

IL DIRITTO DELL'UNIONE EUROPEA

Anno XIII Fasc. 4 - 2008

Luigi Raimondi

**ATTI NAZIONALI INOPPUGNABILI
E DIRITTO COMUNITARIO
TRA PRINCIPIO DI EFFETTIVITÀ
E COMPETENZE DI ATTRIBUZIONE**

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione

di LUIGI RAIMONDI

SOMMARIO: I. Introduzione: i tre filoni giurisprudenziali. — II. Il primo filone giurisprudenziale: controversie “verticali” in materie oggetto di amministrazione indiretta. La sentenza *Ciola*. — III. (*Segue*) l'autonomia procedurale degli Stati membri. — IV. (*Segue*) la sentenza *Kühne & Heitz*. — V. (*Segue*) la sentenza *i-21 Germany*. — VI. (*Segue*) la sentenza *Kempter*. — VII. Il secondo filone giurisprudenziale: controversie “orizzontali”. Le sentenze *Eco Swiss* e *Kapferer*. — VIII. Il terzo filone giurisprudenziale: controversie “verticali” in materie oggetto di amministrazione diretta. La sentenza *Lucchini*. — IX. Considerazioni conclusive.

I. Con le recenti sentenze *Lucchini* e *Kempter* sono oggi sette le pronunce in cui la Corte di giustizia affronta *ex professo* il tema dei rapporti tra il diritto comunitario e gli atti nazionali inoppugnabili¹. Con quest'ultima espressione ci riferiamo sia alle sentenze nazionali coperte da autorità di cosa giudicata, sia agli atti amministrativi nazionali divenuti inoppugnabili per decorso del prescritto termine decadenziale.

Segnatamente, la questione si pone in presenza di una *res iudicata* nazionale o di una decisione amministrativa nazionale definitiva contrastanti con il diritto comunitario².

¹ Corte giust. 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, in *Racc.* p. I-2517 ss.; 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, in *Racc.* p. I-3055 ss.; 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz* in *Racc.* p. I-837 ss.; 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, in *Racc.* p. I-2585 ss.; 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany*, in *Racc.* p. I-8559 ss.; 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.* p. I-6199 ss.; 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*, in *Racc.* p. I-411.

² Non pare il caso di includere nella trattazione anche la questione della risarcibilità dei danni provocati dalle giurisdizioni di ultima istanza per violazione del diritto comunitario affrontata per la prima volta dalla Corte nella nota sentenza 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, in *Racc.* p. I-10239.

In questa sede è sufficiente rammentare che in un *obiter dictum* di tale sentenza la Corte si pronuncia per l'irrelevanza del principio della *res iudicata* in un'ipotesi come quella di specie poiché « (...) il ricorrente in un'azione per responsabilità contro lo Stato ottiene, in caso di successo, la condanna di quest'ultimo a risarcire il danno subito, ma non necessariamente che

Si tratta di un tema assai delicato, relativamente al quale la Corte ha finora evitato di enunciare un principio giurisprudenziale unitario suscettibile di applicazione generale.

L'approccio dei giudici di Lussemburgo sembra essere piuttosto quello di fornire al giudice del rinvio le indicazioni necessarie per risolvere la causa innanzi ad esso pendente, ancorando i principi giurisprudenziali enunciati alle circostanze della causa *a qua*.

La conseguenza è un quadro giurisprudenziale variegato nel quale risulta poco chiaro il rapporto di ciascuna sentenza con i precedenti giurisprudenziali e, di conseguenza, la sua portata. Ciò, come è ovvio, produce una situazione di incertezza in capo ai giudici nazionali.

Nel presente lavoro si cercherà di comporre un quadro unitario della giurisprudenza della Corte, raggruppando le sentenze in oggetto in tre distinti filoni giurisprudenziali sulla base del modello di controversia da cui originano. Ciò al fine di vagliare la coerenza di tale *corpus* giurisprudenziale ed analizzare le singole sentenze che ne fanno parte ³.

In particolare, nel primo filone giurisprudenziale inquadrano le sentenze che presentano le due caratteristiche seguenti. Primo, le controversie *a quibus* sorgono tra soggetti privati ed amministrazione nazionale (controversie "verticali"). Secondo, tutte le controversie in oggetto si collocano in un quadro giuridico in cui l'amministrazione nazionale è chiamata a dare applicazione al diritto comunitario (c.d. modello dell'amministrazione indiretta).

Nel secondo filone giurisprudenziale collochiamo, invece, le sentenze che sorgono nell'ambito di controversie intercorrenti tra privati (controversie "orizzontali").

In un terzo filone giurisprudenziale, infine, inquadrano la sen-

sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha causato il danno. In ogni caso, il principio della responsabilità dello Stato inerente all'ordinamento giuridico comunitario richiede un tale risarcimento, ma non la revisione della decisione giurisdizionale che ha causato il danno » (punto 39). « Ne deriva che 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 » (punto 40).

Le peculiarità della tematica del risarcimento del danno prodotto dallo Stato in violazione del diritto comunitario, unitamente alla circostanza che la Corte esclude in modo espresso che si ponga il problema del contrasto con la *res iudicata* nazionale, sembrano conferire a tale giurisprudenza — sia pure strettamente correlata a quella in oggetto — un rilievo autonomo.

³ In una prospettiva più ampia, volta ad una ricostruzione teorica dei rapporti tra i sistemi processuali nazionali e l'ordinamento dell'Unione europea sulla base delle sentenze in esame, E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in questa *Rivista*, 2008, p. 447 e ss.

tenza *Lucchini*, rimasta finora isolata. Anche in questo caso, come nelle sentenze di cui al primo filone, la controversia *a qua* intercorre tra un soggetto privato e l'amministrazione nazionale (controversia "verticale"). Ma la materia su cui verte la controversia è quella degli aiuti di Stato, che, come è noto, è oggetto di esecuzione diretta da parte della Commissione (c.d. modello dell'amministrazione diretta).

La classificazione che ci si accinge ad illustrare appare utile poiché, come si vedrà, ciascuno dei tre modelli di controversie in questione pone alla Corte dei problemi differenti relativi all'applicazione dei principi generali che entrano in gioco.

II. Il primo e più complesso filone giurisprudenziale è costituito dalle sentenze *Ciola*, *Kühne & Heitz*, *i-21 Germany* e *Kempter*. Come si è anticipato tutte le controversie da cui originano tali sentenze sorgono tra soggetti privati ed amministrazione nazionale, in materie in cui l'amministrazione nazionale è chiamata a dare esecuzione al diritto comunitario.

La sentenza *Ciola* ⁴, in particolare, origina da una decisione amministrativa austriaca, divenuta definitiva, con la quale era imposto al gestore di un porto turistico nel Lago di Costanza un contingente di posti barca da concedere ai proprietari di imbarcazioni residenti all'estero.

La decisione era stata assunta dall'autorità amministrativa alcuni anni prima che l'Austria aderisse all'Unione europea. Ma, in epoca successiva all'adesione, l'amministrazione austriaca riscontrava il superamento del contingente predetto ed irrogava una sanzione al gestore del porto, computando tra i proprietari di imbarcazioni residenti all'estero anche soggetti residenti in Stati membri della Comunità.

Il gestore del porto impugnava dunque il provvedimento sanzionatorio di fronte al competente tribunale amministrativo, il quale sollevava due quesiti pregiudiziali.

Con il primo quesito domandava alla Corte se la fissazione di un limite massimo di posti barca da concedere in locazione ai proprietari di imbarcazioni residenti in un altro Stato membro fosse compatibile con le norme del Trattato in materia di libera prestazione dei servizi.

Con il secondo chiedeva se una decisione amministrativa definitiva, in contrasto con la libera prestazione dei servizi, andasse

⁴ Corte giust. 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, cit.

disapplicata in un giudizio avente ad oggetto la legittimità di un'amenda irrogata per la violazione di tale decisione amministrativa.

Nella sentenza, la Corte di giustizia risponde affermativamente al primo quesito pregiudiziale, dichiarando l'incompatibilità di un provvedimento come quello in oggetto con la libertà di circolazione dei servizi (art. 49 TCE) ⁵.

Quanto al secondo quesito la Corte invoca il primato del diritto comunitario, che impone al giudice nazionale la disapplicazione delle disposizioni nazionali contrastanti con il Trattato. Ed aggiunge che tale principio è applicabile non soltanto a norme nazionali generali e astratte ma anche a « provvedimenti amministrativi individuali e concreti » come quello di specie ⁶.

Sulla base di tale argomentazione la Corte afferma che « un divieto emanato (...) 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'amenda erogata per l'inosservanza di tale divieto » ⁷.

In estrema sintesi, sulla base della sentenza *Ciola*, il contrasto tra un provvedimento amministrativo nazionale definitivo ed una norma comunitaria sembra doversi risolvere utilizzando come criterio dirimente il primato del diritto comunitario che richiede la disapplicazione del primo in favore della seconda.

Ci pare di poter condividere, in proposito, l'opinione secondo la quale il primato del diritto comunitario, concepito per risolvere antinomie tra norme comunitarie e norme nazionali, non si presta ad essere applicato ai contrasti che sorgono tra norme comunitarie e provvedimenti amministrativi nazionali individuali ⁸.

In primo luogo, appare opportuno rammentare che, sotto un

⁵ Punto 30 della sentenza *Ciola*, cit.

⁶ Punto 32 della sentenza *Ciola*, cit.

⁷ Punto 34 della sentenza *Ciola*, cit.

⁸ In tal senso E. M. BARBIERI, *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, p. 149 ss.; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2006, p. 518, il quale esattamente rileva che la tesi della disapplicabilità dell'atto amministrativo nazionale « trascura (...) le profonde differenze tra atto normativo e atto provvedimentale e la circostanza che per il primo (ma non per il secondo) la disapplicazione è una forma ordinaria della risoluzione di antinomie tra fonti »; F. BECKER, *Application of Community Law by Member States' Public Authorities: Between Autonomy and Effectiveness*, in *Common Market Law Rev.*, 2007, p. 1044 ss.

Per una recente ricostruzione della giurisprudenza sul contrasto tra atti amministrativi nazionali e diritto comunitario, G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in questa *Rivista*, 2007, p. 747 e ss.

profilo di teoria generale, il contrasto tra una fonte normativa ed un provvedimento amministrativo non pone un problema di coordinamento tra fonti ma piuttosto deve essere risolto utilizzando il principio di legalità, in base al quale gli atti dell'amministrazione devono essere conformi al diritto e, nel caso in cui non lo siano, deve essere possibile ottenerne l'annullamento attraverso mezzi di impugnazione⁹.

Il principio di tutela giurisdizionale ora enunciato, proprio di ogni ordinamento che si fonda sulla *rule of law*, è accolto anche nel Trattato CE che, come è noto, prevede l'impugnabilità — entro i termini e le condizioni fissate dall'art. 230 TCE — degli atti delle istituzioni che violino il trattato o qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione.

A tale ricostruzione si può obiettare che il provvedimento amministrativo nazionale è retto da norme giuridiche che ne disciplinano il procedimento di formazione, l'efficacia ed il regime delle impugnazioni.

Il contrasto tra una fonte comunitaria ed un atto amministrativo nazionale definitivo può dunque essere agevolmente traslato sul piano delle fonti considerandolo come un contrasto tra la fonte comunitaria e le fonti nazionali che disciplinano l'atto amministrativo interno e gli conferiscono il carattere di definitività.

Ma anche in questa prospettiva, a nostro avviso, non sarebbe corretto utilizzare come criterio dirimente il primato del diritto comunitario.

L'eventuale disapplicazione di fonti nazionali che disciplinano gli atti amministrativi interni conferendo loro il carattere di definitività, infatti, eliderebbe due principi riconosciuti dal diritto comunitario. Ci riferiamo, segnatamente, all'autonomia procedurale, sulla base della quale la competenza a dettare regole in materia di procedura è in linea di principio degli Stati membri, ed al principio di certezza del diritto in virtù del quale un atto interno, in presenza di determinati presupposti, diviene definitivo.

Non si vuole qui sostenere che i due principi predetti costituiscano dei limiti assoluti. Come si vedrà, infatti, entrambi devono contemperarsi con l'esigenza di assicurare l'effettività del diritto comunitario.

Ma il primato del diritto comunitario appare inidoneo ad essere ponderato con qualsivoglia principio generale. Esso è infatti formu-

⁹ In tal senso F. BECKER, *Application of Community Law by Member States'Public Authorities*, cit., p. 1045.

lato come una regola che si presta piuttosto ad una mera applicazione automatica.

Si consideri in proposito la formulazione di tale regola contenuta nella celebre sentenza *Simmenthal* e più volte ribadita nella giurisprudenza successiva: « il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore (...) »¹⁰.

Dal passo ora riportato può evincersi che il primato è enunciato con una formula che riconnette automaticamente all'avverarsi di un presupposto (il contrasto tra una fonte comunitaria ed una fonte interna) il determinarsi di una precisa conseguenza (la disapplicazione della fonte interna in favore di quella comunitaria).

Una regola del genere può essere o meno applicata, ma non si presta ad essere contemperata con principi generali del diritto.

Non appare casuale che, nelle successive sentenze inquadrate nel filone giurisprudenziale in esame, non si trova alcun riferimento, neppure larvato, al primato del diritto comunitario sul diritto interno.

Se, infatti, la Corte avesse inteso risolvere il contrasto tra il diritto comunitario ed un provvedimento nazionale definitivo sulla base del primato, avrebbe dovuto concludere, in modo tranciante, nel senso della disapplicazione (o nullità) del provvedimento nazionale incompatibile o delle norme procedurali che gli conferiscono il carattere definitivo. Ciò senza alcun margine per tutelare l'autonomia procedurale degli Stati membri, la certezza del diritto o l'affidamento di terzi sul provvedimento definitivo, che costituisce una specificazione del principio di certezza predetto.

Non è opportuno, in questa sede, inserirsi nella spinosa questione di teoria delle fonti relativa alla individuazione della categoria dei principi del diritto ed al reperimento di criteri di discriminazione tra questi e le norme di dettaglio (regole)¹¹. Ma se è fondata la tesi —

¹⁰ Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc.* p. 629, punto 24; 8 giugno 2000, causa C-258/98, *Carra*, in *Racc.* p. I-4217, punto 16; 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, cit., punto 59; 27 novembre 2007, causa C-435/06, *C*, in *Racc.* p. I-10141, punto 57.

¹¹ Nella vasta dottrina sul tema cfr. N. BOBBIO, *Principi generali di diritto*, in *Nss. dig. it.*, IX, Torino, 1966, p. 887 ss.; S. BARTOLE, *Principi del diritto (dir. cost.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXV, Milano, 1986, p. 517 ss.; G. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, Torino, 1992, p. 148 ss.; G. ALPA, *I principi generali*, Milano 1993, p. 138 ss.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, 1998, p. 271 ss.

invero piuttosto diffusa — secondo la quale i principi danno fondamento alle norme particolari, senza richiedere a loro volta una giustificazione in norme più generali¹², si può forse dubitare che il primato del diritto comunitario sia *stricto sensu* un principio.

Appare in proposito condivisibile l'opinione secondo la quale il primato sarebbe una delle svariate specificazioni di un più generale principio di effettività del diritto comunitario^{13 14}.

Con l'espressione "effettività" o "effetto utile" si allude all'esigenza che le norme di diritto comunitario siano interpretate ed applicate in modo che gli scopi a cui sono dirette possano essere raggiunti nel modo più compiuto possibile¹⁵. Come si vedrà la Corte applica tale principio alle norme procedurali interne affermando che queste non devono essere tali da rendere « praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario »¹⁶.

Una simile formulazione, in chiave teleologica, è tipica dei principi del diritto. Questi, a differenza delle regole, non prescrivono una precisa condotta, ma indicano piuttosto un fine, per conseguire il quale l'interprete può scegliere tra una pluralità di condotte alternative¹⁷. Detta caratteristica li priva del carattere di automaticità tipica delle regole e rende possibile il contemperamento con altri principi.

