’*abstract* agli atti del Dipartimento di Scienze Giuridiche. Ancora, L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005; L. DE LUCIA, *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, cit.

atti amministrativi quanto delle modalità di rimozione di tali atti dall'ordinamento (dunque, la disciplina processuale).

Ciò, comunque, fintanto che non intervenga una specifica disciplina comunitaria in materia e nel rispetto dei principi generali del diritto europeo e fermo restando il potere della Corte di Giustizia di decidere, caso per caso, con l'unico fine di affermare la primazia del diritto comunitario anche se ciò deve significare limitare la certezza del diritto, l'autonomia procedurale, etc.

Nell'ordinamento nazionale, alla luce della citata giurisprudenza del giudice amministrativo ed in forza della disciplina nazionale sull'invalidità dei provvedimenti, non v'è dubbio alcuno che non esista un'autonoma categoria di invalidità degli atti amministrativi anticomunitaria; sicché la soluzione delle questioni ad essa inerenti dovrà ricercarsi nelle categorie (nazionali) note ovvero nullità e annullabilità con esclusione della prima per le ragioni esposte.

Se ciò comporta, l'applicazione della disciplina processuale nazionale (in termini di impugnazione, etc.) non può più (forse) affermarsi la irreversibilità degli atti amministrativi inoppugnabili, giacché, come si è visto, la giurisprudenza comunitaria ammette la possibilità di revisione di un atto amministrativo che sia in contrasto con il diritto comunitario la cui eccezione è da valutare caso per caso.

Altrettanto importante è la funzione, ribadita a più riprese dal giudice comunitario, esercitata dal rinvio pregiudiziale quale strumento necessario per l'interpretazione del diritto europeo e per la sua corretta applicazione attraverso il rafforzamento del dialogo tra i giudici in quella funzione di circolarità già affermata in relazione alla CEDU<sup>369</sup>.

Tutti questi elementi – enunciati, in misura diversa, tanto dalla Corte di Giustizia quanto dal giudice amministrativo nazionale – impongono un nuovo modo di esercitare l'attività giurisdizionale che è, quindi, meno schematica rispetto alle regole dell'ordinamento (comunitario e nazionale) e che impone, evidentemente, una maggiore elasticità nell'utilizzo dei principi cui soggiace l'attività del giudice. Se da un lato vi sono dei punti fermi, correttamente lasciati all'autonomia processuale degli stati membri, dall'altro lato si fa strada un elemento innovativo e dirompente e cioè l'obbligo, per il giudice nazionale, di valutare attentamente i casi ad esso sottoposti alla stregua dei principi

---

<sup>369</sup> In dottrina si v., G.P. GERBASI *I rapporti tra l'Unione europea e la CEDU nel progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, In *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, Diritti fondamentali*, Gambino S. (a cura di), Milano, 2006, pp. 529-555; sull'applicabilità della CEDU agli ordinamenti nazionali a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si v., in giurisprudenza, Cons. St., VI, sentenza 15 giugno 2010, n. 3760; Cons. St., IV, sentenza 2 marzo 2010, n. 1220; TAR LAZIO, Roma, II-bis, sentenza 18 maggio 2010, n. 11984; TAR LOMBARDIA, Milano, III, sentenza 15 settembre 2010, n. 5988. In dottrina, A. CELOTTO, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. MANGANARO, *L'indennità di espropriazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); T.E. FROSINI, *Sui rapporti fra la Corte Edu e la Costituzione italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); F. LIENA, *L'Unione europea "aderisce" alla CEDU: quando le parole non bastano a "fare cose"*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

e dei canoni dettati dalla giurisprudenza comunitaria, utilizzando, di volta in volta, i canoni dell'equivalenza e dell'effettività, lasciandosi condurre dal principio della primazia comunitaria tendendo quanto più possibile alla piena realizzazione degli interessi comunitari e, solo ove ciò non sia possibile, disattendendo il diritto nazionale mediante l'interpretazione conforme al diritto comunitario.

In caso contrario, la Corte di Giustizia ha affermato, sin dalla sentenza *Francovich*, che nel diritto comunitario vige il principio della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per palese violazione del diritto comunitario, anche da parte dei giudici. Premesso che *“la Corte ha già dichiarato che il principio della responsabilità di uno Stato membro per danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad esso imputabili è inerente al sistema del Trattato (sentenze 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90, C-9/90, Francovich e a., Racc. pag. I-5357, punto 35; Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 31; 26 marzo 1996, causa C-392/93, British Telecommunications, Racc. pag. I-1631, punto 38; 23 maggio 1996, causa C-5/94, Hedley Lomas, Racc. pag. I-2553, punto 24; 8 ottobre 1996, cause riunite C-178/94, C-179/94 e da C-188/94 a C-190/94, Dillenkofer e a., Racc. pag. I-4845, punto 20; 2 aprile 1998, causa C-127/95, Norbrook Laboratories, Racc. pag. I-1531, punto 106, e Haim,*

*cit., punto 26)” nonché “La Corte ha anche dichiarato che questo principio ha valore in riferimento a qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione od omissione ha dato origine alla trasgressione (sentenze Brasserie du pêcheur e Factortame, cit., punto 32; 1° giugno 1999, causa C-302/97, Konle, Racc. pag. I-3099, punto 62, e Haim, cit., punto 27)”, la cui applicazione non si arresta nemmeno dinanzi alla cosa giudicata: “il principio dell'autorità della cosa definitivamente giudicata non si oppone al riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado”, sicché “gli Stati membri sono obbligati a risarcire i danni causati ai singoli da violazioni del diritto comunitario ad essi imputabili è applicabile anche allorché la violazione di cui trattasi deriva da una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, sempreché la norma di diritto comunitario violata sia preordinata ad attribuire diritti ai singoli, la violazione sia sufficientemente caratterizzata e sussista un nesso causale diretto tra questa violazione e il danno subito dalle parti lese. Al fine di determinare se la violazione sia sufficientemente caratterizzata allorché deriva da una tale decisione, il giudice nazionale competente deve, tenuto conto della specificità della funzione giurisdizionale,*

*accertare se tale violazione presenti un carattere manifesto. Spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare il giudice competente a risolvere le controversie relative al detto risarcimento*<sup>370</sup>. Detta responsabilità non ammette limitazione alcuna in quanto *“il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale. Il diritto comunitario osta altresì ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza di tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente*<sup>371</sup>.

---

<sup>370</sup> Corte di Giustizia, sentenza *Kobler*, 30 settembre 2003, causa C-224/01.

<sup>371</sup> Corte di Giustizia, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, 13 giugno 2006, causa C-173/03.

## OSSERVAZIONI CONCLUSIVE

È opinione diffusa quella secondo la quale la pubblica amministrazione sarebbe una nozione a geometria variabile.

E' altresì possibile sostenere che l'interesse legittimo del tutto sconosciuto al diritto comunitario, quale figura giuridica soggettiva, si presenta, invece, quale musa ispiratrice del potere amministrativo.

Può il diritto comunitario disvelare ambiti ignoti alle concezioni classiche del potere e delle dinamiche autorità e libertà?

Il diritto comunitario riserva segreti, qualche volta sembra addirittura misterioso, indubbiamente è incerto. Che dire del pubblico e del privato nel diritto amministrativo; ovvero dell'uso di moduli negoziali nel pubblico impiego?

