



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PALERMO  
DIPARTIMENTO IURA

Scuola di dottorato in Diritto sovranazionale e diritto interno  
Dottorato in Processo d'integrazione europea e diritto internazionale

CICLO XXIII

*Certezza del giudicato e poteri dell'amministrazione  
alla luce del principio dell'autonomia procedurale*

IUS/10

TESI DI DOTTORATO DEL  
**Dott. Luca Rizzo**

COORDINATORE DEL DOTTORATO  
**Ch.ma Prof.ssa Laura Lorello**

TUTOR  
**Ch.ma Prof.ssa Maria Cristina Cavallaro**

ANNO ACCADEMICO 2012/2013

---

DOTTORATO



# INDICE

**CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE**..... p. 1

## **CAPITOLO PRIMO** **I RECENTI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA DELLA** **CORTE DI GIUSTIZIA SUL GIUDICATO NAZIONALE**

*1. Certezza del giudicato nazionale e rispetto delle istanze sovranazionali*..... p. 17

*2. Gli ultimi approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia ed il possibile superamento del giudicato nazionale*..... p. 20

*2.1 La sentenza Lucchini*..... p. 20

*2.2 Il caso Olimpiclub*..... p. 30

*2.3 La sentenza Asturcom*..... p. 38

*3. L'intangibilità del giudicato nazionale nella prospettiva tradizionale: sentenze Eco Swiss e Kapferer*..... p. 47

*4. Sulla responsabilità dello Stato per pronunce contrarie al diritto dell'Unione*..... p. 53

*5. Deroghe all'intangibilità del giudicato: un confronto tra le fattispecie interne e di derivazione europea*..... p. 66

*6. Il giudicato nazionale tra teoria dei controlimiti e dialogo tra le Corti*..... p. 76

**CAPITOLO SECONDO**  
**L'AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI**  
**NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

<i>1. Autonomia procedurale e rapporto tra ordinamenti.....</i>	<i>p. 84</i>
<i>2. Il ruolo del principio del primato in settori a diverso grado di omogeneità normativa.....</i>	<i>p. 91</i>
<i>3. Il principio di equivalenza: modalità e limiti di applicazione.....</i>	<i>p. 96</i>
<i>4. Il principio di effettività e la sua portata innovativa con particolare riguardo al tema della tutela cautelare.....</i>	<i>p. 100</i>
<i>5. Principio di leale cooperazione, obbligo di interpretazione conforme e autonomia procedurale.....</i>	<i>p. 111</i>
<i>6. Segue. Il rinvio pregiudiziale tra dovere di leale cooperazione e autonomia procedurale degli Stati membri.....</i>	<i>p. 117</i>

## **CAPITOLO TERZO**

### **AUTONOMIA PROCEDURALE E AUTOTUTELA DECISORIA**

<i>1. Autonomia procedurale, esecuzione amministrativa del diritto dell'Unione europea e atti inoppugnabili .....</i>	p. 130
<i>2. Patologia dell'atto amministrativo contrario al diritto dell'Unione.....</i>	p. 134
<i>3. Leale cooperazione e autotutela doverosa.....</i>	p. 149
<i>3.1 Considerazioni generali sull'autotutela decisoria.....</i>	p. 149
<i>3.2 Esame della giurisprudenza della Corte di giustizia in ipotesi di c.d. amministrazione diretta.....</i>	p. 165
<i>3.3 La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di autotutela doverosa: pronunce Delena Wells e Kühne &amp; Heitz.....</i>	p. 168
<i>3.4 L'autotutela doverosa nella giurisprudenza italiana e la ricostruzione tradizionale del riesame dell'atto contrario al diritto dell'Unione .....</i>	p. 174
<i>3.5 Ulteriori sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di autotutela doverosa: pronunce i-21 e Kempter.....</i>	p. 181
<i>3.6 La soluzione proposta: regola generale della non doverosità dell'intervento in autotutela ed eccezioni desumibili dalla giurisprudenza Kühne &amp; Heitz e dalla disciplina in tema di aiuti di Stato.....</i>	p. 193
<i>4. Esame dell'ordinamento spagnolo in tema di autotutela a sostegno della tesi prospettata.....</i>	p. 205
<i>5. Potere di autotutela e giudicato amministrativo.....</i>	p. 215

**CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.....** p. 219

**RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI.....** p. 227

## CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Negli ultimi anni, in tutti gli Stati membri dell'Unione europea, il principio dell'autonomia procedurale è stato oggetto di un incessante approfondimento dottrinale e giurisprudenziale.

Detto principio non trova una espressa previsione all'interno dei Trattati o una base giuridica di riferimento su cui fondare una eventuale competenza, ma è sostanzialmente frutto dell'elaborazione della Corte di giustizia, adita per lo più in via pregiudiziale.

La vasta letteratura in materia si è formata a partire dalla storica pronuncia *Rewe*<sup>1</sup>, con la quale la Corte ha stabilito che “*in assenza di (...) provvedimenti di armonizzazione, i diritti attribuiti dalle norme comunitarie devono essere esercitati, dinanzi ai giudici nazionali, secondo le modalità stabilite dalle norme interne*”.

In mancanza di una specifica disciplina processuale dell'Unione europea, è dunque compito dell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare il giudice competente e stabilire le modalità procedurali delle azioni intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza di norme aventi efficacia diretta.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Corte giust., sentenza 16 dicembre 1976, in causa C-33/76, *Rewe*, in *Raccolta*, 1976, p. 1989 ss., punto 5. Nello stesso senso, Corte giust., sentenza 16 dicembre 1976, in causa C-45/76, *Comet*, in *Raccolta*, p. 2043 ss., punto 15.

<sup>2</sup> In precedenza, il giudice del Lussemburgo aveva già sviluppato le premesse di questo indirizzo nella sentenza *Luck* (Corte giust., sentenza 4 aprile 1968, in causa C- 34/67, in *Raccolta*, p. 326 ss.), in cui è stata attribuita alle giurisdizioni nazionali la competenza a scegliere, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli maggiormente idonei a soddisfare le esigenze di tutela dei diritti di matrice europea. Interrogata sulle implicazioni derivanti dall'allora art. 95 del Trattato CEE, la Corte ha risposto che “*benché l'efficacia riconosciuta dall'articolo 95 del Trattato escluda l'applicazione di qualsiasi provvedimento nazionale con esso incompatibile, detto articolo non limita il potere dei giudici nazionali competenti di applicare, tra i vari mezzi offerti dall'ordinamento interno, quelli che appaiono loro più appropriati onde tutelare i diritti soggettivi attribuiti dal diritto comunitario*”. Nello stesso senso, si veda anche Corte giust., sentenza 19 dicembre 1968, in causa C-13/68, *Salgoil*, in *Raccolta*, 1968, p. 602 ss. Su questa pronuncia, si rimanda alle osservazioni di R. Kovar, *Droit communautaire et droit procédural national*, in *Cah. Droit Eur.*, 1977, p. 230 ss., spec., p. 233 ss.

Da ciò è conseguito che, ai sensi dell'attuale art. 5 TUE, i diritti processuali nazionali e l'organizzazione interna dei sistemi giudiziari sono rimasti una prerogativa esclusiva degli ordinamenti statuali.

L'esigenza di garantire in tutto il territorio dell'Unione adeguati *standard* di tutela giurisdizionale ha tuttavia imposto alle norme processuali nazionali di soddisfare determinati requisiti, dovendo le stesse essere rispettose di alcuni parametri, elaborati fin dalla citata sentenza *Rewe*.

In una logica di bilanciamento tra le contrapposte esigenze, si è così disposto che se, per un verso, l'assenza di una disciplina sovranazionale in materia fonda il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, per altro verso, i principi di equivalenza ed effettività della tutela circoscrivono tale autonomia, nell'ottica di garantire l'effetto utile del diritto dell'Unione.

In particolare, l'equivalenza impone allo Stato membro di non fornire alle posizioni giuridiche sovranazionali un trattamento peggiore rispetto alle situazioni giuridiche interne, mentre l'effettività richiede che i mezzi di tutela apprestati siano accessibili o che, comunque, non sia eccessivamente difficile esercitarli.<sup>3</sup>

E' agevole comprendere come la necessità di compiere una simile valutazione, in ordine alla conformità delle norme interne rispetto ai criteri posti dalla Corte di giustizia, abbia influito sui sistemi processuali nazionali e, più in generale, sull'esercizio della funzione giurisdizionale.

In proposito, è stato autorevolmente sostenuto in dottrina come non si debba parlare di “*influenza del diritto comunitario sul diritto processuale interno, ma di tante diverse forme di influenze, a seconda del tipo di norma comunitaria che viene in gioco, del suo oggetto e della sua efficacia*”.<sup>4</sup>

---

<sup>3</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Rewe, cit.*, punto 5, laddove statuisce che le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli, in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta, “*non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale e (...) non devono rendere in pratica impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare*”.

<sup>4</sup> L. Daniele, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 61 ss., spec., p. 77. Nello stesso senso, sulle molteplici influenze prodotte dal diritto dell'Unione sui singoli ordinamenti, si veda A. Adinolfi, *L'applicazione*

Ciò pone in evidenza come il dibattito dottrinario sia stato prevalentemente incentrato sull'individuazione delle possibili conseguenze che deriverebbero, o potrebbero, derivare in capo agli ordinamenti processuali statuali in considerazione di questa giurisprudenza.

L'inevitabile influenza del diritto dell'Unione europea sul diritto nazionale e, nello specifico, sulle sue disposizioni processuali, ha quindi comportato il sorgere di notevoli problemi di coordinamento, a seguito dei quali è sovente intervenuta la Corte di giustizia, principalmente in sede di rinvio pregiudiziale.

Particolarmente importante sarà approfondire l'opera di mediazione svolta dal giudice del Lussemburgo, essendo l'assetto attuale del processo di assimilazione dei diritti processuali nazionali il risultato di una continua evoluzione giurisprudenziale.

La tesi cercherà dunque di individuare il fondamento giustificativo delle più recenti ed innovative pronunce di matrice europea, nel tentativo di vagliarne la conformità rispetto ai tradizionali limiti dell'autonomia procedurale e la riconducibilità delle stesse nell'alveo delle tradizioni giuridiche nazionali.

Nel primo capitolo, sarà esaminato quello che viene oggi considerato l'esempio paradigmatico del difficile rapporto intercorrente tra il diritto dell'Unione europea e i sistemi processuali nazionali, ossia il tema del giudicato interno contrario alla normativa sovranazionale europea.<sup>5</sup>

Il problema nasce dal fatto che le norme nazionali che dispongono la definitività delle decisioni giudiziarie, volte ad assicurare stabilità e certezza alle situazioni giuridiche, possono risultare in conflitto rispetto all'esigenza di non pregiudicare l'effettività del diritto dell'Unione.<sup>6</sup>

---

delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 619 ss.

<sup>5</sup> Sul tema del giudicato in generale, si veda F. Benvenuti, *Giudicato*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1968; M. Clarich, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989. Sui rapporti tra giudicato nazionale e diritto dell'Unione europea, cfr. G. Mari, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1107 ss.; R. Conti, *C'era una volta il giudicato*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 173-181.

<sup>6</sup> Sul punto si richiama, in particolare, V. Cerulli Irelli, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in

Il principio del primato, accolto in termini assoluti, dovrebbe travolgere qualsiasi norma processuale nazionale che ostacoli l'applicazione del diritto di provenienza europea.

Si mostrerà tuttavia come, in un primo momento, i giudici del Lussemburgo abbiano espresso posizioni assai nette a favore dell'intangibilità dei giudicati nazionali.

Intervenendo con le sentenze *Eco Swiss*<sup>7</sup> e *Kapferer*<sup>8</sup>, la Corte ha espressamente escluso la disapplicazione delle norme processuali nazionali, in base alle quali una pronuncia contraria al diritto dell'Unione acquisisce autorità di cosa giudicata e non può più essere modificata.

Detto principio, in verità, è stato posto in discussione fin dalle sentenze *Köbler*<sup>9</sup> e *Traghetti del Mediterraneo*<sup>10</sup>, volte all'affermazione di una responsabilità dello Stato per i danni provocati da provvedimenti giurisdizionali di ultima istanza.<sup>11</sup>

Ciò in quanto la riparazione per equivalente dei pregiudizi derivanti dal giudicato contrario al diritto dell'Unione europea, se, da una parte, non pregiudica direttamente l'autorità della cosa definitivamente giudicata, dall'altra, priva inevitabilmente la pronuncia di gran parte della sua portata precettiva.

---

*Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 433-476; R. Conti, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 377 ss.

<sup>7</sup> Corte giust., sentenza 1 giugno 1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss*, in *Raccolta*, 1999, p. I-3005.

<sup>8</sup> Corte giust., sentenza 16 marzo 2006, in causa C-234/04, *Kapferer*, in *Raccolta*, 2006, p. I-2585.

<sup>9</sup> Corte giust., sentenza 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler*, in *Raccolta*, 2003, p. I-10239.

<sup>10</sup> Corte giust., sentenza 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Raccolta*, 2006, p. I-5177.

<sup>11</sup> Della vastissima bibliografia in materia si richiama, ai fini di una ricostruzione dell'istituto, R. Caranta, *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giur. it.*, 1992, I, 1, p. 1169 ss.; M. Clarich, *La responsabilità nel sistema comunitario*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo* (coordinato da G.F. Cartei e D.U. Galetta), 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2007, p.te generale, tomo II, p. 589 ss. Con specifico riferimento al tema della responsabilità dello Stato per attività giurisdizionale, si veda C. Di Seri, *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 1116 ss.; C. Rasia, *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 1025 ss.; P.J. Martín Rodríguez, *La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, p. 829-868.

In alcune più recenti sentenze, la posizione delle Corte di giustizia ha però assunto caratteri ben più netti, essendo individuate delle ipotesi in cui l'applicazione del diritto dell'Unione non può essere ostacolata da decisioni giudiziarie nazionali divenute definitive.

In primo luogo, nel noto caso *Lucchini*<sup>12</sup>, la Corte del Lussemburgo ha considerato doveroso il recupero dell'aiuto illegittimamente corrisposto dallo Stato italiano, nonostante la formazione di un giudicato civile affermativo dell'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo.

Sottolineando la sussistenza in materia di una competenza esclusiva della Commissione e che quest'ultima si era già espressa con una decisione non impugnata nel senso della revoca degli aiuti, la Corte di giustizia, al fine di assicurare il rispetto delle istanze sovranazionali, ha imposto la disapplicazione della norma interna sul giudicato.

A fronte di una lettura incentrata a valorizzare le peculiarità della fattispecie, si porrà in evidenza come le conclusioni di detta sentenza siano state recentemente estese dalla giurisprudenza più recente anche a settori diversi da quello degli aiuti di Stato.

Segnatamente, nel caso *Olimpclub*<sup>13</sup>, la Corte di giustizia ha affermato che il diritto dell'Unione europea osta all'interpretazione dell'art. 2909 c.c. seguita dalla Corte di Cassazione, secondo la quale nelle controversie tributarie il giudicato esplica efficacia vincolante anche se formatosi in relazione ad un diverso periodo d'imposta, qualora l'accertamento giudiziario concerna un punto fondamentale comune ad altre cause relative al medesimo tributo.

---

<sup>12</sup> Corte giust., sentenza 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini Spa.*, in *Raccolta*, 2007, p. I-6199. Tra i principali contributi dottrinari, si rimanda a P. Biavati, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, p. 1579 ss.; C. Consolo, *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali nazionali e in specie del nostro?* in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 224 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 Review*, 2008, p. 427 ss.

<sup>13</sup> Corte giust., sentenza 3 settembre 2009, in causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpclub Srl*, in *Raccolta*, p. I-7501. Sulla pronuncia, si veda, tra gli altri, D.U. Galetta, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 961-984.

In questa ipotesi, tuttavia, le sentenze definitive, pronunciate in relazione ad esercizi fiscali diversi, non vengono rimesse in discussione, in quanto tali, dalla decisione che il giudice del rinvio è chiamato ad adottare nella controversia principale, atteso che ne viene soltanto limitata l'efficacia al periodo d'imposta cui si riferiscono.

Infine, nella sentenza *Asturcom*<sup>14</sup>, la Corte di giustizia ha chiarito che il giudice nazionale, investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquistato autorità di cosa giudicata, in assenza del consumatore, è tenuto a rilevare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta nel contratto concluso tra il professionista e detto consumatore, nonché ad annullare il lodo.

Con la conseguenza che quando il giudice nazionale, nell'ambito del sistema giurisdizionale interno, dispone della facoltà di valutare d'ufficio la contrarietà di una clausola contrattuale con le norme nazionali d'ordine pubblico, egli, alla luce della disciplina sovranazionale, risulta obbligato a compiere detta valutazione.

A fronte dei recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di giudicato nazionale, la tesi cercherà di rispondere agli interrogativi da essa suscitati, con particolare riguardo alla possibile violazione del diritto delle parti a ottenere, al termine della vicenda processuale, un accertamento definitivo immodificabile.

In quest'ottica, sarà evidenziato come anche negli ordinamenti nazionali, ove l'intangibilità del giudicato è un principio fondamentale, detto principio non ha carattere assoluto e non è come tale sottratto a qualsiasi forma di bilanciamento.<sup>15</sup>

---

<sup>14</sup> Corte giust., sentenza 6 ottobre 2009, in causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, in *Raccolta*, p. I-9579, su cui G. Raiti, *Le pronunce Olimpclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata "crisi del giudicato civile nazionale" nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, p. 677-689 e G. Vitale, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di giustizia: i casi Olimpclub e Asturcom*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p.727-753.

<sup>15</sup> Così, R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, relazione presentata al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, "Corti europee e giudici

Come le altre garanzie costituzionali, la protezione del giudicato è esposta al confronto con altri valori costituzionali, con la conseguenza che l'interesse alla definitiva composizione della controversia e l'affidamento che le parti in esso ripongono possono essere sacrificati in determinate circostanze.

L'analisi si incentrerà allora sulle ipotesi predeterminate in via tassativa dalla legge nel disciplinare i mezzi straordinari di impugnazione, nonché sulla possibilità che, in ipotesi eccezionali elaborate dalla dottrina processualistica e dalla giurisprudenza, i giudicati vengano travolti in seguito ad effetti sopravvenuti aventi natura retroattiva.<sup>16</sup>

La comparazione delle ipotesi nazionali in cui il giudicato viene meno con la tipologia di cedimenti del giudicato già maturati, o che possono maturare, dinanzi alla Corte di giustizia porterà ad escludere l'emergere di elementi radicalmente innovativi derivanti dal processo di integrazione sovranazionale e, dunque, l'esistenza di profili di illegittimità costituzionale.

Non potendo però escludersi, sia pure in via ipotetica, uno sviluppo giurisprudenziale volto a rafforzare le istanze sovranazionali a discapito della stabilità dei giudicati interni, in chiusura del capitolo ci si soffermerà sugli strumenti di tutela eventualmente esercitabili, in tale evenienza, dagli Stati membri.

Particolare attenzione sarà dedicata alla teoria dei controlimiti, vista non più quale strumento di difesa contro le derive antidemocratiche dell'Unione europea, ma quale mezzo volto a favorire l'armonizzazione degli ordinamenti, in linea con il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE.<sup>17</sup>

---

nazionali", Verona, 25-26 Settembre 2009, reperibile sul sito [www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/129917/R.\\_Caponi\\_Corti\\_europee\\_e\\_giudicati\\_nazionali\\_2009](http://www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/129917/R._Caponi_Corti_europee_e_giudicati_nazionali_2009), p. 74 ss.

<sup>16</sup> Sul punto si veda, in particolare, R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991 e R. Colonna, *Giudicato e ius superveniens retroattivo: un'armonizzazione difficile*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1995, p. 255 ss.

<sup>17</sup> Sulla teoria dei controlimiti, elaborata dalla Corte costituzionale italiana e tedesca quale strumento di salvaguardia degli ordinamenti nazionali nei confronti di norme del diritto dell'Unione europea lesive di diritti fondamentali, si rinvia ad A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 479 ss.; M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995, p. 6 ss. Sulla nuova lettura dei controlimiti intesi quale strumento del processo di integrazione, si richiama A. Celotto, *Una nuova*

In questa prospettiva, una corretta applicazione dei controlimiti potrebbe consentire al giudice costituzionale di indicare alla Corte di giustizia l'interpretazione da adottare, al fine di evitare un contrasto insanabile con le identità costituzionali nazionali in tema di giudicato.<sup>18</sup>

Nel secondo capitolo, si porrà in evidenza come la logica del bilanciamento di interessi, seguita dalla Corte nelle pronunce in materia di giudicato, appaia connaturata al principio dell'autonomia procedurale.

In quest'ottica, si procederà alla ricostruzione del principio in esame, ponendone in evidenza gli elementi costitutivi e le limitazioni, al fine di cogliere la dialettica intercorrente con gli altri principi del diritto dell'Unione.

A venire in rilievo saranno, in particolare, oltre ai citati limiti dell'equivalenza e dell'effettività, il principio della primazia del diritto dell'Unione sui diritti nazionali<sup>19</sup>, il principio della leale cooperazione e di interpretazione conforme<sup>20</sup>, nonché il ruolo svolto dal rinvio pregiudiziale nello sviluppo e rafforzamento del sistema nel suo complesso.

Ai fini della presente disamina, assumerà particolare interesse il rapporto fra ordinamenti, in quanto esso introduce alla più ampia tematica degli strumenti di tutela che gli Stati membri devono apprestare, sia per assicurare la piena applicazione del diritto dell'Unione, sia per rendere concretamente azionabili le posizioni giuridiche da esso derivanti.

---

*ottica dei "controlimiti" nel Trattato costituzionale europeo?*, in [www.forumcostituzionalisti.it](http://www.forumcostituzionalisti.it).

<sup>18</sup> In questi termini, G. Pulvirenti, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 341 ss., spec., p. 378. Nello stesso senso, R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, op. cit., p. 133.

<sup>19</sup> In ordine al principio del primato, ai fini della presente ricerca, si veda M. Antonucci, *Il primato del diritto comunitario*, in *Cons. Stato*, 2004, p. 225 ss.; C. Consolo, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corriere giuridico*, 2007, p. 1189 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 *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 1217 ss.

<sup>20</sup> Per quanto concerne il principio di leale cooperazione, cfr. F. Pizzetti, *Principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, Giuffrè, 2006, p. 331-376; V. Atripaldi, *Leale cooperazione comunitaria ed obbligo degli Stati al riesame degli atti amministrativi definitivi contrari al diritto comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 883-888; D. Savy, *La leale cooperazione nella disciplina antitrust e nel nuovo regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2003, p. 913 ss.

Ed, infatti, nell'indicare le condizioni minime per una effettiva tutela giudiziaria delle posizioni soggettive di matrice sovranazionale, la Corte di giustizia ha inteso operare un rigido controllo sugli ordinamenti giuridici nazionali, allo scopo di verificare l'adeguatezza e la conformità delle garanzie procedurali, ai principi ed ai dettami del diritto dell'Unione.<sup>21</sup>

In proposito, sarà evidenziato come la riflessione della Corte si sia incentrata sul principio di leale cooperazione, disciplinato oggi dall'art. 4, paragrafo 3, del Trattato sull'Unione europea, da cui deriva a carico delle autorità nazionali l'obbligo di “*vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale*”.<sup>22</sup>

Detto dovere, in particolare, riguarda il legislatore nazionale, le autorità amministrative ma, soprattutto, i giudici nazionali, che vanno quindi considerati giudici “decentrati” del diritto di matrice europea.<sup>23</sup>

Nel senso che è compito del giudice interno fare applicazione dei mezzi messi a disposizione dal diritto nazionale per garantire l'osservanza dei criteri dell'equivalenza e dell'effettività del diritto dell'Unione.<sup>24</sup>

Con la conseguenza che le disposizioni degli ordinamenti giuridici nazionali devono essere interpretate ed applicate, dagli organi giurisdizionali, in modo da soddisfare le esigenze sottese alle disposizioni del diritto dell'Unione,

---

<sup>21</sup> Si rimanda all'analitica ed interessante riflessione di A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Il Foro Italiano*, 1995, IV, p. 13 ss., spec., p. 24. L'Autore osserva come l'azione di controllo esercitata dalla Corte di giustizia sui singoli ordinamenti nazionali sia finalizzata a “*controllare non tanto che essi garantiscano un livello minimo di protezione, ma piuttosto che le condizioni procedurali e sostanziali previste per quest'ultima siano conformi a parametri di adeguatezza ed effettività, che la stessa Corte desume dal corpus del diritto comunitario e dai principi. Ed in questo modo essa ha finito col delineare un autentico standard europeo di tutela giudiziario, che prende con il tempo sempre più consistenza e rispetto al quale gli ordinamenti nazionali si vedono costretti a cedere il passo*”.

<sup>22</sup> Corte giust., sentenza 13 luglio 1990, in causa C-2/88, *Zwaterland*, in *Raccolta*, p. I-3365 ss., punto 18.

<sup>23</sup> In questi termini, A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, *op. cit.*, p. 17. Sulla qualificazione dei giudici nazionali come giudici di diritto comune si veda pure C.N. Kakouris, *Do the Member States possess Judicial Procedural Autonomy?*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 1389 ss., spec., p. 1393; G. Tesauo, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, in *Festkrift til Ole Due: Liberum Amicorum*, 1994, p. 355 ss.; D. Ruiz-Jarabo Colomer, *El juez nacional como juez comunitario*, Civitas, Madrid, 1993.

<sup>24</sup> Così, C. Iannone, *Art. 10 TCE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004, p. 219 ss.

rendendo effettiva ed uniforme la tutela dei diritti dalle stesse derivanti.

Nel terzo ed ultimo capitolo, si porrà in evidenza come la tecnica del bilanciamento di interessi, sottesa al funzionamento del principio dell'autonomia procedurale, abbia riguardato anche l'esercizio del potere di autotutela a fronte di atti amministrativi inoppugnabili contrari al diritto dell'Unione.<sup>25</sup>

Tale problematica, peraltro, presenta risvolti applicativi intrinsecamente connessi alla tematica del giudicato, ove la decisione amministrativa risulti definitiva, in quanto oggetto di una sentenza nazionale di ultima istanza attestante la sua legittimità.

Sarà dunque approfondito il ruolo delle amministrazioni nazionali, nel caso in cui pronunce della Corte di giustizia abbiano accertato l'illegittimità del loro precedente operato.

Anche in questa ipotesi, a venire in rilievo sarà il principio dell'autonomia procedurale, dal momento che i Trattati non conferiscono, normalmente, all'Unione la competenza relativa all'attuazione del diritto di matrice europea, che quindi appartiene agli Stati membri, i quali, in assenza di disposizioni procedurali comuni danno luogo a tale esecuzione applicando le regole interne.<sup>26</sup>

Del resto, poiché la nozione di norma procedurale deve essere colta avendo come parametro di riferimento non i singoli ordinamenti nazionali, ma, piuttosto, il diritto dell'Unione europea<sup>27</sup>, tale nozione deve essere ritenuta tale da *“designare l'insieme degli strumenti di coercizione giuridica che, in ogni Stato membro, assicurano il rispetto del diritto per il caso che insorgano*

---

<sup>25</sup> Sui rapporti tra autotutela e diritto dell'Unione europea, cfr. D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in AA.VV. (a cura di G. Falcon), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, p. 39 ss. e R. Giovagnoli, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giustizia amministrativa*, 2004, p. 908 ss.

<sup>26</sup> L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 773 ss., spec., p. 781.

<sup>27</sup> G. Tesaro, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2010, p. XVI (premessa alla quinta edizione).

*conflitti a proposito della sua applicazione*".<sup>28</sup>

Dal che si comprende per quale ragione l'autonomia procedurale concerne non soltanto tematiche tradizionalmente ricollegabili all'esercizio del potere giurisdizionale, ma altresì istituti che, nella nostra prospettiva nazionale, sono considerati di diritto sostanziale, quale l'autotutela amministrativa.

L'inizio del capitolo sarà dedicato alla qualificazione dell'illegittimità dell'atto amministrativo contrario al diritto dell'Unione europea, costituendo tale patologia il presupposto necessario per l'individuazione del tipo di provvedimento utilizzabile dall'amministrazione in autotutela.<sup>29</sup>

Accolta la ricostruzione secondo cui l'atto deve tendenzialmente essere qualificato come annullabile, ci si chiederà se ad assumere rilievo siano i principi nazionali, in forza dei quali l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è espressione di una facoltà puramente discrezionale o se, piuttosto, detti principi debbano soccombere nel confronto con il principio del primato.

In proposito, si metterà in evidenza come, nell'attuale panorama giurisprudenziale, abbia finito col prevalere l'orientamento in base al quale, anche in tale evenienza, è necessario compiere un'adeguata ponderazione di tutti gli interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario del provvedimento illegittimo, laddove questo sia produttivo di effetti favorevoli.<sup>30</sup>

---

<sup>28</sup> J. Mertens de Wilmars, *L'efficacit  des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in *Cahiers de Droit Européen* (CDE), 1981, n. 17, p. 379 ss., nella traduzione di D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, Giappichelli, 2009, p. 2.

<sup>29</sup> In materia, si vedano i contributi di M.P. Chiti, *L'invalidit  degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 687 ss.; *Idem*, *Le peculiarit  dell'invalidit  amministrativa per anticomunitariet *, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 477 ss.