¹² Cfr. R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, cit., p. 282; V. CRISAFULLI, *Per la determinazione del concetto dei principi generali del diritto*, in *Studi sui principi generali dell'ordinamento giuridico*, Pisa, 1941, p. 240, dove si afferma che « [i] principi stanno alle norme (particolari) come il più sta al meno, come quello che è anteriore e poziore a qualcosa che è posteriore e conseguente ».

¹³ In tal senso, F. BECKER, *Application of Community Law by Member States'Public Authorities*, cit., p. 1044. Sembra di segno analogo la ricostruzione offerta da G. TESAURO, *Diritto Comunitario*, Padova, 2008, p. 113, il quale, relativamente al principio dell'effetto utile, afferma che « è sulla base di tale principio che si è attribuito l'effetto diretto alle direttive, a voler tacere dell'effetto diretto in generale e del primato del diritto comunitario (...) ».

¹⁴ Tra le altre specificazioni del principio di effettività è possibile inquadrare la teoria dell'effetto diretto delle norme del trattato e delle direttive, la responsabilità extracontrattuale degli Stati per violazione del diritto comunitario e la effettività della tutela offerta dalle disposizioni procedurali nazionali ai diritti derivanti dall'ordinamento comunitario, nonché il principio interpretativo dell'effetto utile, in base al quale "allorché una disposizione di diritto comunitario è suscettibile di svariate interpretazioni delle quali una sola idonea a salvaguardare l'effetto utile della norma, è a questa che occorre dare priorità" (Cfr., tra le tante, Corte giust. 14 ottobre 1999, causa C-223/98, *Adidas*, in *Racc.*, p. I-7081, punto 24).

¹⁵ Cfr. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 418, secondo il quale « [the principle of effectiveness] requires the effective protection of Community rights and more, generally, the effective enforcement of Community law in national courts ».

¹⁶ Cfr. *infra*, par. III, ed in particolare la giurisprudenza citata nella nota 22.

¹⁷ Secondo V. ZAGREBELSKY, *Il diritto mite*, cit., p. 149 « [I]e regole ci danno il criterio delle nostre azioni, ci dicono come dobbiamo, non dobbiamo, possiamo agire in determinate, specifiche situazioni previste dalle regole stesse. I principi non ci dicono nulla, direttamente, a questo proposito, ma ci danno criteri per prendere posizione di fronte a situazioni a priori indeterminate, quando vengano a determinarsi concretamente ».

È precisamente la necessità di effettuare un contemperamento con altri principi del diritto comunitario che impone, nell'analisi della giurisprudenza in oggetto, di risalire al principio di effettività, accantonando la regola del primato che ne costituisce una specificazione.

L'impossibilità di contemperare il primato è suffragata dalla circostanza che la Corte di giustizia, nella motivazione della sentenza *Ciola*, non prende in considerazione le osservazioni del governo austriaco, il quale invocava l'autonomia procedurale degli Stati membri¹⁸. In particolare, il governo convenuto nella causa *a qua* affermava — invero ragionevolmente — che, secondo le norme di procedura nazionali, il ricorrente aveva la possibilità di chiedere all'autorità competente una modifica del provvedimento incompatibile. E nell'ambito di tale nuovo procedimento, avrebbe potuto far valere il diritto comunitario ed esperire rimedi giurisdizionali qualora non avesse ottenuto soddisfazione¹⁹.

Ebbene, l'assenza di ogni considerazione in proposito nella motivazione della sentenza *Ciola* appare una valida illustrazione di come la regola del primato dia luogo all'automatica disapplicazione del provvedimento interno incompatibile, senza che sia presa in considerazione l'idoneità delle regole di procedura nazionali a tutelare i diritti derivanti dall'ordinamento comunitario.

Fermo restando quanto osservato circa la debolezza teorica della ricostruzione offerta dalla Corte nella sentenza in commento, appare il caso di segnalare che il principio di diritto ivi enunciato può forse essere spiegato dalle eccezionali circostanze della causa *a qua*.

Ci riferiamo, segnatamente, al fatto che la decisione amministrativa controversa era pienamente legittima *ab origine*. Ma diveniva illegittima soltanto dopo l'adesione dell'Austria alla Comunità, quando era già trascorso il termine di impugnazione.

In tale particolare contesto, la disapplicazione della decisione in oggetto, in un giudizio concernente l'irrogazione di una successiva sanzione, appariva probabilmente come un mezzo accettabile per assicurare la tutela della posizione giuridica del ricorrente. Ciò, sebbene, come si è detto, il governo austriaco avesse indicato una soluzione alternativa, consistente nel ricorso in autotutela.

È probabilmente in virtù delle peculiarità ora evidenziate che il

¹⁸ Punto 24 della sentenza *Ciola*, cit.

¹⁹ Punto 42 delle conclusioni dell'Avvocato generale Mischo, 10 dicembre 1998, causa C-224/97, *Ciola*, in *Racc.*, p. I-2517.

principio giurisprudenziale enunciato nella sentenza *Ciola* non trova conferme nella successiva giurisprudenza della Corte.

La sentenza in commento non sembra quindi assumere il ruolo di *leading case* nel filone giurisprudenziale in esame ²⁰. Si tratta piuttosto di una sentenza prodromica rispetto alla successiva evoluzione della giurisprudenza in materia.

III. Come si è anticipato, la sentenza *Ciola* è l'unica delle sentenze ascrivibili al filone giurisprudenziale in esame in cui la Corte di giustizia invoca il primato del diritto comunitario senza svolgere una più complessa opera di temperamento tra principi.

Si vedrà che la giurisprudenza successiva appare, invece, percorsa dalla tensione tra il principio di effettività del diritto comunitario, di cui si è detto, e l'autonomia procedurale degli Stati membri.

Ma la predetta autonomia procedurale non pare configurarsi come un principio generale autonomo. Costituisce piuttosto un frutto del principio delle competenze di attribuzione, in base al quale la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite dal Trattato (art. 5, par. 1 TCE).

In particolare, il Trattato non conferisce normalmente alla Comunità la competenza a svolgere l'esecuzione materiale del diritto comunitario, che dunque appartiene agli Stati membri. Questi, in assenza di disposizioni procedurali specifiche nella legislazione comunitaria, danno luogo a tale esecuzione applicando le regole di procedura interne. Inoltre, le eventuali impugnazioni dei provvedimenti amministrativi nazionali di esecuzione del diritto comunitario avverranno di fronte alle giurisdizioni interne che, a loro volta, applicheranno le norme processuali nazionali.

Da tale modello di esercizio della funzione esecutiva, talvolta definito dalla dottrina "amministrazione indiretta" o "federalismo esecutivo" ²¹, scaturisce l'autonomia procedurale degli Stati membri,

²⁰ In tal senso M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, p. 557, il quale, riferendosi alle sentenze *Ciola* e *Peterbroeck* (Corte giust. 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, in *Racc.* p. I-4599, su cui v. *infra*, nota 50), afferma che « avevano ragione coloro che avvertivano che le citate sentenze riguardavano casi particolari (ad esempio, il caso delle sanzioni amministrative nel caso *Ciola*), oppure dovevano essere confermate da una successiva giurisprudenza prima di essere considerate fonte di nuovi principi di carattere generale ».

²¹ Sul tema dell'amministrazione indiretta cfr. K. LENAERTS, P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law of the European Union*, London, 2005, p. 607 e ss.; J. H. H. WEILER, *La Costituzione dell'Europa*, Bologna, 2003, pp. 201-202; E. CHITI, C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna 2003, p. 16.

Tra i contributi più risalenti cfr. G. SACCHI MORSIANI, *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, Milano, 1965, p. 81 dove le amministra-

alla quale la Corte di giustizia si riferisce costantemente con la formula che segue:

« (...) in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché tali modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività) »²².

La formula giurisprudenziale da ultimo citata venne inizialmente enunciata dalla Corte in relazione al diritto processuale nazionale²³. Ma trova applicazione anche alle norme nazionali che regolano il procedimento amministrativo, com'è suffragato, tra l'altro, dalla sentenza *i-21 Germany*, (su cui *amplius infra*) in cui, come si vedrà, la Corte invoca la predetta formula in relazione all'art. 48, n. 1, della legge tedesca sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*)²⁴.

Si tratta di una consolidata formula giurisprudenziale che in poche righe sintetizza il temperamento, sopra evocato, tra l'autonomia istituzionale e procedurale degli Stati membri che, come si è detto, deriva dal riparto di competenze tra questi e la Comunità, ed il principio di effettività del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali.

Quanto all'obbligo, espresso dalla Corte sotto la formula "principio di equivalenza", in base al quale le regole procedurali nazionali devono essere applicate alle posizioni soggettive derivanti dal diritto comunitario nello stesso modo in cui sono applicate a quelle derivanti dal diritto interno, appare condivisibile l'opinione secondo la quale non si tratta di un terzo elemento oggetto di ponderazione, ma piuttosto di una specificazione dell'effettività, essendo l'equivalenza

zioni nazionali sono efficacemente descritte come « braccio secolare » delle autorità comunitarie.

²² Corte giust. 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*, punto 57. Cfr., altresì, nella giurisprudenza più recente, Corte giust. 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet*, in *Racc.*, p. I-2271, punto 43; 7 giugno 2007, cause riunite da C-222/05 a C-225/05, *van der Weerd e a.*, in *Racc.*, p. I-4233, punto 28; 4 luglio 2006, causa C-212/04, *Adeneler e a.*, in *Racc.*, p. I-6057, punto 95; 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, in *Racc.*, p. I-723, punto 67.

²³ Corte giust. 16 dicembre 1976, causa 33/76, *Rewe-Zentralfinanz e Rewe-Zentral*, in *Racc.*, p. 1989, punto 5, nonché causa 45/76, *Comet*, in *Racc.*, p. 2043, punto 13.

²⁴ Corte giust. 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany*, cit., punti 57 -71.

della tutela un mezzo per ottenere che le posizioni giuridiche soggettive derivanti dall'ordinamento comunitario dispieghino in modo compiuto i loro effetti negli ordinamenti nazionali ²⁵.

IV. È possibile rinvenire un esempio di tale contemperamento nella nota sentenza *Kühne & Heitz* che, al pari della sentenza *Ciola*, origina da un provvedimento amministrativo definitivo contrastante con il diritto comunitario ²⁶. Ma nel caso *Kühne & Heitz*, come è noto, il provvedimento dell'amministrazione nazionale — illegittimo *ab origine* — veniva tempestivamente impugnato e venivano percorsi infruttuosamente tutti i gradi di giudizio, senza che i giudici nazionali sollevassero rinvio pregiudiziale in merito all'interpretazione delle norme comunitarie invocate dal ricorrente per sostenere l'illegittimità del provvedimento.

Alcuni anni dopo, la Corte di giustizia, pronunciandosi sulla stessa questione di diritto, sosteneva un'interpretazione del diritto comunitario contrastante con quella accolta in precedenza dai giudici nazionali.

Il ricorrente chiedeva dunque all'amministrazione il rimborso delle somme indebitamente versate sulla base del provvedimento rivelatosi illegittimo e, vedendosi opporre un rifiuto, proponeva un nuovo giudizio.

Il giudice di primo grado rigettava il ricorso sulla base del giudicato ormai formatosi. Il giudice di appello sollevava, invece, rinvio pregiudiziale, domandando alla Corte se l'organo amministrativo nazionale, per assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, fosse tenuto a rivedere una sua decisione definitiva, tenendo conto dell'interpretazione delle norme comunitarie rilevanti data dalla Corte di giustizia in una successiva sentenza pregiudiziale.

La Corte nella sentenza afferma che il principio di certezza del diritto, incluso tra i principi generali del diritto comunitario, comporta che un organo amministrativo non è in principio tenuto a riesaminare una decisione definitiva che ha acquisito carattere definitivo. Ciò posto, « il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito in una richie-

²⁵ In tal senso J.P. JACQUÉ, *Droit institutionnel de l'Union Européenne*, Paris, 2006, p. 602.

²⁶ Corte giust. 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, cit. Sulla sentenza in oggetto cfr. in dottrina D. DE PRETIS, "Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 725 ss.; G. GATTINARA, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, in *Diritto com. scambi internaz.*, 2004, p. 489 ss.; R. CARANTA, *Case C-453/00, Kühne & Heitz NV v. Produktschap voor Pluimvee en Eierenin*, in *Common Market Law Rev.*, 2005, p. 179 ss.

sta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora

— disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;

— la decisione in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza;

— tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE, e

— l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza »²⁷.

Nel punto 27 della sentenza si enuncia una condizione ulteriore, non riportata nel dispositivo, in base alla quale il riesame della decisione dovrà avvenire « senza ledere gli interessi di terzi ».

Come si è anticipato, il centro di gravità di ciascuna delle sentenze qui esaminate — e dunque anche della sentenza *Kühne & Heitz* — è costituito dalla tensione tra l'effettività del diritto comunitario, che spinge verso la disapplicazione delle regole procedurali nazionali per consentire il dispiegamento della piena efficacia delle norme comunitarie materiali, ed i principi sul riparto di competenze tra Comunità e Stati membri, che conducono alla preservazione delle regole procedurali nazionali, a discapito dell'effettività delle norme materiali comunitarie.

Ma nel reperimento di un punto di equilibrio la Corte di giustizia tiene conto anche di altri principi generali del diritto comunitario.

Uno di questi è indubbiamente il principio di certezza del diritto che sorregge la definitività della decisione nazionale incompatibile con il diritto comunitario²⁸. Al pari dei principi sul riparto di competenze tra Comunità e Stati membri, il principio di certezza del diritto interviene nella giurisprudenza in esame in funzione difensiva delle regole procedurali nazionali.

In altri termini le regole procedurali nazionali che conferiscono portata definitiva ai provvedimenti nazionali sono sorrette sia dall'autonomia procedurale degli Stati membri, sia dal principio di certezza del diritto.

Un altro principio generale preso in considerazione dalla Corte è

²⁷ Punto 28 della sentenza *Kühne & Heitz*, cit.

²⁸ Sul principio di certezza del diritto nell'ordinamento comunitario cfr. T. TRIDIMAS, *The General Principles*, cit., p. 242 e ss.; M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, cit., p. 488 e ss.; F. TORIELLO, *I principi generali dell'ordinamento comunitario*, Milano, 2000, p. 247 e ss..

l'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 10 TCE. Ma, a differenza della certezza del diritto, tale principio entra in gioco soltanto nel filone giurisprudenziale in oggetto.

La specificità di tale filone giurisprudenziale, come si è anticipato, risiede infatti nella natura "verticale" della controversia, che oppone dei soggetti privati all'amministrazione pubblica.

Tale circostanza di fatto si ripercuote nel bilanciamento dei principi generali in gioco proprio perché l'amministrazione convenuta è vincolata dall'obbligo di leale cooperazione *ex art.* 10 TCE.

L'obbligo di leale cooperazione, come si è visto, determina, al verificarsi delle condizioni individuate dalla Corte, l'obbligo per l'amministrazione di riesaminare la decisione incompatibile nonostante la sua portata definitiva. Tale principio rafforza dunque il principio di effettività del diritto comunitario, consentendo che tale diritto dispieghi degli effetti anche su decisioni amministrative incompatibili che abbiano carattere definitivo.

In sintesi, nel filone giurisprudenziale in commento, abbiamo da un lato l'autonomia procedurale degli Stati membri ed il principio di certezza del diritto, e dall'altro lato l'effettività del diritto comunitario e l'obbligo di leale cooperazione.

Alla ricostruzione ora prospettata potrebbe obiettarsi che la sentenza *Kühne & Heitz* non contiene alcun riferimento espresso all'effettività del diritto comunitario, né all'autonomia procedurale degli Stati membri.

Ma, quanto all'effettività del diritto comunitario, si tratta, a ben vedere, dell'oggetto stesso del quesito pregiudiziale, nel quale il giudice domanda se l'organo amministrativo è tenuto a rivedere una decisione amministrativa definitiva, al fine di assicurare la "completa efficacia del diritto comunitario"²⁹.

Per quanto concerne l'autonomia procedurale la Corte di giustizia, nella risposta al quesito giurisprudenziale, esordisce rammentando che « (...) spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze (v. Corte Giust. 12 giugno 1990, causa C-8/88, *Germania c. Commissione*, in *Racc.* pag. I-2321, punto 13) ».