Tramontata – secondo una parte della dottrina – la concezione dello Stato che interviene nell'economia e dello Stato regolatore, che sussidia il pubblico nella tutela dei diritti attraverso l'erogazione dei servizi pubblici, la situazione generale è decisamente confusa. Il diritto regola l'economia o l'economia regola il diritto? Gli interrogativi potrebbero moltiplicarsi, perché il diritto comunitario ha invertito gli schemi.

Alla decisione partecipata si sostituisce la formula della finanza di progetto; il privato aiuta il pubblico, nella realizzazione di (anche importanti) opere, sulla scorta delle esperienze ove tali formule hanno trovato accoglienza e successo.

A queste, come ad altre domande occorre dare risposta; e la risposta appare positiva.

Intanto la pubblica amministrazione (pubbliche amministrazioni si direbbe) è nozione estremamente 'fluida' e soggiace ad un serie di variabili, per effetto del diritto comunitario e della nozione che questo ne fornisce.

L'interesse legittimo sembrava scomparso dalla scena del diritto nazionale; ma, improvvisamente, riappare nel Codice del processo amministrativo, sotto una nuova veste, quale figura tutelata in più norme del codice.

Da quanto detto si evince il ruolo unificante dei principi. Essi servono, difatti, ad unificare, mai a dividere, talvolta a semplificare l'azione amministrativa.

Ma i principi non nascono spontaneamente; sono il frutto della elaborazione giurisprudenziale del giudice amministrativo e della Corte di giustizia, e naturalmente delle Corti costituzionali nazionali.

Inverano diritti fondamentali, regolando fattispecie concrete; generano diritto, istituti e regole.

Se un diritto amministrativo oltre lo Stato esiste ciò in tanto è vero in quanto la *vis expansiva* è data dai principi regolatori vuoi dell'organizzazione che del procedimento.

Tuttavia, sempre di principi di matrice pretoria si tratta. Sicché i punti fermi non esistono, o quanto meno, non sono così stabili di quanto si creda.

Se fosse tutto così agevole il problema non sussisterebbe, o sarebbe mal posto. Il fatto è che allorquando una fattispecie è particolarmente complessa, come è per il caso dell'atto amministrativo anticomunitario, la questione deve essere risolta attraverso l'uso 'strumentale' del principio che è bussola per l'interprete e per l'operatore del diritto.

Il diritto amministrativo sta traghettando verso mari in tempesta. Le acque del diritto non sono affatto calme.

La crisi finanziaria, la crisi della legge, le codificazioni frettolose non mitigano questo stato di cose.

L'interprete si immerge in queste difficoltà; è compito della giurisprudenza e della dottrina navigare in queste acque e approdare alla meta.

Essa era ed è rappresentata dalla nostra Costituzione e dai principi che essa promana e che si trova, tuttavia, a doversi incontrare e scontrare con i Trattati comunitari, con il diritto europeo, con la giurisprudenza comunitaria.

La *liaison dangereuse* fra l'ordinamento comunitario e l'ordinamento nazionale si consuma tutta (o gran parte) sul piano costituzionale e sull'eterna oscillazione tra monismo e pluralismo ordinamentale, in un continuo *avant l'arrêt*, come dimostra il recente *Lissabon Urteil*.

In questa battaglia, combattuta a colpi di 'principi' non sfugge la mutazione che tali ultimi subiscono: essi promanano dalle tradizioni costituzionali degli Stati membri, vengono risucchiati dalla giurisprudenza europea che, all'esito di un percorso circolare, li rispediscono ai mittenti (o al mittente unitariamente inteso) in chiave certamente diversa, spesso innovativa, talvolta 'pericolosa' e 'controversa', come si è visto con la cosa giudicata.

Dunque, se il diritto comunitario è fonte del diritto ed il diritto amministrativo è disciplina del potere, essi devono lavorare e collaborare. Quando ciò non appare possibile il giudice deve compiere uno sforzo maggiore trovandosi di fronte ad una realtà bifronte: il diritto amministrativo ed il diritto europeo.

Ma anche lo studioso, da par suo, coglie queste difficoltà. E se lo scoraggiamento appare forte esso non è invincibile, perché si ritrovano nelle anime dei due diritti alcune differenze ma anche molteplici convergenze.

Certo, occorre fare i conti con una amministrazione multilivello, policentrica, per alcuni versi acefala, svincolata da un preciso ancoraggio costituzionale. Tuttavia il patrimonio costituzionale ed amministrativo comune europeo funge da guida quando non è più possibile 'cavarsela' con le tradizionali formule classiche alle quali eravamo abituati e senza le quali ci si è sentiti sperduti. Il compito del giurista è amaro, talvolta ingrato come è il ruolo della ricerca che può portare a tutto come potrebbe portare al nulla.

Nel presente lavoro, però, si è cercato di ricostruire la questione che affonda le sue radici nel rapporto tra gli ordinamenti, la cui soluzione ne condiziona l'esito in chiave di qualificazione patologica.

Pur tuttavia, quand'anche fosse chiarita la vicenda sul piano squisitamente costituzionale – in favore, per come si è esposto, dell'unicità ordinamentale – non è semplice determinare, con certezza, il tipo di invalidità che affligge l'atto amministrativo nazionale anticomunitario. Come si è visto, sul punto si sostengono le tesi della nullità, dell'annullabilità, della disapplicazione: tutte sostenute, in

misura maggiore o minore, da validi argomenti. Nessuna, invero, in grado di affermarsi, definitivamente, sulle altre.

E per un ragione ben precisa, che si è cercato di far emergere nel contributo ovvero l'assoluta unicità dell'ordinamento europeo. Unicità declinata come mescolanza di istituti, di principi, di strumenti processuali assorbiti dagli ordinamenti nazionali e 'comunitarizzati'. Sicché, è evidente che i punti di riferimento sono mutati, i parametri giuridici sono del tutto diversi, le soluzioni non possono che essere del tutto nuove.

Il giudice amministrativo italiano, nella sua massima assise, ha preferito la tesi dell'annullabilità del provvedimento anticomunitario.

Da un punto di vista scientifico, appare la soluzione più convincente.

Resta il dubbio, in verità, che la scelta, forse, più che frutto di convinzione, è voglia di governare il fenomeno comunitario per garantire la stabilità del sistema, compito primario della funzione giurisdizionale.

Ebbene il diritto comunitario crea, scioglie, amalgama. Il diritto amministrativo fa altrettanto. L'uno e l'altro agevolmente si fondono e si confondono nel tempo e nello spazio del diritto del terzo millennio.

## BIBLIOGRAFIA

AA.VV., *Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

AA.VV., *Sovranità, rappresentanza, democrazia. Rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, Napoli, 2000.

AIROLDI M., *Lineamenti di diritto amministrativo comunitario*, Milano, 1990.

ALBINO L., *La ragionevole tutela degli interessi unitari e la leale collaborazione tra Stato e regioni*, in G. D'IGNAZIO (a cura di) *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011, pp. 301 e ss.

ANGELINI F., *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento italiano alla luce di due recenti pronunce della Corte Costituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, pp. 487 e ss.

ANTONIOLI M., *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 1999, pp. 1371 e ss.