<sup>30</sup> In termini, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 3 marzo 2006, n. 1023, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 295 ss., con commento di M. Ragazzo, *Vincoli comunitari, discrezionalit  nell'esercizio dei poteri di autotutela e conferenza di servizi*. Tale impostazione non   tuttavia accolta in dottrina da E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffr , 2000, p. 520; G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione*, Varenna, Giuffr , 2002, p. 209 ss., spec., p. 219 ss.; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge 15/2005*, in *La nuova disciplina dell'attivit  amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005* (a cura di G. Clemente di San Luca), Torino, Giappichelli, 2006, p. 215 ss., spec., p. 223.

Ricostruito il quadro nazionale, sarà necessario focalizzare l'attenzione su alcune recenti pronunce della Corte di giustizia che, valorizzando il principio di leale cooperazione, hanno messo in discussione la tradizionale discrezionalità degli atti di ritiro dei provvedimenti nazionali lesivi delle istanze sovranazionali.

Si tratta, in particolare, delle sentenze *Kühne & Heitz*<sup>31</sup> e *Kempter*<sup>32</sup>, nelle quali la Corte di giustizia ha chiarito come l'amministrazione nazionale non possa rifiutarsi di prendere in considerazione una pretesa fondata sul diritto dell'Unione per il fatto che tale domanda possa mettere in discussione una precedente decisione amministrativa, ritenuta legittima da una sentenza dotata dell'autorità di cosa giudicata.

La tesi cercherà, a questo punto, di approfondire i molteplici aspetti problematici derivanti dal quadro giurisprudenziale da ultimo tracciato.

L'attenzione si incentrerà sulle implicazioni derivanti dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, al fine di comprendere se da essa derivi, in presenza delle condizioni espressamente individuate, un vero e proprio obbligo di annullamento ovvero un mero dovere di riesame.<sup>33</sup>

Accolta la ricostruzione secondo cui, in questo caso, le amministrazioni nazionali sono tenute ad eliminare le loro precedenti determinazioni risultate contrarie al diritto dell'Unione, come successivamente interpretato dalla Corte di Lussemburgo, si valuterà l'opportunità di estendere tale soluzione ad ogni

---

<sup>31</sup> Corte giust., sentenza 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz*, in causa C-453/00, in *Raccolta*, p. I-837. Tra i diversi contributi, si richiamano R. Caranta, *Commento alla sentenza in causa C-453/00, Kühne & Heitz*, in *Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1154 ss. e G. Gattinara, *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, p. 48 ss.

<sup>32</sup> Corte giust., sentenza 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Kempter*, in *Raccolta*, p. I-411. In dottrina, si rinvia a F. Cortese, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 1527 ss.; R. Falcón y Tella, *La sentencia Kempter, de 12 febrero 2008, y sus consecuencias en materia de revisión de actos firmes y de responsabilidad patrimonial del Estado*, in *Quincena fiscal: Revista de actualidad fiscal*, 2008, p. 7-12.

<sup>33</sup> Incertezze, queste, prodotte dalla sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, nella parte in cui precisa che, in presenza delle circostanze dalla stessa individuate, “l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art.10 CE, a riesaminare tale decisione [amministrativa definitiva] al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte”.

ipotesi di violazione della normativa sovranazionale.

In proposito, verranno esposte le ragioni in base alle quali pare doversi escludere, alla luce del principio dell'autonomia procedurale, il superamento della regola generale che considera discrezionale l'intervento demolitorio da parte dell'amministrazione nazionale.

In primo luogo, sarà evidenziato che la ricostruzione proposta non pare comportare una violazione del limite dell'equivalenza, atteso che le ipotesi di annullamento doveroso riconosciute dalla giurisprudenza nazionale hanno carattere eccezionale.

In secondo luogo, si porrà in rilievo che, potendo il provvedimento amministrativo contrario al diritto dell'Unione essere comunque impugnato in sede giurisdizionale, non sembra sostenibile la lesione del limite dell'effettività.

Al pari di quanto emerge dalla giurisprudenza in tema di giudicato nazionale contrario alle istanze sovranazionali e in linea con le modalità di funzionamento dell'autonomia procedurale, sarà dunque necessario comparare l'interesse al rispetto del diritto dell'Unione con gli altri interessi parimenti rilevanti, legati, in questa ipotesi, alla conservazione dell'atto.

Si vedrà invece come il richiamo al criterio dell'effettività abbia assunto notevole importanza nell'esperienza giuridica spagnola, in considerazione dell'insussistenza del potere dell'amministrazione di intervenire in autotutela a fronte di provvedimenti, favorevoli per i destinatari, qualificabili come annullabili.

In tale evenienza, infatti, ove l'amministrazione voglia eliminare l'atto dall'ordinamento giuridico, essa dovrà, dapprima, dichiarare con un proprio distinto provvedimento l'illegittimità del primo e, in seguito, procedere alla sua impugnazione in sede giurisdizionale, mediante il c.d. *recurso de lesividad*.<sup>34</sup>

---

<sup>34</sup> Vedi art. 103, Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, ai sensi del quale "*las Administraciones*

Sarà allora evidenziato come, nel tentativo di contemperare il principio della certezza delle situazioni soggettive e quello dell'autonomia procedurale, siano state individuate due ipotesi in cui l'atto amministrativo definitivo, contrario al diritto sovranazionale, deve essere eliminato dall'ordinamento giuridico.

Nel primo caso, consistente nell'indebita erogazione di aiuti di Stato, il legislatore spagnolo ha provveduto ad inserire un'apposita norma volta a conferire all'amministrazione il potere di dare seguito alle decisioni del Consiglio dell'Unione europea aventi ad oggetto la revoca degli aiuti.<sup>35</sup>

Detta disposizione sarà utilizzata a sostegno della tesi, più generale, secondo la quale, ove occorra procedere al recupero di un aiuto di Stato illegittimo non sussistano, o quasi, margini in capo alle amministrazioni nazionali per sottrarsi all'esercizio del potere di autotutela.

Ed, infatti, se tendenzialmente la mera violazione del diritto dell'Unione non determina l'obbligatorietà dell'intervento demolitorio, la particolare rilevanza del settore in esame porterà a configurare l'adozione del provvedimento di riesame in termini quasi del tutto obbligatori, in linea con le ipotesi di annullamento doveroso presenti nel nostro ordinamento.

Nel secondo caso, identificabile con la fattispecie elaborata dalla giurisprudenza *Kühne & Heitz e Kempter*, sarà rilevata la difficile compatibilità della normativa spagnola rispetto all'obbligo di eliminare, con immediatezza, il provvedimento risultato contrario all'indirizzo interpretativo successivamente accolto dalla Corte di giustizia.

---

*públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*". Per un esame dell'istituto del ricorso de lesividad, si rimanda in dottrina a E. García de Enterría, *La configuración del recurso de lesividad*, in *Revista de administración pública*, 1954, p. 109-154; E. García de Enterría, J.R. Fernández Torres, *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 2004, p. 665 ss.; R. Bocanegra Sierra, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Madrid, Iustel, 2009, Tomo IV, p. 185 ss.

<sup>35</sup> Cfr. art. 37, Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones, secondo il quale "*también procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos: (...) h. La adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro*".

Si porrà infine in evidenza come la fattispecie da ultimo richiamata abbia altresì posto in discussione la stabilità del giudicato amministrativo.

Ciò in quanto, nella ricostruzione della Corte, l'esercizio obbligatorio del potere di autotutela postula che il provvedimento sia stato confermato da una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza.<sup>36</sup>

Si cercherà quindi di ricondurre anche l'ipotesi in esame tra le eccezioni al principio dell'intangibilità del giudicato già esistenti negli ordinamenti nazionali, ponendo in rilievo la logica del bilanciamento di interessi in essa parimenti presente.

Nella parte conclusiva della tesi, destinata ad illustrare i risultati del percorso di ricerca intrapreso, si proverà a chiarire come le più recenti pronunce della Corte di giustizia in tema di autonomia procedurale, lungi dal porre in discussione l'esistenza del principio, appaiono collocarsi in linea con le sue consuete modalità di funzionamento.

Gli esiti di tali approdi giurisprudenziali non devono essere ritenuti tali da compromettere gli ambiti di disciplina riservati agli Stati membri nella regolamentazione della materia procedurale.

Piuttosto, l'inevitabile sviluppo del processo di integrazione comporta l'insorgere di nuove forme di interferenze tra gli ordinamenti, le quali, tuttavia, ove ricondotte entro i limiti dell'equivalenza e dell'effettività, non appaiono lesive della tradizionale configurazione dei pertinenti istituti nazionali.

Del resto, le deroghe introdotte dalla Corte di giustizia al principio dell'intangibilità del giudicato e a quello dell'esercizio discrezionale del potere di autotutela sembrano rispondere a quella stessa logica del bilanciamento di interessi che, nel nostro ordinamento, induce talora a ravvisare la necessità di sottoporre a revisione quanto stabilito in un provvedimento amministrativo o giudiziario divenuto definitivo.

---

<sup>36</sup> Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz cit.*, punto 28, laddove subordina l'obbligo dell'intervento in autotutela alla condizione che la decisione amministrativa sia divenuta definitiva "*in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza*".

Fino a quando i consueti limiti dell'autonomia procedurale verranno rispettati, sarà possibile escludere che gli interventi del giudice del Lussemburgo abbiano una portata tale da destabilizzare gli assetti processuali nazionali, essendo al contrario volti al rafforzamento del processo di integrazione sovranazionale.

**CAPITOLO PRIMO**  
**I RECENTI SVILUPPI DELLA GIURISPRUDENZA DELLA**  
**CORTE DI GIUSTIZIA SUL GIUDICATO NAZIONALE**

*1. Certezza del giudicato nazionale e rispetto delle istanze sovranazionali.*

Il processo di integrazione europea ha avuto una significativa incidenza sul diritto processuale degli Stati membri.

Ed, infatti, benché la tutela dei diritti di matrice sovranazionale debba essere garantita dagli ordinamenti processuali interni, i principi generali del diritto dell'Unione hanno influenzato i sistemi di giustizia nazionali ben oltre gli obblighi di conformità imposti dai Trattati.<sup>37</sup>

Nel senso che la giurisprudenza della Corte di giustizia, in una logica di bilanciamento tra diverse, ma egualmente rilevanti esigenze, ha cercato di individuare un punto di equilibrio tra l'autonomia procedurale degli Stati membri e la necessità di assicurare un'adeguata tutela alle posizioni soggettive di matrice europea, in funzione dell'effettività del diritto dell'Unione.

La questione risulta particolarmente delicata e complessa, venendo in rilievo canoni e principi fondamentali degli ordinamenti giuridici nazionali, quali la certezza del diritto e l'intangibilità del giudicato.

In questo caso, si tratta di individuare i limiti che possono derivare, nell'ambito degli ordinamenti degli Stati membri, dall'applicazione del diritto dell'Unione in presenza di pronunce di giudici nazionali, passate in giudicato, che abbiano statuito in modo difforme da quanto il diritto sovranazionale, come interpretato dalla Corte di giustizia, avrebbe imposto.

---

<sup>37</sup> In tal senso, A. Adinolfi, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 41 ss.

In tale ipotesi si contrappongono, da una parte, il principio del primato del diritto dell'Unione e l'esigenza di sua uniforme applicazione presso tutti gli ordinamenti interni e, dall'altra, la necessità di garantire il rispetto del giudicato nazionale, che costituisce un principio cardine negli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati membri.

Tale principio riveste grande rilievo, nell'ottica della certezza del diritto, non solo per il singolo Stato, ma anche per la Corte di giustizia, la quale, in diverse pronunce, ha puntualizzato che *“al fine di garantire sia la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento delle vie di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per questi ricorsi non possano più essere rimesse in discussione”*.<sup>38</sup>

La soluzione delineata dalla Corte del Lussemburgo appare conforme alle regole procedurali nazionali.

Il giudice dell'Unione, infatti, non intendendo travolgere la forza del giudicato nel diritto interno, circoscrive la possibilità di ridiscutere la decisione definitiva di un organo giurisdizionale, nel caso in cui sia stato violato il diritto di matrice europea, alla condizione che il riesame possa avere luogo alla stregua diritto nazionale, con ciò facendo chiara applicazione del criterio dell'equivalenza.

La giurisprudenza della Corte di giustizia tende, quindi, almeno inizialmente, a dare stabilità alle pronunce giurisdizionali passate in giudicato anche nell'ipotesi in cui sia necessario sacrificare o limitare il principio del primato.

Si tratta tuttavia di un orientamento non sempre coerentemente seguito, ma che piuttosto ha disegnato un percorso evolutivo che ha condotto alla disapplicazione dell'art. 2909 del codice civile, norma posta a fondamento dell'intangibilità del giudicato nel processo civile e amministrativo.

---

<sup>38</sup> Cfr., tra le altre, Corte giust., sentenza *Köbler*, cit., punto 38; Corte giust., sentenza *Kapferer*, cit., punto 20.

Si tenterà, pertanto, attraverso l'analisi delle più significative sentenze della Corte di giustizia, di verificare se sussistano margini tali da accogliere nuovi indirizzi interpretativi in merito al rapporto fra giudicato nazionale e diritto sovranazionale, ponendo in rilievo l'inevitabile incidenza esercitata sulle modalità di funzionamento dell'autonomia procedurale.

## *2. Gli ultimi approdi della giurisprudenza della Corte di giustizia ed il possibile superamento del giudicato nazionale.*

### *2.1 La sentenza Lucchini.*

Nelle più recenti pronunce in materia, la Corte di giustizia ha abbandonato l'indirizzo più consolidato, arrivando ad imporre la disapplicazione delle norme interne, qualora l'intangibilità del giudicato costituisca un ostacolo o un impedimento alla corretta ed uniforme applicazione del diritto di origine europea in tutto il territorio degli Stati membri.

Benché i giudici del Lussemburgo si siano preoccupati di limitare la portata di tale assunto, circoscrivendone gli effetti al caso in specie ed alla presenza di ben precise e circostanziate condizioni, non può non rilevarsi come tale orientamento apra nuovi scenari nei rapporti tra il giudicato nazionale e il diritto dell'Unione.

Un primo significativo esempio tratto dal contesto giurisprudenziale appena delineato è costituito dal caso *Lucchini*<sup>39</sup>, che ha suscitato notevole clamore e interesse in dottrina, come testimoniato dagli innumerevoli commenti che su di esso sono stati pubblicati.<sup>40</sup>

La particolarità della fattispecie portata al vaglio dei giudici europei è costituita dall'oggetto della controversia, caratterizzata dal contrapporsi di due

---

<sup>39</sup> Corte giust., sentenza 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c. Lucchini Spa.*, in *Raccolta*, 2007, p. I-6199.

<sup>40</sup> Fra i principali contributi intervenuti, si ricorda C. Malinconico, *Il recupero degli aiuti di Stato tra preclusioni processuali nazionali e limiti alla proposizione d'ufficio del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2005, p. 805 ss.; M.T. Stile, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 733-741; 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.; E. Fontana, *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008, p. 193 ss.; B. Zuffi, *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti di Stato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 382 ss.; E. Scoditti, *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Il Foro Italiano*, 2007, IV, p. 533 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 *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 595 ss.; V. Nucera, *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, IV, p. 161 ss.

provvedimenti definitivi.

Da un lato, era presente un provvedimento amministrativo interno, adottato in esecuzione di un giudicato civile formatosi in violazione del diritto dell'Unione, che accertava il diritto della società Lucchini all'erogazione di un contributo finanziario richiesto per l'ammodernamento dei propri impianti siderurgici.

Dall'altro, veniva in rilievo una decisione della Commissione europea, anch'essa definitiva, non essendo stata impugnata nei termini previsti, che dichiarava tale sostegno finanziario incompatibile con il mercato comune, imponendo pertanto, allo Stato italiano, il recupero delle somme erogate.<sup>41</sup>

Il Consiglio di Stato, adito dall'Avvocatura Generale per conto del Ministero, constatata la sussistenza di un conflitto tra la sentenza della Corte d'Appello di Roma passata in giudicato e la decisione negativa della Commissione europea, decideva di sospendere il processo e di adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale.

Ciò al fine di conoscere se *“in forza del principio del primato del diritto comunitario immediatamente applicabile (...) sia giuridicamente possibile e*

---

<sup>41</sup> I fatti della controversia nazionale possono essere così sintetizzati. La società Lucchini, azienda leader nella produzione dell'acciaio, chiedeva nel 1985 una agevolazione finanziaria, ai sensi della legge n. 183 del 1976, che regolava gli interventi straordinari per lo sviluppo del Mezzogiorno. La Cassa per il Mezzogiorno deliberava la concessione dell'aiuto richiesto, in via provvisoria, subordinando l'efficacia del provvedimento all'approvazione del progetto da parte della Commissione europea. Sennonché, nel 1990 la Commissione, stante l'assenza dei requisiti necessari, dichiarava l'aiuto incompatibile con il mercato comune. Prima dell'adozione di tale decisione la Lucchini, non avendo ancora ricevuto il finanziamento, citava in giudizio le autorità competenti dinanzi al Tribunale di Roma, per avere riconosciuto il diritto al pagamento dell'importo richiesto. Nonostante la decisione negativa della Commissione, il giudice nazionale tanto in primo grado (con una sentenza del 1991, successiva alla decisione della Commissione), quanto in grado d'appello (con una sentenza del 1994 non impugnata e, quindi, passata in giudicato), accoglieva la domanda della Lucchini, riconoscendo il diritto di quest'ultima ad ottenere il sostegno finanziario richiesto. In esecuzione della sentenza, il Ministero dell'Industria, nel marzo del 1996, adottava il decreto di concessione, precisando che *“le agevolazioni sarebbero state revocate, totalmente o in parte, in caso di decisioni comunitarie sfavorevoli in merito alla concedibilità ed erogabilità delle prestazioni finanziarie stesse”*. Solo qualche mese più tardi, con nota del 16 settembre 1996, la Commissione intimava alle autorità italiane di procedere al recupero delle somme erogate, trattandosi di aiuti finanziari già dichiarati incompatibili con il mercato comune con la decisione del 1990. A fronte di tale intimazione, il Ministero emanava un nuovo decreto con cui revocava il precedente provvedimento ed ordinava alla Lucchini la restituzione delle somme percepite. La società impugnava immediatamente il decreto dinanzi al TAR del Lazio che, in accoglimento del ricorso, dichiarava l'illegittimità del provvedimento di revoca, non potendo la pubblica amministrazione ritirare un proprio atto in presenza di una sentenza passata in giudicato.

*doveroso il recupero dell'aiuto da parte dell'amministrazione interna nei confronti di un privato beneficiario, nonostante la formazione di un giudicato civile affermativo dell'obbligo incondizionato di pagamento dell'aiuto medesimo".*<sup>42</sup>

Strettamente correlato al primo quesito è la seconda questione pregiudiziale, con la quale si chiedeva alla Corte di giustizia se *“stante il pacifico principio secondo il quale la decisione sul recupero dell'aiuto è regolata dal diritto comunitario ma la sua attuazione ed il relativo procedimento di recupero, in assenza di disposizioni comunitarie in materia, è retta dal diritto nazionale, il procedimento di recupero non divenga giuridicamente impossibile in forza di una concreta decisione giudiziaria, passata in cosa giudicata (art. 2909 cod. civ.) che fa stato fra privato ed amministrazione ed obbliga l'amministrazione a conformarvisi”.*<sup>43</sup>

Dopo avere affermato la propria competenza a pronunciarsi sui quesiti posti dal Consiglio di Stato, in esito ad alcune eccezioni formulate dalla società Lucchini<sup>44</sup>, la Corte di giustizia ricorda anzitutto come, nell'allora ordinamento giuridico comunitario, le competenze dei giudici nazionali siano limitate, sia per quanto riguarda il settore degli aiuti di Stato, sia per quanto attiene alla dichiarazione di invalidità degli atti sovranazionali.

Nel rispetto del principio delle competenze di attribuzione, i giudici nazionali non possono pronunciarsi sulla compatibilità di un aiuto di Stato con il mercato comune, rientrando tale valutazione nella competenza esclusiva della Commissione, che opera sotto il diretto controllo del giudice

---

<sup>42</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Lucchini, cit.*, punto 40, n. 1.

<sup>43</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Lucchini, cit.*, punto 40, n. 2.

<sup>44</sup> Detta società sosteneva l'irricevibilità della domanda, stante l'assenza di una norma comunitaria da interpretare, l'incompetenza della Corte ad interpretare una sentenza di un giudice nazionale o l'art. 2909 del codice civile italiano ed, infine, il carattere ipotetico delle questioni pregiudiziali sollevate. Il giudice del Lussemburgo, ritenendosi di contro competente a statuire sulla domanda, ha precisato al punto 46 della sentenza che *“nel caso di specie si chiede alla Corte, non di interpretare il diritto nazionale o una sentenza di un giudice nazionale, bensì di precisare i limiti entro i quali i giudici nazionali sono tenuti, in forza del diritto comunitario, a disapplicare il diritto nazionale. Ne risulta pertanto che le questioni sollevate sono in relazione con l'oggetto della controversia, come definito dal giudice a quo, e che la soluzione delle questioni sollevate può essere utile a quest'ultimo per consentirgli di disporre o meno l'annullamento dei provvedimenti adottati per il recupero degli aiuti di cui trattasi”.*

dell'Unione.<sup>45</sup>

Per quanto riguarda l'invalidità degli atti delle istituzioni europee, la Corte osserva che, in linea di principio, i giudici nazionali possono trovarsi ad esaminare tale tipologia di atti, ma non sono tuttavia competenti a constatarne l'invalidità.

Detta competenza è di esclusiva pertinenza dei giudici sovranazionali e tali atti, se non impugnati dai destinatari nei termini previsti, diventano definitivi e non possono più essere contestati, proponendo ricorso contro un provvedimento del giudice nazionale emanato in esecuzione degli stessi.<sup>46</sup>

Tali premesse consentono alla Corte di giustizia di evidenziare che né la sentenza del Tribunale di Roma, né quella della Corte d'Appello di Roma, di cui si voleva fare valere l'autorità di cosa giudicata, potevano pronunciarsi sulla compatibilità degli aiuti di Stato richiesti dalla Lucchini.

Inoltre, nessuno dei due organi giurisdizionali avrebbe potuto accertare l'invalidità della decisione assunta dalla Commissione, che aveva già dichiarato, nel 1990, tali aiuti incompatibili con il mercato comune.<sup>47</sup>

Ciò posto, la Corte di giustizia, nel rispondere al quesito del Consiglio di Stato, prende atto del fatto che l'interpretazione data dai giudici nazionali all'art. 2909 c.c. osta alla possibilità di dedurre in giudizio motivi sui quali un organo giurisdizionale si sia già pronunciato in via definitiva.

Senonché, l'articolo in esame, così interpretato, ostacolerebbe la corretta attuazione del diritto europeo, rendendo praticamente impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione delle istanze sovranazionali.<sup>48</sup>

---

<sup>45</sup> Punto 52, sentenza *Lucchini*, *cit.*

<sup>46</sup> Punti 53, 54 e 55, sentenza *Lucchini*, *cit.*

<sup>47</sup> Punti 57 e 58, sentenza *Lucchini*, *cit.*

<sup>48</sup> Sull'applicazione dell'art. 2909 del codice civile italiano, al punto 59 della sentenza in commento, la Corte di giustizia osserva che *“stando al giudice nazionale, l'art. 2909 del codice civile italiano osta non solo alla possibilità di dedurre nuovamente, in una seconda controversia, motivi sui quali un organo giurisdizionale si sia già pronunciato esplicitamente in via definitiva, ma anche alla disamina di questioni che avrebbero potuto essere sollevate nell'ambito di una controversia precedente senza che ciò sia però avvenuto. Da siffatta interpretazione della norma potrebbe conseguire, in particolare, che a una decisione di un giudice nazionale vengano attribuiti effetti che eccedono i limiti della competenza del giudice di cui trattasi, quali risultano dal diritto comunitario. Come ha osservato il giudice a quo, è chiaro che l'applicazione di tale norma, così interpretata, impedirebbe nel caso di*

La Corte di giustizia ricorda allora che, secondo una giurisprudenza consolidata <sup>49</sup>, spetta al giudice nazionale interpretare le disposizioni del diritto interno in modo da consentirne un'applicazione che contribuisca all'attuazione del diritto europeo, disapplicando all'occorrenza di propria iniziativa ogni disposizione legislativa con esso contrastante.

Per tali ragioni, ribadendo che la valutazione della compatibilità, con il mercato comune, degli aiuti di Stato è riservata in via esclusiva alla Commissione, la Corte di giustizia conclude, in esito alle questioni sollevate, che *“il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 del codice civile italiano, volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione delle Comunità europee divenuta definitiva”*. <sup>50</sup>

In sintesi, secondo il dispositivo della pronuncia, una sentenza passata in giudicato non può costituire un ostacolo all'applicazione del diritto di matrice europea e, pertanto, le autorità competenti dovranno procedere al recupero dell'aiuto concesso in base a tale decisione, ove l'aiuto sia stato dichiarato incompatibile con il mercato comune dalla Commissione europea.

Stante la portata innovativa della decisione della Corte, che non trova riscontri nella sua precedente giurisprudenza, appare opportuno interrogarsi sulle ragioni che ne sono a fondamento.

L'aspetto più rilevante è sicuramente quello correlato all'affermazione del principio della cedevolezza del giudicato sostanziale interno, a fronte della

---

*specie l'applicazione del diritto comunitario in quanto renderebbe impossibile il recupero di un aiuto di Stato concesso in violazione del diritto comunitario”*.

<sup>49</sup> Vengono richiamate, in particolare, Corte giust., sentenza 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal Spa*, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss., punti 21-24; Corte giust., sentenza 8 marzo 1979, in causa C-130/78, *Salumificio di Cornuda*, in *Raccolta*, p. 867, punti 23-27; Corte giust., sentenza 19 giugno 1990, in causa C-231/89, *The Queen Secretary of state for transport - Factortame Limited Regno Unito*, in *Raccolta*, 1990, p. I-2433 ss., punti 19-21.

<sup>50</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Lucchini*, *cit.*, punto 63.

violazione del diritto dell'Unione.

In proposito, assumono un ruolo centrale le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, fatte proprie dai giudici del Lussemburgo, nelle quali si evidenzia come la sentenza della Corte d'Appello di Roma “*costituisca una importante violazione incidentale del diritto comunitario*”, che “*renderebbe impossibile l'esercizio dei poteri attribuiti alla Commissione*”.<sup>51</sup>

La cedevolezza del giudicato trova dunque fondamento nella circostanza che la sua intangibilità avrebbe leso la fondamentale ripartizione di competenze tra Unione europea e Stati membri, sancita dai Trattati, con conseguente preclusione dell'esercizio dei poteri di controllo, conferiti in via esclusiva alla Commissione, sulle procedure di erogazione degli aiuti di Stato.<sup>52</sup>

Non a caso l'Avvocato generale, richiamando alcune pronunce in cui la Corte di giustizia aveva preso posizione affermando l'intangibilità del giudicato, precisa che, diversamente dal caso *Lucchini*, “*in nessuna di queste sentenze era in discussione l'esercizio dei poteri comunitari*”.<sup>53</sup>

Per l'Avvocato Geelhoed non sembra quindi accettabile che, in una situazione come quella in esame, un giudicato nazionale formatosi in violazione del diritto sovranazionale, possa impedire l'attuazione della decisione della Commissione che imponeva la restituzione dell'aiuto concesso.<sup>54</sup>

---

<sup>51</sup> Si rimanda ai punti 69 e 70 delle conclusioni dell'Avvocato generale, in cui, a conferma dell'irregolare comportamento tenuto dai giudici italiani e della correlativa autonomia della Commissione, si fa riferimento a Corte giust., sentenza 14 dicembre 2000, in causa C-344/98, *Masterfoods*, in *Raccolta*, p. I-11369, punto 52, ove si legge che “*i giudici nazionali, quando si pronunciano su accordi o pratiche che sono già oggetto di decisione da parte della Commissione, non possono adottare decisioni in contrasto con quella della Commissione, anche se quest'ultima è in contrasto con la decisione pronunciata da un giudice nazionale di primo grado*”.

<sup>52</sup> Significativo è il punto 74 delle conclusioni dell'Avvocato Geelhoed, in cui si afferma che “*l'autorità di cosa giudicata di una sentenza che si fonda esclusivamente sull'interpretazione del diritto nazionale, ed in cui il rilevante diritto comunitario è manifestamente disapplicato, non può costituire ostacolo all'esercizio dei poteri conferiti alla Commissione dalle disposizioni rilevanti del diritto comunitario*”.

<sup>53</sup> Tali riferimenti giurisprudenziali attengono alle sentenze *Köbler, Kühne & Heitz, Eco Swiss e Kapferer*, tutte già citate (cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, punti 40, 41 e 42).