Tale laconico riferimento potrebbe essere letto come un richiamo dell'obbligo degli Stati di garantire il rispetto del diritto comunitario assicurandone l'effettività. Tuttavia dalla lettura del punto 13 della sentenza *Germania c. Commissione*, citata nel passo

²⁹ Punto 19 della sentenza *Kühne & Heitz*, cit.

sopra riportato, l'orientamento della Corte emerge con maggiore nettezza.

In tale sentenza si afferma infatti che « (...) spetta a tutte le autorità degli Stati membri, siano esse autorità del potere centrale dello Stato, autorità di uno Stato federale o altre autorità territoriali, garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze. Per contro, non spetta alla Commissione pronunciarsi sulla ripartizione delle competenze mediante norme istituzionali di ciascuno Stato membro (...). Essa può solo controllare se il complesso delle misure di sorveglianza e di controllo istituito secondo le modalità dell'ordinamento giuridico nazionale sia sufficientemente efficace per consentire un'applicazione corretta delle norme comunitarie ».

Pare dunque ragionevole dedurre che la Corte nel passo riportato intendesse alludere all'autonomia degli Stati in tema di regole di procedura, la quale deve coniugarsi con una corretta applicazione delle norme comunitarie.

Ed infatti vi sono, nella sentenza, almeno due elementi ascrivibili al principio di autonomia procedurale.

1) In primo luogo, il principio in base al quale l'obbligo di riesame della decisione incompatibile con il diritto comunitario sorge soltanto nei confronti delle amministrazioni dotate del potere di autotutela (prima condizione della sentenza *Kühne & Heitz*), è evidentemente improntato alla salvaguardia dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

In altre parole, la Corte di giustizia sembra preoccupata dalla possibilità di attribuire una nuova funzione ad amministrazioni nazionali che, sulla base delle regole di procedura interne, ne sono prive.

Tale orientamento della Corte appare anche eccessivamente cauto e rispettoso delle regole procedurali nazionali a discapito del principio di effettività.

Come è stato opportunamente affermato, la condizione in oggetto determina una disparità di tutela nell'ordinamento giuridico comunitario ³⁰.

Evidentemente, l'autonomia procedurale degli Stati può dar luogo a delle disomogeneità nei sistemi di tutela degli Stati membri. Si pensi in proposito alla differenze circa i termini e le condizioni di impugnazione degli atti incompatibili con il diritto comunitario nei

³⁰ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany*, in *Racc.* p. I-8559 ss., punto 67.

diversi Stati membri. Tali disomogeneità sono la naturale conseguenza dell'assenza di armonizzazione delle regole procedurali nazionali.

Tuttavia, nella sentenza *Kühne & Heitz*, la Corte dà luogo ad un'applicazione "asimmetrica" del principio di autonomia procedurale, che accentua le predette disomogeneità.

In particolare, negli ordinamenti in cui l'amministrazione dispone della facoltà di riesaminare un atto definitivo, in virtù della sentenza *Kühne & Heitz* tale facoltà si trasforma in un obbligo. Appare evidente come tale principio incida sull'autonomia procedurale di tali Stati.

Ma, allo stesso tempo, la sentenza in oggetto lascia del tutto impregiudicata l'autonomia procedurale di quegli ordinamenti nazionali che non consentono alla pubblica amministrazione il riesame dell'atto.

Tale approccio non ci pare condivisibile. Infatti delle due l'una: o si osserva l'autonomia procedurale degli Stati membri e, conseguentemente, le facoltà concesse dalle norme di procedura nazionali debbono restare tali e non possono trasformarsi in obblighi; oppure, ove ne ricorrano le condizioni, si pone l'accento sul principio di effettività, ed allora occorre incidere anche in quegli ordinamenti che non prevedono neanche una facoltà in capo all'autorità amministrativa chiamata ad applicare il diritto comunitario.

Le soluzioni "asimmetriche", invece, oltre ad accentuare elementi di disomogeneità nel sistema, non appaiono ragionevoli.

Si consideri, in proposito, un ordinamento statale nel quale l'amministrazione ha la facoltà di riesaminare un provvedimento definitivo incompatibile con il diritto comunitario. Ebbene, un simile ordinamento assicura al diritto comunitario un'effettività maggiore rispetto ad un altro ordinamento statale in cui l'amministrazione è priva della predetta facoltà.

Ciò nonostante l'orientamento giurisprudenziale in commento conduce ad una compressione dell'autonomia procedurale nel primo ordinamento, trasformando la facoltà del giudice in un obbligo, mentre lascia del tutto impregiudicata l'autonomia procedurale nel secondo ordinamento.

Si deve, infine, segnalare che la condizione in oggetto, relativa alla sussistenza di un potere di autotutela in capo all'amministrazione, introduce elementi di incertezza. Si dovrà, infatti, volta per volta verificare se, e a quali condizioni, l'amministrazione nazionale interessata ha la possibilità di riesaminare l'atto incompatibile.

2) Un secondo elemento ascrivibile all'autonomia procedurale

nella sentenza *Kühne & Heitz* è da ravvisarsi nella circostanza che la Corte di giustizia impone all'amministrazione nazionale l'obbligo di riesaminare l'atto illegittimo ma non anche di annullarlo in modo automatico.

Al punto 27 della sentenza la Corte afferma in proposito che « l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte. Il detto organo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione ».

In altre parole l'amministrazione nazionale ha l'obbligo di aprire un procedimento volto al riesame della decisione definitiva incompatibile con il diritto comunitario. Ma la stessa amministrazione sembra conservare un margine di autonomia quanto all'esito di tale procedimento.

Quanto all'ampiezza del detto margine l'unica indicazione offerta dalla Corte è ravvisabile nel precetto in base al quale l'esito del riesame non deve « ledere gli interessi di terzi ». In sostanza il legittimo affidamento di terzi in buona fede sulla decisione incompatibile con il diritto comunitario costituisce un limite al ritiro di tale decisione da parte dell'amministrazione nazionale.

Ma non riesce facile immaginare altre ipotesi nelle quali l'amministrazione nazionale possa omettere l'annullamento dell'atto incompatibile senza violare l'obbligo di leale cooperazione.

Appare condivisibile l'opinione espressa in proposito dall'Avvocato generale Bot nelle conclusioni alla causa *Kempter*, in base alla quale l'organo amministrativo nazionale deve determinare in sede di riesame della decisione l'incidenza della giurisprudenza sopravvenuta della Corte sulla decisione stessa. Ma ove, in seguito a tale valutazione, risultasse che la detta decisione è incompatibile con il diritto comunitario, come successivamente interpretato dalla Corte, l'autorità amministrativa sarebbe obbligata a ritirarla ³¹.

A nostro avviso, la detta autorità amministrativa potrebbe giun-

³¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, 24 aprile 2007, causa C-2/06, *Kempter*, in *Racc.* p. I-411, punti 51-56. Offre una differente ricostruzione D. DE PRETIS, "Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, cit., secondo la quale l'attività amministrativa di riesame manterrebbe un carattere discrezionale e la scelta ultima quanto al ritiro dell'atto spetterebbe sempre all'autorità amministrativa nazionale che sarà chiamata a compierla discrezionalmente in applicazione delle regole e dei criteri generali operanti, nel sistema statale, in materia di riesame degli atti invalidi.

gere ad un esito differente soltanto ove il ritiro dell'atto desse luogo alla violazione di principi generali del diritto comunitario come quello della tutela dell'affidamento dei terzi citato dalla Corte.

Alla luce di quanto si è detto finora la sentenza in esame sembra testimoniare la volontà della Corte di limitare l'impatto della sua pronuncia sulle regole procedurali nazionali.

Si deve segnalare che tale *restraint* non si era manifestato nella stessa misura in altre occasioni. Si pensi, soltanto per citare gli esempi più celebri, alle sentenze *Simmenthal* e *Factortame*, nelle quali la Corte di giustizia ha affermato la competenza dei giudici nazionali di dare applicazione diretta al diritto comunitario anche quando tale competenza non sussiste sulla base delle regole procedurali nazionali ³².

Probabilmente la cautela della Corte nel caso in esame si spiega con la circostanza che le regole procedurali nazionali in oggetto sono volte ad assicurare la certezza del diritto, che è un principio generale del diritto comunitario.

Nonostante la predetta cautela, sarebbe un errore ritenere che la sentenza *Kühne & Heitz* non abbia alcun impatto sulle regole di procedura nazionali. Tale sentenza, come si è detto, trasforma la facoltà di riesaminare la decisione amministrativa, che sussiste in capo alle autorità amministrative nazionali in base alle regole di procedura interne, in un vero e proprio obbligo. Inoltre, ove nel corso di tale riesame si appurasse l'incompatibilità della decisione con il diritto comunitario, sussisterebbe, a nostro avviso, un obbligo di ritiro dell'atto amministrativo con il limite del rispetto dei principi generali del diritto comunitario quali quello del legittimo affidamento dei terzi.

In questo senso, come si è anticipato, nella sentenza *Kühne & Heitz* la Corte di giustizia si sforza di reperire un punto di equilibrio tra l'effettività del diritto comunitario e l'autonomia procedurale degli Stati membri.

V. Anche la sentenza *i-21 Germany* ³³ è inquadrabile nel filone giurisprudenziale in esame. Origina, infatti, da due controversie che vedevano contrapposte due società private titolari di licenze di telecomunicazioni, da una parte, e l'amministrazione tedesca, dall'altra. Quest'ultima, in particolare, era chiamata ad applicare la

³² Corte giust. 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, cit.; 19 giugno 1990, causa C-213/89, *Factortame e a.*, in *Racc.*, p. I-2433.

³³ Corte giust. 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany*, cit.

legge nazionale di esecuzione della direttiva 97/13/CE in materia di autorizzazioni generali e di licenze nel settore dei servizi di telecomunicazione³⁴. Si trattava dunque di controversie “verticali” in una materia in cui l’amministrazione nazionale dava luogo all’applicazione del diritto comunitario.

Segnatamente, entrambe le controversie nascevano dal fatto che l’art. 11, n. 1 della direttiva citata prevede che i diritti richiesti dagli Stati alle imprese titolari di licenze individuali di telecomunicazioni siano destinati a coprire esclusivamente le spese sostenute per la concessione delle stesse licenze.

Ebbene, l’amministrazione tedesca imponeva alle due società in oggetto diritti di importo molto elevato, fondato sul prelievo anticipato delle spese dell’autorità di regolamentazione, calcolate su base trentennale.

Ricevuti gli avvisi di liquidazione, le due imprese pagavano gli importi senza contestarli e senza presentare ricorso nel previsto termine di un mese.

Altre società titolari di licenze di telecomunicazione presentavano, invece, ricorso. Ed ottenevano, con sentenza del 2001, l’annullamento degli avvisi di liquidazione. Il regolamento sul quale tali avvisi erano fondati veniva, infatti, giudicato contrario a norme tedesche di rango superiore.

Preso conoscenza di detta sentenza, le due società di telecomunicazione ricorrenti nelle cause *a quibus*, si rivolgevano all’autorità di regolamentazione per recuperare gli importi pagati. Ricevuto un diniego, adivano il tribunale amministrativo di primo grado che respingeva i ricorsi con l’argomento che gli avvisi di liquidazione erano divenuti ormai definitivi.

Nel grado di giudizio successivo il tribunale amministrativo federale manifestava dei dubbi circa la compatibilità delle norme nazionali con l’art. 11, n. 1 della direttiva 97/13.

Il giudice tedesco sollevava quindi rinvio pregiudiziale per chiedere alla Corte di giustizia: a) se le norme tedesche contestate fossero incompatibili con il diritto comunitario; b) se ci fosse l’obbligo per l’autorità amministrativa tedesca di annullare un atto amministrativo incompatibile con il diritto comunitario, anche se non è stato oggetto di impugnazione, qualora il diritto nazionale lo consenta, ma non lo imponga.

³⁴ Direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10 aprile 1997, 97/13/CE, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, in *GUCE* L 117 del 7 maggio 1997, p. 15.

La Corte di giustizia nella sentenza risponde affermativamente al primo quesito rilevando l'incompatibilità delle norme nazionali contestate con il sistema della direttiva.

Quanto al secondo quesito, la Corte rammenta innanzitutto la sentenza *Kühne & Heitz*, affermando che essa non ha nei giudizi nessuna rilevanza nella causa in oggetto. L'impresa Kühne & Heitz, infatti, aveva esaurito tutti i mezzi di tutela giurisdizionale a sua disposizione mentre le imprese ricorrenti *a quibus* non si sono avvalse del diritto di introdurre un ricorso contro gli avvisi di imposta loro indirizzati ³⁵.

La Corte richiama dunque l'autonomia procedurale degli Stati membri, rammentando che questa deve contemperarsi con il principio di effettività del diritto comunitario, e che la tutela offerta alle posizioni giuridiche derivanti dall'ordinamento comunitario deve essere equivalente a quella offerta alle posizioni giuridiche derivanti dall'ordinamento interno.

Quanto all'effettività, la Corte rileva che i soggetti interessati avrebbero potuto far valere i diritti derivanti dalla direttiva in oggetto attraverso l'impugnazione degli avvisi di liquidazione entro il termine di un mese. Dunque la tutela di tali diritti non era né impossibile né eccessivamente difficile.

Per quanto concerne l'equivalenza della tutela la Corte afferma che in base all'articolo 48, n. 1 della legge sul procedimento amministrativo tedesco un atto amministrativo illegittimo, anche dopo essere divenuto inoppugnabile, può essere ritirato in tutto o in parte con effetto per il futuro o per il passato. Secondo la giurisprudenza tedesca vi sarebbe un vero e proprio diritto al ritiro dell'atto se il suo mantenimento risulta "semplicemente insopportabile". Ciò avviene quando l'atto violi il principio generale di uguaglianza, oppure è contrario all'ordine pubblico o alla buona fede, o è viziato da illegittimità manifesta o, ancora, se lo richiede la situazione giuridica del destinatario.

Ebbene, secondo la Corte, nel caso di specie il giudice nazionale deve valutare se vi è un caso di incompatibilità manifesta con il diritto comunitario.

Ma la Corte, pur lasciando al giudice nazionale il compito di effettuare tale valutazione, non rinuncia del tutto ad esprimere il proprio giudizio circa il grado di incompatibilità della legislazione nazionale con il sistema della direttiva. Rileva infatti che il giudice *a quo*, per valutare il grado di chiarezza dell'art. 11, n. 1 della direttiva,

³⁵ Punto 54 della sentenza *i-21 Germany*, cit.

deve prendere in considerazione gli obiettivi della stessa, la quale mira a favorire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato. Sotto questo profilo — afferma la Corte — « l'imposizione di un diritto molto elevato che copre una previsione di spese generali su un periodo di trent'anni può ostacolare seriamente la concorrenza ». Aggiunge infine che spetta al giudice nazionale « valutare se una regolamentazione chiaramente incompatibile con il diritto comunitario, come quella su cui sono fondati gli avvisi di liquidazione oggetto delle cause principali, sia manifestamente illegittima ai sensi del proprio diritto »³⁶.

Si deve in proposito segnalare che, nonostante l'avviso della Corte, secondo la quale la regolamentazione era “chiaramente incompatibile” con il diritto comunitario, il giudice del rinvio nelle sue sentenze del 17 gennaio 2007 ha poi negato la sussistenza di una illegittimità manifesta di tale regolamentazione e si è dunque pronunciato negativamente circa il ritiro dell'atto amministrativo incompatibile³⁷.

La pronuncia in oggetto offre alcuni importanti chiarimenti circa la portata del principio giurisprudenziale espresso nella sentenza *Kühne & Heitz*.

Come si è anticipato, le controversie da cui originano le due sentenze presentano delle marcate analogie. Tuttavia la Corte di giustizia individua una fondamentale differenza. Segnatamente, mentre l'impresa *Kühne & Heitz* aveva esaurito tutti i mezzi di tutela giurisdizionale a sua disposizione, le imprese *i-21 Germany* e *Arcor* erano rimaste del tutto inerti di fronte al provvedimento dell'amministrazione nazionale, lasciando scadere i termini di impugnazione. Da ciò discende l'inapplicabilità al caso di specie del principio giurisprudenziale espresso nella sentenza *Kühne & Heitz*. In buona sostanza, se il titolare del diritto è rimasto inerte non c'è lesione del principio di effettività.