ARENA G., *Cittadini attivi*, Roma-Bari, 2006.

BALANDI G.G., *Lavoro (Lavoratori subordinati e tutela)*, in M.P.CHITI-G.GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte speciale, III, pp. 1297.

BARONE A., *A proposito della sentenza Federfarma: fra tutela comunitaria e tutela costituzionale dei diritti fondamentali il Consiglio di Stato smarrisce la retta via (con postilla di A.T., A volte ritornano...)*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2006, pp. 201 e ss.

BASSI N., *Il mutuo riconoscimento in trasformazione: il caso delle patenti di guida*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1582 e ss.

BATTINI S., *Il <<diritto amministrativo internazionale>>, oggi: il caso della assistenza consolare e della protezione diplomatica*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1405 e ss.

BILANCIA P., *The Role and Power of European and National Parliaments in the Dynamics of Integration*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 273 e ss.

BONATTI S., *La giusta indennità d'esproprio tra Costituzione e Corte Europea dei Diritti dell'Uomo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1288 e ss.

BONTEMPS C. - LUSI S., *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento francese*, in V. CERULLI IRELLI- L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, pp. 229 e ss.

CANNIZZARO E., *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2008, p. 459.

CAPANTINI M. - PONTELLO T., *Banche*, in M.P. CHITI-G.GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte speciale, II, pp. 623 e ss.

CAPONI R., *Democrazia, integrazione europea, circuito delle corti costituzionali (dopo il Lissabon-Urteil)*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Com.*, 2010, pp. 387 e ss.

CAPURSO M., *Criteri ermeneutici in ordine all'applicazione di norme comunitarie convenzionali e derivate, configgenti con norme primarie di diritto interno*, in *Riv. Trim. dir pubbl.*, 1975, pp. 1057 e 1087.

CARANTA R., *La tutela risarcitoria in Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

CARANTA R., *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. It.*, 1989, III, pp. 284 e ss.

CARBONE A., *L'azione di nullità nel Codice del processo amministrativo*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

CARINGELLA F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 425 e ss.

CARTABIA M., *Il Trattato di Lisbona*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2010, p. 221.

CASINI L., *Diritto amministrativo globale*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, p. 1944.

CASSATELLA A., *Procedimenti amministrativi europei: il caso del marchio comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Com.*, 2008, 3-4, pp. 835 e ss.

CASSESE S., *L'Unione europea e il guinzaglio tedesco*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2009, pp. 1003 e ss.

CASSESE S., *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in M.P.CHITI–G.GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte generale, I, p. 1.

CASSESE S., *La funzione costituzionale dei giudici non statali. Dallo spazio giuridico globale all'ordine giuridico globale*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2007, pp. 609 e ss.

CASSESE S., *Oltre lo Stato*, Bari, 2006.

CASSESE S., *L'ordinamento giuridico globale*, in F. MANGANARO - A. ROMANO TASSONE (a cura di), *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, Milano, 2005, pp. 3 e ss.

CASSESE S., *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2004.

CASSESE S., *Il procedimento amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, pp. 901 e ss.

CASSESE S., *Il procedimento amministrativo europeo*, in F. BIGNAMI-S.

CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, Milano, 2004, p. 31.

CASSESE S., *Le basi costituzionali*, in Id. (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo, Diritto amministrativo generale*, I, Milano, 2003, pp. 213-222.

CASSESE S., *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2003, pp. 35 ss.

CASSESE S., *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2001, p. 601.

CASSESE S., *L'aquila e le mosche. Principio di sussidiarietà e diritti amministrativi nell'area europea*, in *Foro It.*, 1995, pp. 373 e ss.

CASSETTI L., *Il "Sì, ma" del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, in *www.federalismi.it*, 2009, 14, pp. 1 e ss.

CELOTTO A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano? (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato)*, in *www.giustamm.it*.

CELOTTO A., *Farmacie e "controlimiti" alla prevalenza del diritto comunitario: la "risposta" della Commissione europea*, in *www.giustamm.it*.

- CELOTTO A., *I “controlimiti” presi sul serio*, in *www.giustamm.it*.
- CELOTTO A. - GROPPI T., *Diritto UE e diritto nazionale: primauté vs controlimiti*, *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2004, p. 1309.
- CERRI A. (a cura di) *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, *Atti del Convegno di Studi*, Roma, 2-4 ottobre 2006, I-III, Quaderno monografico di *Nova Juris interpretatio*, Roma, 2007.
- CERRI A., *Poteri (divisione dei)*, in *Enc. giur.*, XXIII, pp. 1 e ss.
- CERULLI IRELLI V., *Diritto privato dell’amministrazione pubblica*, Torino, 2011, pp. 24 e ss.
- CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2010, pp. 248 e ss.
- CERULLI IRELLI V.- BARAZZONI F., *Gli atti dell’Unione*, in F. BASSININI-G.TIMPERI (a cura di) *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, pp. 309 e ss.
- CERULLI IRELLI V. – L. DE LUCIA (a cura di), *L’invalidità amministrativa*, Torino, 2009.
- CERULLI IRELLI V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Riv. It. Dir. pub. Com.*, 2008, pp. 433-475.

CERULLI IRELLI V.- LUCIANI F., *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e Regioni*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2007, pp. 859 e ss.

CERULLI IRELLI V., *Principio di legalità e poteri straordinari dell'amministrazione*, *Dir. pubbl.*, 2007, 2, pp. 345 e ss.

CERULLI IRELLI V., (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006.

CERULLI IRELLI V., *Il nuovo assetto dell'amministrazione*, in *www.federalismi.it*, 2004, 19, pp. 16 e ss.

CHIEPPA R., *Le nuove forme di esercizio del potere e l'ordinamento comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, , pp. 1319 e ss.

CHITI E., *Organizzazione europea ed organizzazione globale: elementi per una comparazione*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2009, 2, p. 366.

E.CHITI-C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

CHITI M.P., *Towards an EU Regulation on Administrative Procedure?*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2011, pp. 1 e ss.

CHITI M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2011.

CHITI M.P., *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, testo aggiornato della Relazione presentata il 24 ottobre 2007 in Consiglio di Stato, in occasione dell'incontro di studio

*“L’invalidità degli atti amministrativi per anticomunitarietà”*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2008, pp. 477-503.

CHITI M.P.–GRECO G. (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007.

CHITI M.P., *L’organizzazione amministrativa comunitaria*, in M.P.CHITI-G.GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte generale, I, pp. 415 e ss.

CHITI M.P., *Mutazioni del diritto pubblico nello spazio giuridico europeo*, Bologna, 2003.

CHITI M.P., *L’invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. Amm.*, 2003, pp. 687 e ss.

CHITI M.P., *Lo spazio giuridico europeo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2001, p. 979.

CHITI M.P., *Principio di sussidiarietà, pubblica amministrazione e diritto amministrativo*, in *Dir. Pubbl.*, 1997, p. 505.

CINTIOLI F., *Giudice amministrativo, tecnica e mercato, Poteri tecnici e “giurisdizionalizzazione”*, Milano, 2005., p. 44.

CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio*, Torino, 2006.

CLARICH M., *Azione di annullamento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

CLARICH M., *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

CLARIZIA P., *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento europeo*, in V. CERULLI IRELLI- L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, pp. 177 e ss.