<sup>54</sup> Appare rilevante il punto 62 delle conclusioni dell'Avvocato generale, allorquando si precisa che “*la coesistenza degli ordinamenti giuridici comunitario e nazionale comporta pertanto che il giudice nazionale dovrà di volta in volta accertare se, in sede di applicazione del suo diritto nazionale, siano soddisfatte nella fattispecie le condizioni imposte dal diritto comunitario, e se l'applicazione del*

Inoltre, è opportuno sottolineare che i limiti all'intangibilità del giudicato sono prospettati con riferimento al settore degli aiuti di Stato, il quale risulta regolato da disposizioni procedurali europee ben precise, che determinano una marcata limitazione dei poteri degli organi giurisdizionali nazionali, non rinvenibile in altri ambiti del diritto europeo.<sup>55</sup>

Il che spiega perché la Corte di giustizia incentri la motivazione della sentenza, oltre che sul riparto di competenze tra Unione e Stati membri, anche sul primato del diritto dell'Unione.<sup>56</sup>

La presenza, in relazione alla procedura di controllo sugli aiuti di Stato, di una disciplina europea di riferimento comporta infatti la sua immediata applicazione e l'obbligo, da parte del giudice nazionale, di disapplicare ogni disposizione interna eventualmente contrastante, ivi compreso l'art. 2909 del codice civile, al fine di assicurare il pieno soddisfacimento degli interessi che il diritto europeo intende tutelare.

Fermo restando che spetterà poi alle autorità nazionali, nel caso di aiuti statali concessi illegalmente, dare concreta ed immediata attuazione all'ordine di recupero, secondo le modalità procedurali interne, in vista del ripristino dello *status quo ante*.

L'importanza e la portata innovativa della sentenza in commento non poteva non suscitare divergenze di opinioni nella valutazione dell'operato della Corte di giustizia.

---

*diritto nazionale non implichi una violazione delle facoltà della Commissione per garantire il rispetto della normativa di concessione degli aiuti, che costituisce uno dei pilastri dell'ordinamento giuridico comunitario*".

<sup>55</sup> Si veda, in proposito, il quesito pregiudiziale sottoposto alla Corte di giustizia nella successiva causa *Olimpiclub*, *cit.*, con il quale il giudice del rinvio chiede se "il diritto comunitario osta alla applicazione di una disposizione di diritto nazionale, come quella di cui all'art. 2909 del c.c., tesa a sancire il principio dell'autorità della cosa giudicata, quando tale applicazione venga a consacrare un risultato contrastante con il diritto comunitario, frustandone l'applicazione anche in settori diversi da quello degli aiuti di Stato".

<sup>56</sup> Condivide il richiamo a tale principio L. Raimondi, *Atti inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, *op. cit.*, p. 817 ss. Di diverso avviso è invece D.U. Galetta, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale...*, *op. cit.*, p. 973, la quale sostiene che "non è il primato del diritto comunitario ad entrare in gioco, quanto piuttosto l'obbligo di interpretazione conforme in connessione con l'esigenza di effettività del diritto comunitario".

Parte della dottrina ha criticato il mancato riferimento ai principi di equivalenza ed effettività, che guidano ma che, al contempo, limitano il potere della Corte di sindacare la conformità delle norme interne alla luce del diritto europeo.<sup>57</sup>

In proposito, si evidenzia come detti principi, posti nelle precedenti sentenze a presidio dell'autonomia procedurale e, quindi, dell'intangibilità del giudicato, in questo caso, non vengano neppure citati.<sup>58</sup>

Proprio nella mancata valutazione della norma interna (art. 2909 c.c.) alla stregua dei criteri dell'equivalenza e dell'effettività, si individua la ragione principale per cui la pronuncia in esame si discosti, così nettamente, dai precedenti orientamenti giurisprudenziali in materia.<sup>59</sup>

Altra corrente di pensiero ha invece ritenuto i *dicta* dei giudici lussemburghesi quasi inevitabili, in presenza di una violazione non solo grave e palese, ma “sicuramente consapevole” del diritto sovranazionale.<sup>60</sup>

Al di là delle diverse opinioni sulla validità dei criteri giuridici utilizzati a sostegno della pronuncia, non può non evidenziarsi come questa sia caratterizzata da una dura presa di posizione nei confronti dello Stato italiano

---

<sup>57</sup> Cfr. A. Negrelli, *Il primato del diritto comunitario e il giudicato nazionale: un confronto che si poteva evitare o risolvere altrimenti...*, op. cit., p. 1235. Critiche sono state altresì espresse da G. Petrillo, *Il “caso Lucchini”: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2008, p. 413 ss., spec., p. 425; V. Cerulli Irelli, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, op. cit., p. 472.

<sup>58</sup> Secondo G. Greco, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 505 ss., spec., p. 517, la disapplicazione dell'art. 2909 del c.c. “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*”.

<sup>59</sup> Al contrario, L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, op. cit., p. 817 ss., condivide l'approccio della Corte, in considerazione del fatto che la materia degli aiuti di Stato si contraddistingue per la presenza di una disciplina europea non solo sostanziale, ma anche procedurale. Si ritiene pertanto coerente il mancato richiamo dei limiti che tradizionalmente connotano l'autonomia procedurale, atteso che, in questo specifico ambito, non è presente il presupposto stesso di applicazione del principio, costituito dalla “mancanza di una specifica disciplina comunitaria” (cfr. Corte giust., sentenza *Rewe*, cit., punto 5 della motivazione).

<sup>60</sup> In questi termini, D.U. Galetta, *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale...*, op. cit., p. 971. Si veda altresì G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 215 ss., che fa riferimento a un giudicato nazionale “nel merito a dir poco inquietante”, nonché P. Biavati, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, op. cit., p. 1601, che parla di un vero e proprio “sdegno comunitario”.

nel suo complesso.<sup>61</sup>

Le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed, aderendo alla prospettazione fatta propria dalla Commissione, muovono aspre critiche non solo nei confronti dei giudici nazionali, che erano tenuti a conoscere interpretare ed applicare correttamente le disposizioni europee, ma anche dell'apparato amministrativo statale, a conferma della sistematicità delle violazioni commesse.

Per un verso, si rileva che i giudici italiani *“per ignoranza o per incuria hanno compiuto gravi errori sia in primo grado sia in sede di appello”*<sup>62</sup>, eludendo l'obbligo di accertare se fossero presenti o meno le condizioni necessarie per la concessione dell'aiuto.<sup>63</sup>

Per altro verso, si nota che anche le autorità italiane hanno errato, omettendo di comunicare alla Corte d'Appello di Roma che la Commissione, nel corso del giudizio, aveva già adottato una decisione, in cui l'aiuto richiesto era stato dichiarato incompatibile con il mercato comune.<sup>64</sup>

Da ultimo, viene stigmatizzato l'atteggiamento della stessa Lucchini, la quale, nel corso del procedimento dinanzi al giudice italiano, per strategia processuale, ha volutamente omesso di avvalersi della possibilità di impugnare la decisione negativa della Commissione, al fine di opporre, all'esecutività del

---

<sup>61</sup> Cfr. P. Biavati, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, op. cit., p. 1601, il quale sottolinea come, molto probabilmente, la Corte di giustizia abbia assunto una posizione così netta, nei confronti dell'Italia, per le modalità con cui è stata gestita l'intera vicenda. Ciò in considerazione dei criteri utilizzati per l'erogazione provvisoria dei fondi, della mancata valutazione, da parte dei giudici, dell'intervenuta decisione della Commissione che dichiarava incompatibile l'aiuto richiesto ed, infine, del parere dell'Avvocatura generale dello Stato di conformità alla sentenza della Corte d'Appello di Roma.

<sup>62</sup> Cfr. punto 65 delle conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed.

<sup>63</sup> Al punto 66 delle proprie conclusioni, l'Avvocato generale precisa che i giudici italiani *“in primo grado hanno ignorato gli obblighi di accertare in modo coerente se fossero soddisfatti gli artt. 88, n. 3, CE o l'art. 6 del codice degli aiuti oppure se esistesse una decisione con cui la Commissione approvava esplicitamente l'aiuto. E, cosa ancora più grave, la Corte d'Appello non ha voluto rispettare la decisione negativa nel frattempo resa dalla Commissione. Mi limito a questa constatazione, senza approfondire la motivazione con cui quest'ultimo organo giurisdizionale ha ritenuto di dover disapplicare il diritto comunitario. In caso di violazione così flagrante non mi sembra opportuno continuare la discussione pedagogica per spiegare perché tale motivazione è giuridicamente insostenibile”*.

<sup>64</sup> Cfr. punto 67 delle conclusioni dell'Avvocato generale.

provvedimento europeo, l'intangibilità del giudicato.<sup>65</sup>

Nel valutare il caso di specie, occorre mettere in rilievo che spetta al giudice del Lussemburgo il compito di vigilare sull'adempimento, da parte degli Stati membri, degli obblighi ad essi derivanti dal diritto dell'Unione.

Una sentenza di segno opposto, in un contesto come quello in esame, che, per stessa ammissione della Corte di giustizia, riguarda una situazione del tutto particolare<sup>66</sup>, in cui sono in questione principi vitali dell'ordinamento giuridico sovranazionale, avrebbe avuto significative ripercussioni sul delicato equilibrio sistemico sopra delineato.

Di certo, una simile pronuncia avrebbe frustrato il principio della effettività e dell'immediatezza dell'ordine di recupero, svuotando di fatto i poteri della Commissione in materia di aiuti di Stato, avrebbe negato un principio fondamentale, quello della ripartizione delle competenze stabilite dai Trattati ed, infine, avrebbe vanificato l'effetto utile dei diritti di matrice europea.

---

<sup>65</sup> E' chiaro il giudizio dell'Avvocato Geelhoed, il quale, al punto 68 delle sue conclusioni, afferma che *“non posso sottrarmi all'impressione che nella fattispecie la Lucchini abbia cercato il punto debole della catena giurisdizionale che può essere invocata per giudicare della legittimità della concessione di agevolazioni statali”*. Neanche la tutela del legittimo affidamento, invocata dalla Lucchini, trova spazio nelle valutazioni dell'Avvocato generale, che ritiene l'argomento, date le circostanze del caso, del tutto marginale. Sempre al punto 68 delle conclusioni, si evidenzia che la Lucchini sapeva o era tenuta a sapere che *“il governo italiano poteva erogare l'aiuto ad essa promesso soltanto dopo aver ricevuto l'approvazione della Commissione”*, con la conseguenza che non può venire in rilievo il presupposto soggettivo della buona fede del beneficiario, che la dottrina e la giurisprudenza ritengono necessario perché il legittimo affidamento possa essere invocato.

<sup>66</sup> Sul punto, si veda E. Cannizzaro, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 447 ss., spec., p. 457, secondo il quale *“la lettura della sentenza ingenera infatti l'impressione che la Corte non abbia inteso affermare un principio di carattere generale quanto piuttosto rinvenire una soluzione equa alla luce delle particolari esigenze del caso di specie”*.

## 2.2 Il caso *Olimpiclub*.

Con la sentenza del 3 settembre 2009, resa nel caso *Olimpiclub*<sup>67</sup>, la Corte di giustizia, previo rinvio pregiudiziale proposto dalla Corte di Cassazione italiana<sup>68</sup>, è tornata a pronunciarsi sull'applicazione del principio della intangibilità del giudicato, in un contenzioso di natura fiscale avente ad oggetto l'imposta sul valore aggiunto.

La vicenda riguarda una presunta evasione fiscale in materia di IVA, da parte della società sportiva *Olimpiclub*, a seguito di un accertamento tributario effettuato dalla Guardia di Finanza.

Nel dettaglio, tale società, proprietaria di un impianto sportivo insistente su terreno demaniale, aveva ceduto in comodato d'uso gratuito la gestione dello stesso ad una associazione sportiva priva di scopo di lucro.

A fronte di detto contratto, l'associazione si impegnavano a pagare il canone demaniale in favore dello Stato italiano, a versare un importo forfettario annuo a titolo di rimborso spese e, da ultimo, a trasferire alla *Olimpiclub* tutte le entrate lorde dell'associazione, costituite prevalentemente dalle quote associative annuali versate dai soci.

Secondo l'amministrazione finanziaria, la stipula del comodato aveva come unico scopo quello di eludere la legge e consentire alla società di ottenere indebiti vantaggi fiscali.<sup>69</sup>

Gli avvisi di rettifica delle dichiarazioni IVA, relativi agli anni 1988-1991, che avevano fatto seguito a tali accertamenti, venivano impugnati dalla

---

<sup>67</sup> Corte giust., sentenza 3 settembre 2009, in causa C-2/08, *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze, Agenzia delle Entrate c. Fallimento Olimpiclub Srl*, in *Raccolta*, p. I-7501.

<sup>68</sup> Cfr. Cass., sentenza 21 dicembre 2007, n. 26996, in *Giur. it.*, 2008, p. 1025 ss., con nota di F. Tesaro, *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*.

<sup>69</sup> Per l'Agenzia delle Entrate, con l'espedito del contratto di comodato, la *Olimpiclub Srl* avrebbe ugualmente beneficiato del reddito prodotto dall'associazione sportiva, sotto forma di quote associative versate dai membri della medesima, sottraendosi tuttavia al pagamento dell'IVA, non dovuta ove la percezione del reddito sia avvenuta a tale titolo (cfr. Corte giust., sentenza *Olimpiclub*, *cit.*, punto 6).

Olimpiclub innanzi alle competenti Commissioni tributarie che, sia in primo grado sia in appello, si pronunciavano in favore della ricorrente.

Ciò in quanto l'amministrazione fiscale non aveva dimostrato l'esistenza di un intento fraudolento nella stipula del contratto di comodato ed, anzi, le ragioni che avevano indotte le parti a concluderlo potevano legittimamente essere individuate nell'antieconomicità della gestione diretta di attività, prettamente sportive, da parte di una società commerciale.<sup>70</sup>

L'amministrazione finanziaria proponeva, quindi, ricorso in Cassazione, per far valere le proprie ragioni e ribadire il carattere elusivo del contratto.

Essendo nelle more intervenuto il fallimento della Olimpiclub, il curatore fallimentare si costituiva in giudizio, invocando due sentenze della Commissione tributaria regionale del Lazio, ormai passate in giudicato, aventi ad oggetto avvisi di rettifica IVA, redatti in seguito al medesimo controllo fiscale, ma relativi a periodi di imposta diversi e, precisamente, alle annualità 1987 e 1992.

In forza del recente orientamento accolto dalla Corte di Cassazione in materia fiscale, tali sentenze definitive, pur se afferenti a periodi d'imposta diversi, sarebbero state vincolanti, anche per le controversie tributarie ancora pendenti nella causa principale, in virtù dell'art. 2909 del codice civile.

Ed, infatti, in ambito tributario, la Corte di Cassazione è rimasta per lungo tempo ancorata al principio della c.d. "frammentazione dei giudicati", in base al quale ogni annualità conserva la propria autonomia rispetto alle altre e comporta la costituzione, tra contribuente e fisco, di un rapporto giuridico distinto, rispetto a quelli relativi alle annualità precedenti e successive.

Pertanto, quando controversie relative a diverse annualità di una medesima imposta venivano decise con sentenze separate, ogni giudizio manteneva la sua autonomia e la decisione non costituiva autorità di cosa giudicata nei confronti delle cause relative alle altre annualità.<sup>71</sup>

---

<sup>70</sup> Cfr. punto 8, sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>71</sup> Cfr. punto 12, sentenza *Olimpiclub*, cit.

Senonché, detta impostazione, come ricorda la stessa Corte di Cassazione nell'ordinanza di rinvio, è stata recentemente superata da un nuovo indirizzo giurisprudenziale che valorizza l'unitarietà del rapporto giuridico di imposta.<sup>72</sup>

Di conseguenza, la sentenza definitiva pronunciata in una controversia, quando gli accertamenti eseguiti riguardano punti fondamentali e questioni analoghe, può essere utilmente invocata in un altro giudizio, benché il giudicato si sia formato in relazione ad un periodo d'imposta diverso da quello oggetto della causa successiva.<sup>73</sup>

Si afferma, in tal modo, in ambito tributario, l'efficacia del giudicato esterno, che vincola l'organo giudicante, nella definizione di altri contenziosi pendenti tra le stesse parti ed aventi ad oggetto lo stesso tributo, per diversi periodi d'imposta, alle precedenti sentenze passate in giudicato.

In considerazione di tale approdo giurisprudenziale, il giudice del rinvio rileva che la nuova interpretazione dell'art. 2909 del codice civile non gli avrebbe consentito di esaminare la causa principale, in forza della normativa di origine europea e della giurisprudenza della Corte in materia di lotta all'abuso del diritto, nel campo dell'IVA, sancita nella sentenza *Halifax*.<sup>74</sup>

---

<sup>72</sup> Si veda Cass., sez. un., sentenza 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.*, 2007, I, p. 493.

<sup>73</sup> Cfr. punto 13, sentenza *Olimpiclub*, *cit.*

<sup>74</sup> Corte giust., sentenza 21 febbraio 2006, in causa C-255/02, *Halifax*, in *Raccolta*, 2006, p. I-1609. In detta sentenza, la Corte di giustizia ha elaborato il principio del divieto dell'abuso del diritto, sulla base della sesta direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari, ed ha fornito i necessari chiarimenti in merito alle condizioni cui è subordinata la possibilità di dichiarare che una operazione costituisca una pratica abusiva, ai fini dell'applicazione dell'IVA. Secondo il principio di diritto sancito dalla sentenza in argomento, in particolare ai punti 74, 75, 80, 81 e 98, *“perché possa parlarsi di comportamento abusivo, le operazioni controverse devono, nonostante l'applicazione formale delle condizioni previste dalle pertinenti disposizioni della sesta direttiva e della legislazione nazionale che la traspone, procurare un vantaggio fiscale la cui concessione sarebbe contraria all'obiettivo perseguito da quelle stesse disposizioni (...). Deve altresì risultare da un insieme di elementi obiettivi che dette operazioni hanno essenzialmente lo scopo di ottenere un vantaggio fiscale (...). Ora, permettere ad un soggetto passivo di detrarre la totalità dell'imposta sul valore aggiunto assolta a monte laddove, nell'ambito delle sue normali operazioni commerciali, nessuna operazione conforme alle disposizioni del sistema delle detrazioni della sesta direttiva o della legislazione nazionale che la traspone glielo avrebbe consentito, o lo avrebbe consentito solo in parte, sarebbe contrario al principio di neutralità fiscale e, pertanto contrario allo scopo di detto sistema. Quanto al secondo elemento in base al quale le operazioni controverse devono avere come scopo essenzialmente l'ottenimento di un vantaggio fiscale, spetta al giudice nazionale stabilire il contenuto e il significato reale delle operazioni. Egli può prendere in considerazione il carattere fittizio delle operazioni ed i nessi giuridici, economici, e/o personali tra gli operatori coinvolti nel piano di riduzione del carico fiscale (...). Ove si constati un comportamento abusivo, le operazioni implicate devono essere*

Il giudice *a quo* ha così sospeso il giudizio e sottoposto la questione alla Corte del Lussemburgo, chiedendo “*se il diritto comunitario osti all’applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione di diritto nazionale, come l’art. 2909 del codice civile, in una controversia vertente sull’IVA afferente ad un’annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una sentenza definitiva, nel caso in cui la disposizione di cui trattasi impedisca a tale giudice di prendere in considerazione le norme del diritto comunitario in materia di pratiche abusive legate a detta imposta*”.<sup>75</sup>

Il quesito pregiudiziale concerne, quindi, il rapporto tra il principio dell’autorità della cosa giudicata e l’effettività del diritto dell’Unione, con particolare riguardo alle norme volte ad impedire l’abuso del diritto in materia fiscale.

I giudici del Lussemburgo risolvono la questione, considerando preminente, nella materia oggetto del contenzioso, l’interesse all’affermazione del diritto dell’Unione, ponendo alla base delle proprie argomentazioni, peraltro in maniera esplicita, il principio dell’effettività del diritto sovranazionale, nonché l’autonomia procedurale degli Stati membri.

Ed, infatti, dopo avere ricordato l’importanza che “*il principio dell’autorità di cosa giudicata riveste sia nell’ordinamento giuridico comunitario sia negli ordinamenti giuridici nazionali (...), al fine di garantire sia la stabilità dei rapporti giuridici, sia una buona amministrazione della giustizia*”<sup>76</sup>, la Corte del Lussemburgo sottolinea che “*in assenza di una normativa comunitaria in materia, le modalità di attuazione del principio dell’autorità di cosa giudicata rientrano nell’ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio della autonomia procedurale di quest’ultimi*”.<sup>77</sup>

Richiamando i noti limiti dell’equivalenza e dell’effettività, il giudice

---

*ridefinite in maniera da ristabilire la situazione quale sarebbe esistita senza le operazioni che quel comportamento ha fondato*”.

<sup>75</sup> Punto 19, sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>76</sup> Punto 22, sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>77</sup> Punto 24, sentenza *Olimpiclub*, cit.

dell'Unione precisa che dette modalità non devono essere meno favorevoli di quelle previste per analoghe situazioni di natura interna, né tali da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti di matrice europea.

Dopo queste premesse, la Corte di giustizia passa ad analizzare il punto cruciale della questione, verificando sino a che punto l'autorità del giudicato esterno sia vincolante per la definizione dei giudizi ancora pendenti e se tale vincolatività sia, o meno, compatibile con il principio di effettività del diritto dell'Unione.

Più in particolare, i giudici del Lussemburgo si chiedono se la nuova interpretazione dell'art. 2909 del codice civile, nei termini prospettati dal giudice del rinvio, *“possa essere giustificata alla luce della salvaguardia del principio della certezza del diritto, tenuto conto delle conseguenze che ne derivano per l'applicazione del diritto comunitario”*.<sup>78</sup>

Al riguardo, la Corte di giustizia pone in rilievo alcuni aspetti fondamentali.

Nello specifico, essa precisa, come sostenuto anche dal giudice del rinvio, che la vincolatività del giudicato esterno, relativo ad accertamenti di natura fiscale, impedirebbe di rimettere in discussione una decisione giurisdizionale passata in giudicato, anche quando la stessa sia stata assunta in aperta violazione del diritto dell'Unione.

L'intangibilità del giudicato esterno impedirebbe altresì di riesaminare, per il medesimo contribuente ma per un diverso periodo d'imposta, qualsiasi accertamento vertente su un punto fondamentale comune contenuto in una sentenza passata in giudicato.<sup>79</sup>

In considerazione di tali rilievi, la Corte di giustizia osserva che, ove una decisione giurisdizionale divenuta definitiva sia fondata su una interpretazione delle norme europee, relative a pratiche abusive in materia di IVA, in contrasto con il diritto dell'Unione, *“la non corretta applicazione di tali regole si riprodurrebbe per ciascun nuovo esercizio fiscale, senza che sia possibile*

---

<sup>78</sup> Punto 28, sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>79</sup> Punto 29, sentenza *Olimpiclub*, cit.

*correggere tale erronea interpretazione”.*<sup>80</sup>

Secondo la Corte, tuttavia, “*ostacoli di tale portata all’applicazione effettiva delle norme comunitarie in materia di IVA non possono essere ragionevolmente giustificati dal principio della certezza del diritto e devono essere dunque considerati in contrasto con il principio di effettività*”.<sup>81</sup>

Sulla scorta di dette osservazioni, la Corte di giustizia risolve il quesito pregiudiziale, affermando che “*il diritto comunitario osta all’applicazione, in circostanze come quelle della causa principale, di una disposizione del diritto nazionale, come l’art. 2909 del codice civile, in una causa vertente sull’imposta sul valore aggiunto concernente un’annualità fiscale per la quale non si è ancora avuta una decisione giurisdizionale definitiva, in quanto essa impedirebbe al giudice nazionale investito di tale causa di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate a detta imposta*”.<sup>82</sup>

Con la sentenza in commento, la Corte di giustizia fornisce importanti chiarimenti sul tema del rapporto tra autonomia procedurale e primato del diritto dell’Unione.

Analogamente al caso *Lucchini*<sup>83</sup>, sebbene si sia in presenza di ambiti di disciplina ben distinti, i giudici del Lussemburgo affermano il carattere cedevole del principio dell’intangibilità del giudicato, nell’ipotesi in cui la sua rigorosa applicazione impedisca il rispetto di principi fondamentali del diritto sovranazionale.

La Corte di giustizia perviene a questo esito sulla base di un percorso argomentativo nel quale mette in rilievo la preponderante esigenza di evitare che norme processuali nazionali possano pregiudicare l’affermazione e l’applicazione del diritto dell’Unione in tutti gli Stati membri.

Occorre tuttavia porre in rilievo alcuni fondamentali elementi distintivi

---

<sup>80</sup> Punto 30, sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>81</sup> Punto 31, sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>82</sup> Cfr. il dispositivo della sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>83</sup> Corte giust., sentenza *Lucchini*, cit.

rispetto alla precedente decisione.

Se, infatti, nella pronuncia *Lucchini*, manca una chiara indicazione degli indici che possono portare alla disapplicazione dell'art. 2909 c.c., come se ciò dovesse avvenire soltanto sulla base della primazia del diritto dell'Unione, nel caso *Olimpiclub*, la Corte evidenzia invece che la soluzione della questione postula il necessario bilanciamento tra il principio della certezza del diritto e gli altri principi fondamentali del diritto dell'Unione, che di volta in volta vengono in rilievo, individuando, quale criterio risolutore, il principio dell'effettività.<sup>84</sup>

In proposito, la Corte ricorda che ciascuna controversia in cui si pone la questione se una norma processuale nazionale renda impossibile o eccessivamente difficile l'applicazione del diritto di matrice europea deve essere esaminata “*tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso, dinanzi ai vari organi giurisdizionali nazionali*”.<sup>85</sup>

Un primo profilo innovativo rispetto alla sentenza *Lucchini* è, quindi, quello del rinvio esplicito al principio dell'autonomia procedurale, essendo modulati i principi generali, ad essa sottesi, in base alle esigenze del caso concreto ed alle caratteristiche della disciplina sovranazionale applicabile.

In secondo luogo, occorre precisare che, nella fattispecie in esame, non viene compromessa l'applicazione del principio dell'intangibilità del giudicato, in quanto tale.<sup>86</sup>

Il punto essenziale evidenziato dall'Avvocato generale nelle sue conclusioni<sup>87</sup>, fatte proprie dalla Corte, si sostanzia infatti nell'assunto che le sentenze passate in giudicato non vengono di per sé rimesse in discussione, ma ne viene

---

<sup>84</sup> Punto 26, sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>85</sup> Punto 27, sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>86</sup> Cfr. G. Vitale, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, op. cit., p. 750.

<sup>87</sup> Cfr. punto 73, conclusioni dell'Avvocato generale *Mazàk* del 24 marzo 2009, per la causa *Olimpiclub*, cit.

soltanto limitata l'efficacia al periodo d'imposta cui si riferiscono.<sup>88</sup>

E' dunque possibile sostenere che, con la pronuncia *Olimpiclub*, la Corte di giustizia ridimensioni la posizione espressa nella precedente causa *Lucchini*.

Pur se i dispositivi finali sono sostanzialmente identici il significato e la portata delle sentenze sono invero profondamente diversi.

Ciò in quanto, nella decisione più recente, si coglie la volontà dei giudici del Lussemburgo di non travolgere l'autorità e la forza del giudicato, ma soltanto di limitarne l'ambito di applicazione, al fine di garantire l'effettività e il primato del diritto di matrice europea.

La Corte di giustizia non ha stabilito, come nel caso *Lucchini*, il superamento *sic et simpliciter* dell'autorità della cosa giudicata, ma ha voluto "congelarne" gli effetti, evitando l'estensione di un giudicato, fondato su una errata interpretazione del diritto dell'Unione, ad altri processi tributari relativi a differenti periodi d'imposta.

Il che ha imposto, al giudice nazionale, di abbandonare l'indirizzo giurisprudenziale da ultimo accolto, per fare ritorno alla precedente teoria della frammentazione dei giudicati.<sup>89</sup>

---

<sup>88</sup> Così G. Lo Schiavo, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 287 ss., spec., p. 302.

<sup>89</sup> Tali indicazioni sono state recepite da Cass., sentenza 10 maggio 2010, n. 12249, la quale ha ritenuto che, sulla scorta della giurisprudenza della Corte di giustizia, non possa essere applicato, in materia di IVA, il principio secondo cui il giudicato esterno ha effetti anche con riferimento a periodi imposta diversi da quelli che hanno costituito oggetto dell'accertamento.

### 2.3 La sentenza *Asturcom*.

Anche nella successiva sentenza *Asturcom*<sup>90</sup>, resa il 6 ottobre 2009, la Corte di giustizia è stata chiamata a pronunciarsi sulla validità di un giudicato interno fondato su una legge nazionale contraria alla disciplina dell'Unione.

Nel caso in esame, a sollevare la questione pregiudiziale era stata l'autorità giurisdizionale spagnola e, più precisamente, il giudice dell'esecuzione del Tribunale di Bilbao, innanzi al quale era stata depositata istanza di esecuzione di un lodo arbitrale.

La controversia riguardava l'applicazione della direttiva comunitaria 93/13, che disciplina le clausole abusive che un professionista può inserire nei contratti stipulati con i consumatori.<sup>91</sup>

In specie, la sig.ra Rodríguez Nogueira aveva concluso un contratto di abbonamento per la telefonia mobile con la società *Asturcom*, contenente una clausola compromissoria che demandava a un collegio arbitrale ogni controversia concernente l'esecuzione di detto contratto.

In mancanza del pagamento di alcune fatture ed essendo stato esercitato il diritto di recesso prima dello scadere della durata minima dell'abbonamento, la società telefonica avviava nei confronti della sig.ra Rodríguez Nogueira un procedimento arbitrale, che si concludeva con la condanna di quest'ultima.

Poiché il provvedimento di condanna non era stato impugnato nei termini previsti, esso acquisiva la forza di cosa giudicata, essendo i lodi arbitrali equiparati, nell'ordinamento giuridico spagnolo, alle decisioni giudiziarie.