Tale soluzione appare coerente con il secondo requisito della sentenza *Kühne & Heitz*, in base al quale l'obbligo al riesame dell'atto sorge soltanto se la decisione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza. Ebbene, nel caso in cui le parti non impugnano la decisione, questa diviene definitiva per scadenza dei termini di impugnazione. La

³⁶ Punti 70 e 71 della sentenza *i-21 Germany*, cit.

³⁷ Urteile des 6. Senats vom 17. Januar 2007, BVerwG 6 C 32.06 e BVerwG 6 C 33.06, citate da M. TABOROWSKI, *Joined cases C-392/04 & C-422/04, i-21 Germany GmbH (C-392/04), Arcor AG & Co. KG (C-422/04), formerly Isis Multimedia Net GmbH & Co. KG v. Bundesrepublik Deutschland*, in *Common Market Law Rev.*, 2007, p. 1476.

Corte, dunque, ben avrebbe potuto dire che nel caso che ha dato luogo alla sentenza *i-21 Germany* non risultano soddisfatte le condizioni della giurisprudenza *Kühne & Heitz*.

Ciò posto, appare opportuno chiedersi perché l'obbligo al riesame dell'atto non sussiste se le parti hanno prestato acquiescenza al provvedimento incompatibile con il diritto comunitario.

La soluzione adottata dalla Corte sembra manifestare una scelta di fondo circa l'oggetto del principio di effettività.

A nostro avviso, delle due l'una: o il punto di riferimento del principio di effettività è la posizione giuridica del singolo derivante dall'ordinamento comunitario, e allora è decisivo che questo si attivi per la sua tutela; oppure il punto di riferimento è la norma comunitaria violata, la quale mira a raggiungere obiettivi che vanno oltre l'interesse del ricorrente (nel caso di specie la direttiva ha come obiettivo la liberalizzazione delle telecomunicazioni), e allora il comportamento assunto dai soggetti interessati è irrilevante.

La Corte di giustizia, dichiarando l'inapplicabilità del principio giurisprudenziale enunciato nella sentenza *Kühne & Heitz* ad un caso in cui i ricorrenti hanno lasciato scadere il termine di impugnazione, sembra optare per la prima ipotesi.

Il problema relativo all'oggetto del principio di effettività è posto in dottrina da F. Becker, il quale, commentando la sentenza in oggetto, si chiede cosa debba essere reso effettivo, ed offre una ricostruzione differente rispetto a quella ora prospettata³⁸.

Secondo il citato autore, dalla sentenza in esame si evincerebbe che l'oggetto del principio di effettività non è la posizione giuridica dell'individuo interessato (nel caso di specie le società *i-21 Germany* e *Arcor*), ma piuttosto il sub-sistema di riferimento (nel caso di specie il sistema della direttiva 97/13/CE).

Secondo Becker, assumendo come oggetto del principio di effettività del diritto comunitario il sub-sistema legale di riferimento, il detto principio non risulterebbe pregiudicato dal sacrificio di singole posizioni giuridiche soggettive. Ciò consentirebbe di far salvi, allo stesso tempo, il principio di effettività ed il principio di autonomia procedurale.

Applicando tale ricostruzione al caso di specie, Becker afferma che il processo di liberalizzazione richiede che siano evitate delle barriere che proteggano i vecchi monopolisti a discapito dei nuovi concorrenti. Questo è il motivo per il quale la direttiva prevede la

³⁸ F. BECKER, *Application of Community Law by Member States'Public Authorities*, cit., p. 1051.

corresponsione di diritti molto ridotti in capo alle società di telecomunicazioni.

Ora, se tutti i nuovi concorrenti nel mercato delle telecomunicazioni incontrassero un ostacolo per via di una decisione amministrativa illegittima definitiva, ciò pregiudicherebbe il sub-sistema di riferimento impedendo una effettiva liberalizzazione delle telecomunicazioni.

Ma se, prosegue l'autore, soltanto due su trecentocinquanta compagnie di telecomunicazioni sono pregiudicate dalla stessa decisione amministrativa definitiva, come è avvenuto nei fatti di causa, l'effettività del diritto comunitario non ne risulta compromessa.

Tale ricostruzione incentrata sull'effettività del sottosistema di riferimento, a nostro avviso, dà luogo a delle conseguenze che non paiono accettabili.

Si consideri in proposito che, in un caso come quello di specie, se una percentuale cospicua di compagnie di telecomunicazioni avesse prestato acquiescenza al provvedimento illegittimo, l'effettività del sotto sistema di riferimento costituito dalla direttiva sarebbe da considerare pregiudicata. L'amministrazione nazionale dovrebbe dunque ritirare l'atto in virtù del principio di effettività nonostante l'inerzia dei titolari delle posizioni giuridiche lese dal comportamento dell'amministrazione.

Per contro, in un caso come quello che ha dato luogo alla sentenza *Kühne & Heitz*, in cui un'impresa non è riuscita ad ottenere nell'ordinamento nazionale la tutela della posizione giuridica originante dall'ordinamento comunitario malgrado si sia attivata tempestivamente ed abbia esperito tutte le vie di ricorso, non ci sarebbe una lesione del principio di effettività perché il sub-sistema di riferimento non risulterebbe compromesso da un caso isolato. Coerentemente con tale premessa l'amministrazione non dovrebbe essere tenuta a ritirare l'atto illegittimo.

Ma, come sappiamo, non è questa la strada seguita nella sentenza *Kühne & Heitz* dai giudici di Lussemburgo, i quali per risolvere la questione hanno utilizzato come punto di riferimento la posizione giuridica della società ricorrente senza valutare l'impatto dell'atto amministrativo illegittimo sul sottosistema di riferimento. Una simile valutazione, tra l'altro, appare particolarmente difficile atteso che non si vede quali criteri la Corte dovrebbe utilizzare per valutare l'impatto di decisioni amministrative individuali sull'effettività di una normativa comunitaria.

La ricostruzione prospettata, inoltre, sembra non tenere adeguato conto dell'elemento ritenuto decisivo dalla Corte di giustizia

nella sentenza *i-21 Germany* e utilizzato come discriminazione rispetto al caso *Kühne & Heitz*. Ci riferiamo al comportamento assunto dalle parti a tutela dei propri diritti derivanti dall'ordinamento comunitario.

Come si è anticipato, se il punto di riferimento del principio di effettività fosse il sub-sistema di riferimento, non sarebbe chiara la ragione per la quale ha rilievo l'acquiescenza delle parti al provvedimento illegittimo.

A nostro avviso, dunque, il punto di riferimento da considerare per vagliare un'eventuale violazione del principio di effettività è la posizione giuridica dei singoli. L'effettività del sub-sistema — e dell'ordinamento comunitario in generale — si realizza infatti attraverso l'azione dei singoli interessati a far valere le proprie posizioni giuridiche soggettive.

L'autonomia procedurale, come afferma una giurisprudenza costante, deve essere sacrificata soltanto se le norme procedurali nazionali sono tali da rendere ai soggetti interessati eccessivamente difficile, o del tutto impossibile, l'esercizio dei propri diritti.

VI. Dalla lettura congiunta delle sentenze *Kühne & Heitz* e *i-21 Germany* si può desumere che l'obbligo al riesame dell'atto definitivo sorge in capo all'amministrazione soltanto quando il titolare della posizione giuridica derivante dall'ordinamento comunitario si è attivato diligentemente a tutela dei propri diritti.

Ciò posto, è il caso di chiedersi in cosa debba consistere precisamente la diligenza del soggetto interessato perché si determini in capo all'amministrazione il detto obbligo di riesame dell'atto.

Nella causa da cui origina la sentenza *Kühne & Heitz* la società ricorrente aveva impugnato il provvedimento amministrativo lesivo ed aveva esaurito i gradi di giudizio disponibili. Il giudice di ultima istanza, dal canto suo, aveva omesso di sollevare rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. Inoltre la società *Kühne & Heitz* aveva chiesto il riesame della decisione amministrativa entro un termine inferiore a tre mesi dalla pronuncia della sentenza della Corte da cui derivava l'illegittimità della stessa decisione.

Attenendosi strettamente al contesto ora descritto del giudizio *a quo*, come si è più volte rammentato, la Corte di giustizia ha affermato che l'obbligo al riesame dell'atto sorge qualora: la decisione amministrativa illegittima è divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice che statuisce in ultima istanza (seconda condizione); tale sentenza, alla luce di una successiva giurisprudenza della Corte, risulti fondata su un'interpretazione errata del

diritto comunitario senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale (terza condizione); l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza (quarta condizione).

Da ciò sembra potersi evincere che il soggetto interessato sia tenuto ad esaurire le vie di ricorso, percorrendo infruttuosamente tutti i gradi di giudizio (seconda condizione), e ad attivarsi tempestivamente una volta informato della nuova giurisprudenza della Corte da cui deriva l'illegittimità della decisione contestata (quarta condizione).

Restavano tuttavia aperti alcuni interrogativi. In particolare ci si poteva chiedere se il soggetto interessato, nel percorrere le vie di ricorso interne, dovesse avere invocato la violazione del diritto comunitario.

Inoltre, non era chiara la portata della quarta condizione della sentenza *Kühne & Heitz*, secondo la quale l'interessato deve attivarsi presso l'amministrazione nazionale "immediatamente dopo essere stato informato" della nuova giurisprudenza della Corte. Sorgevano in proposito due problemi. Primo, non era chiara l'entità del termine di cui dispone l'interessato definita dall'avverbio "immediatamente". Secondo, non era chiaro da quando decorre il predetto termine, ed in particolare se debba farsi riferimento alla data di emanazione della sentenza o se rileva il momento in cui il soggetto è stato effettivamente informato della predetta sentenza.

Tali questioni sono state recentemente affrontate dalla Corte nella sentenza *Kempter* ³⁹.

Anche in questo caso la pronuncia originava da una controversia "verticale" in cui l'amministrazione nazionale dava luogo all'applicazione del diritto comunitario.

In particolare, un esportatore tedesco di bovini, dopo aver ricevuto dall'amministrazione tedesca delle somme a titolo di restituzioni all'esportazione, era stato chiamato a rimborsarle sulla base di un successivo provvedimento della stessa amministrazione, fondato sulla circostanza che l'esportatore non aveva fornito la prova dell'esportazione degli animali in un paese terzo.

Detto provvedimento, impugnato infruttuosamente dall'esportatore, diveniva definitivo in seguito alla sentenza pronunciata in ultima istanza nel maggio del 2000.

Si deve in proposito precisare che, pur avendo percorso tutti i gradi di giudizio, in nessuno di essi il ricorrente aveva lamentato

³⁹ Corte giust. 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*, cit.

un'interpretazione erronea del diritto comunitario. Né il giudice nazionale di ultima istanza aveva sollevato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Senonché, il 14 dicembre 2000 la Corte di giustizia pronunciava la sentenza *Emsland-Stärke*, nella quale affermava che la condizione secondo cui il prodotto deve essere stato importato in un paese terzo può essere opposta al beneficiario delle restituzioni solo prima della concessione delle restituzioni stesse ⁴⁰.

Ventuno mesi più tardi, il 16 settembre 2002, sulla base della sentenza della Corte da ultimo citata, l'esportatore chiedeva la riapertura del procedimento ed il ritiro della decisione di rimborso. Questi sosteneva di essere venuto a conoscenza della sentenza della Corte soltanto il 1° luglio 2002.

L'amministrazione tedesca respingeva tale richiesta e l'esportatore presentava ricorso amministrativo, respinto il 25 marzo 2003. Il *Finanzgericht Hamburg*, adito in appello, sollevava rinvio pregiudiziale nutrendo dei dubbi circa le condizioni dettate dalla Corte nella sentenza *Kühne & Heitz*.

In particolare chiedeva: 1) se la terza condizione, della sentenza *Kühne & Heitz*, presuppone che l'interessato abbia invocato la violazione del diritto comunitario nell'ambito del ricorso dinanzi al giudice nazionale; 2) se il diritto comunitario impone un limite temporale per domandare il riesame di una decisione amministrativa definitiva.

Nella sentenza, relativamente al primo quesito, la Corte afferma che la terza condizione della sentenza *Kühne & Heitz* non implica per il soggetto interessato l'obbligo di invocare il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno proposto contro la decisione amministrativa contestata ⁴¹.

Ciò perché, sulla base di una giurisprudenza costante, il rinvio pregiudiziale è estraneo ad ogni iniziativa delle parti ⁴². La proposizione di detto rinvio, infatti, « si basa interamente sulla valutazione della pertinenza e della necessità del detto rinvio compiuta dal giudice nazionale » ⁴³.

A giudizio della Corte, ai fini della terza condizione di cui alla sentenza *Kühne & Heitz*, basterebbe che la « questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di

⁴⁰ Corte giust. 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Stärke*, in *Racc.*, p. I-11569, punto 48.

⁴¹ Punto 46 della sentenza *Kempter*, cit.

⁴² Punto 41 della sentenza *Kempter*, cit.

⁴³ Punto 42 della sentenza *Kempter*, cit.

una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo »⁴⁴.

Quanto al secondo quesito pregiudiziale, la Corte afferma che il diritto comunitario non impone alcun termine preciso per la presentazione di una domanda di riesame. Spetta all'ordinamento giuridico interno stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali, purché queste rispondano ai principi di equivalenza ed effettività della tutela⁴⁵. Gli Stati membri rimangono quindi liberi di fissare, in nome del principio della certezza del diritto, dei termini di ricorso ragionevoli⁴⁶.

Stante la complessità delle implicazioni cui dà luogo la sentenza *Kempter*, appare opportuno esaminare separatamente le risposte della Corte ai due quesiti pregiudiziali prospettati dal giudice *a quo*.

1) Il primo quesito pregiudiziale, come si è detto, era volto ad appurare se per ottenere il riesame dell'atto il soggetto interessato debba dimostrare di averlo infruttuosamente impugnato lamentando la violazione del diritto comunitario tra i motivi di ricorso.

La Corte, conformemente a quanto richiesto nell'ordinanza di rinvio, esamina tale questione alla luce della terza condizione di cui alla sentenza *Kühne & Heitz*, sulla base della quale il giudice di ultima istanza, chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione dell'atto, non deve aver sollevato rinvio pregiudiziale come previsto dall'art. 234, par. 3 TCE.

Ma, a nostro avviso, il quesito prospettato assume rilievo anche alla luce della seconda condizione della sentenza *Kühne & Heitz* che richiede l'esaurimento dei mezzi di impugnazione della decisione incompatibile con il diritto comunitario.

In particolare, ci si può chiedere per quale ragione il riesame dell'atto sia condizionato all'esaurimento dei mezzi di ricorso se tali mezzi non sono fondati sulla violazione del diritto comunitario.

Ciò anche in considerazione della sentenza *i-21 Germany*, nella quale la Corte di giustizia, come si è visto, non ravvisa un obbligo di riesame dell'atto da parte dell'amministrazione nel caso in cui l'interessato non abbia impugnato l'atto stesso.

Come si ricorderà, nel commento a tale sentenza, abbiamo sostenuto che l'esaurimento dei mezzi di ricorso trova fondamento nel principio di effettività della tutela.

⁴⁴ Punto 44 della sentenza *Kempter*, cit.

⁴⁵ Punto 57 della sentenza *Kempter*, cit.

⁴⁶ Punto 60 della sentenza *Kempter*, cit.

Segnatamente, come si è affermato, se il soggetto interessato non ha fatto valere in giudizio i suoi diritti derivanti dall'ordinamento comunitario, esauendo i mezzi di ricorso a sua disposizione, non può ravvisarsi quella violazione del principio di effettività che, sulla base di una giurisprudenza costante, si ha quando le regole di procedura nazionali rendono « praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario ».

In mancanza di una lesione dell'effettività della tutela, a nostro avviso, non si giustifica una compressione dell'autonomia procedurale e del principio di certezza del diritto connesso alla definitività delle decisioni amministrative nazionali non impugnate.