COCCO G., *Les <<liaisons dangereuses>> fra norme comunitarie, norme interne e atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1995, pp. 673 e ss.

COCCONI M., *Il giusto procedimento come banco di prova di un'integrazione delle garanzie procedurali a livello europeo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1127 e ss.

COGNETTI S., *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino 2011.

CORLETTO D., *Il procedimento cautelare*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

CORTESE F., *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, 6, pp. 1527 e ss.

CRAIG P., *EU Administrative Law. The acquis*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2011, p. 331.

CRAIG P., *Administrative Law*, London, 2008.

CRAIG P., *Una nuova cornice per l'amministrazione comunitaria: il regolamento finanziario del 2002*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, Quaderno n. 1, *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, 2004, pp. 161 e ss.

CRAIG P., *The Constitutionalisation of Community Administration*, in 2003, 28, *European Law Review*, pp. 840-864.

CURTI GIALDINO C., *I vizi dell'atto nel giudizio davanti alla Corte di Giustizia dell'Unione europea*, Milano, 2008.

D'ANGELO G., *Osservazioni sulle disposizioni in tema di istruttoria*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

DE LEONARDIS F., *Soggettività privata e azione amministrativa*, Padova, 2000.

DELLA CANANEA G., *La disciplina dei procedimenti amministrativi: nuove prospettive nei rapporti tra ordinamenti giuridici*, in S. STICCHI DAMIANI-F. VETRO' (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010, pp. 19 e ss.

DE LISE P., *Verso il Codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

DELLA CANANEA G. –FRANCHINI C., *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, p. 87.

DELLA CANANEA G., *Al di là dei confini statali: Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009.

DELLA CANANEA G., *I procedimenti amministrativi dell'Unione Europea* in P. CHITI – G. GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 509.

DELLA CANANEA G., *Dalla contabilità di stato alle finanze pubbliche: la prospettiva europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 1143 e ss.

DELLA CANANEA G., *L'Unione europea. Un ordinamento composito*, Roma-Bari, 2003.

DELSIGNORE M, *Il ruolo della Pubblica Amministrazione nazionale ai fini dell'effettività del diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, p. 449.

DE LUCIA L., *Cooperazione e conflitto nell'unione amministrativa europea*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2011, 1, pp. 14-15.

DE LUCIA L., *Autorizzazioni transazionali e cooperazione amministrativa nell'ordinamento europeo*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2010, pp. 759 e ss.

DE LUCIA L., *Amministrazione transnazionale e ordinamento europeo. Saggio sul pluralismo amministrativo*, Torino, 2009, p. 43.

DE LUCIA L., *L'invalidità degli atti amministrativi nell'ordinamento tedesco*, in V. CERULLI IRELLI- L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009, pp. 245 e ss.

DE LUCIA L., *La cooperazione amministrativa nel mercato europeo: il provvedimento transnazionale*, seminario tenuto presso l'Università della Calabria il 9 maggio 2008.

DE LUCIA L., *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005.

D'IGNAZIO G., *Le sfide del costituzionalismo multilivello tra il Trattato di Lisbona e le riforme degli ordinamenti decentrati*, in G. D'IGNAZIO (a cura di) *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011, p. 3.

D'IGNAZIO G., *Integrazione europea e tendenze asimmetriche del neoregionalismo in Italia*, in G. DIGNAZIO (a cura di), *Integrazione europea e asimmetrie regionali: modelli a confronto*, pp. 1 e ss.

DONNARUMMA M.R., *Il processo di <<costituzionalizzazione>> dell'Unione Europea e la tensione dialettica tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e le giurisprudenze delle Corti costituzionali*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 407 e ss.

D'ORO F., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, in *Rivista amministrativa della Repubblica Italiana*, 2009, pp. 735 e ss.

D'ORSOGNA M., *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 359 e ss.

D'ORSOGNA M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004, pp. 272 e ss.

ENDICOTT T., *Administrative law*, Oxford, 2009.

FALCON G., *Conclusioni*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, p. 130.

FALCON G., *Separazione e coordinamento tra giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali nella tutela avverso gli atti lesivi di situazioni soggettive europee*, in *Riv. It. dir. pubbl. com.*, 2004, pp. 1154 e ss.

FALCON G., *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1991, pp. 351 e ss.

FALZEA A., *Efficacia giuridica* (Voce) in *Enc. Dir.*, XIV, pp. 432 e ss.

FERRAJOLI L., *Per una teoria dei diritti fondamentali*, in *Dir. Pubbl.*, 2010, 1-2, pp. 141 e ss.

FERRAJOLI L., *Democrazia costituzionale e scienza giuridica*, in *Dir. Pubbl.*, 2009, 1, pp. 1 e ss.

FERRARO A., *Le disposizioni finali della Carta di Nizza e la multiforme tutela dei diritti dell'uomo nello spazio giuridico europeo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2005, pp. 503 e ss.

FOLLIERI E., *La natura giuridica dell'articolato provvisorio denominato codice del processo amministrativo*, tutti in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

FRACCHIA F. – OCCHIENA M., *Annullabilità del provvedimento*, in N.PAOLANTONIO - A. POLICE - A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione*, Torino, 2005.

FRAGOLA M., *Il Trattato di Lisbona. Che modifica il Trattato sull'Unione europea e il Trattato della Comunità europea*, Milano, 2010.

FRAGOLA M., *Osservazioni sul Trattato di Lisbona tra Costituzione europea e processo di <<decostituzionalizzazione>>*, in *Dir. Com. e degli scambi internazionali*, 2008, pp. 205 e ss.

FRANCHINI C., *L'evoluzione dell'organizzazione amministrativa europea*, in S. STICCHI DAMIANI-F. VETRO' (a cura di), *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010, pp. 1 e ss.

FRANCHINI C., *Autonomia e indipendenza nell'amministrazione europea*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 87 e ss.

FRANCHINI C., *L'organizzazione amministrativa*, in M.P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, I, pp. 251 e ss.

FRANCHINI C., *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, *Quaderno n. 1, Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, 2004, pp. 281 e ss.

FRANCHINI C., *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2003, p. 1040.

FRANCHINI C., *I principi dell'organizzazione amministrativa comunitaria*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2002, p. 675, nota 59.

FRANCHINI C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1992.

FROSINI T.E., *Sui rapporti fra la Corte Edu e la Costituzione italiana*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

GALETTA D.U., *Le rapport entre Constitution italienne et normes externes et la question des soi-disant <<contre-limites>>*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1633 e ss.

GALETTA D.U., *Diritto ad una buona amministrazione e ruolo del nostro giudice amministrativo dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona*, in *Dir. amm.*, 2010, pp. 601 e ss.

GALETTA D.U., *Coamministrazione, reti di amministrazioni, Verwaltungsverbund: modelli organizzativi nuovi o alternative semantiche alla nozione di <<cooperazione amministrativa>> dell'art. 10 TCE, per definire il fenomeno dell'amministrazione intrecciata?*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 1689 e ss.

GALETTA D.U., *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 757 e ss.

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità comunitario e il suo effetto di "spill over" negli ordinamenti nazionali*, in *Nuove Autonomie, Rivista di diritto pubblico*, 2005, 4-5, p. 546.

GALETTA D.U., *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998.