Nell'ordinanza di rinvio, il giudice dell'esecuzione evidenzia che,

---

<sup>90</sup> Corte giust., sentenza 6 ottobre 2009, in causa C-40/08, *Asturcom Telecomunicaciones SL c. Cristina Rodríguez Nogueira*, in *Raccolta*, p. I-9579.

<sup>91</sup> Il carattere abusivo di una clausola contrattuale è delineato dall'art. 3, n. 1, della citata direttiva, ai sensi del quale "una clausola contrattuale, che non è stata oggetto di negoziato individuale, si considera abusiva se, malgrado il requisito della buona fede, determina, a danno del consumatore, un significativo squilibrio dei diritti e degli obblighi delle parti derivanti dal contratto".

nonostante egli consideri abusive le clausole contenute nel contratto <sup>92</sup>, tuttavia, gli è precluso statuire sull'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo, atteso che le disposizioni procedurali interne non prevedono che il carattere abusivo delle clausole compromissorie possa essere rilevato d'ufficio.

Il problema giuridico che pone il giudice del rinvio è quindi quello di verificare la compatibilità delle norme processuali nazionali con le disposizioni del diritto dell'Unione ed, in particolare, con quelle rinvenibili nella citata direttiva in materia di tutela dei diritti dei consumatori.

Da qui, il quesito pregiudiziale con il quale il giudice spagnolo chiede alla Corte del Lussemburgo *“se la direttiva 93/13 debba essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, sia tenuto a rilevare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto concluso tra un professionista e detto consumatore, nonché ad annullare tale lodo”*. <sup>93</sup>

La Corte di giustizia, ai fini della soluzione della questione, ricorda preliminarmente che il principio della rilevabilità d'ufficio del carattere abusivo di clausole contrattuali, da parte del giudice nazionale, è già stato elaborato ed affermato in diverse pronunce e, segnatamente, nelle sentenze *Océano Grupo Editorial SA* <sup>94</sup> e *Mostaza Claro*. <sup>95</sup>

---

<sup>92</sup> Ciò in considerazione del fatto che le spese che il consumatore avrebbe dovuto sostenere, per recarsi alla sede dell'ente arbitrale, erano superiori alla somma oggetto della controversia. Detta sede, peraltro, si trovava a notevole distanza dal domicilio dello stesso e non era stata indicata nel contratto. Viene inoltre evidenziato che è il medesimo ente arbitrale ad elaborare i contratti di telefonia che le società del settore fanno sottoscrivere ai consumatori (cfr. punto 25, sentenza *Asturcom*, cit.). Sul tema, si vedano anche le conclusioni dell'Avvocato generale Trstenjak, formulate il 14 maggio 2009, per la causa *Asturcom*, cit., laddove, al punto 56, si osserva che *“la presente causa ha ad oggetto una clausola compromissoria che il giudice del rinvio considera abusiva. Dalla giurisprudenza della Corte si evince che spetta al giudice nazionale determinare se una clausola contrattuale soddisfi i criteri per essere qualificata abusiva ai sensi dell'art. 3, n. 1, della direttiva 93/13. Ad avviso del giudice del rinvio, la clausola compromissoria controversa costituisce un ostacolo alla difesa e alla produzione di motivi da parte della sig.ra Rodríguez Nogueira”*.

<sup>93</sup> Punto 28, sentenza *Asturcom*, cit.

<sup>94</sup> Corte giust., sentenza 27 giugno 2000, in cause riunite da C-240/98 a C-244/98, *Océano Grupo Editorial SA*, in *Raccolta*, 2000 p. I-4941. La causa verteva sull'interpretazione della direttiva 93/13 con riguardo ad un contratto di acquisto a rate di una enciclopedia. Poiché gli acquirenti non avevano

Tale indirizzo giurisprudenziale trova fondamento nell'obiettivo della citata direttiva, che mira a proteggere il consumatore dal potere contrattuale del professionista.

In specie, il giudice del Lussemburgo evidenzia che *“il sistema di tutela istituito dalla direttiva 93/13 è fondato sull'idea che il consumatore si trovi in una situazione di inferiorità rispetto al professionista per quanto riguarda sia il potere nelle trattative che il grado di informazione, situazione che lo induce ad aderire alle condizioni predisposte dal professionista senza poter incidere sul contenuto delle stesse”*.<sup>96</sup>

Proprio in considerazione di siffatta situazione di inferiorità, l'art. 6, n. 1, della direttiva in questione prevede che le clausole abusive non siano vincolanti per il consumatore.<sup>97</sup>

La norma in argomento, come precisato dalla stessa Corte di giustizia, è di natura imperativa ed è finalizzata a ristabilire, tra le parti del contratto, un reale equilibrio, il quale, secondo i giudici del Lussemburgo, può essere conseguito solo attraverso l'intervento protettivo, da parte di soggetti estranei

---

pagato le somme dovute alle scadenze pattuite, i venditori chiedevano la condanna dei convenuti attraverso l'emissione di un decreto ingiuntivo. Il giudice si interrogava però in ordine alla possibilità di rilevare d'ufficio l'abusività della clausola del foro di competenza, in base alla quale era stato adito. In proposito, la Corte di giustizia, al punto 29 della sentenza, chiarisce che *“la tutela assicurata ai consumatori dalla direttiva comporta che il giudice nazionale, esaminando la ricevibilità dell'istanza presentatagli, possa valutare d'ufficio l'illiceità di una clausola del contratto di cui è causa”*.

<sup>95</sup> Corte giust., sentenza 26 ottobre 2006, in causa C-168/05, *Mostaza Claro*, in *Raccolta*, 2006, p. I-10421. Come nel caso in esame, la questione riguardava un contratto di abbonamento ad una linea di telefonia mobile, il quale conteneva una clausola compromissoria che demandava ogni controversia ad un collegio arbitrale. Nella controversia, nata in seguito alla disdetta del contratto prima del periodo minimo di abbonamento, la sig.ra Mostaza Claro impugnava l'esito del lodo arbitrale dinanzi al giudice del rinvio, sostenendo che il carattere abusivo della clausola compromissoria comportasse la nullità del lodo. Intervenendo al riguardo, la Corte, al punto 39 della sentenza, ha statuito che *“la direttiva dev'essere interpretata nel senso che essa implica che un giudice nazionale chiamato a pronunciarsi sull'impugnazione di un lodo arbitrale rilevi la nullità dell'accordo arbitrale ed annulli il lodo, nel caso ritenga che tale accordo contenga una clausola abusiva, anche qualora il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo”*.

<sup>96</sup> Punto 29, sentenza *Asturcom*, cit.

<sup>97</sup> Cfr. art. 6, n. 1, della direttiva 93/13, ai sensi del quale *“gli Stati membri prevedono che le clausole abusive contenute in un contratto stipulato fra un consumatore ed un professionista non vincolano il consumatore, alle condizioni stabilite dalle loro legislazioni nazionali, e che il contratto resti vincolante per le parti secondo i medesimi termini, sempre che esso possa sussistere senza le clausole abusive”*.

al rapporto contrattuale.<sup>98</sup>

Sulla base di tali considerazioni ed affinché la tutela voluta dalla direttiva 93/13 trovi piena ed effettiva applicazione, la Corte ha statuito, nel caso *Mostaza Claro*, che “*il giudice nazionale è tenuto ad esaminare d’ufficio il carattere abusivo di una clausola contrattuale*”.<sup>99</sup>

Nonostante le diverse analogie con il precedente da ultimo menzionato, il giudice dell’Unione osserva che la fattispecie in esame si contraddistingue per la condotta del tutto passiva tenuta dalla sig.ra Rodríguez Nogueira nel corso del procedimento arbitrale e, nello specifico, per il fatto che ella non ha proposto un’azione diretta ad annullare il lodo arbitrale che, per scadenza dei termini di impugnazione, ha ormai acquisito autorità di cosa giudicata.

La Corte del Lussemburgo deve dunque valutare se la tutela posta dalla citata direttiva, volta a ristabilire l’uguaglianza fra le parti del contratto, possa essere estesa, dal giudice dell’esecuzione, anche al consumatore che non abbia intrapreso alcuna azione giudiziaria per far valere i propri diritti.

Dopo aver sottolineato l’importanza che il principio della *res iudicata* riveste sia nell’ordinamento giuridico dell’Unione, sia negli ordinamenti giuridici nazionali, la Corte di giustizia ribadisce che, in assenza di una normativa uniforme, le modalità di applicazione di tale principio rientrano nell’ambito degli ordinamenti giuridici nazionali, in virtù dell’autonomia procedurale degli Stati membri.<sup>100</sup>

---

<sup>98</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Océano Grupo Editorial SA*, *cit.*, punto 27; Corte giust., sentenza *Mostaza Claro*, *cit.*, punto 26.

<sup>99</sup> Cfr. punto 38, sentenza *Mostaza Claro*, *cit.* L’assunto è stato ribadito da Corte giust., sentenza 14 giugno 2012, in causa C-618/10, *Banco Español de Crédito SA*, in *Raccolta*, 2012, nella parte in cui ha statuito la contrarietà al diritto dell’Unione di un regime procedurale, quale quello spagnolo, che non consente al giudice adito nell’ambito di un procedimento di ingiunzione di pagamento di esaminare d’ufficio, *in limine litis* o in qualsiasi altra fase di tale giudizio, la natura abusiva di una clausola inserita in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore. In tale pronuncia, il giudice del Lussemburgo ha peraltro chiarito che l’articolo 6 della direttiva 93/13 impone ai giudici nazionali, che accertano la natura abusiva di una clausola contrattuale, di trarre tutte le conseguenze che derivano secondo il diritto nazionale, affinché il consumatore non sia vincolato da detta clausola. Con la conseguenza che va esclusa la compatibilità con la disciplina sovranazionale di una normativa interna che consenta al giudice nazionale, qualora accerti la nullità di una clausola abusiva in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, di integrare detto contratto rivedendo il contenuto di tale clausola.

<sup>100</sup> Punti 35 e 38, sentenza *Asturcom*, *cit.*

Dette modalità, come è noto, non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano analoghe situazioni di natura interna (principio di equivalenza), né rendere eccessivamente difficile o impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico di matrice europea (principio di effettività).<sup>101</sup>

Per i giudici del Lussemburgo, ai fini della soluzione del quesito, è quindi necessario verificare se il sistema processuale spagnolo, impedendo al giudice del rinvio di rilevare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta nel contratto, sia compatibile, o meno, con i suddetti principi di equivalenza ed effettività.

Con riferimento a quest'ultimo principio, la Corte di giustizia rileva come il termine di due mesi, previsto dall'art. 41, n. 4, della legge 60/2003, per proporre un eventuale ricorso, non sia di per sé censurabile.<sup>102</sup>

Tale termine, che comincia a decorrere dalla notifica della sentenza arbitrale, è da ritenere ragionevole, atteso che esso permette tanto di valutare se sussistano motivi per contestare un lodo arbitrale quanto, eventualmente, di preparare un ricorso d'annullamento contro il lodo stesso.<sup>103</sup>

Di conseguenza, la Corte di giustizia afferma che il termine di ricorso, previsto dalle norme procedurali spagnole, risulta conforme al principio di effettività, poiché non rende impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti ai consumatori dalla direttiva 93/13.<sup>104</sup>

La congruità del termine e la totale inerzia del consumatore sono pertanto ritenuti motivi sufficienti per affermare la validità del giudicato interno anche se formatosi in contrasto con le norme dell'Unione.

Ciò in quanto, secondo la Corte, il principio di effettività non può spingersi fino al punto di pretendere che un giudice nazionale debba, non solo compensare eventuali omissioni procedurali di un consumatore ignaro dei

---

<sup>101</sup> Cfr. punto 38, sentenza *Asturcom*, cit., laddove vengono richiamate le citate sentenze *Kapferer*, punto 22, e *Fallimento Olimpclub*, punto 24.

<sup>102</sup> Punto 43, sentenza *Asturcom*, cit.

<sup>103</sup> Punti 44 e 45, sentenza *Asturcom*, cit.

<sup>104</sup> Punti 46 e 48, sentenza *Asturcom*, cit.

propri diritti, come nel caso *Mostaza Claro*, ma anche supplire alla totale inerzia del consumatore, il quale non abbia neppure esercitato un'azione di annullamento contro il lodo divenuto, per tale comportamento, definitivo.<sup>105</sup>

In base a questa prospettiva, dunque, la forza del giudicato prevale sulla tutela offerta dal diritto sovranazionale.

Senonché, la soluzione del quesito cambia radicalmente quando la Corte passa a verificare la conformità del sistema processuale interno, alla stregua del principio di equivalenza.<sup>106</sup>

Sul punto, la Corte di giustizia esordisce precisando che detto principio “*esige che le condizioni imposte dal diritto nazionale per applicare d’ufficio una norma di diritto comunitario non siano meno favorevoli di quelle che disciplinano l’applicazione d’ufficio delle norme di pari rango del diritto nazionale*”.<sup>107</sup>

Ciò posto, la Corte rileva che, stante l’acclarata natura imperativa dell’art. 6 della direttiva 93/13, tale norma deve essere considerata, per l’importanza che assume nella tutela dei diritti dei consumatori, equivalente alle disposizioni nazionali che occupano, nell’ambito dell’ordinamento giuridico interno, il rango di norme di ordine pubblico.<sup>108</sup>

Di conseguenza, in ossequio al principio di equivalenza, la Corte chiarisce che “*qualora un giudice nazionale investito di una domanda per l’esecuzione forzata di un lodo arbitrale definitivo debba, secondo le norme procedurali interne, valutare d’ufficio la contrarietà di una clausola compromissoria con le norme nazionali d’ordine pubblico, egli è parimenti tenuto a valutare d’ufficio il carattere abusivo di detta clausola alla luce dell’art. 6 della direttiva 93/13, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e*

---

<sup>105</sup> Punto 47, sentenza *Asturcom, cit.* D’altra parte, tale principio era già stato affermato, come ricorda la stessa Corte di giustizia (cfr. sentenza *Asturcom, cit.*, punto 37), nella sentenza *Eco Swiss, cit.*, nella quale i giudici dell’Unione hanno parimenti escluso la possibilità che il giudice dell’esecuzione possa riesaminare la validità di un lodo arbitrale divenuto definitivo, perché non impugnato entro il termine “ragionevole” fissato dalla legislazione nazionale.

<sup>106</sup> In questi termini, R. Conti, *C’era una volta il giudicato, op. cit.*, p. 176.

<sup>107</sup> Punto 49, sentenza *Asturcom, cit.*

<sup>108</sup> Cfr. punti 51 e 52, sentenza *Asturcom, cit.*

*di fatto necessari a tal fine*".<sup>109</sup>

In sintesi, la Corte di giustizia, equiparando l'art. 6 della direttiva 93/13 alle disposizioni nazionali di ordine pubblico, stabilisce il dovere, da parte del giudice nazionale, di rilevare d'ufficio l'abusività di una clausola compromissoria, inserita in un contratto concluso tra un professionista e un consumatore.

Peraltro, detto obbligo incombe sul giudice nazionale anche quando, nel sistema giurisdizionale interno, disponga soltanto della mera facoltà di esercitare il potere di rilievo *ex officio*.

Tenuto conto che, nell'ordinamento giuridico spagnolo, il giudice dell'esecuzione è competente a valutare d'ufficio la nullità di una clausola compromissoria, qualora considerata contraria alle norme nazionali di ordine pubblico, spetterà al giudice del rinvio verificare se, anche nella causa principale di cui è investito, siano presenti tali presupposti e trarne le dovute considerazioni, affinché il consumatore non sia vincolato da detta clausola.

Pertanto, sulla scorta di quanto sopra esposto, la Corte di giustizia risolve il quesito pregiudiziale nel senso che *“la direttiva 93/13 deve essere interpretata nel senso che un giudice nazionale investito di una domanda per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale che ha acquisito autorità di cosa giudicata, emesso in assenza del consumatore, è tenuto, a partire dal momento in cui dispone degli elementi di diritto e di fatto necessari a tal fine, a valutare d'ufficio il carattere abusivo della clausola compromissoria contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, qualora, secondo le norme procedurali nazionali, egli possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna. In tal caso, incombe a detto giudice di trarre tutte le conseguenze che ne derivano secondo il diritto nazionale affinché il consumatore di cui trattasi non sia vincolato da detta clausola”*.<sup>110</sup>

---

<sup>109</sup> Punto 53, sentenza *Asturcom*, cit.

<sup>110</sup> Punto 59, sentenza *Asturcom*, cit. Ad analoga conclusione è pervenuta la Corte di giustizia anche

Con la pronuncia in esame, il giudice dell'Unione compie un ulteriore passo in vista del rafforzamento della tutela del consumatore, confermando il precedente indirizzo giurisprudenziale.

Se nel caso *Mostaza Claro* la Corte di giustizia impone, al giudice interno, di rilevare d'ufficio la nullità di un accordo arbitrale contenente una clausola abusiva, anche quando il consumatore non abbia fatto valere tale nullità nell'ambito del procedimento arbitrale, ma solo in quello per l'impugnazione del lodo, con la sentenza *Asturcom* tale dovere viene esteso anche all'ipotesi in cui il consumatore sia rimasto contumace.

Per giungere a tale risultato, la Corte, da un lato, valorizza il carattere "procedurale" del principio della rilevabilità d'ufficio e, dall'altro, nel qualificare l'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13, come norma imperativa o di ordine pubblico, richiede che ad essa sia riservato lo stesso trattamento riconosciuto alle norme di origine interna, aventi analoga natura.

In assenza di un sistema processuale uniforme di matrice europea, la Corte di giustizia, come nel caso *Olimpiclub*<sup>111</sup>, risolve il quesito pregiudiziale attraverso il rinvio all'autonomia procedurale degli Stati membri, individuando il criterio risolutore nel principio di equivalenza.

Ed, infatti, la Corte di giustizia non ha inteso porre, in capo ai giudici

---

nell'ordinanza del 16 novembre 2010, in causa C-76/10, *Pohotovost*, in *Raccolta*, 2010, p. I-11557, in cui viene espressamente richiamata la sentenza *Asturcom*. In particolare, il giudice del rinvio chiedeva alla Corte se, in applicazione della direttiva 93/13, il giudice nazionale investito di un ricorso volto all'esecuzione forzata di un lodo arbitrale, avente forza di giudicato e pronunciato in assenza del consumatore, sia tenuto a valutare, anche d'ufficio, il carattere abusivo di una penalità contenuta in contratto concluso tra un finanziatore e un consumatore, applicata nel citato lodo (cfr. punto 36 della citata ordinanza). Posta la natura imperativa dell'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13, la Corte del Lussemburgo, al punto 53 dell'ordinanza, chiarisce che, ove il giudice investito dell'esecuzione di un lodo arbitrale possa porre fine, anche d'ufficio, all'applicazione di un lodo che imponga all'interessato una prestazione materialmente impossibile, vietata dalla legge o contraria al buon costume, tale giudice, ove disponga delle informazioni necessarie riguardo alla situazione giuridica e fattuale, deve valutare, anche d'ufficio, nell'ambito del procedimento di esecuzione, il carattere abusivo della penalità prevista dal contratto di credito concluso da un finanziatore con un consumatore, inserita in detto lodo. Si precisa, inoltre, che il giudice nazionale è tenuto a compiere tale valutazione, anche se il lodo arbitrale è dotato di forza di giudicato ed è stato pronunciato in assenza del consumatore, purché, nel rispetto del principio di equivalenza, le disposizioni processuali interne consentano di rilevare *ex officio* la violazione di norme di ordine pubblico, nell'ambito di procedimenti analoghi basati sul diritto nazionale (cfr. punto 54, ordinanza *Pohotovost*, *cit.*).

<sup>111</sup> Corte giust., sentenza *Olimpiclub*, *cit.*

nazionali, un obbligo incondizionato di sollevare d'ufficio motivi di diritto basati sulla normativa sovranazionale di natura vincolante.

Il giudice del Lussemburgo ha piuttosto precisato che l'accertamento del contrasto con il diritto dell'Unione deve essere possibile per mezzo dell'attivazione della facoltà, laddove già prevista nel diritto interno, di compiere una simile cognizione, ogni qual volta ciò sia richiesto dal carattere vincolante di talune norme interne e dalla necessità che esse siano sempre e comunque rispettate.

La peculiarità del caso in esame si collega alla circostanza che, dall'esercizio del potere di rilievo *ex officio* del carattere abusivo della clausola compromissoria, contenuta in un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore, discende il ridimensionamento dell'autorità del lodo arbitrale definitivo, pronunciato in forza della predetta clausola.

La sentenza *Asturcom* si inserisce quindi nell'ambito del recente indirizzo fatto proprio dalla Corte di giustizia, volto ad assicurare la prevalenza del diritto dell'Unione, anche nei confronti del giudicato nazionale, in caso di mancata o non corretta applicazione della normativa europea.

L'importanza che riveste il principio della *res iudicata*, negli ordinamenti giuridici statuali, induce a ripercorrere a ritroso l'*excursus* giurisprudenziale in materia, al fine di individuare l'origine di tale innovativo approdo.

### 3. *L'intangibilità del giudicato nazionale nella prospettiva tradizionale: sentenze Eco Swiss e Kapferer.*

In passato, la Corte di giustizia ha riconosciuto all'autorità della cosa giudicata, quale espressione del principio della certezza del diritto, un'elevata protezione.

Fin dalle prime pronunce, il giudice del Lussemburgo ne ha infatti espressamente sancito la preminenza anche sul diritto di matrice europea.

A conferma di tale assunto, appare utile prendere le mosse dalla pronuncia resa nella causa *Eco Swiss*.<sup>112</sup>

La vicenda trae origine dalla tardiva impugnazione di un lodo arbitrale, il quale, pur avendo ormai acquisito autorità di cosa giudicata, era stato adottato in contrasto con il principio del diritto alla concorrenza sancito dall'art. 85 del vecchio TCE (oggi art. 101 TFUE) e, dunque, doveva essere considerato nullo.<sup>113</sup>

Il giudice nazionale sollevava pertanto un rinvio pregiudiziale, chiedendo alla Corte di giustizia se, in base all'allora diritto comunitario, andassero disapplicate le norme processuali interne, ai sensi delle quali un lodo arbitrale, che non è stato oggetto di un'impugnazione per nullità, nei termini di legge,

---

<sup>112</sup> Corte giust., sentenza 1 giugno 1999, in causa C-126/97, *Eco Swiss*, in *Raccolta*, 1999, p. I-3005.

<sup>113</sup> Le società Benetton, Eco Swiss e Bulova avevano concluso un contratto, della durata di otto anni, in base al quale la prima concedeva alla seconda il diritto di fabbricare orologi da polso con il proprio marchio, che potevano successivamente essere venduti dalla Eco Swiss e dalla Bulova. In detto contratto, era stabilito che ogni controversia relativa alla sua applicazione sarebbe stata risolta mediante arbitrato, secondo le regole del diritto olandese. Poiché la Benetton decise di risolvere il contratto nel 1991, con tre anni di anticipo, venne avviato un procedimento arbitrale, per la risoluzione del contratto, che si concluse con la condanna di detta società al pagamento di una somma di denaro in favore della Eco Swiss e della Bulova, a titolo di risarcimento del danno. La Benetton portò però la questione davanti ai giudici olandesi, al fine di ottenere l'annullamento del lodo arbitrale, sostenendo che il contratto di licenza fosse contrario al diritto di concorrenza sancito dall'art. 85 TCE (oggi art. 101 TFUE) e che, pertanto, doveva essere dichiarato nullo. In effetti, tale contratto avrebbe consentito alle parti di "spartirsi il mercato", dal momento che la Eco Swiss non avrebbe più potuto vendere articoli di orologeria in Italia e analogo divieto sarebbe ricaduto sulla Bulova per le vendite negli altri Stati che, all'epoca, erano membri della Comunità. Inoltre, come riconosciuto dalla Benetton e dalla Eco Swiss, il contratto di licenza non era stato notificato alla Commissione e non era coperto da un'esenzione di categoria.

acquisisce l'autorità di cosa giudicata.

Il giudice dell'Unione ha escluso la sindacabilità del rapporto, ponendo in rilievo la congruità del termine previsto per l'impugnazione del lodo arbitrale<sup>114</sup> e sottolineando come le norme procedurali nazionali, che attribuiscono al lodo non impugnato efficacia di giudicato, trovino il loro fondamento nei “*principi che stanno alla base del sistema giurisdizionale nazionale, quali il principio della certezza del diritto e quello del rispetto della cosa giudicata che ne costituisce l'espressione*”.<sup>115</sup>

Alla luce di tali considerazioni, la Corte di giustizia ha affermato che “*il diritto comunitario non impone ad un giudice nazionale di disapplicare le norme di diritto processuale interno anche se ciò è necessario per poter esaminare se un contratto, la cui validità giuridica è stata stabilita da un lodo arbitrale interlocutorio, sia tuttavia nullo poiché in contrasto con l'art. 85 del Trattato*”.<sup>116</sup>

In sintesi, con la sentenza in esame, la Corte di Lussemburgo, nel pieno rispetto del principio della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale, ha escluso che possano essere travolti tutti quei rapporti, ormai esauriti, coperti dall'autorità della cosa giudicata.

Sostanzialmente analoga la pronuncia del giudice del Lussemburgo, resa sette anni dopo nella causa *Kapferer*<sup>117</sup>, in cui parimenti il valore del giudicato supera il vaglio della Corte di giustizia.

La decisione nasce da una causa, intentata presso un Tribunale austriaco, che vede contrapposti una cittadina residente in Austria ed una società, specializzata nella vendita per corrispondenza, avente sede legale in

---

<sup>114</sup> La Corte ricorda come il termine di tre mesi, previsto dalle norme procedurali nazionali per l'impugnazione per nullità di un lodo arbitrale, non è tale da rendere “*eccessivamente difficile o praticamente impossibile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario*”. Cfr. punto 45 della motivazione, sentenza *Eco Swiss, cit.*

<sup>115</sup> Cfr. punto 46 della sentenza *Eco Swiss, cit.*

<sup>116</sup> Cfr. punto 47 della sentenza *Eco Swiss, cit.*

<sup>117</sup> Corte giust., sentenza 16 marzo 2006, in causa C-234/04, *Kapferer*, in *Raccolta*, 2006, p. I-2585. Sulla pronuncia, si veda E. Adobati, *La sentenza di un giudice nazionale passata in giudicato non può più essere rimessa in discussione anche se viola il diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 83 ss., nonché M.P. Chiti, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, *op. cit.*, p. 477 ss.

Germania.<sup>118</sup>

Nella sentenza di primo grado, il giudice *a quo* respingeva integralmente le richieste dell'attrice, rigettando altresì l'eccezione di incompetenza giurisdizionale sollevata dalla società tedesca, la quale, avendo vinto nel merito, non riteneva opportuno impugnare la decisione che, pertanto, acquisiva forza di giudicato.

La pronuncia di primo grado dichiarava, quindi, l'esistenza della giurisdizione in favore dei giudici dello Stato di residenza del consumatore.

A seguito del ricorso in appello, proposto dalla signora Kapferer, il giudice di secondo grado, pur non essendo stato investito della specifica questione, riteneva la decisione di primo grado manifestamente contraria alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia<sup>119</sup> ed esperiva, pertanto, un rinvio pregiudiziale.

Ciò al fine di chiarire se *“la giurisdizione di rinvio fosse tenuta, in virtù del principio di leale cooperazione sancito dall'articolo 10 CE, anche alla luce dei principi enunciati nella precedente sentenza Kühne & Heitz<sup>120</sup>, a riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale che avesse acquisito forza di giudicato, qualora ritenesse quest'ultima contraria al diritto comunitario”*.<sup>121</sup>

Nel rispondere al superiore quesito la Corte di giustizia, dopo avere

---

<sup>118</sup> Nello specifico, la signora Kapferer, in qualità di consumatrice, aveva più volte ricevuto per posta, dalla società tedesca, materiale pubblicitario contenente promesse di premi. Ricevuta l'ennesima missiva, l'attrice decideva di aderire all'iniziativa, senza aver letto le condizioni di partecipazione, le quali subordinavano l'assegnazione dei premi ad una ordinazione. Non avendo ricevuto il premio, che riteneva di aver vinto, la signora Kapferer si rivolgeva al Tribunale austriaco, chiedendo la condanna della società tedesca al pagamento dei premi oltre che degli interessi. La richiesta dell'attrice trovava fondamento nell'art. 5j della legge austriaca sulla tutela dei consumatori, a norma del quale *“gli imprenditori che inviano ad un determinato consumatore promesse di assegnazione di un premio o altre analoghe comunicazioni e con i termini di tale comunicazione suscitano l'impressione che il consumatore abbia vinto un determinato premio devono consegnare al consumatore tale premio; esso può essere richiesto anche in via giudiziaria”*.

<sup>119</sup> Fondandosi su Corte giust., sentenza 11 luglio 2002, in causa C-96/00, *Gabriel*, in *Raccolta*, p. I-6367, il giudice di appello si chiedeva se un'ingannevole promessa di vincita, destinata ad agevolare la conclusione di un contratto e, dunque, preparatoria di quest'ultimo, presentasse un collegamento sufficientemente stretto con la preventivata conclusione di un contratto con un consumatore, tale da comportare la competenza del foro del consumatore.

<sup>120</sup> Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*

<sup>121</sup> Cfr. sentenza *Kapferer*, *cit.*, punto 18.

ricordato l'importanza che riveste il principio della cosa giudicata sia negli ordinamenti degli Stati membri, sia nell'ordinamento di origine europea, passa ad analizzare gli aspetti peculiari del caso in questione.