Ciò posto, vi è da chiedersi se nella sentenza *Kempter* la Corte di giustizia ravvisi un obbligo al riesame dell'atto definitivo anche nei confronti di soggetti che, avendo impugnato l'atto per ragioni diverse dalla violazione di norme comunitarie, non hanno esercitato in giudizio i diritti loro derivanti dall'ordinamento comunitario.

Se così fosse si dovrebbe prendere atto che l'obbligo di riesame della decisione amministrativa nazionale è da considerarsi svincolato dalla lesione dell'effettività dei mezzi di tutela delle posizioni giuridiche comunitarie ⁴⁷.

Per rispondere a tale interrogativo appare opportuno prendere le mosse dal punto 44 della sentenza *Kempter*, nel quale la Corte di giustizia afferma che, ai fini della terza condizione di cui alla sentenza *Kühne & Heitz*, basterebbe che la « questione di diritto comunitario, la cui interpretazione si è rivelata erronea alla luce di una sentenza successiva della Corte, sia stata esaminata dal giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, oppure che essa avesse potuto essere sollevata d'ufficio da quest'ultimo ».

Ciò che conta, in altri termini, è che il giudice nazionale di ultima istanza abbia avuto la possibilità di prendere in considerazione la questione di diritto comunitario.

Per comprendere la portata del passo sopra riportato appare opportuno esaminare le circostanze nelle quali un giudice nazionale

⁴⁷ In tale ipotesi, non si potrebbe non rilevare una discrasia tra le sentenze *i-21 Germany* e *Kempter*. Sarebbe infatti difficilmente spiegabile un'impostazione in base alla quale un soggetto che ha prestato acquiescenza ad una decisione amministrativa incompatibile con il diritto comunitario non è ritenuto meritevole di tutela. Mentre un altro, il quale, nelle medesime condizioni, ha impugnato la decisione amministrativa, ma senza invocare tra i motivi di ricorso la violazione del diritto comunitario, gode di una tutela assai ampia, potendo ottenere dall'amministrazione il riesame dell'atto rivelatosi illegittimo alla luce di una successiva sentenza della Corte.

ha la possibilità di prendere in considerazione una questione di diritto comunitario.

A questo proposito appare rilevante il punto 45 della sentenza, in cui la Corte rammenta il principio giurisprudenziale, enunciato nella sentenza *van Schijndel e van Veen*, sulla base del quale: « 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, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante »⁴⁸.

In altri termini il Trattato non impone al giudice nazionale di vagliare d'ufficio la legittimità comunitaria degli atti amministrativi impugnati se le regole di procedura interne si fondano sul principio dispositivo. Ma se invece dette regole di procedura prevedono in capo al giudice l'obbligo o la facoltà di rilevare d'ufficio la violazione di una norma interna vincolante, allora tale giudice avrà l'obbligo di rilevare d'ufficio la violazione del diritto comunitario.

Il principio predetto lascia prefigurare tre differenti situazioni nelle quali un giudice nazionale di ultima istanza ha la possibilità di prendere in considerazione una questione di diritto comunitario.

A) La prima si verifica negli ordinamenti — come quello italiano — in cui le impugnazioni degli atti amministrativi sono rette dal principio dispositivo, essendo il giudice privo della competenza a rilevare d'ufficio eventuali vizi dell'atto non invocati dalle parti. La Corte di giustizia, nel passo della sentenza *van Schijndel e van Veen* richiamato al punto 45 della sentenza *Kempter*, afferma che il diritto comunitario non incide sul predetto principio dispositivo, non essendo tenuti i giudici a « 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 »⁴⁹.

⁴⁸ Cfr., in tal senso, Corte giust. 14 dicembre 1995, cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel e van Veen*, in *Racc.*, p. I-4705, punti 13, 14 e 22, e 24 ottobre 1996, causa C-72/95, *Kraaijeveld e a.*, in *Racc.*, p. I-5403, punti 57, 58 e 60.

⁴⁹ Si deve segnalare che nella nota sentenza Corte giust. 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck*, cit., emanata lo stesso giorno della sentenza *van Schijndel e van Veen*, sopra citata, la Corte di giustizia si era pronunciata per la disapplicazione delle disposizioni nazionali di diritto belga che vietano al giudice di valutare d'ufficio la compatibilità di un provvedimento nazionale con il diritto comunitario. Ciò in considerazione di talune caratteristiche del giudizio amministrativo di quel Paese.

Pertanto, negli ordinamenti considerati, la terza condizione della sentenza *Kühne & Heitz* è da ritenersi soddisfatta soltanto nel caso in cui le parti abbiano invocato tra i motivi di impugnazione della decisione nazionale la violazione di norme di diritto comunitario.

Il riesame dell'atto resta dunque legato ad una lesione dell'effettività dei mezzi di tutela del singolo, il quale, pur avendo cercato in tutti i modi di far valere i propri diritti derivanti dall'ordinamento comunitario, non è riuscito nell'intento a causa dell'illegittimo comportamento del giudice di ultima istanza.

B) La seconda situazione prefigurata nel principio giurisprudenziale in esame si verifica nell'ipotesi — forse meramente di scuola — in cui il giudice nazionale di ultima istanza, in virtù del diritto interno, ha l'obbligo di sollevare d'ufficio i motivi di diritto con riferimento a norme interne di natura vincolante. Secondo la Corte, il detto giudice è tenuto a sollevare d'ufficio anche i motivi di diritto relativi alle norme comunitarie vincolanti.

In questa ipotesi il riesame dell'atto incompatibile si impone dunque anche quando il soggetto interessato non abbia precedentemente invocato in giudizio i diritti derivatigli dall'ordinamento comunitario. Ma il predetto obbligo di riesame si giustifica sulla base del principio di equivalenza della tutela che, come si è visto in precedenza, costituisce il complemento del principio di effettività.

In buona sostanza, se il giudice nazionale di ultima istanza è obbligato ad agire d'ufficio per violazione del diritto interno, il principio di equivalenza impone che tale giudice sia obbligato ad agire d'ufficio anche di fronte ad una violazione del diritto comunitario.

L'imposizione di un obbligo di riesame dell'atto in capo all'amministrazione appare dunque un rimedio giustificato, di fronte alla violazione dell'art. 234, par. 3 TCE da parte del giudice di ultima istanza, tenuto ad esaminare d'ufficio la compatibilità della decisione amministrativa con il diritto comunitario.

C) La terza situazione prefigurata si verifica nel caso in cui il giudice nazionale di ultima istanza ha, in virtù del diritto processuale nazionale, la facoltà di rilevare d'ufficio la violazione di una norma interna vincolante. Ebbene, anche in questo caso, secondo la

La sentenza *Kempton* sembra suffragare la tesi, espressa in dottrina, secondo la quale la sentenza *van Schijndel e van Veen* esprime un principio giurisprudenziale avente portata generale mentre la sentenza *Peterbroeck* costituisce un'eccezione a tale principio fondata sulla specificità dei fatti di causa (in questo senso cfr. T. TRIDIMAS, *The General Principles of EU Law*, cit., p. 462).

giurisprudenza della Corte, il detto giudice è tenuto a sollevare d'ufficio « i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante ».

Relativamente a questa ipotesi, l'orientamento giurisprudenziale in oggetto, enunciato nella sentenza *van Schijndel e van Veen*, sembra improntato alla stessa tecnica utilizzata dalla Corte nella sentenza *Kühne & Heitz*.

In entrambi i casi, infatti, una facoltà concessa dal diritto procedurale interno (la facoltà dell'amministrazione di riesaminare un atto definitivo nella sentenza *Kühne & Heitz*, e la facoltà di rilevare d'ufficio un vizio dell'atto nella sentenza *van Schijndel e van Veen*) viene trasformata in un obbligo. Ma allo stesso tempo si lasciano del tutto impregiudicati quegli ordinamenti nazionali che non riconoscono la detta facoltà (la prima condizione della sentenza *Kühne & Heitz* fa salvi gli ordinamenti in cui alla pubblica amministrazione è precluso il riesame dell'atto, mentre la giurisprudenza in esame non pregiudica gli ordinamenti in cui al giudice è precluso l'esame *ex officio* dei vizi dell'atto).

Come si è detto nel commento alla sentenza *Kühne & Heitz*, simili applicazioni "asimmetriche" dell'autonomia procedurale non ci paiono condivisibili. Accentuano, infatti, le disomogeneità presenti nei sistemi di tutela nazionali e, in modo paradossale, incidono soltanto negli ordinamenti che garantiscono un grado di effettività maggiore al diritto comunitario, lasciando impregiudicati quelli che assicurano un grado di effettività più basso (cfr. *supra*, par. IV) ⁵⁰.

Nel caso di specie, a nostro avviso, sarebbe stata preferibile una soluzione fondata interamente sull'autonomia procedurale, atteso che la compressione di tale principio cui dà luogo la soluzione della Corte non pare giustificata né dal principio di effettività della tutela e neppure dal principio di equivalenza.

Con riferimento al primo si deve osservare che, come è evidente, l'assenza di un obbligo in capo al giudice di esaminare d'ufficio la violazione di norme comunitarie non rende « praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario ». Per quanto concerne il principio

⁵⁰ Si consideri, ad esempio, un ordinamento A che prevede in capo al giudice la facoltà di rilevare d'ufficio taluni vizi del provvedimento impugnato, ivi compresa la violazione del diritto comunitario. È evidente che tale ordinamento assicura al diritto comunitario un'effettività maggiore rispetto ad un altro ordinamento B in cui il giudice è privo della predetta facoltà. Tuttavia l'orientamento giurisprudenziale in commento dà luogo ad una compressione dell'autonomia procedurale nell'ordinamento A, trasformando la facoltà del giudice in un obbligo, mentre lascia del tutto impregiudicata l'autonomia procedurale nell'ordinamento B.

di equivalenza, la sua applicazione comporterebbe una facoltà — e non un obbligo — per il giudice nazionale di esaminare la violazione del diritto comunitario.

Per rispondere all'interrogativo che ci eravamo posti, soltanto in questa terza situazione, l'obbligo di riesame dell'atto è da considerarsi svincolato dalla violazione dell'effettività della tutela e della sua equivalenza.

Limitatamente a questa ipotesi, dunque, la pronuncia della Corte non ci pare condivisibile poiché conduce ad una compressione dell'autonomia procedurale degli Stati membri e del principio di certezza del diritto, legato alla definitività dell'atto amministrativo, che pare priva di fondamento.

2) Il secondo quesito pregiudiziale, come si è detto, origina essenzialmente dalla quarta condizione della sentenza *Kühne & Heitz*, sulla base della quale, affinché si verifichi l'obbligo di riesame del provvedimento amministrativo definitivo, l'interessato deve rivolgersi all'organo amministrativo « immediatamente dopo » essere stato informato della nuova giurisprudenza della Corte che interpreta la pertinente disposizione di diritto comunitario.

Sebbene nella sentenza *Kühne & Heitz* la Corte non offra una spiegazione delle ragioni sottese alla condizione predetta — né, invero, delle altre tre —, appare presumibile che alla sua base vi sia il principio di certezza del diritto. Ove l'obbligo di riesame fosse illimitato nel tempo, infatti, si determinerebbe una situazione di incertezza circa la stabilità delle situazioni giuridiche derivanti dalla decisione amministrativa.

Nella sentenza *Kempter* la Corte, senza dichiararlo espressamente, sembra rinunciare a tale condizione, come suggeritole dall'Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni ⁵¹.

I giudici di Lussemburgo in buona sostanza riconducono la quarta condizione ai fatti della causa *Kühne & Heitz*, lasciando intendere che essa non abbia una portata generale.

La risposta al quesito in oggetto prende infatti le mosse dalla rievocazione del comportamento della ricorrente nella causa *Kühne & Heitz*. Questa aveva chiesto il riesame delle decisione definitiva entro un termine inferiore a tre mesi dal momento in cui era venuta a conoscenza della nuova giurisprudenza comunitaria ⁵².

⁵¹ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, 24 aprile 2007, causa C-2/06, *Kempter*, cit., punti 124 e ss. Cfr., in particolare, il punto 132 nel quale esplicitamente l'Avvocato generale afferma a chiare lettere che « l'esistenza stessa di tale condizione deve essere messa in discussione ».

⁵² Punti 54 e 55 della sentenza *Kempter*, cit.

Successivamente la Corte afferma che nella sentenza *Kühne & Heitz* essa « non aveva richiesto che una domanda di riesame fosse necessariamente presentata non appena il richiedente fosse venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda si fondava »⁵³. Ed infine dichiara che « il diritto comunitario non impone alcun termine preciso per la presentazione di una domanda di riesame »⁵⁴.

In questo modo l'affermazione contenuta nel dispositivo della sentenza *Kühne & Heitz*, secondo la quale l'obbligo di riesame sorge qualora l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo « immediatamente dopo essere stato informato » della nuova giurisprudenza della Corte, sembra perdere il suo rango di "condizione" avente portata generale. Ed assume piuttosto la portata di una mera circostanza di fatto verificatasi nella causa *Kühne & Heitz*.

La pronuncia della Corte di giustizia appare senz'altro condivisibile nel merito.

È vero che la fissazione di un termine alle domande di riesame di una decisione amministrativa definitiva risponde ad esigenze di certezza del diritto. Ma, come rammenta la Corte, in virtù del principio di autonomia procedurale, spetta agli Stati membri stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela delle posizioni giuridiche soggettive derivanti dal diritto comunitario⁵⁵. Gli Stati membri sono dunque « liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza »⁵⁶.

Il cambiamento di prospettiva rispetto alla sentenza *Kühne & Heitz* appare evidente. Non soltanto il diritto comunitario non impone che la domanda di riesame sia proposta « immediatamente », ma il termine eventualmente fissato dagli Stati non deve essere eccessivamente breve. Ove lo fosse potrebbe risultare pregiudicato il principio di effettività della tutela.

Meno convincente appare la tecnica decisoria utilizzata dalla Corte. Questa, come si è detto, al fine di rinunciare alla quarta condizione della sentenza *Kühne & Heitz*, invece di spiegare apertamente le ragioni di quello che appare come un *revirement* giurisprudenziale, ha offerto una lettura della detta condizione che la riconduce alle circostanze di fatto di quella causa.

Senonché una simile lettura appare prospettabile in relazione a

⁵³ Punto 55 della sentenza *Kempter*, cit.

⁵⁴ Punto 56 della sentenza *Kempter*, cit.

⁵⁵ Punto 57 della sentenza *Kempter*, cit.

⁵⁶ Punto 60 della sentenza *Kempter*, cit.

ciascuna delle quattro condizioni della sentenza *Kühne & Heitz*, le quali evidentemente originano tutte dai fatti di causa.

Come opportunamente ha rilevato l'Avvocato generale Bot nelle sue conclusioni, nella sentenza *Kühne & Heitz*, la Corte si è attenuta rigorosamente al contesto della causa elencando quattro circostanze della causa principale che fanno sorgere l'obbligo di riesame⁵⁷. Ma, come è ovvio, l'origine di tali condizioni non esclude che queste siano suscettibili di applicazione generale.

Anzi la portata generale delle sentenze interpretative della Corte e la circostanza che la stessa Corte abbia più volte citato il principio giurisprudenziale in oggetto nella giurisprudenza successiva, anche riferendosi espressamente a tali circostanze come "condizioni", inducono a ritenere che tale orientamento abbia portata generale⁵⁸.

La strada intrapresa dalla Corte nella sentenza *Kempter*, dunque, a nostro avviso, non accresce il grado di certezza sull'applicazione dei pregressi orientamenti giurisprudenziali, ed anzi fa sorgere il dubbio che la Corte possa in futuro applicare la stessa tecnica utilizzata nella sentenza *Kempter* per rinunciare ad altre delle condizioni fissate nella sentenza *Kühne & Heitz*, della cui portata generale è oggi lecito dubitare.

Allo stato attuale, nonostante i dubbi ora prospettati, l'obbligo di riesame della decisione amministrativa definitiva incompatibile con il diritto comunitario sembra ancora soggetto alle prime tre condizioni della sentenza *Kühne & Heitz*.