GALETTA D.U., *Il principio di proporzionalità nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.* 1993, pp. 837 e ss.

GAMBINO S., *Costituzionalismo multilevel, diritti fondamentali e Unione europea*, in G. D'IGNAZIO (a cura di) *Multilevel constitutionalism tra integrazione europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011, p. 89.

GAMBINO S., *I diritti fondamentali dell'Unione Europea fra 'Trattati' (di Lisbona) e Costituzione*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), p. 20.

- GAMBINO S., *Diritto regionale e degli enti locali*, Milano, 2009.
- GAMBINO S. – D'IGNAZIO G. (a cura di), *La revisione costituzionale e i suoi limiti. Fra teoria costituzionale, diritto interno, esperienze straniere*, Milano, 2007.
- GAROFOLI R. – FERRARI G., *Codice del processo amministrativo*, Roma, 2010.
- GAROFOLI R., *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme Ce self executing*, in *Urb. app.*, 1997, pp. 338 e ss.
- GERBASI G.P., *I rapporti tra l'Unione europea e la CEDU nel progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa*, in *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa, Costituzioni nazionali, Diritti fondamentali*, Gambino S. (a cura di), Milano, 2006.
- GIACCHETTI S., *Profili problematici della cosiddetta illegittimità comunitaria*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1993, pp. 367 e ss.
- GIANI M., *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005.
- GIANNINI M.S., *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee*, con presentazione di S. BATTINI, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2003, 4, p. 982.
- GIANNINI M.S., *Presentazione*, in H.W.R. WADE, *Diritto amministrativo inglese*, Milano, 1969.

GIOVAGNOLI R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Gius. amm.*, 2004, pp. 903 ss.

GISONDI R., *Alcune riflessioni sulla permanenza di un'azione di adempimento nell'ultima bozza del nuovo codice amministrativo*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

GNES M., *Farmaci*, in M.P. CHITI-G.GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte speciale, II, pp. 1075 e ss.

GRECO G., *Superprimato del diritto europeo: le direttive sui mezzi di ricorso vincolano tutti, ma non la Commissione e la Corte di Giustizia*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 413 e ss.

GRECO G., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti* in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2008, p. 508.

GRECO G., *L'incidenza del diritto amministrativo comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in M.P.CHITI-G.GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte generale, II, pp. 933 e ss.

GRECO R., *Il diritto amministrativo europeo dopo il trattato di Lisbona*, su [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

GUARINO G., *Verso una fase costituente nella Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 1287 e ss.

INVERNIZZI R.- SANDULLI M.A., *Trasporti aerei e aeroporti*, in M.P. CHITI-G.GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte speciale, IV, pp. 2025 e ss.

LABAND P., *Das Staatsrecht des deutschen Reiches*, Tübingen, 1911, IV, p. 577.

LAFARGE F., *EU Law implementation through administrative cooperation between member States*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 119 e ss.

LA PERGOLA A., *Il giudice costituzionale italiano di fronte al primato e all'effetto diretto del diritto comunitario: note su un incontro di studio*, in *Giur. Cost.*, 2003, p. 2432.

LAZZARA P., *Contributo alla discussione sui vizi di forma e di procedimento di cui all'art. 21-octies l. 241 del 1990 (nota a Cons. St., sez. V, 23 gennaio 2008 n. 143)*, in *Foro Amm.-C.d.S.*, 2009, 1, p. 190 e ss.

LISENA F., *L'Unione europea "aderisce" alla CEDU: quando le parole non bastano a "fare cose"*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

LONG M. - WEIL P. - G. BRAIBANT G. - DELVOLVE' P. - GENEVOIS B., *Les grandes arrêts de la jurisprudence administrative*, Paris, 2011, p. 892.

LO SCHIAVO G., *La Corte di Giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Riv. It. Dir. pubbl. Com.*, 2010, pp. 280 e ss.

LOUIS J.V., *L'ordinamento giuridico comunitario*, Bruxelles-Lussemburgo, 1989, p. 43.

LUCHENA MOZO G.M., *El principio de no discriminacion en la jurisprudencia del TJUE: incidencia en la imposicion directa española*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, p. 951.

LUCIANI F., *Potere pubblico, poteri privati e "paradossi della libertà"* in corso di pubblicazione tra gli *Scritti in onore di Alberto Romano*, Napoli.

LUCIANI F., *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, p. 103.

LUCIANI F., *L'invalidità amministrativa e le altre anomalie dell'atto amministrativo: inquadramento teorico*, in V. CERULLI IRELLI – L. DE LUCIA (a cura di), *L'invalidità amministrativa*, Torino, 2009.

LUCIANI F., *Premesse allo studio dell'atto amministrativo nullo*, Roma, 2008.

LUCIANI F. – ROLLI R. (a cura di), *Azione amministrativa e disciplina di diritto pubblico*, Napoli, 2008.

LUCIANI F., *L'annullabilità degli atti amministrativi*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 377 e ss.

LUCIANI M., *Il Bundesverfassungsgericht e le prospettive dell'integrazione europea*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it).

LUCIANI M., *L'antisovrano e la crisi delle costituzioni*, in *Riv. dir. cost.*, 1996, pp. 124 e ss.

MANGANARO F., *L'indennità di espropriazione tra Corte costituzionale e Corte europea dei diritti dell'uomo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

MARCHETTI B., *Il principio di precauzione*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010, pp. 149 e ss.

MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1471 e ss.

MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità nel processo comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 2, pp. 345 e ss.

MASSERA A., *I principi generali* in M.P. CHITI – G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, pp. 318 e ss.

MASSERA A., *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, pp. 707 e ss.

MASTROIANNI R., *Conflitti tra norme interne e norme comunitarie non dotate di efficacia diretta: il ruolo della Corte costituzionale*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, pp. 605-606.

MERUSI F., *In viaggio con Laband...*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

MERUSI F., *L'integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. Amm.*, 2009, pp. 43 e ss.

MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "Trenta" all' "alternanza"*, Milano, 2001.

MIRATE S., *L'alternativa tra forma e sostanza: un'analisi fra vecchi e nuovi confini del judicial review on administrative action nel Regno Unito*, in G. FALCON (a cura di) *Forme e strumenti di tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010.

MIRATE S., *La CEDU nell'ordinamento nazionale: quale efficacia dopo Lisbona?*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 1345 e ss.

MONTEDORO G., *"Good government" "responsible government" nel diritto amministrativo inglese*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

MORBIDELLI G., *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, pp. 661 e ss.

MORBIDELLI G., *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*, in *Quaderni della Rivista Il Diritto dell'Unione Europea*, Milano, 2001.

MUSONE R., *Il regime dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007.

NAPOLITANO G.- ABBRESCIA M., *L'analisi economica del diritto*, Bologna, 2009.

NAPOLITANO G., *Pubblico e privato nel diritto amministrativo*, Milano, 2003.

NAPOLITANO G., *Soggetti privati "enti pubblici"?*, in *Dir. Amm.*, 2003, pp. 801 e ss.

NEGRELLI A., *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti*, *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1217 e ss.

NIETO GARRIDO E. –MARTIN DELGADO I., *Derecho administrativo europeo en el Tratado de Lisboa*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires, 2010.