A tal fine, il giudice del Lussemburgo rileva come il principio di leale cooperazione, di cui al vecchio art. 10 del Trattato, “*non impone al giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne allo scopo di riesaminare ed annullare una decisione giurisdizionale passata in giudicato anche quando ciò permetterebbe di accertare una violazione del diritto comunitario da parte di tale decisione*”.<sup>122</sup>

Riguardo alla sentenza *Kühne & Heitz*, citata nell'ordinanza di rinvio, la Corte dubita della trasferibilità dei principi in essa richiamati, attesa la diversa natura delle questioni affrontate ed il diverso contesto giurisprudenziale.<sup>123</sup>

In ogni caso, il giudice del Lussemburgo, dopo avere evidenziato che tale pronuncia subordina l'obbligo del riesame del provvedimento amministrativo definitivo, contrario al diritto dell'Unione, alla condizione che l'ordinamento interno contenga tale possibilità, rileva che detta condizione non ricorre nel caso di specie.<sup>124</sup>

Più netta appare la posizione dell'Avvocato generale Tizzano, che esclude l'applicabilità dei principi giurisprudenziali della pronuncia *Kühne & Heitz* alle sentenze passate in giudicato, in quanto quello della *res iudicata* è un principio che contraddistingue le sole decisioni giurisdizionali, aventi natura e

---

<sup>122</sup> Punto 21, sentenza *Kapferer, cit.*, in cui viene richiamata la sentenza *Eco Swiss, cit.*

<sup>123</sup> Il rinvio pregiudiziale, nel caso *Kapferer*, era infatti sostanzialmente fondato sulle statuizioni espresse dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kühne & Heitz*, secondo la quale il principio della intangibilità del giudicato non costituisce ostacolo all'eventuale riesame del provvedimento, in presenza di specifiche circostanze e subordinatamente a diverse condizioni. Al riguardo, la Corte appare piuttosto scettica sulla possibilità 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*” (cfr. Corte giust., sentenza *Kapferer, cit.*, punto 23).

<sup>124</sup> Più specificatamente, al punto 23 della sentenza *Kapferer, cit.*, la Corte precisa che “*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*”.

portata diversa rispetto ai provvedimenti amministrativi.<sup>125</sup>

Il nodo centrale della vicenda è quindi dato dalla necessità di trovare un punto di equilibrio fra primato ed effettività del diritto dell'Unione, da un lato, e certezza del diritto ed autonomia procedurale, dall'altro.

La Corte di giustizia, rilevata l'idoneità delle norme procedurali interne a consentire l'esercizio dei diritti attribuiti dall'ordinamento europeo, riconosce l'autorità della cosa giudicata, quale espressione del principio di certezza del diritto, e conferma l'importanza che, anche per i giudici di Lussemburgo, assume il valore della stabilità delle controversie già definite.

Dalla lettura congiunta delle sentenze sopra riportate è possibile ricavare come il diritto dell'Unione europea riconosca, l'intangibilità del giudicato, quale principio generale presente negli ordinamenti giuridici di tutti gli Stati membri.

Nella sentenza *Eco Swiss*, la Corte di giustizia ha affermato che non possono essere disapplicate le norme procedurali interne che conferiscono il carattere di intangibilità ad un lodo arbitrale.

Analogo indirizzo è fatto proprio dalla successiva sentenza *Kapferer*, dove il giudice dell'Unione statuisce che il principio di leale cooperazione non può spingersi fino al punto da mettere in discussione la forza del giudicato di diritto interno.

Al fine di assicurare la certezza del diritto e la stabilità delle situazioni controverse, si sostiene che i rapporti già definitivamente conclusi, una volta acquisita l'autorità di cosa giudicata, non possano più essere messi in

---

<sup>125</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, presentate all'udienza del 10 novembre 2005, in causa *Kapferer*, cit., punto 25. In passato, A. Merkl, *Teoría general del Derecho Administrativo*, in *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935, p. 263-278, aveva ipotizzato l'estensione del principio della cosa giudicata agli atti amministrativi. L'Autore, in particolare, sottolinea che, avendo l'amministrazione il compito di dare esecuzione alla legge, al pari degli organi giurisdizionali, gli atti dalla stessa adottati dovranno, come le sentenze, essere soggetti al principio della *res iudicata*. Con la conseguenza che l'unico presupposto invocabile, affinché l'amministrazione possa intervenire, in sede di riesame, è l'esistenza di una esplicita previsione di legge. In chiave critica, si veda R. Resta, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1939, p. 78, che osserva come l'ipotetica estensione del principio della *res iudicata* agli atti amministrativi trasformerebbe la presunzione *iuris tantum* della loro legittimità in una presunzione *iuris et de iure*, in contrasto con ogni "sano criterio logico e giuridico".

discussione, anche ove sia necessario sacrificare il primato del diritto dell'Unione.

In entrambi i casi, i principi di equivalenza e di effettività della tutela giurisdizionale sono i fondamenti giuridici che sostengono le argomentazioni della Corte e la premessa logica per la valorizzazione dell'autonomia procedurale quale espressione della sovranità statale.

#### 4. Sulla responsabilità dello Stato per pronunce contrarie al diritto dell'Unione.

Al fine di comprendere come la Corte di giustizia sia potuta pervenire al superamento dell'orientamento tradizionale, in tema di giudicato nazionale, è opportuno considerare la giurisprudenza relativa alla responsabilità dello Stato per pronunce contrarie al diritto dell'Unione.

Non si tratta, in questo caso, di porre direttamente in discussione una sentenza che ha acquisito la forza del giudicato e, quindi, non più modificabile, bensì di stabilire se una errata interpretazione del diritto di matrice europea possa configurare una responsabilità dello Stato per i danni derivanti da un provvedimento giurisdizionale formatosi in violazione del diritto sovranazionale.

In particolare, tale forma di responsabilità, in precedenza soltanto astrattamente ipotizzata dal giudice del Lussemburgo, ha trovato esplicito riconoscimento nella sentenza *Köbler* del 2003.<sup>126</sup>

In proposito, si è rilevato come, con l'affermazione dello Stato-giurisdizione, la Corte di giustizia abbia compiuto l'ultimo passo verso una visione dello Stato considerato come entità unitaria, che risponde di tutti gli atti posti in essere da ogni suo organo, indipendentemente dalla maggiore o minore

---

<sup>126</sup> Corte giust., sentenza 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Raccolta*, 2003, p. I-10239. Della vastissima bibliografia sulla pronuncia si ricorda G. Affermi, *La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, p. 261 ss.; S. Bastianon, *Giudici nazionali e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 57 ss.; M. Magrassi, *Il principio di responsabilità risarcitoria dello Stato-giudice tra ordinamento comunitario, interno e convenzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 490 ss.; G. Di Federico, *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Diritto internazionale e processuale*, 2004, p. 133 ss.; A. S. Botella, *La responsabilité du juge national*, in *Rivista trimestrale diritto europeo*, 2004, p. 283 ss.; G. Alpa, *La responsabilità dello Stato per atti giudiziari. A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 2005, p. 1 ss.; A. Ferraro, *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo*, in *Danno e responsabilità*, 2007, p. 518 ss.

autonomia di cui esso gode.<sup>127</sup>

La sentenza, nota principalmente per avere esaminato la problematica della responsabilità degli Stati membri per violazione delle prescrizioni di matrice europea, imputabile a un provvedimento giurisdizionale di ultimo grado, affronta anche un altro tema di particolare rilievo, quello connesso al principio dell'intangibilità del giudicato.

La questione pregiudiziale sottoposta alla Corte di Lussemburgo riguarda, infatti, l'applicabilità, o meno, dei principi posti per il sorgere della responsabilità dello Stato, enunciati nella sentenza *Francovich*<sup>128</sup> e successivamente precisati nella sentenza *Brasserie du Pêcheur*<sup>129</sup>, anche all'ipotesi in cui il comportamento contrario alle istanze sovranazionali si estrinsechi in una decisione di un organo giurisdizionale di ultima istanza, munita dell'autorità della cosa giudicata.<sup>130</sup>

---

<sup>127</sup> Osserva sul punto E. Scoditti, *Francovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Il Foro Italiano*, 2004, IV, p. 4 ss., spec. p. 4, come la pronuncia Köbler sia “l'anello mancante di quel vero e proprio sistema della responsabilità degli Stati membri per violazione del diritto comunitario che la Corte di giustizia europea è venuta negli anni elaborando a partire dal caso *Francovich* e che rinviene, nella decisione delle cause riunite *Brasserie e Factortame*, una delle sue principali elaborazioni”.

<sup>128</sup> Corte giust., sentenza 19 novembre 1991, in cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich e Bonifaci e a. c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 1991, p. I-5357.

<sup>129</sup> Corte giust., sentenza 5 marzo 1996, in cause riunite C-46/93 e C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, in *Raccolta*, 1996, p. I-1029.

<sup>130</sup> La vicenda ha per protagonista il professore universitario austriaco Gerhard Köbler, il quale si era visto negare una indennità prevista per i professori universitari che avessero maturato una anzianità di servizio, di almeno quindici anni, presso le università dell'Austria. Il ricorrente non aveva lavorato per tale periodo presso le università del paese ma, avendo insegnato in altre università appartenenti agli Stati membri dell'Unione, riteneva che la norma fosse discriminatoria e, come tale, incompatibile con il diritto sovranazionale. Nelle more della pronuncia, era intervenuta una decisione della Corte di giustizia, sentenza 15 gennaio 1998, in causa C-15/96, *Schöningh-Kougebetopoulou*, in *Raccolta*, p. I-47, che affermava la contrarietà al principio della libera circolazione dei lavoratori di una norma che collegava la retribuzione all'anzianità di servizio, senza però consentire di computare periodi di lavoro comparabili svolti presso amministrazioni di altri Stati membri. Pertanto, il giudice del rinvio, preso atto di questo precedente, che risolveva in senso favorevole al professore Köbler un caso analogo, ritirava il quesito pregiudiziale, non ritenendo più necessaria una pronuncia della Corte in merito. Tuttavia, in sede di decisione, il giudice interno non si allineava effettivamente all'orientamento espresso dal giudice del Lussemburgo. La sentenza pronunciata risultava infatti sfavorevole al ricorrente, atteso che, in essa, l'indennità di servizio veniva considerata un premio di fedeltà verso le istituzioni austriache, da riconoscere a quei professori che avessero prestato la loro attività, esclusivamente, presso le università di quel paese e, pertanto, non dovuto. Il professore austriaco instaurava allora un giudizio risarcitorio contro la Repubblica d'Austria, per violazione del diritto di matrice europea nell'esercizio della funzione giurisdizionale, sostenendo che la sentenza fosse contraria a norme di diritto comunitario aventi effetto diretto, con il conseguente sorgere di una

La Corte del Lussemburgo, in considerazione del ruolo essenziale svolto dal potere giudiziario nella tutela dei diritti che ai singoli derivano dalle norme dell'Unione, ha affermato che *“la piena efficacia di queste ultime verrebbe rimessa in discussione e la tutela dei diritti che esse riconoscono sarebbe affievolita se fosse escluso che i singoli possano, a talune condizioni, ottenere un risarcimento allorché i loro diritti sono lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile a una decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado di uno Stato membro”*.<sup>131</sup>

Ciò assume particolare rilievo ove si consideri che l'organo giurisdizionale posto al vertice dell'ordinamento processuale interno rappresenta, per definizione, l'ultima istanza dinanzi alla quale i singoli possono fare valere i diritti ad essi riconosciuti dal diritto dell'Unione.

Con la conseguenza che *“poiché normalmente non può più costituire oggetto di riparazione una violazione di questi diritti in una decisione di un tale organo giurisdizionale che è divenuta definitiva, i singoli non possono essere privati della possibilità di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti”*.<sup>132</sup>

Si tratta di un principio pienamente condivisibile che tuttavia pone inevitabilmente in discussione l'autorevolezza del giudicato nazionale.

In tal senso, si sono mosse le critiche e le obiezioni avanzate da alcuni Stati membri, secondo i quali l'accoglimento di tale forma di responsabilità avrebbe messo a repentaglio il principio della *res iudicata*, nonché l'indipendenza e l'autonomia dei giudici.<sup>133</sup>

In esito alla prima di tali eccezioni, il giudice dell'Unione rileva che l'autorità della cosa giudicata non viene in alcun modo compromessa, ma, al contrario, ne esce addirittura rafforzata, tanto da divenire il necessario presupposto per il riconoscimento dell'illecito statale.

---

responsabilità risarcitoria a carico dello Stato.

<sup>131</sup> Punto 33, sentenza *Köbler*, *cit.*

<sup>132</sup> Punto 34, sentenza *Köbler*, *cit.*

<sup>133</sup> Punto 37, sentenza *Köbler*, *cit.*

La Corte di giustizia precisa, al riguardo, che la diversità dell'oggetto e delle parti in causa, rispetto al giudizio volto a far valere la responsabilità dello Stato, comporta, in caso di successo, soltanto la condanna al risarcimento del danno, ma non implica che venga rimessa in discussione la decisione giurisdizionale che ha causato il danno.<sup>134</sup>

In sintesi, non si tratta di rivedere gli effetti di una sentenza emessa da un organo giurisdizionale di ultimo grado e, quindi, coperta dal giudicato, ma di valutarne soltanto la liceità, dal punto di vista dell'allora diritto comunitario, con eventuale conseguente diritto al risarcimento del danno, attribuendone la responsabilità allo Stato considerato nella sua unità.

In relazione all'indipendenza e all'autonomia dei giudici, la Corte di giustizia sottolinea come le stesse siano fatte salve, atteso che tale particolare forma di responsabilità non investe la persona del giudice, in quanto tale, ma lo Stato nel suo complesso.<sup>135</sup>

Anzi, ad avviso della Corte, il rimedio apprestato, consentendo il riconoscimento delle prerogative di provenienza europea, confermerebbe la civiltà dell'ordinamento dell'Unione e, quindi, l'autorevolezza del potere giudiziario.

Secondo la Corte, dunque, la sentenza *Köbler* confermerebbe il valore attribuito al principio dell'intangibilità del giudicato, operando un contestuale rafforzamento dei doveri dei giudici di ultima istanza, i quali, proprio per lo specifico ruolo svolto devono assicurare il rispetto e la piena applicazione del

---

<sup>134</sup> Al punto 39 della sentenza *Köbler*, *cit.*, viene infatti precisato che “il riconoscimento del principio della responsabilità dello Stato, per la decisione di un organo giurisdizionale di ultimo grado, non ha di per sé come conseguenza di rimettere in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata da tale decisione. Un procedimento inteso a far dichiarare la responsabilità dello Stato non ha lo stesso oggetto e non implica necessariamente le stesse parti del procedimento che ha dato luogo alla decisione che ha acquisito l'autorità della cosa definitivamente giudicata. Infatti, il ricorrente in una 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 sia rimessa in discussione l'autorità della cosa definitivamente giudicata della decisione giurisdizionale che ha cagionato 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”.

<sup>135</sup> Cfr. punto 42 della sentenza, in cui la Corte afferma che “per quanto riguarda l'indipendenza del giudice, occorre precisare che il principio di responsabilità di cui trattasi riguarda, non la responsabilità personale del giudice, ma quella dello Stato”.

diritto di matrice europea.

Nella pronuncia in esame, inoltre, la Corte ribadisce le condizioni necessarie per il sorgere della responsabilità, enunciate nelle precedenti sentenze *Francovich* e *Brasserie du Pêcheur*<sup>136</sup>, essendo richiesto “che la norma giuridica violata sia preordinata a conferire diritti ai singoli, che si tratti di violazione grave e manifesta e che esista un nesso causale diretto tra la violazione dell'obbligo incumbente allo Stato e il danno subito dai soggetti lesi”.<sup>137</sup>

Senonché, la necessità di operare un bilanciamento tra effettività e primato del diritto europeo, da un lato, e certezza del diritto, dall'altro<sup>138</sup>, ha spinto la Corte a precisare, in relazione alla seconda condizione, che la responsabilità dello Stato per una decisione di un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza, può sussistere “solo nel caso eccezionale in cui il giudice abbia violato in maniera manifesta il diritto vigente”.<sup>139</sup>

Al riguardo, il giudice dell'Unione, dopo avere richiamato i consueti parametri che il giudice nazionale, investito della domanda risarcitoria, dovrà valutare al fine di accertare l'esistenza di una violazione grave e manifesta<sup>140</sup>, introduce un elemento innovativo, legato alla “mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE”.<sup>141</sup>

---

<sup>136</sup> Si veda, in particolare, il punto 51 della sentenza *Brasserie du Pêcheur*, *cit.*, nella parte in cui richiede che l'inosservanza del diritto di matrice europea assuma i caratteri di una “violazione sufficientemente caratterizzata”. Si tratta di una sostanziale modifica della seconda delle condizioni in precedenza poste dalla sentenza *Francovich*, *cit.*, punto 40, mentre le altre due sono rimaste fondamentalmente inalterate.

<sup>137</sup> Punto 51, sentenza *Köbler*, *cit.*

<sup>138</sup> Il giudice del Lussemburgo, attribuendo pari rilevanza ad entrambi i principi, ha adottato una soluzione mediana, tale da salvaguardare entrambe le regole. Ciò in quanto i principi in parola vengono messi sullo stesso piano, senza ravvisare alcuna interferenza che giustifichi la prevalenza di un criterio giuridico sull'altro.

<sup>139</sup> Punto 53, sentenza *Köbler*, *cit.*

<sup>140</sup> Punto 55, sentenza *Köbler*, *cit.*, in cui si fa riferimento, in particolare, al grado di chiarezza e di precisione della norma violata, al carattere intenzionale della violazione, alla scusabilità o meno dell'errore di diritto ed, infine, alla posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria.

<sup>141</sup> Punto 55, sentenza *Köbler*, *cit.* In proposito, pare opportuno precisare che la mancata proposizione del rinvio pregiudiziale, da parte del giudice di ultima istanza, rileva soltanto ai fini della gravità della violazione e non attribuisce al singolo il diritto al risarcimento del danno, che rimane ancorato alla lesione di una posizione giuridica di origine sovranazionale. Giova inoltre richiamare Corte giust.,

Con la precisazione che *“in ogni caso, una violazione del diritto comunitario è sufficientemente caratterizzata allorché la decisione di cui trattasi è intervenuta ignorando manifestamente la giurisprudenza della Corte in questa materia”*.<sup>142</sup>

Le conclusioni cui perviene la Corte di giustizia, che accoglie in tal senso le argomentazioni dell'Avvocato generale Leger, si basano sostanzialmente sui limiti imposti all'autonomia procedurale dai principi dell'equivalenza ed dell'effettività.

La circostanza che in molti Stati membri sia prevista la possibilità di una azione risarcitoria per i danni subiti dalla violazione del diritto nazionale, da parte degli organi giurisdizionali, impone, in ossequio al principio di equivalenza, che tale azione di ristoro debba essere prevista anche per l'ipotesi dell'inosservanza del diritto sovranazionale.

Inoltre, una volta riconosciuto il diritto al risarcimento per il danno subito, non possono negarsi, nel rispetto del principio di effettività, quei rimedi giudiziari volti a rendere effettivo tale diritto.<sup>143</sup>

---

sentenza 9 dicembre 2003, in causa C-129/00, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, p. I-14637, in cui la Corte si è pronunciata al termine di una procedura di infrazione, nella quale si contestava allo Stato italiano di rendere eccessivamente difficile, ai contribuenti, l'esercizio del diritto al rimborso dei tributi riscossi in violazione del diritto dell'Unione. Ai giudici italiani, in particolare, veniva imputato il fatto di non avere mai richiesto alla Corte di giustizia, attraverso il rinvio pregiudiziale, l'interpretazione della normativa europea e, dunque, una valutazione sulla compatibilità della disciplina interna con quest'ultima. Questo caso appare rilevante per il fatto che, in esso, la Corte ha specificato i requisiti necessari affinché la violazione posta in essere dall'organo giudiziario possa essere considerata di una gravità tale da comportare la responsabilità dello Stato. In particolare, detti requisiti vengono individuati nella sistematicità della violazione e negli effetti negativi che il mancato esperimento del rinvio pregiudiziale può produrre sulla realizzazione degli obiettivi posti dalle norme dell'Unione. Da ultimo, a conferma della persistente rilevanza della questione, merita di essere richiamata la recente ordinanza del 5 marzo 2012, n. 1244, in [www.ildirittoamministrativo.it](http://www.ildirittoamministrativo.it), con la quale la VI sezione del Consiglio di Stato, nel sollecitare la Corte di giustizia ad esaminare diversi aspetti legati alla portata dell'obbligo di rinvio pregiudiziale, gravante sui giudici di ultima istanza, ha tra l'altro chiesto al giudice del Lussemburgo, al punto 9.10.9, lett. d), *“in presenza di quali circostanze di fatto e di diritto l'inosservanza dell'art. 267, par. 3, TFUE configuri, da parte del giudice nazionale, una violazione manifesta del diritto comunitario, e se tale nozione possa essere di diversa portata e ambito ai fini dell'azione speciale nei confronti dello Stato ai sensi della legge 13 aprile 1988 n.117 per risarcimento danni cagionati nell'esercizio delle funzioni giudiziarie e responsabilità civile dei magistrati e dell'azione generale nei confronti dello Stato per violazione del diritto comunitario”*.

<sup>142</sup> Punto 56, sentenza *Köbler*, *cit.*

<sup>143</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Leger, rese per la causa *Köbler*, *cit.*, punto 104, laddove si evidenzia che *“l'esclusione di un diritto di ricorso destinato ad ottenere il risarcimento tende a negare l'esistenza di un tale diritto e viola quindi necessariamente il principio di effettività che delimita*

Un ulteriore approfondimento della materia della responsabilità dello Stato per violazione del diritto europeo, da parte di organi giurisdizionali di ultimo grado, è stato compiuto dalla Corte di giustizia nel caso *Traghetti del Mediterraneo* del 2006.<sup>144</sup>

La questione riguardava la compatibilità, con l'allora diritto comunitario, della legge 13 aprile 1988, n. 117, che esclude la responsabilità dello Stato per errore del giudice di ultima istanza, quando questo si sia verificato nell'ambito dell'attività di interpretazione delle norme di diritto o di valutazione dei fatti e delle prove, limitandola, peraltro, ai soli casi di dolo e colpa grave.<sup>145</sup>

Il contesto nel quale va inserito il caso in esame riveste particolare importanza, in quanto ad essere coinvolta è la materia del controllo sugli aiuti di Stato; settore, questo, di competenza esclusiva della Commissione europea

---

*l'autonomia procedurale degli Stati membri*".

<sup>144</sup> Corte giust., sentenza 13 giugno 2006, in causa C-173/03, *Traghetti del Mediterraneo*, in *Raccolta*, 2006, p. I-5177. La pronuncia ha origine da una controversia instaurata presso il Tribunale di Napoli dalla *Traghetti del Mediterraneo* contro la *Tirrenia*, entrambe società di navigazione operanti nella stessa tratta di collegamento tra il territorio continentale e le due isole maggiori. La *Tirrenia* aveva potuto praticare tariffe meno care, tra il 1976 ed il 1980, grazie a delle sovvenzioni pubbliche, che la *Traghetti del Mediterraneo* riteneva qualificabili come aiuti di Stato, erogati in violazione dei principi del libero mercato posti dal previgente Trattato CE. Il tribunale di Napoli, con sentenza confermata anche in grado di appello, respingeva la domanda, ritenendo legittime le sovvenzioni statali, in quanto funzionali alle esigenze dello sviluppo del Mezzogiorno. Adita in seguito la Corte di Cassazione, questa rigettava l'istanza, proposta dalla ricorrente, di sottoporre la questione alla Corte di giustizia, stante la correttezza della soluzione adottata dai giudici di merito e la conformità della stessa ai dettati del diritto di origine europea. Con successivo atto del 2002, il curatore fallimentare della *Traghetti del Mediterraneo*, considerando tale sentenza basata su una errata interpretazione delle norme sovranazionali ed emessa in aperta violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale, conveniva la Repubblica italiana, per il risarcimento dei danni subiti, davanti al Tribunale di Genova, che decideva di esperire il rinvio pregiudiziale posto a fondamento della decisione della Corte.

<sup>145</sup> Il primo comma dell'articolo 2 della legge in argomento afferma la responsabilità esclusiva dello Stato per gli illeciti commessi dal giudice nell'esercizio delle relative funzioni, negando ogni possibilità di agire in giudizio contro il magistrato. In particolare, viene in esso stabilito che *"chi ha subito un danno ingiusto per effetto di un comportamento, di un atto o di un provvedimento giudiziario posto in essere dal magistrato con dolo o colpa grave nell'esercizio delle sue funzioni ovvero per diniego di giustizia può agire contro lo Stato per ottenere il risarcimento dei danni patrimoniali e anche di quelli non patrimoniali che derivino da privazione della libertà personale"*. In proposito, è stato osservato che, nella giurisprudenza costituzionale, *"la stessa scelta fondamentale della legge n. 117 del 1988 di proteggere la responsabilità del magistrato dietro a quella dello Stato, impedendo alla parte del processo di agire direttamente nei confronti del magistrato, si giustifica fondamentalmente, per la Corte, con la necessità di proteggerne l'indipendenza e la serenità nell'esercizio della funzione, che potrebbe altrimenti essere turbata dalla minaccia di un'azione di responsabilità"*. Cfr. N. Zanon, *La responsabilità dei giudici*, in *Atti del convegno dell'Associazione dei costituzionalisti "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale"*, Padova 23-24 ottobre 2004, su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it). Il secondo comma del citato articolo chiarisce invece che *"nell'esercizio delle funzioni giudiziarie non può dar luogo a responsabilità l'attività di interpretazione di norme di diritto né quella di valutazione del fatto e delle prove"*.

che opera sotto il diretto controllo del giudice dell'Unione.<sup>146</sup>

Oggetto della causa era la manifesta errata interpretazione del diritto europeo realizzata, secondo la ricorrente, dal giudice di ultima istanza, che peraltro aveva emesso la sentenza in aperta violazione dell'obbligo del rinvio pregiudiziale.

Superati alcuni aspetti della questione a seguito della sopravvenuta sentenza *Köbler*, il giudice del rinvio, sentite le parti, ritirava il primo quesito pregiudiziale, non ritenendo più necessario un pronunciamento della Corte.<sup>147</sup>

Si riteneva invece importante, per la soluzione del caso, il mantenimento della seconda questione pregiudiziale, con cui si chiedeva al giudice del Lussemburgo, anche alla luce dei principi affermati nella sentenza *Köbler*, “*se osti all'affermazione della responsabilità dello Stato, per violazioni imputabili ad un organo giurisdizionale nazionale, una normativa interna in tema di responsabilità dello Stato per errori del giudice che, come quella italiana, esclude la responsabilità in relazione all'attività di interpretazione delle norme di diritto e di valutazione del fatto e delle prove rese nell'ambito dell'attività giudiziaria e limita la responsabilità dello Stato ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice*”.<sup>148</sup>

E' proprio in esito a tale quesito che la sentenza acquista significato, sancendo la responsabilità dello Stato per i danni conseguenti all'errore

---

<sup>146</sup> Detta circostanza appare rilevante atteso che il Tribunale di Genova ha successivamente sollevato una nuova questione pregiudiziale, di tipo interpretativo, per chiedere alla Corte di giustizia se la normativa nazionale che aveva consentito l'erogazione delle sovvenzioni alla Tirrenia, impresa concorrente della società attrice *Traghetti del Mediterraneo*, fosse o meno compatibile con le regole del Trattato in materia di aiuti di Stato. La Corte di giustizia, pur dichiarandosi non competente a pronunciarsi sulla materia degli aiuti di Stato, trattandosi di una valutazione rientrante nella competenza esclusiva della Commissione europea, ha tuttavia fornito al giudice del rinvio tutti gli elementi interpretativi utili a risolvere la questione dinanzi a lui pendente. Cfr. Corte giust., sentenza 10 giugno 2010, in causa C-140/09, *Fallimento Traghetti del Mediterraneo*, in *Raccolta*, p. I-5243. Sul tema degli aiuti di Stato e dei poteri dei giudici nazionali, si rimanda a C. Pinotti, *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000, p. 320 ss.

<sup>147</sup> Cfr. punto 22, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit. Con esso, il Tribunale di Genova chiedeva se “*uno Stato membro risponda a titolo di responsabilità extracontrattuale nei confronti dei singoli cittadini degli errori dei propri giudici nell'applicazione del diritto comunitario o della mancata applicazione dello stesso e in particolare del mancato assolvimento da parte di un giudice di ultima istanza dell'obbligo del rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 234 del Trattato*” (cfr. punto 20, n. 1, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit.).