La prima condizione, in base alla quale l'obbligo di riesame sorge se l'autorità amministrativa dispone della competenza a ritornare sulla decisione, appare infatti confermata dalla sentenza *Kapferer*, nella quale la Corte utilizza la condizione in oggetto per escludere l'applicabilità della sentenza *Kühne & Heitz* alle decisioni giurisdizionali passate in giudicato⁵⁹.

⁵⁷ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, 24 aprile 2007, causa C-2/06, *Kempter*, cit., punto 48.

⁵⁸ Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, 24 aprile 2007, causa C-2/06, *Kempter*, cit., punto 58.

⁵⁹ Cfr. Corte giust. 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, cit., punto 23 dove, relativamente alla sentenza *Kühne & Heitz*, si afferma che: « (...) anche ammettendo che i principi elaborati in tale sentenza siano trasferibili in un contesto che, come quello della causa principale, si riferisce ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato, occorre ricordare che tale medesima sentenza subordina l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 CE, di riesaminare una decisione definitiva che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione (v. punti 26 e 28 della detta sentenza). Orbene, nel caso di specie, è sufficiente rilevare che dalla decisione di rinvio risulta che la suindicata condizione non ricorre ».

La seconda condizione, come si è visto, ha trovato applicazione nella sentenza *i-21 Germany*. La terza (strettamente connessa alla precedente), invece, è stata oggetto di interpretazione nella stessa sentenza *Kempter*.

Da un punto di vista generale si deve osservare che la Corte di giustizia aveva, con la causa in esame, l'occasione di rimeditare l'orientamento espresso nella sentenza *Kühne & Heitz*, enunciando un principio giurisprudenziale netto suscettibile di applicazione generale. Invece, conformemente all'approccio caso per caso fin qui adottato in materia di decisioni nazionali definitive, ha preferito limitarsi a fornire al giudice del rinvio le indicazioni minime indispensabili per emanare la sua pronuncia.

A nostro avviso, ai fini dell'individuazione di una soluzione più chiara, sarebbe stato opportuno concentrarsi sull'effettività della tutela del soggetto interessato.

In altri termini, si sarebbe potuto evidenziare che l'autonomia procedurale degli Stati membri incontra un limite quando il sistema processuale nazionale abbia reso "praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario".

Ciò, segnatamente, si verifica quando si avverano la seconda e la terza condizione della sentenza *Kühne & Heitz* in base alle quali: "la decisione in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza"; "tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE".

I due requisiti predetti evidenziano, infatti, che l'obbligo di riesame sussiste solo quando il soggetto ha fatto tutto il possibile per ottenere la tutela dei diritti conferiti dall'ordinamento comunitario, ma non vi sia riuscito, anche a causa della violazione dell'obbligo di rinvio da parte della giurisdizione di ultima istanza.

Come si è sostenuto, non ci pare, invece, condivisibile la prima condizione che dà luogo ad un'applicazione "asimmetrica" dell'autonomia procedurale (cfr. *supra* par. IV). Mentre, per quanto concerne la quarta "condizione", come si è appena detto, risulta dalla stessa sentenza *Kempter* che non si tratta di una vera e propria condizione, ma della mera proiezione di una circostanza di fatto della causa *Kühne & Heitz*.

Infine, in relazione alla questione, sollevata nel primo quesito pregiudiziale della causa *Kempter*, utilizzando come criterio guida

l'effettività della tutela, si sarebbe, forse, potuto evidenziare, che il soggetto interessato ha diritto al riesame del provvedimento definitivo soltanto se ha lamentato la violazione del diritto comunitario nell'ambito dell'impugnazione dell'atto. Diversamente, infatti, non si potrebbe sostenere che il sistema processuale nazionale gli abbia reso "praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario".

Ciò, ad eccezione dell'ipotesi limite in cui il giudice nazionale sia tenuto, in virtù del diritto interno, a sollevare d'ufficio i motivi di diritto con riferimento a norme interne di natura vincolante. In questo caso non occorre un'iniziativa di parte, perché il principio di equivalenza della tutela — complemento del principio di effettività — impone al giudice di sollevare d'ufficio anche i motivi di diritto derivanti dall'ordinamento comunitario.

VII. Il secondo filone giurisprudenziale è costituito dalle sentenze *Eco Swiss*⁶⁰ e *Kapferer*⁶¹, le quali, diversamente dalle sentenze fin qui esaminate, scaturenti da controversie "verticali", originano da controversie intercorrenti tra soggetti privati.

La predetta circostanza, come vedremo, incide nel bilanciamento dei principi generali utilizzati dalla Corte di giustizia, la quale adotta nelle due sentenze in commento una soluzione diversa da quella proposta nella sentenza *Kühne & Heitz*.

A differenza del precedente filone, nel quale è possibile scorgere un'evoluzione giurisprudenziale, nelle due sentenze in commento la Corte applica sostanzialmente la medesima soluzione. Appare dunque opportuno, dopo aver brevemente riassunto i fatti delle due cause, esaminarle congiuntamente.

La sentenza *Eco Swiss*, emanata il 1° giugno 1999, origina dall'impugnazione tardiva di un lodo arbitrale. Tale lodo riconosceva degli effetti ad un contratto che, avendo come oggetto la compartimentazione del mercato, appariva contrario all'art. 85 TCE (ora art. 81 TCE), e dunque nullo⁶².

⁶⁰ Corte giust. 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss*, cit.

⁶¹ Corte giust. 16 marzo 2006, causa C-234/04, *Kapferer*, cit.

⁶² Segnatamente si trattava di un contratto di licenza tra la Benetton, la Eco Swiss e la Bulova. Con tale contratto la Benetton concedeva alla Eco Swiss il diritto di produrre orologi recanti la menzione "Benetton by Bulova", che potevano successivamente essere venduti dalla Eco Swiss e dalla Bulova. Il contratto di licenza prevedeva poi che la Eco Swiss non avrebbe potuto più vendere articoli di orologeria in Italia; analogo divieto sarebbe ricaduto sulla Bulova per le vendite negli altri Stati che all'epoca erano membri della comunità. Tale contratto di licenza, che avrebbe consentito alle parti spartirsi il mercato, non è stato notificato alla Commissione e non era coperto da un'esenzione di categoria

Ma, non essendo stato impugnato entro il termine prescritto dalle norme processuali nazionali, il lodo in oggetto aveva acquisito l'autorità di cosa giudicata.

Il giudice nazionale, adito tardivamente, sollevava dunque rinvio pregiudiziale per domandare alla Corte se dovessero essere disapplicate le norme di diritto processuale nazionale, ai sensi delle quali un lodo arbitrale, che non ha fatto oggetto di un'impugnazione per nullità entro il termine di legge, acquisisce l'autorità della cosa giudicata.

La Corte di giustizia nella sentenza rammenta che, ai sensi delle norme di procedura nazionali applicabili, l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale può essere proposta entro il termine di tre mesi a decorrere dal deposito delle lodo presso la cancelleria del giudice competente. Un termine siffatto, a giudizio della Corte, non è tale da rendere « eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario »⁶³.

Inoltre, sottolinea la Corte, le norme di procedura nazionale che conferiscono al lodo non impugnato efficacia di giudicato, si giustificano in virtù del principio della certezza del diritto e di quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce l'espressione⁶⁴.

Pertanto il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare norme siffatte, anche se ciò è necessario per poter esaminare la compatibilità del lodo arbitrale con l'articolo 81 del Trattato⁶⁵.

Sostanzialmente analoga, come si è anticipato, è la soluzione offerta dalla Corte nella sentenza *Kapferer*, che trae origine da una causa intentata presso un tribunale austriaco da una consumatrice domiciliata in Austria contro una società stabilita in Germania⁶⁶.

La società di diritto tedesco contestava la competenza del giudice austriaco, adito dalla ricorrente sulla base degli articoli 15 e 16 del regolamento 44/2001⁶⁷. Il detto giudice, dal canto suo, rigettava l'eccezione di incompetenza sollevata dalla convenuta ed al con-

⁶³ Punto 45 della sentenza *Eco Swiss*, cit.

⁶⁴ Punto 46 della sentenza *Eco Swiss*, cit.

⁶⁵ Punto 47 della sentenza *Eco Swiss*, cit.

⁶⁶ In particolare, l'attrice, che aveva ricevuto a più riprese delle lettere pubblicitarie da parte della convenuta contenenti delle promesse di premi, decideva di aderire, senza aver letto le condizioni di partecipazione che subordinavano l'assegnazione dei premi predetti ad un'ordinazione. Non avendo ricevuto il premio, la consumatrice si rivolgeva al *Bezirksgericht Hall in Tirol* chiedendo la condanna della convenuta a pagarle il premio promesso maggiorato degli interessi.

⁶⁷ Regolamento (CE) del Consiglio 22 dicembre 2000, n. 44/2001, concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *GUCE* L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1.

tempo respingeva integralmente le richieste dell'attrice, che successivamente presentava ricorso in appello.

La convenuta, avendo vinto nel merito in primo grado, decideva di non impugnare la decisione sulla competenza, che acquisiva così forza di giudicato.

Il giudice di secondo grado, tuttavia, nutrendo dubbi quanto alla competenza del giudice adito in primo grado, sollevava rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia per domandare se, in forza dell'articolo 10 TCE, alla luce dei principi enunciati nella sentenza *Kühne & Heitz*, fosse comunque tenuto a riesaminare ed annullare una decisione passata in giudicato ove questa fosse risultata contraria al diritto comunitario.

La Corte, nella sentenza, emanata il 16 marzo 2006, dopo aver rammentato l'importanza del principio del giudicato, richiama i principi di equivalenza e di effettività delle modalità procedurali intese a garantire la salvaguardia dei diritti derivanti dal diritto comunitario. Secondo la Corte il rispetto di tali limiti al potere degli Stati membri in materia processuale non è stato messo in discussione nella controversia principale, per quanto attiene al procedimento d'appello ⁶⁸.

In relazione alla sentenza *Kühne & Heitz*, evocata nell'ordinanza di rinvio, la Corte afferma che questa non è tale da rimettere in discussione i principi sopra richiamati: « infatti, anche ammettendo che i principi elaborati in tale sentenza siano trasferibili in un contesto che, come quello della causa principale, si riferisce ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato, occorre ricordare che tale medesima sentenza subordina l'obbligo (...) di riesaminare una decisione definitiva (...) alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga (...) del potere di tornare su tale decisione ». Tale condizione non ricorreva nel caso di specie ^{69 70}.

⁶⁸ Punti 20-22 della sentenza *Kapferer*, cit.

⁶⁹ Punto 23 della sentenza *Kapferer*, cit.

⁷⁰ Appare opportuno precisare che il riferimento della Corte al primo requisito della sentenza *Kühne & Heitz*, nella sentenza *Kapferer*, non pare inficiare l'inquadramento delle due sentenze ora citate in distinti filoni giurisprudenziali.

La *ratio decidendi* della sentenza *Kapferer* è infatti da ravvisarsi nei suoi punti 20-22, sopra sintetizzati, che ripropongono, in sostanza, gli argomenti già enunciati dalla Corte nella sentenza *Eco-Swiss*.

Il punto 23, nel quale la Corte esclude che nel caso di specie sia soddisfatta la prima condizione della sentenza *Kühne & Heitz*, sembra invece contenere un semplice *obiter dictum* (« [s]i deve aggiungere che (...) », esordisce la Corte), dettato dalla formulazione del quesito pregiudiziale, nel quale si faceva espresso riferimento alla sentenza *Kühne & Heitz*.

In tale punto, peraltro, la Corte non afferma l'applicabilità del principio giurisprudenziale enunciato nella sentenza *Kühne & Heitz* al caso delle sentenze passate in giudicato contrastanti con il diritto comunitario. Ma si limita a prendere in considerazione tale principio

Per questa ragione « il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 TCE non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato qualora risulti che questa viola il diritto comunitario » ⁷¹.

Il fulcro delle due sentenze ora descritte sembra ravvisabile, ancora una volta, nella ricerca di un equilibrio tra l'autonomia procedurale degli Stati membri (che deriva dai principi sul riparto di competenze) e l'effettività del diritto comunitario. Ma nel precedente filone giurisprudenziale, come si è visto, l'applicazione dei due principi in oggetto si risolve in un temperamento che dà luogo alla parziale limitazione dell'autonomia procedurale per assicurare un maggior grado di effettività. Nelle sentenze in esame invece la Corte fonda la soluzione offerta ai giudici nazionali sul rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri. Di conseguenza la forza della *res iudicata* nazionale non risulta in alcun modo scalfita.

Vi sono almeno due ragioni che spiegano il differente approccio dei giudici di Lussemburgo.

In primo luogo, come si è sopra sostenuto, quando delle norme comunitarie conferiscono diritti ai singoli, l'effettività di tali norme si identifica con la tutelabilità dei diritti da esse conferiti. Ciò comporta che, se il titolare del diritto non ha esaurito i mezzi di ricorso a sua disposizione per ottenere tutela, non può ravvisarsi una violazione del principio di effettività.

Come si è detto, sembra questa la principale ragione in virtù della quale la Corte, nelle sentenze *Kühne & Heitz* e *i-21 Germany*, subordina l'obbligo di riesame del provvedimento incompatibile alla circostanza che il soggetto abbia esaurito tutti i gradi di giudizio.

Ebbene, se così stanno le cose, nelle due cause in esame non è dato riscontrare una violazione del principio di effettività. Segnatamente, nella causa *Eco Swiss* la ricorrente aveva ommesso di impugnare il lodo arbitrale contestato entro i termini prescritti; nella causa *Kapferer*, invece, la società tedesca resistente sembra avere

in un'ottica meramente ipotetica (significativo è l'uso dell'espressione « (...) anche ammettendo che » i principi elaborati in tale sentenza siano applicabili alle sentenze definitive).

Assai più chiare in proposito sono le conclusioni alla causa in questione dell'Avvocato generale Tizzano, nelle quali, condivisibilmente, si esclude in modo netto l'applicabilità del principio giurisprudenziale enunciato nella sentenza *Kühne & Heitz*, alle sentenze passate in giudicato. Ciò sulla base del rilievo che la questione concernente la revocabilità di provvedimenti amministrativi definitivi, affrontata nella sentenza *Kühne & Heitz*, è « (...) di diversa natura e portata rispetto a quella che coinvolge il principio della *res iudicata* (...) » (Conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, 10 novembre 2005, causa C-234/04, *Kapferer*, in *Racc.* p. I-2585, punti 24 e 25).

⁷¹ Punto 24 della sentenza *Kapferer*, cit.

consapevolmente rinunciato alla possibilità di far valere il difetto di competenza del giudice austriaco al fine di incrementare le possibilità di vincere la causa nel merito.

Appare dunque condivisibile l'approccio della Corte, la quale, dopo aver riscontrato l'idoneità delle norme procedurali nazionali a consentire l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario, conclude che non sussiste una violazione dell'effettività della tutela tale da giustificare la compressione dell'autonomia procedurale nazionale.

La seconda ragione che giustifica la preservazione della forza della cosa giudicata nelle due sentenze in esame risiede nella natura "orizzontale" delle controversie *a quo*, che, a nostro avviso, si riflette nel bilanciamento dei principi in gioco. La natura "verticale" o "orizzontale" della controversia determina infatti in questo contesto l'applicabilità o meno del principio di leale cooperazione ex art. 10 TCE.

In particolare, nelle controversie "verticali" che hanno ad oggetto l'applicazione di norme comunitarie, le parti non si collocano sullo stesso piano poiché l'amministrazione nazionale è soggetta all'obbligo di leale cooperazione. Tale obbligo, nelle sentenze che abbiamo raggruppato nel primo filone giurisprudenziale, sembra elidere l'affidamento che l'amministrazione può riporre sulla forza di cosa giudicata di una decisione giurisdizionale incompatibile con il diritto comunitario.

In altre parole, l'esigenza che l'amministrazione adotti « tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal (...) trattato » (art. 10 TCE), prevale sull'affidamento che la stessa amministrazione ripone sul suo provvedimento divenuto definitivo in seguito ad una sentenza passata in giudicato ma rivelatosi incompatibile con il diritto comunitario.