PACE A., *La sentenza Granital ventitré anni dopo*, in *Studi sull'integrazione europea*, Bari, 2007, pp. 451 e ss.

PAOLANTONIO N., *Nullità dell'atto amministrativo*, in *Enc. Dir., Annali* I, I, Milano 2007.

PATRONI GRIFFI F., *Riflessioni sul sistema delle tutele nel processo amministrativo riformato*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

PELLEGRINO G., *Il giudice amministrativo nella modernità (Adunanza Plenaria n. 3 del 2011)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

PELLEGRINO G., *Il codice al passaggio decisivo. Tra grande occasione e strani paradossi*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

PELLIZZARI S., *Lo statuto del provvedimento amministrativo in Inghilterra: il rapporto tra invalidità e efficacia delle decisioni amministrative*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

PELLIZZARI S., *La responsabilità della pubblica amministrazione da provvedimento amministrativo illegittimo in Inghilterra: questioni sostanziali e processuali a confronto*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 2009, pp. 1003 e ss.

PERFETTI L.R., *Diritto ad una buona amministrazione, determinazione dell'interesse pubblico ed equità*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 789 e ss.

PERNICE I., *The Treaty of Lisbon: multilevel constitutionalism in action*, in *The Columbia Journal of European Law*, Vol. 15, n. 3, Summer 2009, pp. 349 e ss.

PICOZZA E., *Attività amministrativa e diritto comunitario (Voce)*, in *Enc. Giur.*, III, p. 4.

PICOZZA E., *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, 1999.

PICOZZA E., *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 1992, p. 1227.

PIGNATELLI N., *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. Cost.*, 2008, pp. 3635 e ss.

PINELLI C., *Gli interpreti della Costituzione e le funzioni della teoria costituzionale*, in *Costituzione, interpretazione, garanzie e tecnica legislativa* A. CERRI (a cura di), Quaderno monografico di *Nova Juris interpretatio*, n. 1 del 2006, pp. 63 e ss.

PIVA P., *Assicurazioni*, in M.P. CHITI-G.GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte speciale, II, pp. 575 e ss.

POCAR F., *Lezioni di diritto delle Comunità europee*, Milano, 1979, I/196.

POLICE A., *Annulabilità ed annullamento*, (dir. amm.), in *Enc. dir.*, *Annali*, I, pp. 49 e ss.

POLICE A., *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, 1997.

POLLICINO O., *Tanto rumore per (quasi) nulla? Sulla decisione Arcelor del Conseil d'Etat in tema di rapporti tra ordinamento interno e diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, pp. 895 e ss.

POZZI A., *Codice del processo amministrativo, arretrato ed etica della giurisdizione*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

PULVIRENTI M.G., *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, p. 377.

PUSTORINO P., *Note sul principio di sussidiarietà*, in *Dir. comm. e degli scambi internazionali*, 1995, p. 47.

QUINTO P., *Le «convergenze parallele» nel processo amministrativo. Nota a margine dell'A.P. n. 3 del 2011*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

RAMAJOLI M., *Osservazioni sui riti speciali*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

ROLLI R., *I caratteri 'multilivello' del diritto amministrativo europeo*, in G. D'IGNAZIO (a cura di) *Multilevel constitutionalism tra integrazione*

*europea e riforme degli ordinamenti decentrati*, Milano, 2011, pp. 445 e ss.

ROLLI R., *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005, pp. 121 e ss.

ROLLI R., *Integrazione amministrativa europea e buona amministrazione alla luce della Carta di Nizza*, in M. SCUDIERO (a cura di) *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, Napoli, 2005, pp. 1105 e ss.

ROLLI R., *Brevi osservazioni in tema di diritti fondamentali nell'ordinamento comunitario*, in S. GAMBINO (a cura di) *Costituzione italiana e diritto comunitario*, Milano, 2002, pp. 303 e ss.

ROMANO TASSONE A., *L'azione di nullità ed il giudice amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

ROMANO TASSONE A., *Così non serve a niente*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SAITTA N., *L'araba fenice del contenzioso elettorale (a proposito del c.d. codice del processo amministrativo)*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SAITTA N., *L'araba fenice del contenzioso elettorale (a proposito del c.d. codice del processo amministrativo)*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SALA G., *Potere amministrativo e principi dell'ordinamento*, Milano, 1993.

SANDRO P., *Alcune aporie e un mutamento di paradigma nel nuovo articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2009, pp. 855 e ss

SANDULLI M.A., *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche Amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen. 23 marzo 2011 n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU., 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)

SANDULLI A., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

SANTUARI A., *Le farmacie solo ai farmacisti e ai comuni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SAPIO M., *Un caso di sospensione degli effetti caduca tori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale amministrativo nazionale*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SAVINO M., *Il cammino internazionale della Corte Costituzionale dopo le sentenze nr. 348 e 349 del 2007* in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2008, p. 748.

SAVINO M., *Commissione delle Comunità europee*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, Milano, 2006, II, pp. 1038-1049.

SATTA F., *Atto amministrativo*, I) *Diritto amministrativo*, in *Enc. Giur.*, IV, p. 1.

SCALCIONE A., *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari*, in S. STICCHI DAMIANI-F. VETRO' (a cura di) *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010, pp. 141 e ss.

SCARCIGLIA R., *La disciplina generale dell'azione amministrativa in Europa*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 21.

SCHWARZE J., *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, Quaderno n. 1, *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo*, 2004, pp. 125 e ss.

SCHWARZE J., *European Administrative Law*, London, 1992.

SERIO A., *La buona amministrazione nelle esperienze nazionali. Rimedi non giurisdizionali a confronto*, in S. STICCHI DAMIANI-F. VETRO' (a cura di) *Lezioni di diritto amministrativo europeo*, Torino, 2010, pp. 33 e ss.

SICLARI D., *L'evoluzione della legittimazione processuale ambientale in ambito comunitario*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SIGISMONDI G., *Osservazioni alle disposizioni sulle impugnazioni, nello schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*; in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SPAGNUOLO F., *Il principio di proporzionalità tra vecchi e nuovi schemi interpretativi*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 992 e ss.

SPUNTARELLI S., *Osservazioni sulla coerenza della 'bozza' di codice del processo amministrativo con i principi e criteri direttivi contenuti nelle disposizioni di delega*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

SPUNTARELLI S., *Il principio di legalità e il criterio di imparzialità nell'amministrare*, *Dir. Amm.*, 2008, pp. 223 e ss.

STICCHI DAMIANI S., *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario*, Torino, 2006.

STROZZI G., *Il sistema normativo*, in M.P. CHITI-G.GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte generale, I, pp. 147 e ss.

STROZZI G., *Le istituzioni dell'Unione Europea*, in M.P.CHITI-G.GRECO (a cura di) *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, parte generale, I, pp. 199 e ss.

STROZZI G., *Diritto istituzionale dell'Unione europea*, Torino, 1998.

TESAURO G., *Diritto comunitario*, Padova, 2005.

TIZZANO A., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 739.

TAMASSIA F., *La ragionevolezza nei giudizi della Corte di Giustizia europea nell'applicazione delle direttive non particolareggiate*, in CERRI A. (a cura di) *La ragionevolezza nella ricerca scientifica ed il suo ruolo specifico nel sapere giuridico*, Atti del Convegno di Studi, Roma, 2-4 ottobre 2006, Quaderno monografico di *Nova Juris interpretatio*, Roma, 2007, II, pp. 315 e ss.