<sup>148</sup> Punto 23, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit.

commesso da un proprio organo giurisdizionale di ultima istanza, in relazione all'interpretazione del diritto.<sup>149</sup>

Ed, infatti, secondo il giudice dell'Unione, *“l'interpretazione delle norme di diritto rientra nell'essenza vera e propria dell'attività giurisdizionale poiché, qualunque sia il settore di attività considerato, il giudice, posto di fronte a tesi divergenti o antinomiche, dovrà normalmente interpretare le norme giuridiche pertinenti (...) al fine di decidere la controversia che gli è sottoposta”*.<sup>150</sup>

Essendo certamente possibile che una violazione manifesta dell'allora diritto comunitario venga commessa nell'esercizio di tale attività ermeneutica, per la Corte, *“escludere, in simili circostanze, ogni responsabilità dello Stato a causa del fatto che la violazione del diritto comunitario deriva da un'operazione di interpretazione delle norme giuridiche effettuata da un organo giurisdizionale equivarrebbe a privare della sua stessa sostanza il principio sancito dalla Corte nella citata sentenza Köbler”*.<sup>151</sup>

Con la precisazione che *“tale constatazione vale, a maggior ragione, per gli organi giurisdizionali di ultimo grado, incaricati di assicurare a livello nazionale l'interpretazione uniforme delle norme giuridiche”*.<sup>152</sup>

Similmente, anche l'attività di valutazione dei fatti e delle prove viene considerata un aspetto essenziale dell'attività giurisdizionale, *“poiché, indipendentemente dall'interpretazione effettuata dal giudice nazionale*

---

<sup>149</sup> Il punto 46 della sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit., chiarisce che *“il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che escluda, in maniera generale, la responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli a seguito di una violazione del diritto comunitario imputabile a un organo giurisdizionale di ultimo grado per il motivo che la violazione controversa risulta da un'interpretazione delle norme giuridiche o da una valutazione dei fatti e delle prove operate da tale organo giurisdizionale”*.

<sup>150</sup> Punto 34, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit.

<sup>151</sup> Punto 36, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit.

<sup>152</sup> Punto 36, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit. Non va d'altronde dimenticato che l'azione di responsabilità dello Stato richiede il previo esaurimento delle vie di ricorso interno. Pertanto, ad essere messe in discussione sono, prevalentemente, le decisioni degli organi giurisdizionali supremi, in quanto avverso le pronunce dei giudici di rango subordinato restano esperibili gli ordinari mezzi di impugnazione. Escludere dal novero delle pronunce suscettibili di determinare la responsabilità dello Stato quelle relative a giudizi di legittimità o di interpretazione del diritto, significherebbe quindi impedire, quasi del tutto, l'applicazione del principio in Italia, dal momento che il ruolo della Corte di Cassazione è proprio quello nomofilattico, volto cioè ad uniformare l'applicazione delle norme in ambito nazionale.

*investito di una determinata causa, l'applicazione di dette norme al caso di specie spesso dipenderà dalla valutazione che egli avrà compiuto sui fatti del caso di specie così come sul valore e sulla pertinenza degli elementi di prova prodotti a tal fine dalle parti in causa”.*<sup>153</sup>

Potendo una tale valutazione ugualmente condurre ad una manifesta violazione del diritto dell'Unione, si ritiene che, “*escludere, in tali casi, ogni possibilità di sussistenza della responsabilità dello Stato poiché la violazione contestata al giudice nazionale riguarda la valutazione effettuata da quest'ultimo su fatti o prove equivarrebbe altresì a privare di effetto utile il principio sancito nella summenzionata sentenza Köbler*”.<sup>154</sup>

Ad analoga soluzione perviene la Corte del Lussemburgo per quanto attiene alla limitazione della responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave, non potendo tali elementi escludere l'affermazione della responsabilità dello Stato, a fronte di una violazione grave e manifesta.<sup>155</sup>

La Corte di giustizia impone pertanto al giudice nazionale, nel valutare se una violazione sia grave e manifesta, di limitarsi ad applicare i criteri enunciati nella più volte citata sentenza *Köbler*, senza utilizzare la colpa o il dolo come ulteriore ostacolo all'affermazione della responsabilità.<sup>156</sup>

In seguito alla sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, la Commissione ha invitato la Repubblica italiana ad apportare le necessarie modifiche al proprio sistema legislativo di responsabilità dei giudici.

---

<sup>153</sup> Punto 38, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit.

<sup>154</sup> Punti 39 e 40, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit.

<sup>155</sup> Punto 26, sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit., in cui si nota che “*la limitazione di detta responsabilità ai soli casi del dolo o della colpa grave del giudice, anch'essa sarebbe di natura da condurre ad un'esenzione di fatto da ogni responsabilità dello Stato, poiché, da un lato, la nozione stessa di «colpa grave» non sarebbe lasciata alla libera valutazione del giudice chiamato a statuire su un'eventuale domanda di risarcimento dei danni causati da una decisione giurisdizionale, ma sarebbe rigorosamente delimitata dal legislatore nazionale, che enumererebbe preliminarmente – ed in modo tassativo – le ipotesi di colpa grave*”.

<sup>156</sup> Al punto 46 della sentenza *Traghetti del Mediterraneo*, cit., la Corte precisa che “*il diritto comunitario osta ad una legislazione nazionale che limiti la sussistenza della responsabilità dello Stato membro per i danni arrecati ai singoli ai soli casi di dolo o colpa grave del giudice, ove una tale limitazione conducesse ad escludere la sussistenza della responsabilità dello Stato membro interessato in altri casi in cui sia stata commessa una violazione manifesta del diritto vigente, quale precisata ai punti 53-56 della sentenza Köbler*”.

Non avendo ricevuto risposte adeguate alle richieste formulate nella lettera di diffida e nel successivo parere motivato, l'istituzione sovranazionale ha proposto, dinanzi al giudice dell'Unione, un ricorso per inadempimento che si è concluso con la condanna dello Stato membro.<sup>157</sup>

In primo luogo, il collegio ha constatato che, nonostante le chiare indicazioni fornite dalle pronunce intervenute in materia, l'articolo 2 della legge 117/88 continua ad escludere qualsiasi forma di responsabilità dello Stato per i danni causati a singoli da una violazione del diritto dell'Unione compiuta dagli organi giurisdizionali di ultimo grado, qualora tale violazione derivi dall'interpretazione di norme di diritto o dalla valutazione dei fatti e delle prove effettuate dal giudice medesimo.

Al riguardo, peraltro, lo Stato italiano non è stato in grado di fornire alcun elemento utile a dimostrare che la normativa in questione sia interpretata dalla giurisprudenza interna quale semplice limite posto alla responsabilità di tali organi giurisdizionali e non quale ipotesi di esclusione della stessa.

In secondo luogo, il giudice del Lussemburgo ha preso atto che la nozione di "colpa grave", di cui all'art. 2, commi 1 e 3, della legge n. 117/88, viene interpretata dalla Corte di Cassazione in termini tali da imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla condizione di "violazione manifesta del diritto vigente", richiesta ai fini del sorgere della responsabilità dello Stato per violazione del diritto dell'Unione.<sup>158</sup>

Secondo la Corte, se non si può escludere che il diritto nazionale precisi i criteri relativi alla natura o al grado della violazione, tali criteri non possono, in nessun caso, imporre requisiti più rigorosi di quelli derivanti dalla sua stessa giurisprudenza.<sup>159</sup>

---

<sup>157</sup> Corte giust., sentenza 24 novembre 2011, in causa C-379/10, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, in *Raccolta*, 2011.

<sup>158</sup> Cfr. punto 16 della sentenza 24 novembre 2011, *Commissione europea c. Repubblica italiana*, *cit.*, in cui si richiamano le sentenze n. 15227 e n. 7272 della Corte di Cassazione, pronunciate, rispettivamente, in data 5 luglio 2007 e 18 marzo 2008, nelle quali la nozione di "colpa grave" è stata interpretata, sostanzialmente, in termini tali da coincidere con il "carattere manifestamente aberrante dell'interpretazione" effettuata dal magistrato.

<sup>159</sup> In proposito, viene confutata la difesa proposta dal Repubblica italiana, in base alla quale l'articolo

Con la conseguenza che lo Stato deve essere considerato responsabile per la violazione del diritto dell'Unione commessa da un organo giurisdizionale di ultima istanza, nei limiti e alle condizioni precisate dalla giurisprudenza sovranazionale, a nulla rilevando la regolamentazione interna che limita tale responsabilità ai soli casi di dolo o colpa grave.

Dalle pronunce in esame emerge l'orientamento della Corte di tenere distinta la sfera della responsabilità dello Stato, derivante dalla decisione di un organo giurisdizionale, da quella dell'autorità del giudicato, considerata dal giudice del Lussemburgo principio portante dell'architettura europea.

L'esigenza è quella di trovare un giusto equilibrio tra l'autonomia procedurale degli Stati membri e la certezza del diritto, da un lato, e l'effettività e la primazia del diritto dell'Unione, dall'altro.

L'indirizzo fatto proprio dalla Corte, nel bilanciamento dei valori in campo, trova fondamento nel principio del primato, stante l'acclarato contrasto della normativa italiana con i principi dell'ordinamento europeo, nonché nel principio di leale cooperazione, volto ad assicurare l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri.

E' tuttavia evidente come, benché il giudicato rimanga sostanzialmente intatto, lo stesso sia destinato a restare privo di effetti, in quanto sostituito da una condanna risarcitoria.<sup>160</sup>

---

2 della legge 117/88 può essere oggetto di interpretazione conforme al diritto dell'Unione. Ed, infatti, indipendentemente dalla questione se la nozione di "colpa grave" possa essere effettivamente interpretata, nell'ipotesi di violazione del diritto dell'Unione da parte di un organo giurisdizionale di ultimo grado, in termini tali da corrispondere al requisito della "violazione manifesta del diritto vigente", la Corte rileva che "la Repubblica italiana non ha richiamato, in ogni caso, nessuna giurisprudenza che, in detta ipotesi, vada in tal senso e non ha quindi fornito la prova richiesta quanto al fatto che l'interpretazione dell'art. 2, commi 1 e 3, di tale legge accolta dai giudici italiani sia conforme alla giurisprudenza della Corte". Cfr. punto 45 della sentenza 24 novembre 2011, Commissione europea c. Repubblica italiana, cit.

<sup>160</sup> In questi termini, R. Conti, *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 373 ss., spec., p. 378, il quale ritiene che lo spirito della sentenza Köbler non sia "orientato a salvaguardare il feticcio dell'autorità di cosa giudicata, ma piuttosto a dribblarlo in modo pragmatico, come spesso fa il giudice di Lussemburgo". Analoga considerazione viene espressa da V. Cerulli Irelli, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, op. cit., p. 469, il quale sostiene che detta sentenza "pur confermando il valore formale del giudicato nei suoi effetti sostanziali, in realtà li stravolge consentendo di ottenere, con una ulteriore e diversa azione giurisdizionale, il risultato medesimo, almeno per equivalente, rispetto a quello che la giurisdizione

Nonostante gli sforzi ricostruttivi del giudice del Lussemburgo, la considerazione di una decisione di ultima istanza quale presupposto per il sorgere di una responsabilità risarcitoria ha fatto emergere l'idea del “*carattere cedevole del giudicato sostanziale nazionale allorché esso sia stato pronunciato in spregio di norme inderogabili di diritto comunitario*”<sup>161</sup>, ponendo così le premesse per il suo superamento.

---

*originariamente adita, con sentenza passata in giudicato aveva negato”.*

<sup>161</sup> Cfr. C. Consolo, *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la “ferrea” forza del giudicato sostanziale?*, *op. cit.*, p. 1189.

5. *Deroghe all'intangibilità del giudicato: un confronto tra le fattispecie interne e di derivazione europea.*

Da quanto sopra esposto, discende l'interrogativo di fondo in ordine agli effetti che una pronuncia della Corte di giustizia, resa su rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 267 TFUE, può produrre sulla incontestabilità dell'accertamento contenuto nella sentenza passata in giudicato, emanata anteriormente dal giudice italiano.

La tenuta o meno del giudicato nazionale agli effetti di successive decisioni del giudice dell'Unione costituisce la questione centrale cui occorre dare risposta in esito all'analisi svolta.

In proposito, si condividono le considerazioni di quella parte della dottrina che ritiene che *“il giudicato in linea di principio resiste dinanzi a una successiva pronuncia della Corte di giustizia dalla quale risulti che il parametro decisivo adottato dal giudice non è conforme al diritto comunitario”*.<sup>162</sup>

Allo stato, infatti, non si intravedono motivi per sostenere che l'affermazione del primato del diritto dell'Unione e dell'efficacia diretta delle pronunce della Corte di giustizia rese in sede di rinvio pregiudiziale<sup>163</sup> debba produrre un incondizionato cedimento del giudicato interno contrario alle istanze sovranazionali.

Del resto, nel nostro ordinamento, l'intangibilità del giudicato ha sempre conosciuto numerose eccezioni.<sup>164</sup>

---

<sup>162</sup> R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, op. cit., p. 104.

<sup>163</sup> Sul riconoscimento, da parte della Corte costituzionale italiana, della diretta applicabilità della giurisprudenza della Corte di giustizia, si veda M.P. Chiti, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, p. 796 ss., spec., p. 801 ss.

<sup>164</sup> Questo aspetto viene evidenziato anche dall'Avvocato generale Geelhoed, laddove, al punto 37 delle conclusioni rese nel caso *Lucchini*, cit., sottolinea che *“ad onta della grande rilevanza attribuita all'autorità di cosa giudicata, gli effetti della stessa non sono assoluti. Nei diversi ordinamenti giuridici nazionali sono consentite deroghe al principio dell'autorità di cosa giudicata, seppur a condizioni molto rigide. Ciò può avvenire, ad esempio, nel caso di frode, o se nella sentenza divenuta*

*In primis*, possono essere richiamati i mezzi straordinari di impugnazione, tassativamente disciplinati, *ex ante*, dalla legge.<sup>165</sup>

Inoltre, è possibile individuare dei casi eccezionali in cui il giudicato viene travolto in seguito ad effetti sopravvenuti retroattivi.

Al riguardo, giova osservare che l'autorità della cosa giudicata è tendenzialmente protetta, nel nostro ordinamento, nei confronti di successivi interventi legislativi, benché il fondamento costituzionale di tale tutela sia invero controverso.

In materia, assume certamente rilievo la mancata approvazione, in sede di Assemblea Costituente, dell'art. 104 del progetto di Costituzione elaborato dalla Commissione dei Settantacinque, secondo il quale *“le sentenze non più soggette ad impugnazione di qualsiasi specie non possono essere annullate o modificate neppure per atto legislativo, salvo i casi di legge penale abrogativa o di amnistia, grazia e indulto”*.<sup>166</sup>

Tale lacuna costituzionale ha inevitabilmente comportato il proliferare di orientamenti divergenti in ordine al rapporto tra pronunce giurisdizionali

---

*inimpugnabile sia rinvenibile una flagrante violazione dei diritti fondamentali. Dalla giurisprudenza della Corte europea per i diritti dell'uomo emerge che l'autorità del giudicato non può far venir meno palesi violazioni di diritti comunitari fondamentali”*. Sul tema, si veda G. Montedoro, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'insostenibile leggerezza del processo impugnatorio)* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 519 ss.

<sup>165</sup> In relazione al processo civile, ai sensi degli articoli 395, 397 e 404 del codice di rito, vengono in rilievo il dolo di una delle parti in danno dell'altra, la falsità delle prove, il ritrovamento di documenti decisivi, il dolo del giudice, il dolo o la collusione delle parti in danno di terzi titolari di diritti dipendenti, la collusione delle parti in frode alla legge. Nel processo amministrativo è possibile fare riferimento alla revocazione per i motivi di cui al primo comma dell'art. 395 c.p.c., numeri 1, 2, 3 e 6 (art. 106 ss. c.p.a.) e all'opposizione di terzo (art. 108 ss. c.p.a.). Per quanto attiene al processo penale, assumono rilevanza gli istituti della revisione (art. 629 ss. c.p.p.) e del ricorso straordinario per errore materiale o di fatto (art. 625 *bis* c.p.p.).

<sup>166</sup> In tale sede, venne altresì respinto l'emendamento all'art. 73 (proposto dall'on. Codacci Pisanelli) che disponeva, tra l'altro, *“le leggi non potranno avere effetto retroattivo”*. Nella Carta costituzionale, la regola della irretroattività è enunciata per le sole norme penali incriminatrici, all'art. 25, comma 2, a norma del quale *“nessuno può essere punito se non in forza di una legge che sia entrata in vigore prima del fatto commesso”*. Di contro, si scelse di mantenere la collocazione del principio generale dell'irretroattività in una norma di rango ordinario, l'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale, il quale, come noto, stabilisce che *“la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo”*. A nome della Commissione dei Settantacinque (cfr. Atti Ass. Cost., p. 1477), l'on. Tosato sottolineò l'inopportunità di una norma costituzionale che sancisse l'irretroattività delle leggi, giacché la sua rigidità avrebbe potuto dare luogo ad inconvenienti, come, ad esempio, nell'ipotesi in cui si fosse voluto riconoscere efficacia retroattiva agli aumenti di stipendi. Inoltre, non venne accolto neppure l'emendamento all'art. 24 (proposto dall'on. Dominedò) che opponeva alla retroattività degli atti normativi il limite dei diritti quesiti (vedi A.P. Cam. p. 2869-2870).

definitive e potere legislativo.<sup>167</sup>

Tanto la dottrina quanto la giurisprudenza italiana si sono occupate del tema, esaminando l'ipotesi in cui il legislatore, in sede di interpretazione autentica, abbia fornito della norma posta a base di decisioni divenute ormai definitive, un'interpretazione diversa da quella accolta dall'organo giurisdizionale.

Il Consiglio di Stato ha affermato, in proposito, che l'intangibilità del giudicato non può cedere di fronte a norme sopravvenute aventi efficacia retroattiva; in caso contrario, *“sarebbe consentito al legislatore vanificare in ogni momento la funzione propria della Magistratura (titolo IV Cost.), rendendo aleatoria (...) quella tutela giurisdizionale che costituisce un fondamentale diritto assicurato al singolo dalla Costituzione”*.<sup>168</sup>

Del pari, la Corte di Cassazione ha stabilito che, in difetto di una esplicita previsione legislativa<sup>169</sup>, *“la sopravvenienza di una legge interpretativa, la quale contraddica la lettura della legge recepita nel giudicato, vale ad evidenziare l'ingiustizia di questo, ma non a comprometterne il valore, che è indipendente dall'esattezza della statuizione con esso resa”*.<sup>170</sup>

Tali pronunce, per il loro carattere perentorio, necessitano tuttavia di opportuni chiarimenti e doverose precisazioni, onde evitare un'indebita generalizzazione dell'assunto in esse contenuto.

In proposito, appare condivisibile l'approccio fatto proprio dalla Corte costituzionale, la quale utilizza una tecnica di bilanciamento dei valori più

---

<sup>167</sup> L'assenza di una esplicita presa di posizione da parte della Costituzione ha indotto taluni autori, come R. Colonna, *Giudicato e ius superveniens retroattivo: un'armonizzazione difficile*, op. cit., p. 258, a sottolineare come l'art. 11 delle Disposizioni sulla legge in generale sia legittimamente derogabile da fonti di pari rango che esprimano l'intento di estendere i propri effetti su rapporti sorti prima della loro entrata in vigore. Altra parte della dottrina (cfr. R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, op. cit., p. 66) ha invece evidenziato che la Corte costituzionale frappone al potere del legislatore ordinario di disciplinare le situazioni pregresse una serie di limiti, che trovano espressione non già in divieti puntuali, bensì in principi generali, quali la ragionevolezza, l'eguaglianza, il legittimo affidamento e il rispetto delle attribuzioni costituzionali del potere giudiziario. Si veda, in particolare, Corte cost., sentenza 15 luglio 2005, n. 282, in *Il Foro Italiano*, Rep. 2005, voce *Impiegato dello Stato*, n. 193.

<sup>168</sup> Cons. Stato, ad. plen., sentenza 21 febbraio 1994, n. 4, in *Il Foro Italiano*, 1994, III, p. 313 ss.

<sup>169</sup> Sulla necessità che la legge stabilisca, espressamente, la caducazione degli effetti dei giudicati posti in essere sotto il vigore della normativa precedente, si rimanda a R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, op. cit., p. 375.

<sup>170</sup> Cass., sez. lav., sentenza 11 aprile 2000, n. 4630, in *Giust. civ., Mass.*, 2000, p. 786.

equilibrata, che esclude un'aprioristica prevalenza della tutela del giudicato.<sup>171</sup>

La questione deve dunque porsi in termini di contrasto tra principi muniti di uguale rilevanza costituzionale.

Da un lato, viene in rilievo l'interesse cui risponde l'immutabilità del giudicato, ricollegabile all'esigenza di garantire la certezza del diritto, la pienezza della tutela e l'effettività della stessa (articoli 24 e 113 Cost.), nonché il principio dell'indipendenza del potere giudiziario (articoli 101 e 104 Cost.); dall'altro lato, si colloca l'interesse sotteso all'interpretazione fornita dal legislatore.<sup>172</sup>

Conseguentemente, la Corte costituzionale, smentendo l'assolutezza del principio dell'intangibilità del giudicato, reputa illegittimi unicamente quegli interventi del legislatore che, in sede di interpretazione autentica, incidano in maniera diretta e immediata sul giudicato, impedendone l'esecuzione.<sup>173</sup>

Di contro, il giudice delle leggi non si oppone radicalmente a quelle disposizioni che innovano retroattivamente l'ordinamento, con conseguente perdita di efficacia di uno o più giudicati.<sup>174</sup>

Escluso che la cosa giudicata possa costituire un limite invalicabile alla retroattività di norme interpretative, la tutela della *res iudicata* può trovare dei contemperamenti nell'ipotesi in cui essa si basi su un'interpretazione errata della norma e sia possibile superarne gli effetti attraverso un riesame della fattispecie, reso doveroso dalla tutela di interessi parimenti rilevanti.<sup>175</sup>

---

<sup>171</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 10 novembre 1994, n. 385, in *Giust. civ.*, 1995, I, p. 46 ss., in cui la Consulta ha chiarito come “*non si possa fare prevalere il giudicato sugli equilibri cui conduce il canone di bilanciamento dei valori costantemente applicato da questa Corte*”.

<sup>172</sup> Cfr. R. Colonna, *Giudicato e ius superveniens retroattivo: un'armonizzazione difficile*, op. cit., p. 269.

<sup>173</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 12 luglio 2000, n. 374, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 41, comma 5, della legge 27 dicembre 1997, n. 449, nella parte in cui fa divieto di corrispondere al personale non rientrante nelle disposizioni di cui al comma 4, il trattamento economico riconosciuto con sentenza passata in giudicato, non ancora portata ad esecuzione al momento dell'entrata in vigore della legge. In questo caso, secondo E. Libone, *Corte costituzionale e tutela della res iudicata tra illusione e realtà*, in *Giur. cost.*, 2000, p. 4387 ss., spec., p. 4397, la legge, impedendo l'esecuzione del giudicato, costituisce, in definitiva, una correzione concreta dell'attività giurisdizionale, assumendo il legislatore, quale oggetto immediato delle proprie disposizioni, il comando giurisdizionale in quanto tale, il *decisum*, e non la regola del decidere.

<sup>174</sup> Corte cost., sentenza 7 aprile 1988, n. 413, in *Giur. cost.*, 1988, I, p. 1874 ss.

<sup>175</sup> In questi termini, G. Mari, *La forza del giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima*

Come le altre garanzie costituzionali, la protezione del giudicato è quindi esposta al confronto e al bilanciamento con valori di pari rango.

Anzitutto, il giudicato cede in quei casi in cui gli interessi cui si ispirano le norme giuridiche sopravvenute siano così meritevoli di affermazione da prevalere sulla tutela dell'affidamento delle parti sull'intangibilità del risultato del processo.

Si pensi, ad esempio, all'articolo 2, comma 2, del codice penale, a norma del quale *“nessuno può essere punito per un fatto che, secondo una legge posteriore, non costituisce reato; e, se vi è stata condanna, ne cessano l'esecuzione e gli effetti penali”*.

In secondo luogo, il giudicato soccombe dinanzi ad una dichiarazione di illegittimità costituzionale, qualora questa colpisca la norma sul giudicato, non in sé, bensì a causa delle circostanze che hanno accompagnato la cessazione del rapporto.<sup>176</sup>

Infine, ove una sentenza passata in giudicato leda la sfera di diritti e di attribuzioni degli individui e degli organi costituzionali, l'ordinamento appresta una tutela attraverso la proposizione, dinanzi alla Consulta, di un conflitto di attribuzioni tra poteri dello Stato, entro un breve termine di decadenza.<sup>177</sup>

Se quindi il superamento del giudicato non costituisce una novità

---

*istanza nella giurisprudenza italiana, op. cit.*, p. 1058, che nota come, in particolare, venga assunto a parametro di decisione il principio di uguaglianza di cui all'art. 3 Cost., in forza del quale sono da considerare legittime *“quelle leggi che, pur travolgendo gli effetti della cosa giudicata, non assecondino fini discriminatori e non contravvengano al divieto di leggi personali”*.

<sup>176</sup> In proposito, è opportuno richiamare l'art. 30, comma 4, legge n. 87 del 1953, a norma del quale *“quando in applicazione della norma dichiarata incostituzionale è stata pronunciata sentenza irrevocabile di condanna, ne cessano la esecuzione e tutti gli effetti penali”*. Detta disposizione, nel porre una deroga espressa, per la materia penale, alla stabilità del giudicato nei confronti dello *ius superveniens* retroattivo, è considerata una implicita conferma, per la materia civile e amministrativa, della resistenza del giudicato pronunciato in forza di una legge successivamente dichiarata incostituzionale. Tuttavia, secondo R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali, op. cit.*, p. 71, *“l'esaurimento del rapporto non si verifica se la dichiarazione di illegittimità costituzionale colpisce proprio la norma giuridica che costituisce la fonte di esaurimento del rapporto (la norma sulla prescrizione, la norma sulla decadenza, la norma sul giudicato, ecc.), a causa del modo (incostituzionale appunto) in cui essa ha determinato l'esaurimento del rapporto. In tal caso, l'esaurimento del rapporto giuridico è un effetto dipendente dall'applicazione della norma dichiarata incostituzionale e deve cedere di fronte alla dichiarazione di incostituzionalità”*.

<sup>177</sup> Cfr. art. 39, comma 2, legge n. 87 del 1953.

riconducibile alla giurisprudenza del Lussemburgo, occorre piuttosto comparare le ipotesi, già elencate, in cui il giudicato viene meno, con la tipologia di cedimenti del giudicato già maturata (o che può maturare) dinanzi alla Corte di giustizia, al fine di cogliere una possibile sovrapposizione tra tali fattispecie.<sup>178</sup>

In primo luogo, è opportuno considerare la vicenda *Lucchini*<sup>179</sup>, in cui rileva l'esigenza di tutelare, dagli effetti lesivi di un giudicato interno, la sfera fondamentale delle attribuzioni degli organi dell'Unione.

In questo caso, sorge una incompatibilità diretta tra la statuizione contenuta nella pronuncia del giudice nazionale e il precetto posto dalla precedente decisione della Commissione.

Gli effetti della sentenza definitiva non entrano in conflitto con una norma sovranazionale generale e astratta, bensì con quelli prodotti da un atto anteriore di una istituzione europea, che riguarda direttamente e individualmente singole persone fisiche o giuridiche.

La fattispecie in esame potrebbe dunque rientrare nell'ipotesi, sopra descritta, in cui emerge la necessità di protezione delle prerogative degli organi costituzionali dagli effetti derivanti da un giudicato contrario alla nostra Carta fondamentale, atteso che detto giudicato appare lesivo delle attribuzioni delle istituzioni europee, ivi comprese quelle della Corte di giustizia.<sup>180</sup>

In secondo luogo, fra le ipotesi in cui è possibile il superamento del giudicato, rientra quella in cui esso si sia formato secondo modalità incostituzionali.

In questo schema, può essere ricompreso il caso dell'accordo delle parti consapevolmente e volontariamente diretto ad evitare, attraverso il giudicato,

---

<sup>178</sup> Su detta considerazione, nonché sul confronto di seguito riportato, si veda in particolare R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, op. cit., p. 106 ss.

<sup>179</sup> Corte giust., sentenza *Lucchini*, cit.

<sup>180</sup> Significative in tal senso sono le conclusioni dell'Avvocato generale Geelhoed. Al punto 47 delle stesse si osserva che “nella causa in esame tuttavia la sentenza della Corte d'Appello passata in giudicato (...) scavalca anche la competenza esclusiva della Corte, retta dal diritto comunitario, di valutare l'aiuto controverso e incide sugli obblighi a cui è assoggettato lo Stato italiano ai fini della concessione dell'aiuto di Stato”.

l'applicazione del diritto europeo, cioè la collusione in frode del diritto sovranazionale.

In tale ipotesi, vi è una sentenza passata in giudicato, la quale, in virtù di un accordo collusivo tra le parti che il giudice non ha rilevato, urta contro un'antecedente norma del diritto dell'Unione, così come interpretata da una successiva sentenza della Corte di giustizia.<sup>181</sup>

In tutti gli altri casi diversi da quelli appena elencati, vige il principio della intangibilità del giudicato, che può ritenersi confermato dagli orientamenti espressi della Corte di giustizia, sia nel caso *Olimpiclub*<sup>182</sup>, sia nel caso *Asturcom*.<sup>183</sup>

In relazione al primo, si registra solo una restrizione dei limiti oggettivi del giudicato intervenuto su situazioni giuridiche sostanziali ad effetti durevoli.<sup>184</sup>

Ed, infatti, al contrario delle situazioni soggettive ad effetti istantanei, che ricevono una disciplina tendenzialmente integrale ad opera del giudicato, le situazioni soggettive ad effetti durevoli continuano ad esistere dopo il momento cui si riferisce il giudicato.