La predetta ricostruzione appare suffragata anche dal punto 27 della sentenza *Kühne & Heitz* nel quale si afferma che, nell'espletare l'obbligo di riesame del provvedimento incompatibile con il diritto comunitario, l'amministrazione non deve « ledere gli interessi di terzi ». Come si è sopra accennato, tale affermazione appare riconducibile alla necessità di tutelare l'affidamento che eventualmente dei soggetti privati ripongono sulla decisione amministrativa definitiva.

Ebbene, la circostanza che la Corte ritenga intangibili gli interessi che derivano dalla decisione definitiva in capo ai terzi, mentre considera sacrificabile l'affidamento dell'amministrazione sul suo provvedimento definitivo, è, a nostro avviso, indicativo del fatto che l'obbligo di leale cooperazione pone l'amministrazione in una posi-

zione deteriore rispetto a quella nella quale si trovano le parti private eventualmente coinvolte.

Per contro, nelle controversie “orizzontali”, come quelle che hanno dato luogo alle due sentenze in esame, le parti si collocano esattamente sullo stesso piano. Ciò comporta che un eventuale affievolimento della *res iudicata* darebbe luogo ad una lesione difficilmente giustificabile dell'affidamento che la parte vincitrice ripone sul provvedimento giurisdizionale.

In estrema sintesi, nel filone giurisprudenziale in esame abbiamo su un piatto della bilancia l'autonomia procedurale e la certezza del diritto e sull'altro l'effettività del diritto comunitario, ma non anche il principio di leale cooperazione come nel filone giurisprudenziale esaminato in precedenza. Ciò determina il prevalere delle regole procedurali nazionali riguardanti la *res iudicata*.

A nostro avviso, dunque, anche nel caso in cui in una controversia “orizzontale” una delle parti in causa facesse tutto il possibile per tutelare i suoi diritti derivanti dall'ordinamento comunitario, ma non riuscisse nell'impresa per via della violazione dell'art. 234, par. 3 TCE, da parte di un giudice di ultima istanza, si dovrebbe comunque pervenire ad una soluzione che salvaguarda l'autorità di cosa giudicata nei confronti della controparte.

In un'ipotesi come quella ora prefigurata saremmo senz'altro in presenza di una violazione dell'effettività dei mezzi di tutela (e dunque del diritto sostanziale che si vuole tutelare). Ma il rimedio ad una simile violazione, imputabile ad un organo statale, non potrebbe essere, a nostro avviso, la revocazione della sentenza passata in giudicato che pregiudicherebbe la certezza del diritto in generale e l'affidamento della parte vincitrice in particolare.

L'unico mezzo di tutela possibile per la parte soccombente, in un'ipotesi del genere, sarebbe invece l'azione di responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte di una giurisdizione di ultima istanza ⁷².

L'impostazione proposta appare del resto speculare a quella utilizzata dalla Corte in merito alla non invocabilità delle direttive non attuate nelle controversie “orizzontali”. Questa, come è noto, comporta che soltanto lo Stato, responsabile della mancata trasposizione di una direttiva, può subire conseguenze pregiudizievoli scaturenti dalla suddetta omissione. Pertanto, ove non sia possibile interpretare il diritto interno conformemente alla direttiva non tra-

⁷² Corte giust. 30 settembre 2003, causa C-224/01, *Köbler*, cit.; 13 giugno 2006, causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Racc.*, p. I-5177.

sposta, l'unico rimedio esperibile per i soggetti pregiudicati è l'azione per il risarcimento del danno eventualmente prodotto dallo Stato per via della sua omissione ⁷³.

Analogamente riteniamo che, nel caso in cui una sentenza di un giudice di ultima istanza che ha violato l'obbligo di rinvio pregiudiziale risulti successivamente contraria al diritto comunitario, i rimedi esperibili debbano variare in funzione della natura delle parti della controversia.

Segnatamente nell'ipotesi di controversie "verticali", in virtù del principio di leale cooperazione, i rimedi esperibili sono il riesame dell'atto da parte dell'amministrazione conformemente a quanto sancito nella sentenza *Kühne & Heitz*, ed eventualmente il risarcimento del danno prodotto, conformemente al principio giurisprudenziale stabilito nella sentenza *Köbler*.

Nell'ipotesi di controversie "orizzontali", invece, stante la necessità di tutelare la certezza del diritto e l'affidamento che la parte privata vincitrice della controversia ripone sulla sentenza passata in giudicato, l'unico rimedio possibile ci sembra il risarcimento del danno da parte dello Stato membro ⁷⁴.

VIII. Il terzo filone giurisprudenziale è stato di recente inaugurato dalla sentenza *Lucchini*, emanata il 18 luglio 2007 e rimasta finora isolata ⁷⁵.

⁷³ La pronuncia capostipite in materia di non invocabilità delle direttive nei rapporti orizzontali, come è noto, è la sentenza *Marshall* del 26 febbraio 1986, causa 152/84, in *Racc.* p. 723, punto 48, dove si afferma che « la natura cogente della direttiva sulla quale è basata la possibilità di farla valere dinanzi al giudice nazionale, esiste solo nei confronti dello Stato membro cui è rivolta. Ne consegue che la direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e che una disposizione d'una direttiva non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei confronti dello stesso ». Tale orientamento trova conferma anche nella giurisprudenza più recente. Cfr., in proposito, Corte giust. 5 ottobre 2004, cause riunite C-397/01 a C-403/01, *Pfeiffer e a.*, in *Racc.*, p. I-8835, punto 108 e 7 giugno 2007, causa C-80/06, *Carp*, in *Racc.* p. I-4473, punto 20.

⁷⁴ Si deve segnalare che la dottrina ha a giusto titolo criticato l'orientamento della Corte in materia di effetti diretti verticali delle direttive (sia consentito limitare i riferimenti a R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di uguaglianza*, in questa *Rivista*, 1998, pp. 81 e ss). Ciò anche alla luce del fatto che il riconoscimento di effetti diretti in un rapporto orizzontale non pregiudica il legittimo affidamento del soggetto contro cui la direttiva è invocata. Tale soggetto, infatti, grazie alla pubblicazione delle direttive nella Gazzetta Ufficiale è in grado di prendere conoscenza per tempo del contenuto dell'atto e degli obblighi ad egli indirizzati.

Ma tale condivisibile considerazione non è applicabile al caso delle sentenze di ultimo grado passate in giudicato. La parte vincitrice della controversia, infatti, deve poter fare affidamento sulla sentenza passata in giudicato non potendo in alcun modo prevedere che l'interpretazione conferita dal giudice nazionale alla norma comunitaria rilevante sarà poi smentita da una successiva giurisprudenza della Corte di giustizia.

⁷⁵ Corte giust. 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, cit.

La sentenza predetta, al pari di quelle inquadrate nel primo filone, sorge da una controversia “verticale” intercorrente tra un’impresa privata e l’amministrazione di uno Stato membro. Ma presenta un elemento di distinzione, che si riflette in modo significativo nel bilanciamento dei principi generali in gioco. Segnatamente, mentre le controversie da cui originano le sentenze raggruppate nel primo filone riguardano materie in cui l’amministrazione nazionale è chiamata a dare esecuzione al diritto comunitario, la sentenza *Lucchini* riguarda la materia degli aiuti di Stato, che, come è noto, è oggetto di esecuzione diretta da parte della Commissione. Le autorità amministrative nazionali sono infatti prive della competenza ad erogare l’aiuto se non in seguito ad una decisione favorevole da parte della Commissione.

Il caso *Lucchini* origina da un aiuto di Stato concesso ad un’impresa siderurgica italiana in violazione del Trattato CECA.

In particolare il Trattato predetto, scaduto il 23 luglio 2002, vietava la concessione di aiuti di Stato nei settori del carbone e dell’acciaio (art. 4, lett. c). Ma talune decisioni della Commissione, fondate sull’art. 95, primo e secondo comma del Trattato CECA, istituivano dei regimi di deroga (i c.d. “codici degli aiuti alla siderurgia”), che prevedevano una procedura di approvazione preventiva di ogni aiuto da parte della Commissione, del tutto analoga a quella prevista dall’art. 88 TCE ⁷⁶.

Nel novembre del 1985 l’industria siderurgica *Lucchini* domandava all’amministrazione italiana delle agevolazioni finanziarie, ai sensi della legge 2 maggio 1976, n. 183 sulla disciplina dell’intervento straordinario nel Mezzogiorno.

Nell’aprile del 1988 l’amministrazione interessata notificava alla commissione il progetto di aiuto a favore della *Lucchini*, come previsto dal c.d. “terzo codice degli aiuti alla siderurgia” ⁷⁷.

Con decisione del 20 giugno 1990 (90/555/CECA) la Commissione dichiarava incompatibili con il mercato comune gli aiuti previsti a favore della *Lucchini*.

La *Lucchini* dal canto suo non impugnava la decisione predetta innanzi al giudice comunitario ma proseguiva un’azione, intentata

⁷⁶ Cfr., in particolare, le decisioni della Commissione 7 agosto 1981, n. 2320/81/CECA, recante norme comunitarie per gli aiuti a favore dell’industria siderurgica, in *GUCE* L 228 del 13 agosto 1981, p. 14 (c.d. secondo codice degli aiuti di Stato alla siderurgia); 27 novembre 1985, n. 3484/85/CECA, recante norme comunitarie per gli aiuti a favore della siderurgia, in *GUCE* L 340 del 18 dicembre 1985, p. 1 (c.d. terzo codice degli aiuti di Stato alla siderurgia), entrambe rilevanti nella causa *Lucchini*.

⁷⁷ Decisione della commissione 27 novembre 1985, n. 3484/85/CECA, cit.

l'anno precedente di fronte al Tribunale di Roma, volta al riconoscimento del suo diritto all'erogazione dell'aiuto sulla base legge n. 183/1976.

Di fronte al giudice italiano le parti non invocavano la decisione della Commissione del 1990, o il diritto CECA in generale. Il Tribunale adito riconosceva dunque, sulla base della legge italiana, il diritto della Lucchini all'erogazione. Tale pronuncia era successivamente confermata da una sentenza d'appello che non veniva impugnata dall'amministrazione soccombente, e passava così in giudicato il 28 febbraio 1995.

Nel marzo del 1996 l'amministrazione italiana erogava l'aiuto in esecuzione della sentenza della Corte d'appello. Ma, su sollecitazione della Commissione, appena sei mesi più tardi, revocava il precedente provvedimento, ed ordinava alla Lucchini la restituzione delle somme percepite.

La Lucchini impugnava il provvedimento di revoca innanzi al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, che accoglieva il ricorso sul presupposto che il rispetto della cosa giudicata costituisce un limite alla potestà della pubblica amministrazione di revocare i propri atti illegittimi.

Il Consiglio di Stato, chiamato a pronunciarsi in appello, decideva di sollevare rinvio pregiudiziale, domandando, in buona sostanza, alla Corte se, in forza del principio del primato del diritto comunitario, in un caso come quello di specie, l'amministrazione nazionale sia tenuta al recupero dell'aiuto nonostante la formazione di un giudicato civile che aveva affermato l'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo.

La Corte di giustizia fonda la sentenza sul riparto di competenze tra Comunità e Stati membri e sul primato del diritto comunitario. La linea di argomentazione adottata appare efficacemente riassunta nei punti 62 e 63 della stessa sentenza che riportiamo di seguito:

« (...) la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario. Questo principio è vincolante nell'ordinamento giuridico nazionale in quanto corollario della preminenza del diritto comunitario.

« Le questioni sollevate vanno pertanto risolte nel senso che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto

di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della commissione divenuta definitiva ».

In altri termini, secondo i giudici di Lussemburgo, la sentenza nazionale passata in giudicato, nel caso di specie, è lesiva del riparto di competenze tra Comunità e Stati membri. Essa determina l'erogazione di un aiuto dichiarato incompatibile con una decisione della Commissione che non è stata impugnata di fronte al giudice comunitario. Pertanto, in virtù del primato del diritto comunitario, la norma nazionale che riconosce la forza di *res iudicata* alla sentenza in questione deve essere disapplicata dal giudice del rinvio.

Come era prevedibile, la sentenza in esame non ha mancato di suscitare le reazioni della dottrina ⁷⁸, alcune delle quali aspramente critiche ⁷⁹.

Per valutare la sentenza *Lucchini*, determinandone la portata, appare opportuno esaminare il suo rapporto con i precedenti giurisprudenziali sopra analizzati in materia di contrasto tra atti nazionali definitivi e diritto comunitario.

In particolare occorre stabilire se la sentenza in esame si collochi in discontinuità con i precedenti giurisprudenziali in materia, assai meno impattanti sulle regole procedurali interne ⁸⁰, costituendo una sorta di deriva estrema dell'effettività comunitaria, o se, invece,

⁷⁸ Sulla sentenza *Lucchini* cfr. R. BARATTA, *La cosa giudicata non limita il principio della primauté ... peraltro espunto dal progetto di riforma dell'Unione europea*, in *Giust. civ.*, 2007, p. 2659 ss.; F. LAJOLO, *L'Europa abbatte un mito: il giudicato*, in *Dir. comm. internaz.*, 2007, p. 724 ss.; C. CONSOLO, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corr. giur.*, 2007, p. 1189 ss.; Id. *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008 p. 225 ss.; M. T. STILE, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Dir. com. scambi internaz.*, 2007, p. 733 ss.; P. NEBBIA: *Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, in *European Law Rev.*, 2008, p. 427 ss.; A. NEGRELLI, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti. (Brevi riflessioni in margine alla sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee 18 luglio 2007, in causa C-119/05)*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, pp. 1217 ss.; G. VITALE, *Il recupero degli aiuti di Stato illegittimamente erogati tra autorità del giudicato ed incompatibilità con il mercato comune in una recente sentenza della Corte di giustizia*, in questa *Rivista*, 2008, p. 595 ss.

⁷⁹ Cfr. ad es. G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2008, pp. 515-516, il quale afferma che la disapplicazione dell'art. 2909 cod. civ. costituisce un risultato « umiliante quanto abnorme » atteso che il nostro regime dell'atto amministrativo è del tutto conforme ai principi comunitari dell'equivalenza e dell'effettività.

⁸⁰ Secondo G. GRECO, *Illegittimità comunitaria*, cit., pp. 515-516 la disapplicazione dell'art. 2909 cod. si sarebbe potuta evitare se la Corte avesse operato il vaglio di conformità comunitaria in base ai criteri dell'equivalenza e dell'effettività come è avvenuto nel precedente *Kapferer*. Parzialmente diversa è la ricostruzione offerta da C. CONSOLO, *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia*, cit. p. 226 ss., secondo il quale la sentenza *Lucchini* costituisce l'acme

stante le caratteristiche del caso di specie, possa considerarsi coerente con la giurisprudenza predetta.

Ad una prima lettura si potrebbe propendere per l'ipotesi della discontinuità rispetto ai precedenti, atteso che la Corte di giustizia applica nella sentenza in esame un complesso di principi generali apparentemente diversi da quelli utilizzati nelle altre sentenze sin qui considerate.

Segnatamente, come si è visto, i due filoni giurisprudenziali precedentemente esaminati hanno come denominatore comune la tensione tra l'autonomia procedurale degli Stati membri ed il principio di effettività del diritto comunitario. In entrambi, inoltre, si pone il problema di tutelare la certezza del diritto, connaturata alla natura definitiva degli atti nazionali in questione.

Ebbene, nella sentenza *Lucchini* non è dato cogliere un riferimento, neppure larvato, ad alcuno dei principi da ultimo citati. Come si è detto, infatti, la Corte risolve il quesito pregiudiziale sottoposto dal Consiglio di Stato sulla base del riparto di competenze fra Comunità e Stati membri e della « preminenza del diritto comunitario ».

Ma, a nostro avviso, in considerazione delle circostanze di specie, l'approccio della Corte non è incoerente con la giurisprudenza pregressa.