TOSATO G., *L'integrazione europea è arrivata al capolinea? A proposito del recente Lisbon Urteil*, in [www.astrid-online.it](http://www.astrid-online.it), p. 2.

TOTH A.G., *Is subsidiarity justiciable?*, in *European Law Review*, 1992, p. 255.

TOTH A.G., *The principle of subsidiarity*, in *Common market Law Review*, 1992, p. 1079.

TRAVI A., *Osservazioni generali sullo schema di decreto legislativo con un 'codice' del processo amministrativo*, in *Speciale sul Codice del Processo Amministrativo* in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

TRIMARCHI BANFI F., *Il diritto ad una buona amministrazione*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 2007, p. 49.

VALAGUZZA S., *Tutela dell'affidamento nel diritto nazionale e legitimate expectations nel Regno Unito: le rappresentazioni dell'amministrazione e il principio di coerenza dell'azione amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. com.*, 2010, pp. 1257 e ss.

VALAGUZZA S., *Riflessioni sul primato del diritto CEDU e sui suoi possibili sviluppi: prospettive interpretative per il giudizio amministrativo*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 1375 e ss.

VECCHIO F., *Il Trattato di Lisbona e le ipotesi di <<doppia pregiudizialità>>: differenti prospettive di tutela e pericoli di pronunce incoerenti*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

VELTRI G., *Le azioni di accertamento, adempimento, nullità ed annullamento nel codice del processo amministrativo*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

VILLAMENA S., *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa.*

*Ordinamento comunitario, italiano e inglese*, Milano, 2008.

VIPIANA P.M., *L'autolimita della pubblica amministrazione fra coerenza e flessibilità*, Milano, 1999.

ZILLER J., *Solange III, ovvero la Europarechtsfreundlichkeit del Bundesverfassungsgericht. A proposito della sentenza della Corte Costituzionale Federale Tedesca sulla ratifica del Trattato di Lisbona*, in *Riv. It. Dir. pubbl. com.*, 2010, pp. 973 e ss.

ZILLER J., *L'amministrazione europea: ancora così snella?*, in B. MARCHETTI (a cura di), *L'amministrazione comunitaria. Caratteri, accountability e sindacato giurisdizionale*, Padova, 2009, p. 3.

ZILLER J., *Il diritto di soggiorno e di libera circolazione nell'Unione Europea, alla luce della giurisprudenza e del Trattato di Lisbona*, in *Dir. Amm.*, 2008, pp. 939 e ss.

ZILLER J., *Il nuovo Trattato europeo*, Bologna, 2007.

## GIURISPRUDENZA

### GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

#### CORTE DI GIUSTIZIA

Corte di Giustizia, IV, sentenza 16 dicembre 2010, causa C-266/09.

Corte di Giustizia, IV, sentenza 6 maggio 2010, cause riunite C-145/08 e C-149/08, *Club Hotel Loutraki*.

Corte di Giustizia, I, sentenza 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodriguez Nogueira*.

Corte di Giustizia, II, sentenza 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze ed Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub S.r.l.*

Corte di Giustizia, sentenza 19 maggio 2009, causa C-531/06.

Corte di Giustizia, III, sentenza 28 giugno 2008, cause riunite C-329/06 e C-343/06, *Wiedemann*.

Corte di Giustizia, Grande Sez., sentenza 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*.

Corte di Giustizia, II, sentenza 18 luglio 2007, causa C-503/04, *Commissione delle Comunità europee contro Repubblica federale di Germania*.

Corte di Giustizia, Grande Sezione, sentenza 18 luglio 2007, *Lucchini*,  
causa C-119/05.

Corte di Giustizia, sentenza 13 Marzo 2007, causa C-432/05, *Urribet*.

Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 2006, causa C-380/03.

Corte di Giustizia, Conclusioni dell'Avvocato generale nel caso *Arcor*,  
sentenza 19 settembre 2006, cause riunite C-392704 E C-422/04.

Corte di Giustizia, I, sentenza 14 settembre 2006, causa C-496/04.

Corte di Giustizia, sentenza 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*.

Corte di Giustizia, sentenza 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti  
del Mediterraneo*.

Corte di Giustizia, sentenza 23 febbraio 2006, causa riunite C-346/03 e  
C-529/03.

Corte di Giustizia, sentenza 1° luglio 2004, causa C-65/04.

Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 2004, causa C-496/99.

Corte di Giustizia, sentenza 25 marzo 2004, causa C-480/2000.

Corte di Giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00.

Corte di Giustizia, sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01,  
*Kobler*.

Corte di Giustizia, Sez. Riunite, sentenza 9 settembre 2003, causa C-  
198/01.

Corte di Giustizia, sentenza 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*.

Corte di Giustizia, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-324/00, *Lankhorst-Hohorst*.

Corte di Giustizia, III, sentenza 19 febbraio 2002, causa 366/00, *Republik Osterreich c. Martin Huber*.

Corte di Giustizia, sentenza 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*.

Corte di Giustizia, sentenza 24 ottobre 1996, causa C-72/95, *Aannemersbedrijf P.K. Kraaijeveld BV e.a. contro Gedeputeerde Staten van Zuid-Holland*.

Corte di Giustizia, sentenza 15 febbraio 1996, causa C-63/93

Corte di Giustizia, sentenza 24 settembre 2002, causa riunite C-74-75/00.

Corte di Giustizia, sentenza 11 gennaio 2000, causa C-285/98, *Tanja Kreil*.

Corte di Giustizia, sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroek*.

Corte di Giustizia, sentenza 15 gennaio 1994, causa C-137/92, *Basf*.

Corte di Giustizia, sentenza 23 marzo 1993, causa C-314/91, *Weber*.

Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 1991, causa C-180/89.

Corte di Giustizia, parere 1/91, *Progetto di accordo sullo Spazio economico europeo*.

Corte di Giustizia, sentenza 13 dicembre 1989, causa 322/88, *Grimaldi*.

Corte di Giustizia, sentenza 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*.

Corte di Giustizia, sentenza 26 febbraio 1987, causa 15/85, *Conclusioni dell'avvocato generale*.

Corte di Giustizia, sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*.

Corte di Giustizia, sentenza 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti Ecologiste "Les Verts" contro Parlamento Europeo*.

Corte di Giustizia, sentenza 19 gennaio 1982, causa 8/81.

Corte di Giustizia, sentenza 5 aprile 1979, causa 148/78.

Corte di Giustizia, sentenza 16 febbraio 1979, causa 101/78, *Granaria*.

Corte di Giustizia, sentenza 12 ottobre 1978 causa 156/77.

Corte di Giustizia, sentenza 31 marzo 1971, causa 22/70.

Corte di Giustizia, sentenza 17 dicembre 1970, causa 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*.

Corte di Giustizia, sentenza 30 aprile 1966, causa C-214/94, *Boukhalfa*.

Corte di Giustizia, sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. Enel*.

Corte di Giustizia, sentenza 5 febbraio 1963, causa C-26/62, *Van Gend & Loos*.

Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 1962, causa 14/61, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken NV*.