Poiché l'interesse protetto da queste ultime è unico, se una prima sentenza accerta l'esistenza di un obbligo o di una facoltà inerente a tale situazione soggettiva, una seconda sentenza non lo può negare, per il solo fatto che ci si trovi di fronte ad una serie di identici rapporti, distinti in ragione dei diversi periodi di tempo in cui sorgono.

E' questa la posizione espressa dalla Corte di Cassazione nel provvedimento

---

<sup>181</sup> Secondo R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, op. cit., p. 113, "anche questa variante di cedimento del giudicato non è una novità, ma si inserisce in una lunga tradizione storica diretta a colpire la collusione delle parti in danno di terzi (art. 404, comma 2, c.p.c.) o in frode alla legge (art. 397, n. 2, c.p.c.)".

<sup>182</sup> Corte giust., sentenza *Olimpiclub*, cit.

<sup>183</sup> Corte giust., sentenza *Asturcom*, cit.

<sup>184</sup> Una premessa fondamentale per comprendere tale affermazione attiene alla struttura temporale delle situazioni giuridiche sostanziali dedotte in giudizio. Seguendo l'impostazione di R. Caponi, *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, op. cit., p. 3 ss., esse si suddividono in due categorie, a seconda della durata nel tempo dell'interesse che sono chiamate a realizzare. Una prima categoria è costituita da situazioni soggettive ad effetti istantanei, nelle quali l'interesse protetto viene realizzato nel momento in cui la situazione si estingue, ad esempio per adempimento. La seconda è invece integrata da situazioni soggettive ad effetti durevoli, nel qual caso l'interesse trova compimento mediante il protrarsi nel tempo della situazione giuridica.

di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nel caso *Olimpiclub*.<sup>185</sup>

Come visto in precedenza, dopo essere stata a lungo ancorata, in materia tributaria, al principio della “frammentazione dei giudicati”, la Suprema Corte ha recentemente sostenuto che il giudicato concernente un punto fondamentale comune può essere utilmente invocato, anche se si è formato in relazione ad un periodo d'imposta diverso da quello oggetto del giudizio.<sup>186</sup>

Senonché, in coerenza con la dimensione temporale del giudicato, questa conclusione vale sempre che nel frattempo la situazione normativa e fattuale posta a base della prima sentenza non muti, atteso che il risultato del processo non può essere di ostacolo alla possibile evoluzione della situazione sostanziale accertata in giudizio.

Si può allora considerare, nel suo impatto pratico, la pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, che accerti l'erroneità dell'interpretazione del diritto dell'Unione posta a base della precedente statuizione giudiziale, come un atto che produce un effetto sopravvenuto retroattivo.

Stante l'efficacia vincolante della sentenza della Corte di giustizia, nelle fattispecie simili a quella che ha originato il rinvio, essa ha l'effetto di rimodulare la proiezione temporale del giudicato, lasciandolo sempre esposto, con riferimento ai periodi di imposta diversi da quelli accertati, all'eccezione già deducibile nel corso del primo giudizio, legata alla mancata o erronea applicazione del diritto dell'Unione.<sup>187</sup>

In caso di contrasto del giudicato nazionale con il diritto dell'Unione, occorre dunque distinguere fra effetti interni ed effetti esterni.

Mentre i primi rimangono di norma inalterati, poiché la questione decisa non può essere rimessa in discussione, gli effetti esterni vanno invece esclusi, perché renderebbero eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti

---

<sup>185</sup> Cass., sentenza 21 dicembre 2007, n. 26996, in *Giur. it.*, 2008, p. 1025 ss., con nota di F. Tesaro, *op. cit.*

<sup>186</sup> Cass., sez. un., sentenza 16 giugno 2006, n. 13916, in *Foro it.*, 2007, I, p. 493.

<sup>187</sup> Così R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, *op. cit.*, p. 125.

dall'ordinamento europeo.<sup>188</sup>

Da ciò l'interrogativo, più generale, in ordine all'opportunità di estendere tale limitazione anche in ambiti in cui non assume rilievo il diritto dell'Unione, al fine di evitare, nell'ottica del principio dell'equivalenza, visto, in questo caso, come parametro posto a tutela delle posizioni giuridiche nazionali, asimmetrie nell'applicazione dell'istituto del giudicato.

Infine, nel caso *Asturcom*, è stato chiesto alla Corte di giustizia se il giudice adito per l'esecuzione forzata di un lodo arbitrale divenuto definitivo possa rilevarne d'ufficio la vessatorietà.

In applicazione del principio di equivalenza, la Corte ha risposto che l'obbligo sussiste se la disciplina nazionale lo autorizzi a fare ciò in casi analoghi.

Nell'ordinamento spagnolo, da cui il caso trae origine, in cui il giudice dell'esecuzione forzata ha il potere/dovere di rilevare d'ufficio la violazione di una norma di ordine pubblico non fatta valere in precedenza<sup>189</sup>, si assiste a un utilizzo delle disposizioni processuali nazionali, in vista del soddisfacimento delle istanze del diritto dell'Unione.

In questo senso, non sembra di per sé compromesso il principio delle *res iudicata*, essendo esteso al giudicato interno contrario all'art. 6, n. 1, della direttiva 93/13, la stessa disciplina prevista per l'ipotesi della violazione di

---

<sup>188</sup> Si veda Cass., sentenza 25 novembre 2009, n. 24784, in cui la Suprema Corte, in una controversia concernente l'asserito inadempimento dell'obbligo dichiarativo di inviare le comunicazioni reddituali alla Cassa Nazionale Forense, da parte di un avvocato cittadino di un paese dell'Unione europea iscritto all'Albo professionale e alla relativa cassa previdenziale del paese di provenienza, ha chiarito che il riconoscimento della capacità espansiva del giudicato, in un giudizio tra le stesse parti e con riferimento al medesimo rapporto giuridico di durata, presuppone la valutazione della compatibilità del giudicato con i principi fondamentali del diritto dell'Unione, applicabili nel caso concreto. Di conseguenza, la Corte di Cassazione ha statuito che il giudicato formatosi in un'altra causa, tra le stesse parti, con riferimento ad un diverso periodo impositivo ed affermativo dell'obbligo *de quo*, non esimeva il giudice di merito dal verificare se l'accertamento, nell'*an*, dell'obbligazione a carico del professionista contrastasse con i principi di matrice europea in tema di libertà di stabilimento e di divieto di discriminazioni basate sulla nazionalità e di applicazione di più regimi previdenziali e contributivi.

<sup>189</sup> Si veda, in particolare, il punto 55 della motivazione, in cui si nota che “*secondo il governo spagnolo, il giudice dell'esecuzione di un lodo arbitrale divenuto definitivo è competente a valutare d'ufficio la nullità di una clausola compromissoria, contenuta in un contratto stipulato tra un consumatore e un professionista, per essere tale clausola contraria alle norme nazionali di ordine pubblico*”.

norme nazionali di ordine pubblico, nel pieno rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri.<sup>190</sup>

Ad analoghe conclusioni sembra possibile pervenire anche con riferimento all'ordinamento italiano.

Poiché, infatti, il principio enunciato nella sentenza *Asturcom* può trovare applicazione solo qualora, secondo le norme procedurali nazionali, il giudice possa procedere a tale valutazione nell'ambito di ricorsi analoghi di natura interna, nel nostro ordinamento, il principio secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile impedirà, al giudice italiano, di rilevare *ex officio* l'inosservanza di norme di ordine pubblico.<sup>191</sup>

---

<sup>190</sup> Di contrario avviso è R. Conti, *C'era una volta il giudicato*, *op. cit.*, p. 176 ss., il quale osserva che, mediante il rinvio al principio di equivalenza, la Corte ha finito per “*imporre al giudice nazionale il dovere di esaminare ex officio l'abusività della clausola superando, invece, il principio della facoltatività della rilevanza della nullità del lodo per contrasto con le norme di ordine pubblico prevista nell'ordinamento spagnolo*”. Secondo l'Autore, il giudice del Lussemburgo ha rafforzato la tutela del consumatore, “*andando oltre il tertium comparationis utilizzato per affermare la possibilità di superare il giudicato nazionale difforme*”.

<sup>191</sup> In questo senso, R. Caponi, *Giudicati civili nazionali e sentenze delle corti europee tra esigenze di certezza del diritto e gerarchia delle fonti*, relazione presentata all'Incontro di studio “I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato”, organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, nona commissione «Tirocinio e formazione professionale», Roma, 3 febbraio 2010, sul sito [www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/140175/R.\\_Caponi\\_Giudicati\\_civili\\_nazionali\\_e\\_sentenze\\_delle\\_corti\\_europee\\_tra\\_esigenze\\_di\\_certezza\\_del\\_diritto\\_e\\_gerarchia\\_delle\\_fonti\\_2010](http://www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/140175/R._Caponi_Giudicati_civili_nazionali_e_sentenze_delle_corti_europee_tra_esigenze_di_certezza_del_diritto_e_gerarchia_delle_fonti_2010), p. 20.

## 6. Il giudicato nazionale tra teoria dei controlimiti e dialogo tra le Corti.

Sulla scorta delle considerazioni ora svolte, si può ragionevolmente sostenere che la stabilità del giudicato nazionale non pare essere compromessa per effetto dei più recenti orientamenti accolti dalla Corte di giustizia.

Anche in queste ipotesi, infatti, si tratta di contemperare il principio della certezza del diritto con gli altri interessi parimenti rilevanti, in linea con quanto accade di consueto negli ordinamenti nazionali.

Tuttavia, non potendosi radicalmente escludere uno sviluppo giurisprudenziale che conduca a tale esito, appare opportuno interrogarsi sui possibili strumenti utilizzabili a difesa del valore della definitiva composizione della controversia.

Al riguardo, può certamente essere richiamata la teoria dei controlimiti, elaborata dalla Corte costituzionale italiana<sup>192</sup>, al fine di impedire che le limitazioni di sovranità previste dall'art. 11 Cost. possano determinare un'inammissibile violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale e dei diritti inviolabili della persona.<sup>193</sup>

---

<sup>192</sup> La prima formulazione di tale teoria è rinvenibile in Corte cost., sentenza 27 settembre 1973, n. 183, *Frontini*.

<sup>193</sup> Detta prospettiva è accolta anche da altre Corti costituzionali europee; si pensi, in particolare, alla posizione espressa dal *Bundesverfassungsgericht* con la sentenza *Solange I* del 29 marzo 1974 e, più di recente, con la pronuncia sul Trattato di Lisbona (cfr. BverfG, sentenza 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, in specie punto 240 della motivazione). In quest'ultima sentenza, la Corte costituzionale tedesca ha verificato se, salvaguardando il principio di sussidiarietà previsto dal diritto dell'Unione (art. 5, paragrafi 1 e 3, Trattato UE), gli atti giuridici degli organi europei rispettino i limiti posti dai diritti di sovranità loro concessi. Il Tribunale di Karlsruhe ha inoltre valutato se sia preservato il contenuto centrale ed irrinunciabile dell'identità costituzionale del *Grundgesetz* di cui all'art. 23 (a norma del quale la Repubblica federale tedesca partecipa "allo sviluppo dell'Unione europea" nel rispetto "dei principi di democrazia, dello Stato di diritto, sociale e federativo e del principio di sussidiarietà" e di "una tutela dei diritti fondamentali essenzialmente paragonabile a quella della (...) Legge fondamentale"), in connessione con l'art. 79, comma 3, GG. In esito a tale analisi, intesa a salvaguardare le strutture politiche e costituzionali degli Stati membri, riconosciute dall'art. 4, paragrafo 2, del Trattato UE, la Corte costituzionale tedesca ha dichiarato il Trattato sostanzialmente conciliabile con i principi fondamentali dell'ordinamento nazionale, invitando tuttavia il Parlamento a revisionare gli atti adottati per la ratifica dello stesso, nel rispetto dei principi contenuti nella Legge fondamentale. Nello specifico, il *Bundesverfassungsgericht* ha subordinato la ratifica del Trattato di Lisbona ad una modifica della legge che prevede la partecipazione del Parlamento tedesco alle politiche dell'Unione, volta a garantire il potenziamento dei poteri del *Bundestag* e del *Bundesrat* rispetto alle responsabilità ed alle competenze che il Trattato di Lisbona riconduce ai parlamenti

Sulla scorta di tale impostazione, al giudice delle leggi viene riconosciuto il potere di verificare la compatibilità del diritto di matrice europea con la nostra Carta fondamentale.<sup>194</sup>

L'applicabilità di tale teoria, nel caso di specie, richiede preliminarmente di accertare se la cosa giudicata rientri tra i principi fondamentali posti a fondamento dell'ordinamento costituzionale nazionale.

In proposito, giova osservare che, malgrado nella Costituzione manchi un esplicito riferimento al giudicato, la tesi oggi prevalente ravvisa l'esistenza di una copertura costituzionale del giudicato per il tramite dell'art. 24 Cost, senza la quale “*i diritti di azione processuale e di difesa sarebbero lesi se fosse possibile per il giudice ritornare sempre sulle proprie decisioni*”.<sup>195</sup>

Inoltre, poiché il diritto di difesa rientra tra i diritti inviolabili, può senza dubbio essere configurato, anche sotto questo aspetto, un collegamento con la teoria dei controlimiti.

Del resto, anche l'Unione europea ha da tempo mostrato attenzione nei riguardi dei diritti fondamentali della persona, considerati come “*parte dei principi generali del diritto comunitario, di cui la Corte garantisce l'osservanza*”.<sup>196</sup>

Nello sviluppare lo *standard* di tutela dei diritti fondamentali come componente dei principi generali del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia ha, fin dall'inizio, richiamato la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, nonché le tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri.<sup>197</sup>

---

nazionali. Sulla pronuncia, si veda F. Liberati, *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, nonché L. Cassetti, *Il “Sì, ma” del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, entrambi pubblicati su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>194</sup> Tale affermazione è stata più volte ribadita, come risulta dalla sentenza 5 giugno 1984, n. 170, *Granital*, laddove si evidenzia che “*le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/73, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana*”.

<sup>195</sup> Cfr., G. Pulvirenti, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, *op. cit.*, p. 374.

<sup>196</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 12 novembre 1969, in causa C-29/1969, *Stauder*, punto 7.

<sup>197</sup> Elementi, questi, oggi esplicitamente menzionati dall'art. 6, paragrafo 3, Trattato UE, laddove

Se già nel 2000 con la Carta di Nizza si era tentata una positivizzazione di tali diritti <sup>198</sup>, le modifiche introdotte nel 2009 dal Trattato di Lisbona hanno avuto come conseguenza il riconoscimento del valore giuridicamente vincolante dei diritti e delle libertà in essa sancite <sup>199</sup>, con la conseguenza di introdurre un elemento che contribuirà, certamente, a considerare sotto nuovi profili la teoria dei controlimiti. <sup>200</sup>

Di contro, le norme contenute nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo continueranno a rilevare quali norme interposte, integranti il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali. <sup>201</sup>

---

stabilisce che “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali”.

<sup>198</sup> Sulle incertezze in ordine al valore giuridico originario della Carta, si veda A. Barbosa, *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 241 ss., che considera la stessa meramente ricognitiva di norme giuridiche preesistenti del diritto comunitario, nonché U. Villani, *Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 78 ss., che sottolinea come la stessa fosse priva di rilevanza giuridica obbligatoria.

<sup>199</sup> Cfr. l'attuale art. 6, paragrafo 1, comma 1, del Trattato UE, il quale dispone che “l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei Trattati”.

<sup>200</sup> Riflessione espressa da M. Cartabia, A. Celotto, *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 4477 ss., con riferimento alla entrata in vigore della Carta nell'anno 2000.

<sup>201</sup> Invero, il Trattato di Lisbona ha determinato un ampio dibattito in ordine al rango da attribuire alle norme contenute nella citata Convenzione. In precedenza, la Corte costituzionale, con le sentenze nn. 347 e 348 del 24 ottobre 2007, aveva chiarito che “il nuovo testo dell'art. 117 Cost. se, da una parte, rende inconfutabile la maggiore forza di resistenza delle norme CEDU rispetto a leggi ordinarie successive, dall'altra attrae le stesse nella sfera di competenza di questa Corte, poiché gli eventuali contrasti non generano problemi di successione delle leggi nel tempo o valutazioni sulla rispettiva collocazione gerarchica delle norme in contrasto, ma questioni di legittimità costituzionale”. In seguito, la nuova formulazione dell'art. 6, paragrafo 2, del Trattato UE (in forza della quale “l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali”), nonché dello stesso art. 6, paragrafo 3, sopra richiamato, ha indotto parte della giurisprudenza amministrativa (cfr. Tar Lazio, Roma, sentenza 18 maggio 2010, n. 11984) a ritenere che le norme della Convenzione siano divenute immediatamente operanti nel nostro ordinamento, in forza del diritto dell'Unione, ai sensi dell'art. 11 Cost. In tal modo, si è ipotizzato l'obbligo, per il giudice nazionale, di procedere in via immediata e diretta alla disapplicazione della disciplina interna in contrasto con quella della CEDU, senza dovere transitare per il filtro dell'incidente di costituzionalità. Tale ricostruzione è stata tuttavia smentita da Corte cost., sentenza 11 marzo 2011, n. 80, la quale ha notato come nessun argomento possa essere tratto, dalle intervenute modifiche, in favore della diretta applicabilità delle norme CEDU. Anzitutto, non assume rilievo la prevista adesione dell'Unione alla Convenzione, “per l'assorbente rilievo che l'adesione non è ancora

Ciò posto, occorre sottolineare che, in un altro ambito, la Consulta ha già affrontato il problema dell'applicazione dei controlimiti, escludendo il contrasto con la normativa costituzionale in assenza di una consolidata giurisprudenza della Corte di giustizia.<sup>202</sup>

Pertanto, allo stato, l'assenza di un orientamento costantemente seguito dalla Corte di giustizia, in ordine alla disapplicazione dell'art. 2909 c.c., dovrebbe evitare possibili prese di posizione critiche da parte della Corte costituzionale.

Tuttavia, dal momento che “*quel che è sommamente improbabile è pur sempre possibile*”<sup>203</sup>, ove la Corte di giustizia dovesse perdere, con riferimento alla protezione dell'autorità di cosa giudicata, quel *self restraint* che finora ha caratterizzato il suo operato, il giudice *a quo* potrebbe sollevare un incidente di legittimità costituzionale.

In tale evenienza, se la Corte costituzionale dovesse ravvisare l'ipotizzato contrasto, il giudice interno dovrebbe sottrarsi al vincolo discendente dalla

---

*avvenuta. A prescindere da ogni altro rilievo, la statuizione del paragrafo 2 del nuovo art. 6 del Trattato resta, dunque, allo stato, ancora improduttiva di effetti*”. In secondo luogo, la Corte non ritiene pertinente il richiamo alla CEDU, recato dal paragrafo 3 del citato art. 6, atteso che la novellata disposizione finisce per reiterare quanto previsto dal previgente paragrafo 2 dell'art. 6 TUE. Con la conseguenza che la Consulta ritiene di dovere mantenere ferme le considerazioni, precedentemente svolte, in ordine alla impossibilità di fare discendere l'applicabilità dell'art. 11 Cost. dalla qualificazione dei diritti fondamentali, riconosciuti dalla CEDU, come principi generali del diritto dell'Unione. In specie, “*i principi in questione rilevano unicamente in rapporto alle fattispecie in cui il diritto comunitario (oggi, il diritto dell'Unione) è applicabile e non anche alle fattispecie regolate dalla sola normativa nazionale*”. Per approfondimenti sul tema, si rimanda ad A. Celotto, *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it); T. Guarnier, *Verso il superamento delle differenze? Spunti di riflessione sul dibattito intorno alla prospettiva di “comunitarizzazione” della CEDU*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>202</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 13-21 aprile 1989, n. 232, *Fragd c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*. In questo caso, ha certamente avuto un ruolo decisivo la ponderazione politica operata dalla Corte, consapevole del rischio derivante da un'eventuale pronuncia di incostituzionalità. Ed, infatti, come notato da G. Gaja, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2005, p. 130, in caso di incompatibilità del diritto sovranazionale con la Costituzione italiana, si porrebbe il problema dell'eventuale esclusione dell'Italia dall'Unione europea. Di contro, secondo A. Celotto, *Fonti comunitarie e Corte costituzionale, Le norme comunitarie come “parametro” e come “oggetto” nei giudizi costituzionali*, Roma, 2000, p. 136 ss., sarebbe possibile ipotizzare, in alternativa, la revoca dell'adesione italiana al sistema dell'Unione o l'inapplicabilità di singole norme del diritto europeo. Peraltro, il Trattato di Lisbona ha espressamente previsto un meccanismo di recesso volontario e unilaterale degli Stati membri dall'Unione europea (cfr. art. 50 del Trattato UE).

<sup>203</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 13-21 aprile 1989, n. 232, *Fragd c. Amministrazione delle Finanze dello Stato*. Detta considerazione è espressa con riferimento all'eventuale contrasto di una norma del Trattato, così come interpretata ed applicata dalle istituzioni e dagli organi europei, con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale o con i diritti inalienabili della persona umana.

pronuncia interpretativa della Corte del Lussemburgo e decidere la controversia prescindendo da essa.

L'illegittimità del giudicato per inosservanza del diritto dell'Unione potrebbe determinare l'instaurazione di una procedura di infrazione dinanzi alla Corte di giustizia, promossa dalla Commissione o da altri Stati membri nei confronti dello Stato inadempiente, con possibile condanna al pagamento della sanzione pecuniaria prevista dall'art. 260 TFUE.<sup>204</sup>

Nel caso in cui la Consulta non dovesse invece ritenere configurabile la violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale, il giudice italiano dovrebbe decidere la controversia seguendo le indicazioni della Corte di giustizia.

Nella prospettiva in esame, i controlimiti non dovrebbero essere intesi quali strumenti di difesa dell'ordinamento interno contro le derive antidemocratiche del diritto dell'Unione<sup>205</sup>, ma piuttosto come mezzo volto a favorire la progressiva armonizzazione degli ordinamenti, al fine di realizzare un confronto tra i sistemi giuridici in cui vengono esaltate le identità costituzionali nazionali.<sup>206</sup>

La corretta applicazione di tale teoria potrebbe consentire, alla Corte costituzionale, di indicare al giudice del Lussemburgo l'interpretazione da seguire per evitare un contrasto insanabile tra gli ordinamenti, in vista della realizzazione del più volte auspicato dialogo tra le Corti.<sup>207</sup>

In quest'ottica, potrebbe assumere notevole rilevanza il principio di leale cooperazione di cui all'art. 4 TUE, che impone agli organi giudiziari e di amministrazione attiva un collegamento continuo con le istituzioni europee e,

---

<sup>204</sup> Così R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, op. cit., p. 135, che richiama in nota Corte giust., sentenza 9 dicembre 2003, *Commissione delle Comunità europee c. Repubblica italiana*, cit.

<sup>205</sup> Non può al riguardo sottacersi che la teoria dei controlimiti origina dal *deficit* di democraticità che ha sempre caratterizzato l'ordinamento dell'Unione, come rilevato da S. Gambino, *La Carta e le Corti costituzionali. "Controlimiti" e "Protezione equivalente"*, in *Politica del diritto*, 2006, p. 411 ss., spec., p. 414.

<sup>206</sup> In questo senso, G. Pulvirenti, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, op. cit., p. 377.

<sup>207</sup> Cfr. A. Tizzano, *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, op. cit., p. 490 ss., che evidenzia il ruolo centrale svolto, in proposito, dallo strumento del rinvio pregiudiziale.

soprattutto, con la Corte di giustizia.<sup>208</sup>

Occorre dunque evidenziare il valore dialogico della dottrina dei controlimiti<sup>209</sup>, superando l'idea secondo cui essa permetterebbe alla Corte costituzionale di “*dire l'ultima parola contrapposta ad un'altra uguale e contraria, quella della Corte di giustizia*”<sup>210</sup>, in linea con un più generale ripensamento dei rapporti tra le Corti europee.<sup>211</sup>

In questa direzione, si colloca senz'altro la decisione della Consulta di rimettere, per la prima volta, alla Corte di giustizia, la soluzione di una questione interpretativa, in sede di rinvio pregiudiziale.<sup>212</sup>

Lo scambio di opinioni tra giudici interni ed europei si pone, dunque, oltre che come strumento utile a evitare forme di contrapposizioni tra sistemi, quale momento necessario per un adeguato sviluppo dell'ordinamento dell'Unione, che sia sensibile alle istanze nazionali e alle loro tradizioni giuridiche.<sup>213</sup>

Peraltro, poiché la garanzia del giudicato rientra tra quelle della tutela giurisdizionale dei diritti, prevista dall'art. 6, comma 1, della Convenzione

---

<sup>208</sup> Si veda A. Barone, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008, p. 135 ss., che sottolinea l'importanza svolta, in materia, dagli istituti della responsabilità dello Stato per provvedimenti giurisdizionali di ultima istanza e dell'autotutela decisoria, con particolare riferimento all'annullamento d'ufficio.

<sup>209</sup> Rilevanti appaiono le considerazioni di M. Cartabia, *Principi inviolabili e integrazione europea*, op. cit., p. 137, che nota la duplice valenza di tale dottrina. Ciò in quanto “*da una lato essa segna i confini insuperabili da parte delle norme comunitarie e, in questo senso, si presenta come limite all'integrazione europea; dall'altro, però, essa sollecita le istituzioni comunitarie a sviluppare un tessuto di valori comuni sul quale edificare l'Unione europea e, in questo senso, la dottrina dei controlimiti è il principium di una nuova dimensione dell'integrazione europea*”.

<sup>210</sup> Cfr. R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, op. cit., p. 133.

<sup>211</sup> Sulla necessità di una rivisitazione delle reciproche interazioni tra le Corti europee, si richiama il discorso di G. Zagrebelsky, pronunciato in occasione dei cinquant'anni di attività della Corte costituzionale, nonché *Idem*, *Corti europee e corti nazionali*, in S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa*, Milano, 2003, p. 539 ss. L'Autore evidenzia, in particolare, che detto confronto, per essere effettivo, presuppone un rapporto privo di complessi di superiorità tra i giudici, mentre, al contrario, nell'ordinamento dell'Unione, tende a valorizzarsi una forma di primazia della Corte di giustizia su tutti i giudici nazionali, anche di ultima istanza, in nome del primato del diritto europeo.

<sup>212</sup> Cfr. Corte cost., ordinanza n. 103 del 2008, sulla quale si rimanda a M.P. Chiti, *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 961 ss. Nello scritto, si osserva che, benché lo strumento del rinvio appaia limitato ai soli giudizi di costituzionalità in via principale, sarebbe opportuno estendere tale meccanismo anche ai giudizi in via incidentale, dal momento che sono proprio questi ultimi quelli in cui si pone la maggior parte delle questioni di diritto dell'Unione.

<sup>213</sup> In questi termini, G. Pulvirenti, *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, op. cit., p. 379.

europea dei diritti dell'uomo, la questione della compromissione della stabilità delle decisioni giudiziarie di ultima istanza potrebbe essere portata pure all'attenzione della Corte di Strasburgo.

Il tema appare rilevante anche in considerazione delle modifiche introdotte all'art. 6 del Trattato UE, che pongono delicati problemi di coordinamento tra la giurisprudenza della Corte di giustizia e quella della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Dal momento che la Corte del Lussemburgo ha consolidato il suo ruolo di giudice dei diritti e delle libertà fondamentali, si pone una commistione tra i due sistemi di tutela, in cui i singoli interventi delle Corti tendono ad intrecciarsi.

La previsione dell'adesione dell'Unione europea alla Convenzione dei diritti dell'uomo pare indirizzare la soluzione del problema nel senso dell'introduzione di un sistema di coordinamento di ordine formale.

Nell'attesa dell'adozione della delibera di adesione, che peraltro il Consiglio è tenuto ad approvare all'unanimità, sono state avanzate due possibili alternative in ordine alla linea evolutiva del sistema di protezione dei diritti fondamentali in ambito europeo.<sup>214</sup>

Per un verso, si ipotizza il consolidamento di un sistema di tutela dei diritti fondamentali, imperniato sulle due Corti europee, caratterizzato da processi di convergenza sul contenuto delle garanzie.

Per altro verso, viene configurato un sistema tendenzialmente monistico di protezione dei diritti fondamentali, avente come vertice la Corte europea dei diritti dell'uomo.

In quest'ultima evenienza, si potrebbe pensare di congegnare il rapporto tra le due Corti in modo da rendere sussidiario l'intervento della Corte di Strasburgo in tema di tutela dei diritti fondamentali (che diverrebbe, quindi, giudice di ultima istanza), fermo restando il compito della Corte del

---

<sup>214</sup> Tale giudizio prognostico è espresso da R. Caponi, *Corti europee e giudicati nazionali*, op. cit., p. 138.

Lussemburgo di presidiare il rispetto delle sfere di competenza tra Unione europea e Stati membri.<sup>215</sup>

---

<sup>215</sup> Sul tema, si rimanda a R. Bin, P. Caretti, *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2005.

**CAPITOLO SECONDO**  
**L'AUTONOMIA PROCEDURALE DEGLI STATI MEMBRI**  
**NELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA**

*1. Autonomia procedurale e rapporto tra ordinamenti.*

La logica del bilanciamento di interessi sottesa alla risoluzione del contrasto tra giudicato nazionale e normativa dell'Unione europea appare connaturata al funzionamento dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

Si reputa dunque opportuno procedere ad una ricostruzione generale del principio in esame, al fine di individuare quali siano gli altri principi del diritto dell'Unione posti a fondamento della ponderazione più volte operata dalla Corte di giustizia.