Come si è anticipato, infatti, la materia degli aiuti di Stato, sulla quale verte la controversia, è una delle poche oggetto di esecuzione diretta da parte della Commissione. Ciò comporta che la competenza della Comunità non si limita, come in altre materie, al solo diritto sostanziale. Ma si estende anche alle regole procedurali ed al diritto processuale applicabile.

In altri termini alla disciplina sostanziale, costituita dal divieto di concedere aiuti di Stato e dalla previsione di deroghe a tale divieto, si aggiunge una disciplina procedurale, relativa alla concessione delle deroghe da parte della Commissione, ed una disciplina processuale, relativa all'impugnazione delle decisioni della Commissione di fronte alla Corte.

Tale elemento ha delle conseguenze decisive sul piano dell'applicazione dei principi generali necessari a risolvere la questione prospettata.

In particolare nel contesto ora descritto non sembra si possa invocare l'autonomia procedurale degli Stati membri.

di un itinerario di sentenze volto ad erodere la forza del giudicato sostanziale interno quando questo contrasta con il diritto comunitario.

Come si è detto, la predetta autonomia discende dal principio delle competenze di attribuzione, in base al quale, come è noto, la Comunità agisce nei limiti delle competenze che le sono conferite dal Trattato (art. 5, par. 1 TCE).

A parte rare eccezioni, il Trattato non attribuisce alla Comunità la competenza a svolgere l'esecuzione materiale delle norme comunitarie, che dunque appartiene agli Stati membri secondo il modello dell'esecuzione indiretta o « *executive federalism* »⁸¹.

Tale modello comporta che: 1) l'amministrazione statale è competente a prendere le decisioni amministrative necessarie a dare esecuzione al diritto comunitario materiale; 2) il legislatore nazionale è competente a dettare le regole procedurali di tale esecuzione; 3) lo stesso legislatore nazionale è competente a disciplinare le impugnazioni delle predette decisioni amministrative che avverranno di fronte alle giurisdizioni interne.

In altri termini, i fini della Comunità sono perseguiti utilizzando gli Stati membri come braccio esecutivo e lasciando che siano questi a stabilire le relative regole procedurali e processuali.

Tali prerogative statali, come è ovvio, non sono incondizionate ma incontrano i limiti, di cui si è trattato sopra, della effettività e della equivalenza della tutela.

Per quanto qui rileva, l'autonomia procedurale è dunque indissolubilmente legata a tale modello di amministrazione indiretta. Ciò comporta che non è suscettibile di venire in rilievo nei rari casi in cui la Comunità amministra da sé seguendo le regole di procedura ed il regime delle impugnazioni previsti dal Trattato.

Quanto ora affermato risulta in modo limpido dalla circostanza che la Corte afferma che la predetta autonomia procedurale sussiste soltanto « in mancanza di una specifica disciplina comunitaria »⁸², riferendosi evidentemente ad una disciplina procedurale.

Ebbene, il principale ambito nel quale il Trattato si distacca dal modello dell'amministrazione indiretta è quello degli aiuti di Stato, in cui le regole di procedura per la concessione delle deroghe al divieto di cui all'art. 87 TCE sono fissate, a livello di diritto primario, nell'art. 88 TCE, che prevede la competenza esclusiva della Commissione, ed il regime delle impugnazioni è quello di cui all'art. 230 TCE, che prevede la competenza esclusiva dei giudici comunitari.

La ragione per la quale il Trattato conferisce alla Comunità — e non agli Stati — le competenze predette è evidente: in materia di

⁸¹ Cfr. *supra* par. III.

⁸² Cfr. la giurisprudenza sull'autonomia procedurale cit. *supra* alla nota 22.

aiuti pubblici gli Stati e le imprese nazionali hanno interessi paralleli e potenzialmente contrastanti con l'interesse comunitario ad evitare che la concorrenza non sia falsata nel mercato interno ⁸³.

Alla luce delle considerazioni sopra svolte, appare condivisibile l'impostazione della Corte che nella sentenza *Lucchini* non fa riferimento all'autonomia procedurale, come nei precedenti giurisprudenziali sopra esaminati, ma piuttosto risale al riparto di competenze tra Comunità e Stati — di cui l'autonomia procedurale costituisce un frutto — affermando che « (...) la valutazione della compatibilità con il mercato comune di misure di aiuto o di un regime di aiuti è di competenza esclusiva della Commissione, che agisce sotto il controllo del giudice comunitario » ⁸⁴.

Sgombrato il campo dall'autonomia procedurale, dobbiamo esaminare la conformità della sentenza *Lucchini* al principio di certezza del diritto.

Si potrebbe infatti obiettare, come hanno fatto la stessa società *Lucchini* ed il governo Olandese, intervenendo nella causa in oggetto, che, alla base della regola procedurale nazionale in questione (l'art. 2909 cod. civ.), sta il principio di certezza del diritto che la Corte di giustizia riconosce tra i principi generali dell'ordinamento comunitario.

Ma tale obiezione appare invero superabile. Si deve in proposito considerare che la sentenza italiana passata in giudicato contrasta con una decisione della Commissione divenuta definitiva per decorrenza del termine di impugnazione.

Ebbene, evidentemente, i termini di impugnazione delle decisioni della Commissione, al pari delle regole sul giudicato, costituiscono un presidio della certezza del diritto e della stabilità delle decisioni giuridiche.

La certezza del diritto nel caso di specie non è dunque un criterio dirimente poiché si colloca da entrambi i lati del problema, potendosi invocare sia riguardo alla sentenza nazionale passata in giudi-

⁸³ In virtù di tale parallelismo di interessi non sorprende l'atteggiamento dell'Avvocatura dello Stato nella causa civile svoltasi di fronte alle giurisdizioni interne. Questa in primo grado ha clamorosamente ommesso di invocare la decisione negativa della Commissione sul progetto di aiuto alla *Lucchini*. A seguito della sentenza di appello, inoltre, non ha ritenuto opportuno proporre ricorso per Cassazione, avendo concluso per la correttezza di tale sentenza « tanto sotto il profilo della motivazione quanto dell'applicazione del diritto » (punto 29 della sentenza *Lucchini*, cit.).

Non si deve infatti perdere di vista che si tratta di una causa le cui parti hanno entrambe interesse a sottrarsi all'applicazione del diritto comunitario.

⁸⁴ Punto 62 della sentenza *Lucchini*, cit.

cato, sia in relazione alla contrastante decisione della Commissione divenuta definitiva per decorrenza dei termini di impugnazione ⁸⁵.

L'effettività del diritto comunitario non sembra dunque incontrare alcun ostacolo non dovendosi contemperare, nel caso di specie, né con l'autonomia procedurale degli Stati membri né con il principio di certezza del diritto. Tale circostanza, a nostro avviso, giustifica il ricorso alla regola del primato del diritto comunitario che, come si è detto, costituisce una specificazione del principio di effettività.

L'unico precedente giurisprudenziale tra quelli esaminati in cui la Corte ha fatto ricorso al primato del diritto comunitario è costituito dalla sentenza *Ciola*. Ma, come abbiamo precisato, in un contesto ascrivibile al modello dell'amministrazione indiretta, in cui le regole di procedura sono di competenza statale, il ricorso alla regola del primato è inopportuno, stante l'impossibilità di contemperare tale regola, che si presta ad una applicazione automatica, con l'autonomia procedurale e con il principio di certezza del diritto. Ci era dunque parso opportuno risalire al principio di effettività che, essendo formulabile in chiave teleologica, può costituire oggetto di contemperamento con altri principi generali.

In un ambito ascrivibile al modello dell'amministrazione diretta, come è quello degli aiuti di Stato, tale problema non si pone. Il contrasto tra la sentenza nazionale passata in giudicato e la decisione individuale della Commissione può essere traslato sul piano delle fonti come un contrasto tra regole di procedura nazionali e comunitarie: da una parte gli articoli del Trattato che conferiscono alla Commissione la competenza esclusiva a consentire l'erogazione di un aiuto di Stato (art. 88 TCE) ed alla Corte la competenza esclusiva ad esercitare un controllo di legittimità sugli atti adottati dalla Commissione (art. 230 TCE); dall'altra parte le regole di procedura interne le quali danno luogo ad un'alterazione di tale assetto impedendo il recupero di un aiuto di Stato la cui incompatibilità è stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva (nel caso di specie l'art. 2909 cod. civ.).

Alla luce di quanto fin qui affermato, l'approccio della Corte appare condivisibile e coerente con la giurisprudenza sopra analizzata in materia di contrasto tra atti nazionali definitivi e diritto comunitario.

⁸⁵ Cfr., in proposito, E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, cit., p. 459 il quale esattamente rileva che « [n]el caso Lucchini in effetti, non era in essere un generico conflitto fra giudicato nazionale e diritto comunitario, quanto piuttosto un conflitto fra due decisioni, ambedue dotate di definitività, ciascuna delle quali pretendeva di governare, in via esclusiva, la fattispecie litigiosa (...) ».

Anzi, a ben vedere, la Corte utilizza nella sentenza *Lucchini* uno schema sovrapponibile a quello adottato nelle sentenze sopra esaminate. Infatti la tensione tra autonomia procedurale ed effettività del diritto comunitario viene tradotta, in virtù delle peculiarità del filone in oggetto, nell'applicazione dei principi sul riparto di competenze (dai quali discende l'autonomia procedurale) e del primato del diritto comunitario (che costituisce una specificazione dell'effettività).

IX. In generale, come si è detto, l'approccio della Corte nelle sentenze in esame sembra essere quello di fornire al giudice del rinvio le indicazioni necessarie per risolvere la causa *a quo*, legando i principi giurisprudenziali enunciati alle circostanze di specie.

La Corte, in molte delle predette sentenze, lascia del tutto irrisolta la questione dei rapporti tra il principio giurisprudenziale enunciato e la giurisprudenza pregressa ⁸⁶.

Tale approccio si può forse attribuire ad un eccesso di cautela dei giudici di Lussemburgo nel delicato tema del contrasto tra diritto comunitario e atti nazionali definitivi, anche in considerazione della complessità delle variabili nelle quali detto contrasto può verificarsi.

Ma il rovescio della medaglia è un quadro giurisprudenziale variegato e incerto nel quale risulta difficile per l'interprete districarsi.

⁸⁶ Un esempio di tale approccio può rinvenirsi nella sentenza *Kapferer*, nella quale la Corte, interrogata circa l'applicabilità del principio *Kühne & Heitz* alle decisioni giurisdizionali passate in giudicato non esclude in modo netto una simile ipotesi, magari spiegando quali ragioni di principio vi si opporrebbero. Ma si limita ad affermare che « anche ammettendo che i principi elaborati in tale sentenza siano trasferibili in un contesto che, come quello della causa principale, si riferisce ad una decisione giurisdizionale passata in giudicato, occorre ricordare che tale medesima sentenza subordina l'obbligo per l'organo interessato, ai sensi dell'art. 10 CE, di riesaminare una decisione definitiva che risulti essere adottata in violazione del diritto comunitario, alla condizione, in particolare, che il detto organo disponga, in virtù del diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione (v. punti 26 e 28 della detta sentenza). Orbene, nel caso di specie, è sufficiente rilevare che dalla decisione di rinvio risulta che la suindicata condizione non ricorre » (sentenza *Kapferer*, cit., punto 23).

Analogamente nella sentenza *i-21 Germany* la Corte afferma che la giurisprudenza *Kühne & Heitz*, sulla quale verte l'ordinanza di rinvio, non ha nessuna rilevanza nella causa in oggetto. Ciò perché le imprese ricorrenti nella causa *a quo* non si sono avvalse del diritto di introdurre un ricorso contro gli avvisi di imposta loro indirizzati. Ma non spiega le ragioni per le quali tale diversità nelle circostanze di fatto comporta delle conseguenze sul piano dei principi applicabili (sentenza *i-21 Germany*, cit., punti 53 e ss.).

Ed anche nella sentenza *Lucchini*, la Corte non fa menzione dei precedenti giurisprudenziali *Eco-Swiss*, *Kühne & Heitz* e *Kapferer*, ampiamente richiamati dalle parti a suffragio delle proprie tesi, omettendo così di spiegare le ragioni per le quali questi non sono applicabili ad un'ipotesi come quella verificatasi nella causa *Lucchini* (cfr. le osservazioni delle parti riportate nelle conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, 14 settembre 2006, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc.*, p. I-6199, punti 16 e ss.).

Nonostante l'approccio "caso per caso" della Corte di giustizia ora descritto, come abbiamo visto, le sentenze esaminate appaiono ricostruibili in una cornice coerente, a partire dal reperimento di un denominatore comune. Ciascuna di esse, a nostro avviso, è infatti incentrata sull'applicazione dei principi delle competenze di attribuzione e dell'effettività del diritto comunitario.

Ma i predetti principi, in base al modello di controversia *a quo*, assumono sembianze differenti e si contemperano con altri principi generali.

Segnatamente, nell'ambito di controversie "verticali" sorte in un campo nel quale l'amministrazione nazionale è chiamata a dare esecuzione al diritto comunitario (c.d. amministrazione indiretta), si registra una tensione tra l'effettività del diritto comunitario e l'autonomia procedurale. Quest'ultima discende dal principio delle competenze di attribuzione, ed in particolare dall'assenza di una competenza comunitaria a dettare regole sul procedimento amministrativo e sul processo nazionali. Nel contesto predetto l'autonomia procedurale è rafforzata dal principio di certezza del diritto che le regole procedurali nazionali si prefiggono di perseguire. All'effettività del diritto comunitario, invece, si affianca il principio di leale cooperazione incombente sull'amministrazione nazionale convenuta di fronte al giudice *a quo*.

In breve, abbiamo in un piatto della bilancia l'autonomia procedurale e la certezza del diritto, e nell'altro l'effettività ed il principio di leale collaborazione.

Il risultato del contemperamento dei predetti principi si sostanzia nell'obbligo di ritirare l'atto definitivo incompatibile soltanto ove si verifichino le condizioni previste dalla sentenza *Kühne & Heitz* e successivamente interpretate della sentenza *Kempter*.

Nell'ambito di controversie "orizzontali", invece, nessuna delle parti in causa è vincolata dall'obbligo di leale cooperazione. Abbiamo, dunque, da una parte l'autonomia procedurale ed il principio di certezza del diritto, e dall'altra parte il principio di effettività.

L'assenza dell'obbligo di leale cooperazione nella ponderazione tra principi assume un rilievo fondamentale. Un eventuale affievolimento della *res iudicata* darebbe luogo, infatti, nel contesto di una controversia "orizzontale", ad una lesione difficilmente giustificabile dell'affidamento che la parte vincitrice ripone sul provvedimento giurisdizionale.

Lo stesso affievolimento appare invece giustificabile nel contesto di una controversia "verticale" poiché trova una contropartita nell'obbligo di leale cooperazione dell'amministrazione nazionale. Se-

gnatamente, l'esigenza che l'amministrazione adotti « tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal (...) trattato » (art. 10 TCE) prevale sull'affidamento che la stessa amministrazione ripone sul suo provvedimento, divenuto definitivo in seguito ad una sentenza passata in giudicato, ma rivelatosi incompatibile con il diritto comunitario.

Appare dunque condivisibile il risultato cui perviene la Corte, che consiste nella preservazione delle regole procedurali nazionali sulla *res iudicata* e del principio di certezza del diritto ad essa sottesa.

Nell'ambito di una controversia "verticale" sorta in un campo nel quale la Commissione dà luogo all'esecuzione diretta del diritto comunitario (c.d. amministrazione diretta) il principio delle competenze di attribuzione ed il principio di effettività del diritto comunitario non sono tra loro in tensione ma concorrono a determinare il medesimo risultato: la disapplicazione delle norme procedurali nazionali che danno luogo ad un'alterazione del riparto di competenze.

La competenza a dettare le regole di procedura in questo ambito appartiene infatti alla Comunità. Non viene dunque in rilievo l'autonomia procedurale degli Stati membri. Vi è piuttosto un contrasto tra le regole procedurali interne e le regole procedurali comunitarie.

Un contrasto del genere appare risolvibile attraverso l'applicazione della regola del primato, che costituisce una specificazione del più ampio principio di effettività, la quale conduce alla disapplicazione della fonte nazionale incompatibile.