Corte di Giustizia, sentenza 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59,

#### **TRIBUNALE DI PRIMO GRADO**

Tribunale di primo grado, V, sentenza 14 gennaio 2009, causa T-162/06.

Tribunale primo grado, sentenza 20 gennaio 2004, causa T-195/02, *Briganti*.

Tribunale di primo grado, sentenza 6 marzo 2003, cause riunite T-228 e 233/99.

#### **GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE ITALIANA**

Corte Costituzionale, sentenza 24 ottobre 2007 n. 349.

Corte Costituzionale, sentenza 24 ottobre 2007 n. 348.

Corte Costituzionale, sentenza 17 luglio 2007, n. 269.

Corte Costituzionale, sentenza 28 marzo 2006 n. 129.

Corte Costituzionale, sentenza 29 aprile 2005 n. 406.

Corte costituzionale, sentenza 1° ottobre 2003 n. 303.

Corte Costituzionale, sentenza 25 ottobre 2000 n. 437.

Corte Costituzionale, sentenza 10 novembre 1999 n. 424.

Corte Costituzionale, sentenza 23 marzo 1999 n. 85.

Corte Costituzionale, sentenza 30 marzo 1995 n. 94.

Corte Costituzionale, sentenza 10 novembre 1994 n. 384.

Corte Costituzionale, sentenza 31 marzo 1994 n. 117.

Corte Costituzionale, sentenza 28 dicembre 1993 n. 466.

Corte Costituzionale, sentenza 18 aprile 1991 n. 168.

Corte Costituzionale, sentenza 8 giugno 1984 n. 170, *Granital*.

Corte Costituzionale, sentenza 27 aprile 1993 n. 194.

Corte Costituzionale, sentenza 26 marzo 1993 n. 115.

Corte Costituzionale, sentenza 13 novembre 1992 n. 437.

Corte Costituzionale, sentenza 1° luglio 1992 n. 307.

Corte Costituzionale, sentenza 1° luglio 1992n. 306.

Corte Costituzionale, sentenza 18 aprile 1991 n. 168.

Corte Costituzionale, ordinanza 26 marzo 1990 n. 144.

Corte Costituzionale, sentenza 11 luglio 1989 n. 389.

Corte Costituzionale, sentenza 12 aprile 1989 n. 203.

Corte Costituzionale sentenza 29 dicembre 1988 n. 1146.

Corte Costituzionale, sentenza 19 novembre 1987 n. 399.

Corte Costituzionale, sentenza 22 febbraio 1985 n. 48.

Corte Costituzionale, sentenza 22 febbraio 1985 n. 47.

Corte Costituzionale, sentenza 29 dicembre 1977 n. 163.

Corte Costituzionale, sentenza 30 ottobre 1975 n. 232.

Corte Costituzionale, sentenza 27 dicembre 1973 n. 183, *Frontini*.

Corte Costituzionale, sentenza 24 febbraio 1964 n. 14.

Corte Costituzionale, sentenza 27 dicembre 1965 n. 98.

#### **GIURISPRUDENZA COSTITUZIONALE TEDESCA**

BundesVerfassungsGericht, 2 BvE 2/08 vom 30 juni 2009, Absatz-Nr. (1-421), *Lissabon Urteil*.

#### **GIURISPRUDENZA DI LEGITTIMITÀ NAZIONALE**

Cassazione Civile, II, sentenza 25 maggio 2007 n. 12201.

#### **GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA NAZIONALE**

#### **CONSIGLIO DI STATO**

Consiglio di Stato, VI, sentenza 10 maggio 2011 n. 2755.

Consiglio di Stato, Adun. Plen., sentenza 23 marzo 2011 n. 3.

Consiglio di Stato, VI, sentenza 15 giugno 2010 n. 3760.

Consiglio di Stato, IV, sentenza 2 marzo 2010, n. 1220.

Consiglio di Stato, V, sentenza 1° marzo 2010, n. 1156.

Consiglio di Stato, V, sentenza 19 maggio 2009 n. 3072.

Consiglio di Stato, V, sentenza 8 settembre 2008 n. 4263.

Consiglio di Stato, V, sentenza 21 giugno 2007 n. 3431.

Consiglio di Stato, VI, sent. 17 aprile 2007, n. 1736.

Consiglio di Stato, VI, sentenza 22 novembre 2006 n. 6831.

Consiglio di Stato, VI, 3 marzo 2006, n. 1023.

Consiglio di Stato, V, sentenza 8 agosto 2005 n. 4207.

Consiglio di Stato, IV, sentenza 21 febbraio 2005, n. 579.

Consiglio di Stato, IV, sentenza 4 gennaio 2005 n. 2.

Consiglio di Stato, V, sentenza 10 gennaio 2003, n. 35.

Consiglio di Stato, VI, sentenza 18 febbraio 2000 n. 4653.

Consiglio di Stato, VI, sentenza 1° aprile 2000, n. 1885.

Consiglio di Stato, I, parere 9 aprile 1997 n. 372.

Consiglio di Stato, IV, sentenza 18 gennaio 1996 n. 54.

Consiglio di Stato, V, sentenza 31 luglio 1991 n. 1074.

#### **TRIBUNALI AMMINISTRATIVI REGIONALI**

TAR SICILIA, *Palermo*, I, Ordinanza 7 settembre 2011.

T.A.R. LOMBARDIA, *Milano*, III, sentenza 15 settembre 2010 n. 5988.

T.A.R. LAZIO, *Roma*, II-Bis, sentenza 18 maggio 2010 n. 11984.

TAR CAMPANIA, *Napoli*, V, 10 ottobre 2008 n. 14597.

TAR LAZIO, *Roma*, III, sentenza n. 9630 del 2007

TAR SICILIA, *Palermo*, II, sentenza 28 settembre 2007, n. 2049.

TAR LAZIO, *Roma*, II-Ter, sentenza 27 luglio 2007 n. 7119.

TAR LAZIO, *Latina*, I, 24 aprile 2007 n. 293.

TAR SARDEGNA, I, sentenza 27 marzo 2007 n. 549.

TAR Molise, *Campobasso*, 23 marzo 2007, n. 180.

Tar Toscana, I, sentenza del 6 marzo 2007, n. 286.

TAR LAZIO, *Roma*, III, sentenza 2 febbraio 2007, n. 777.

TAR Lazio, *Roma*, III, 10 gennaio 2007, n. 76.

TAR Lazio, *Roma*, III, sent. 18 ottobre 2006, n. 10485.

TAR LOMBARDIA, *Milano*, sentenza 29 settembre 2004 n. 4195.

TAR PUGLIA, *Lecce*, 22 settembre 2004 n. 6620.

TAR LOMBARDIA, *Milano*, III, 6 dicembre 2001 n. 7879.

TAR Lombardia, *Milano*, III, ordinanza 8 agosto 2000 n. 234.

TAR LOMBARDIA, *Milano*, I, sentenza 25 novembre 1989 n. 389.

TAR PIEMONTE, *Torino*, II, sentenza 8 febbraio 1989, n. 34.

TAR LAZIO, *Roma*, I, 25 agosto 1988 n. 1185.

#### **GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA FRANCESE**

#### **CONSEIL D'ETAT**

Conseil d'Etat, Sentenza 8 febbraio 2007, *Societ  Arcelor Atlantique et Lorraine*.