In primo luogo, giova osservare che, nelle pronunce in cui la Corte si è occupata dell'autonomia procedurale, essa non ha mai mancato di sottolineare come detto principio presupponga l'assenza di una disciplina processuale uniforme nel diritto dell'Unione.

Per tale ragione, essa ha più volte chiarito come, in mancanza di armonizzazione, ciascuno Stato membro resti libero di designare il giudice competente e di stabilire le modalità procedurali attraverso le quali garantire la tutela delle posizioni giuridiche di matrice europea.

In alcuni specifici settori, il processo di integrazione ha però condotto a interventi normativi forieri di una disciplina processuale comune, il cui fondamento è stato rinvenuto nelle disposizioni del Trattato relative al riavvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, che abbiano un'incidenza sull'instaurazione

e sul funzionamento del mercato comune.<sup>216</sup>

Il che ha indotto parte della dottrina a negare che, in questi ambiti, possa ancora affermarsi l'esistenza del principio dell'autonomia procedurale, essendo quest'ultimo basato proprio sull'assenza di una armonizzazione normativa.<sup>217</sup>

Al riguardo, può certamente sostenersi che dalla presenza o meno di una disciplina processuale uniforme derivi un diverso atteggiarsi del principio stesso, anche con riferimento al criterio della "sussidiarietà".<sup>218</sup>

Detta espressione denota il ricorso, in caso di inadeguatezza delle norme interne rispetto alle aspettative dell'Unione, alla disciplina di livello immediatamente superiore, appunto in via sussidiaria.

Ed, infatti, quando l'ambito di riferimento è del tutto privo, o quasi, di norme processuali uniformi, la tutela delle singole posizioni sovranazionali deve essere assicurata, in via prioritaria, all'interno del quadro degli strumenti processuali di garanzia di ciascun ordinamento nazionale.

Solo se dette norme processuali si rivelano inadeguate, rispetto alla tutela dei diritti attribuiti dal diritto dell'Unione o, in violazione dei principi di equivalenza ed effettività, non garantiscono il pieno soddisfacimento dei diritti di origine europea, il giudice interno è tenuto alla disapplicazione delle norme del proprio ordinamento per far posto a quelle del diritto dell'Unione.

---

<sup>216</sup> Il riferimento è alle note direttive ricorsi in tema di appalti pubblici, con le quali l'ordinamento dell'Unione ha dettato in modo più articolato, rispetto ad altri settori di diritto materiale, norme procedurali specifiche, ritenute peraltro piuttosto invasive, rispetto alle modalità di applicazione dei sistemi processuali nazionali. Sul punto, si rimanda a G. Greco, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, op. cit., p. 505 ss.

<sup>217</sup> Sull'argomento si vedano le riflessioni di D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, op. cit., p. 118, laddove viene precisato che "quando si parla di autonomia procedurale degli Stati membri bisogna peraltro fare attenzione a distinguere chiaramente tra quella ipotesi in cui questa autonomia sussiste ma subisce delle limitazioni forti a seguito delle indicazioni fornite al riguardo dalla giurisprudenza comunitaria, qualificandosi perciò più correttamente come competenza procedurale funzionalizzata e quelle ipotesi, invece, in cui questa autonomia scompare del tutto perché esistono previsioni normative comunitarie specifiche in materia procedurale e non vi è perciò alcuna competenza residua degli Stati membri in materia".

<sup>218</sup> Si veda G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e Diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Catania, Edit, 2010, p. 20, secondo cui "l'assenza di norme processuali uniformi al livello europeo comporta la peculiare esplicazione di una logica di complementarietà o sussidiarietà, lato sensu intesa, attraverso la quale può essere interpretata la natura giuridica del principio di cui si discute".

In tutti i casi in cui ciò è avvenuto, l'intervento del giudice nazionale ha fatto seguito a pronunce, espresse in sede di rinvio pregiudiziale dalla Corte di giustizia, la quale, attraverso la propria giurisprudenza interpretativa, limitando o disapplicando norme processuali nazionali, ha dato vita alla nascita di norme giuridiche prima inesistenti.<sup>219</sup>

Il che ha avuto luogo sempre in vista del raggiungimento dell'obiettivo fondamentale di garantire l'effettività del diritto europeo e della sua tutela giurisdizionale.<sup>220</sup>

Al contrario, in presenza di una disciplina processuale europea specifica che detti delle norme uniformi di diritto, queste ultime precludono l'applicazione di quelle previste nei sistemi processuali nazionali, sostituendosi ad esse.<sup>221</sup>

E' chiaro come, in questa ipotesi, i margini dell'autonomia procedurale si restringano notevolmente, fino ad escludere del tutto, o quasi, una competenza residua degli Stati membri in ordine alla applicazione delle proprie norme interne, gravando su di essi l'obbligo di dare attuazione a quelle di rango superiore promanate dall'Unione europea.

Gli interventi di regolamentazione normativa introdotti dal legislatore dell'Unione, che si occupino direttamente della disciplina giuridica

---

<sup>219</sup> Cfr. R. Mastroianni, *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è più "realista del re"?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 91 ss. L'Autore, nel commentare la sentenza della Cassazione n. 9813 del 14 settembre 1999, ha messo in evidenza come la Corte di giustizia, nella sua opera di controllo dell'adeguatezza dei sistemi interni, abbia spesso imposto agli Stati membri di interpretare o modificare regole nazionali, qualora ritenute non conformi alle esigenze di tutela effettiva, imponendo addirittura nuove procedure non contemplate dall'ordinamento.

<sup>220</sup> A tale riguardo, appaiono interessanti i rilievi di A. Adinolfi, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, op. cit., spec., p. 52 ss.

<sup>221</sup> Cfr. L. Daniele, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, op. cit., p. 63, che sostiene si tratti "di una delle forme più invasive attraverso cui il diritto comunitario incontra il diritto processuale interno". Peraltro, secondo G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea...*, op. cit., p. 23, nota 8, "questo lineare meccanismo di funzionamento del principio dell'autonomia procedurale è tanto più frequente quanto più ci si muove su un piano di disciplina di settore. Si pensi, ad esempio, al diritto comunitario sulla libertà di concorrenza caratterizzato da una serie di regole procedurali previste dalla normativa comunitaria di riferimento". Sul punto, cfr. R. Mastroianni, *Osservazioni in merito alla effettività del sistema italiano di tutela decentrata del diritto comunitario della concorrenza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 78 ss.; *Idem*, *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004; *Idem*, *La direttiva su servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009; A. Saggio, *Incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle norme processuali nazionali*, in *Corriere giuridico*, 2001, n. 1, p. 124 ss.

processuale degli Stati membri, finiscono dunque inevitabilmente con incidere in maniera profonda sui sistemi processuali nazionali, impedendo l'applicazione di tutte le norme interne in contrasto con le disposizioni europee.<sup>222</sup>

Sulla scorta di quanto finora esplicitato, è lecito chiedersi se vi sia coerenza nella giurisprudenza della Corte di giustizia nel definire il ruolo e gli effetti del diritto dell'Unione europea sui sistemi processuali nazionali.

La posizione della Corte appare infatti improntata a due orientamenti non facilmente conciliabili tra loro.

Da un lato, essa ha costantemente affermato il principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

Principio secondo il quale, la tutela dei diritti di matrice europea, in assenza di una specifica disciplina di armonizzazione, deve essere assicurata nel quadro degli strumenti processuali nazionali.

Dall'altro lato, in diverse pronunce, la Corte ha imposto la disapplicazione delle norme procedurali interne in contrasto con il diritto dell'Unione o che potessero semplicemente ostacolarne l'effettività.

In questa seconda ipotesi, l'interrogativo è se sia ancora possibile parlare di autonomia procedurale o se, piuttosto, il diritto processuale degli Stati membri sia ormai assunto a mero strumento di attuazione del diritto dell'Unione.

I termini della questione, anche se fondata, vanno però posti in modo differente.

Occorre infatti tenere conto del fatto che l'autonomia procedurale trova termini diversi di esplicazione in funzione del livello di armonizzazione raggiunto dalla normativa europea di riferimento ed, inoltre, che questa risente

---

<sup>222</sup> Pare tuttavia opportuno evidenziare che si tratta di interventi riconducibili nell'ambito della "settorialità" e che, in questi casi, ciascuna disposizione ha una efficacia limitata ai presupposti che ne stanno a fondamento. Si veda, al riguardo, P. Biavati, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 717 ss., spec., p. 720, il quale rileva come le regole in materia di competenza giurisdizionale siano diverse in relazione alla materia trattata, con ciò rendendo l'idea di quanto sia difficile l'individuazione di un sistema processuale dell'Unione organico ed unitario.

in via diretta della stretta connessione esistente con altri principi dell'ordinamento dell'Unione.

La combinazione di tali principi ed il necessario bilanciamento tra due diverse ma egualmente rilevanti esigenze, quali l'effettività del diritto dell'Unione e la salvaguardia dell'autonomia procedurale degli ordinamenti giuridici interni, si riflettono inevitabilmente sul rapporto fra diritto dell'Unione e diritto processuale nazionale, che può essere ricostruito secondo due diverse prospettive.

In base a una prima tesi, definita di tipo "integrazionista", la normativa dell'Unione, pur mantenendo il carattere di supremazia, si integrerebbe all'interno dei singoli ordinamenti giuridici nazionali.

Il modello in esame tende a configurare il diritto sostanziale sovranazionale e la normativa processuale degli Stati membri come parti di un unico ed organico sistema giuridico nel quale le norme interne diventano strumento di garanzia del diritto europeo.<sup>223</sup>

Senonché, tale ricostruzione appare difficilmente condivisibile, per il fatto di affidare interamente la tutela delle posizioni soggettive derivanti dal diritto dell'Unione alle disposizioni processuali nazionali.

In questo modo, non sarebbe possibile spiegare la sussistenza dei limiti posti all'autonomia procedurale, da parte della Corte di giustizia, "*riconducibili, peraltro, da un lato alla presenza di disposizioni processuali uniformi che, allorquando esistenti vanno necessariamente applicate in luogo di quelle nazionali; e dall'altro all'eventuale violazione, ad opera delle norme processuali di diritto interno, dei principi di equivalenza e di effettività del diritto comunitario*".<sup>224</sup>

---

<sup>223</sup> Sul punto, è stato evidenziato che "*non ha molta importanza, in questo modello, stabilire se la normativa comunitaria diventi parte, secondo una prospettiva dualista, dell'ordinamento interno, ovvero se siano le norme interne ad essere concepite, secondo una prospettiva monista, come norme strumentali di applicazione delle norme comunitarie*". Cfr. E. Cannizzaro, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, op. cit., spec., p. 449.

<sup>224</sup> G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea...*, op. cit., p. 38-39.

Una seconda prospettiva tende invece ad escludere l'applicazione delle norme processuali interne quando queste non siano in grado di assicurare l'effettività del diritto dell'Unione.

Secondo questo modello, detto "internazionalista" le disposizioni processuali del diritto di matrice europea e le posizioni giuridiche tutelate dallo stesso non si integrano ma si impongono dall'esterno negli ordinamenti degli Stati membri.

Di conseguenza, a prescindere dagli strumenti utilizzati, nazionali o sovranazionali, l'unico obbligo imposto agli Stati sarebbe quello di garantire l'effettività del diritto dell'Unione europea.

E' chiaro come neppure questo orientamento possa essere ritenuto idoneo ai fini di una corretta ricostruzione del principio in esame.

La rilevanza attribuita all'effettività del diritto sovranazionale potrebbe invero consentire di spiegare i limiti individuati dalla Corte all'autonomia procedurale, ma rischierebbe di svuotarne il contenuto, non lasciando agli Stati alcun margine di apprezzamento nell'impiego delle norme processuali interne.

Qualunque strumento processuale nazionale, determinando modi e forme di tutela delle posizioni soggettive di derivazione europea, potrebbe finire con l'interferire sull'esecuzione delle norme sostanziali dell'Unione.

Esiste, tuttavia, un'ulteriore ricostruzione, che, al fine di spiegare, da un lato, la reciproca indipendenza tra gli ordinamenti e, dall'altro, l'indubbio coordinamento esistente tra i sistemi, ipotizza una qualificazione del rapporto tra gli stessi nel senso di una separazione genetica dotata di collegamento funzionale.<sup>225</sup>

La separazione genetica darebbe conto del diverso grado di formazione delle norme e della rispettiva autonomia di alcuni aspetti afferenti ai principi generali del sistema giuridico.

Il collegamento funzionale, di contro, spiegherebbe quei fenomeni di frequente intersezione tra il diritto dell'Unione europea ed il diritto interno,

---

<sup>225</sup> F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995.

che riguardano sia le ipotesi di amministrazione congiunta, sia le influenze circolari delle giurisdizioni nazionali e sovranazionali.

In relazione alla tematica in esame, l'impostazione teorica proposta potrebbe costituire un riferimento teorico utile all'inquadramento dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

Il collegamento funzionale consentirebbe infatti di cogliere la diversa rilevanza del principio nei vari contesti di riferimento.

Ed, infatti, la logica settoriale del processo di integrazione porta inevitabilmente a una differenziazione del *modus operandi* del principio in argomento, legata al grado di omogeneizzazione normativa raggiunto.

Superando la contrapposizione tra modello integrazionista e internazionalista, appare dunque preferibile cogliere i tratti distintivi e il funzionamento dell'autonomia procedurale, ponendo in evidenza la dialettica intercorrente con gli altri principi dell'ordinamento sovranazionale, tenendo nella dovuta considerazione le caratteristiche dell'ambito di disciplina coinvolto.

## 2. Il ruolo del principio del primato in settori a diverso grado di omogeneità normativa.

La piena comprensione del diverso modo di atteggiarsi del principio dell'autonomia procedurale, in considerazione dei diversi contesti normativi di riferimento, postula un doveroso richiamo al principio del primato della normativa dell'Unione europea su quella interna.

Detto principio trova fondamento nelle limitazioni di sovranità nazionale cui hanno consentito gli Stati membri a seguito della loro adesione alla Comunità europea (oggi, Unione europea) ed è stato più volte ribadito dalla Corte di giustizia in numerose pronunce.

La supremazia della normativa di matrice europea risulta dagli stessi Trattati istitutivi e l'obbligo degli Stati membri di *“assicurare l'esecuzione degli obblighi sanciti dal diritto comunitario”* è volto non solo a facilitare l'assolvimento dei compiti cui sono preposte le strutture sovranazionali, ma anche ad affermare, seppur in via indiretta, il primato del diritto dell'Unione su quello interno.<sup>226</sup>

Ai fini della presente indagine, interessa soprattutto evidenziare come il principio in argomento sia stato elaborato nella giurisprudenza dalla Corte di giustizia, sia per quanto ne riguarda la portata, sia per le implicazioni che vengono in rilievo da tale preminenza.

Se nel caso *van Gend en Loos* del 1963<sup>227</sup> il principio appare sottinteso, esso viene al contrario posto in evidenza con estrema chiarezza dalla Corte di

---

<sup>226</sup> Cfr. A. Barone, *L'efficacia diretta delle direttive Ce nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Il Foro Italiano*, 1991, IV, p. 130 ss.

<sup>227</sup> Corte giust., sentenza 5 febbraio 1963, in causa C-26/62, *van Gend en Loos*, in *Raccolta*, 1963, p. 3 ss., ove testualmente si legge che *“il diritto comunitario, indipendentemente dalle norme emanate dagli Stati membri nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi. Tali diritti sorgono non soltanto allorché il Trattato espressamente li menziona, ma anche quale contropartita di precisi obblighi che il Trattato impone ai singoli, agli Stati membri ed alle istituzioni comunitarie (...). Secondo lo spirito e la struttura del Trattato l'art. 12 ha valore precettivo ed attribuisce ai singoli dei diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare”*. Si veda, in proposito, N. Ronzitti, *L'art. 12 del Trattato istitutivo della Ce tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli Stati membri*, in *Il Foro Italiano*, 1964, IV, p. 98 ss.

giustizia nella sentenza *Costa c. Enel* del 1964.<sup>228</sup>

Sulla stessa linea, quattordici anni più tardi, il giudice di Lussemburgo ha avuto modo di ribadire detto principio in termini ancora più espliciti ed incisivi nella famosa pronuncia *Simmenthal*.<sup>229</sup>

E' chiaro come la Corte, nei casi esaminati, abbia sviluppato in modo deciso il principio della prevalenza del diritto dell'Unione europea e della piena ed effettiva tutela delle posizioni giuridiche protette da tale diritto, puntualizzando nel contempo i limiti procedimentali e processuali dell'autonomia degli Stati membri.

Da tali sentenze si desume che il giudice nazionale è tenuto a garantire le posizioni giuridiche riconosciute ai singoli dall'ordinamento sovranazionale, disapplicando ogni norma interna, anche processuale, che possa fungere da ostacolo al pieno esercizio dei diritti di derivazione europea.<sup>230</sup>

---

<sup>228</sup> Corte giust., sentenza 15 luglio 1964, in causa C-6/64, *Costa c. Enel*, in *Raccolta*, 1964, p. 1129 ss. La Corte costituzionale italiana aveva creduto di potere risolvere gli eventuali contrasti tra le fonti interne e le fonti comunitarie attraverso il ricorso al criterio cronologico (cfr. Corte cost., sentenza 7 marzo 1964, n. 14, in *Il Foro Italiano*, 1964, I, p. 465 ss.). Tale impostazione venne respinta dalla Corte di giustizia, la quale, pronunciandosi a distanza di poco tempo sul medesimo oggetto della Consulta, affermò per la prima volta il principio del primato dell'allora diritto comunitario sul diritto interno degli Stati membri. In questa notissima pronuncia è stato infatti sottolineato come “*scaturito da una fonte autonoma, il diritto nato dal Trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa Comunità*”, con la conseguenza che “*il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del Trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale, incompatibile col sistema della Comunità sarebbe del tutto privo di efficacia*”.

<sup>229</sup> Corte giust., sentenza 9 marzo 1978, in causa C-106/77, *Amministrazione delle Finanze c. Simmenthal Spa*, in *Raccolta*, 1978, p. 629 ss. In tale sentenza, la Corte ha rilevato che “*in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del Trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli Stati membri, di rendere ipso jure inapplicabile, qualsiasi disposizione della legislazione nazionale*” e che dunque “*il giudice nazionale, adito nell'ambito della propria competenza, ha l'obbligo di applicare integralmente il diritto comunitario e di tutelare i diritti che questo attribuisce ai singoli, disapplicando le disposizioni eventualmente contrastanti della legge interna*”.

<sup>230</sup> Quanto alla individuazione delle disposizioni “preminenti” da tempo ormai la Corte di giustizia ha sancito che gli effetti del primato si producono per tutte le disposizioni del diritto dell'Unione europea che siano qualificabili come direttamente applicabili. Di tale effetto sono provviste tutte le norme che siano chiare e precise e la cui applicazione non richieda l'emanazione di ulteriori atti da parte degli Stati membri. Tali sono, secondo l'interpretazione fornita dalla stessa Corte di giustizia, oltre che talune norme del Trattato, anche i regolamenti e le decisioni. Per quanto attiene alle direttive occorre, invece, oltre alla presenza dei caratteri della chiarezza e della precisione, il mancato o inesatto recepimento delle stesse, da parte dell'ordinamento nazionale, in epoca successiva al decorso del termine posto per la loro trasposizione. Peraltro, la circostanza che per una direttiva non sia ancora

I riflessi che il principio del primato del diritto dell'Unione europea pone su quello della autonomia procedurale possono essere compresi, richiamando la sentenza *Emmott* del 1991.<sup>231</sup>

La Corte, in questo caso, era stata adita in via pregiudiziale in ordine ad un ricorso finalizzato alla tutela dei diritti riconosciuti dalla direttiva 7/79, in materia di sicurezza sociale.

Il problema scaturiva in concreto dalla combinazione di due elementi: da un lato la circostanza che la direttiva non fosse stata correttamente trasposta e, dall'altro, che ai sensi del diritto processuale interno fosse già scaduto il termine per proporre ricorso.

Il Tribunale del rinvio sollevò pertanto il problema se la scadenza dei termini utili per il ricorso potesse essere opposto all'attrice a fronte di una tardiva trasposizione della direttiva.

L'impossibilità da parte della ricorrente di far valere i propri diritti nei confronti di uno Stato membro, inadempiente nei confronti gli obblighi imposti dalla direttiva, avrebbe sicuramente impedito il raggiungimento di quella effettiva applicazione del diritto dell'Unione, perseguita con costanza dai giudici europei e costituente uno dei pilastri fondamentali dell'ordinamento sovranazionale.

In ossequio a tale esigenza, la pronuncia della Corte di giustizia ha chiarito che *“lo Stato ha l'obbligo di trasporre la direttiva in ogni caso, sia essa o meno direttamente applicabile in quanto pone fine ad ogni incertezza giuridica”* ed, inoltre, che *“fino al momento della corretta trasposizione della direttiva, lo Stato membro inadempiente non può eccepire la tardività di una azione giudiziaria avviata nei suoi confronti da un singolo al fine della tutela dei diritti che ad esso riconoscono le disposizioni della direttiva e che un*

---

decorso il termine per la sua attuazione non esclude, comunque, che il giudice nazionale debba tenerne conto. La Corte di giustizia ha difatti affermato che, sebbene gli Stati membri non siano tenuti ad adottare misure di attuazione prima della scadenza del termine per la trasposizione, essi devono tuttavia astenersi dall'emanare disposizioni che possano compromettere gravemente il risultato prescritto dalla direttiva stessa.

<sup>231</sup> Corte giust. sentenza 25 luglio 1991, in causa C- 208/90, *T. Emmott c. Minister for Social Welfare - Hig Court Irlanda*, in *Raccolta*, 1991, p. 4269 ss.

*termine di ricorso di diritto nazionale può cominciare a decorrere solo da tale momento*".<sup>232</sup>

L'esistenza di una disciplina sovranazionale di riferimento implica quindi che il primato del diritto dell'Unione su quello interno determini una significativa limitazione della competenza procedurale degli Stati membri.

Ed, infatti, tanto più dettagliata è la disciplina di settore tanto più ridotto è il margine di autonomia del diritto interno nella scelta della forma e dei mezzi volti a ottemperare agli obblighi imposti dal diritto dell'Unione.

Risulta così evidente che le diverse forme di articolazione dell'autonomia procedurale, e la stretta connessione intercorrente con il principio della primazia del diritto dell'Unione, variano sensibilmente a seconda del tasso di uniformità normativa che caratterizza il settore di disciplina coinvolto.

L'importanza dell'effetto diretto e del primato per una uniforme applicazione del diritto dell'Unione, con conseguente disapplicazione di ogni norma interna che ne ostacoli l'effettività, è stata definita dalla stessa Corte di giustizia come una "*esigenza fondamentale dell'ordinamento giuridico comunitario*".<sup>233</sup>

Non essendo necessario escludere l'esistenza dell'autonomia procedurale in settori caratterizzati da un elevato grado di omogeneità normativa<sup>234</sup>, potrebbe sostenersi che l'applicazione uniforme del diritto dell'Unione sia, in effetti, un obiettivo puramente tendenziale e non talmente invasivo da prevalere, sempre e comunque, sull'autonomia procedurale degli Stati membri.

In assenza di un sistema processuale uniforme, i principi di equivalenza ed effettività diventano infatti strumenti operativi, attraverso i quali le norme processuali interne vengono funzionalmente interpretate in termini da renderle

---

<sup>232</sup> Corte giust., sentenza *Emmott, cit.*, punto 23.

<sup>233</sup> Corte giust., sentenza 21 febbraio 1991, in causa C-143/88, *Zuckerfabrik*, in *Raccolta*, p. I-415 ss., punto 26.

<sup>234</sup> Per una ricostruzione volta a negare l'esistenza di un'autonomia riconosciuta, sul piano procedurale, agli Stati membri si veda C.N. Kakouris, *Do the Member States possess Judicial Procedural Autonomy?*, *op. cit.*, p. 1389 ss., laddove si afferma che "*the Community uses the national courts in accordance with the way in which they are organized by the Member States*". Parimenti, G. Tesauero, *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *Rivista di diritto Europeo*, 1992, p. 477 ss., ritiene che il principio in esame rappresenti un dato più apparente che reale.

compatibili con gli scopi prefissati dalla normativa europea.<sup>235</sup>

A titolo di esempio, può essere richiamata la materia della tutela ambientale che, pur essendo un ambito regolato da una disciplina procedurale tendenzialmente uniforme, lascia agli Stati membri un certo margine di autonomia nell'applicazione delle norme interne.

Su questa linea, la Corte di giustizia, nel caso *Milchkontor* del 1983, ha affermato che “*spetta agli Stati membri, in forza dell'art. 5 del Trattato, garantire sul loro territorio l'attuazione della normativa comunitaria*” e che “*qualora il diritto comunitario, ivi compresi i principi generali dello stesso, non contenga in proposito norme comuni, le autorità nazionali, per attuare la normativa comunitaria, agiscono applicando i criteri di forma e di sostanza del loro diritto nazionale*”.<sup>236</sup>

Appare pertanto chiaro, anche dalla lettura della giurisprudenza di riferimento, come l'autonomia procedurale e la primazia del diritto dell'Unione, siano principi strettamente interconnessi e come il loro peso specifico muti in relazione alle peculiari caratteristiche del settore di volta in volta preso in considerazione.

---

<sup>235</sup> Sul punto, G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea...*, op. cit., p. 267.

<sup>236</sup> Corte giust., sentenza 21 settembre 1983, in cause riunite da C-205/82 a C-215/82, *Milchkontor*, in *Raccolta*, 1983, p. 2633 ss., punto 17.

### 3. Il principio di equivalenza: modalità e limiti di applicazione.

Volendo procedere ora all'esame dei tradizionali limiti dell'autonomia procedurale, è utile notare che, dall'analisi della giurisprudenza in materia, emerge come il principio di equivalenza si identifichi nel più generale principio di parità di trattamento correlato al divieto di discriminazione.

Esso postula che il giudice nazionale assicuri che le modalità procedurali per azioni, intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme dell'Unione europea, non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale.<sup>237</sup>

La logica sottesa a detto principio è quella di evitare il rischio che le posizioni soggettive, di derivazione europea, siano tutelate secondo forme e modalità meno efficaci rispetto ad analoghe posizioni di natura interna.

In ottemperanza a detto principio, la Corte ha chiarito come una norma processuale nazionale debba essere applicata, quando sussistono le condizioni poste a suo fondamento, indifferentemente, tanto ad azioni tutelate dal diritto dell'Unione quanto dal diritto interno.

Il criterio metodologico attraverso il quale la Corte di giustizia verifica, nei casi sottoposti alla sua attenzione, la sussistenza o meno della violazione del principio in parola è di tipo comparativo.

Sulla base di una preventiva dettagliata analisi di tutte le disposizioni processuali nazionali poste a garanzia di determinate posizioni giuridiche, si configura la violazione del principio di equivalenza, allorquando le modalità e le forme di tutela dei diritti di fonte europea siano più restrittive di quelle previste per la tutela di diritti che derivino da norme interne.

In ordine a tale principio, assume particolare rilevanza l'individuazione

---

<sup>237</sup> Per alcune applicazioni giurisprudenziali del principio in esame, si rimanda a Corte giust., sentenza 13 novembre 1984, in causa C- 283/83, *Roche II*, in *Raccolta*, p. I-3791 ss.; Corte giust., sentenza 16 maggio 2000, in causa C-78/98, *Preston*, in *Raccolta*, p. I -3201 ss.; Corte giust., sentenza 1 dicembre 1998, in causa C -326/96, *Levez*, in *Raccolta*, p. I-7835 ss.

dell'organo competente a valutare la sussistenza di una sua eventuale violazione e a determinare l'esatta dimensione da attribuire ai ricorsi ove si ritiene sussista una analogia.

La Corte di giustizia si è infatti molto spesso limitata alla mera formulazione del principio, rimettendo al giudice nazionale l'effettuazione in concreto della comparazione tra le posizioni giuridiche interne e sovranazionali ed i loro rispettivi sistemi di tutela.

Tale impostazione si basa sulla presunta migliore conoscenza, da parte dell'autorità giudiziaria rinviante, dei sistemi di tutela a confronto e, quindi, del carattere più o meno favorevole di una disciplina processuale rispetto ad un'altra.

Per la Corte, pertanto, il compito di individuare, quando si sia in presenza di casi analoghi, rientra nell'ambito delle attribuzioni delle autorità giudiziarie nazionali che devono valutare gli elementi essenziali dei ricorsi in esame, allo scopo di verificare la sussistenza dell'analogia.<sup>238</sup>

E' importante sottolineare, come peraltro più volte precisato dalla Corte di giustizia, che il giudice nazionale, chiamato a valutare la sussistenza o meno di una violazione del principio di equivalenza, deve tenere, nella dovuta considerazione, il ruolo svolto dalla norma nel contesto del procedimento nonché le conseguenze cui potrebbe in concreto condurre l'applicazione della norma stessa.

Non a caso la Corte ha precisato che ogni qual volta si ponga *“la questione se una norma sia meno favorevole, rispetto a quelle concernenti ricorsi analoghi di natura interna, deve essere esaminato dal giudice nazionale tenendo conto del ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, dello svolgimento e delle peculiarità dello stesso dinanzi ai vari organi*

---

<sup>238</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Levez, cit.*, punto 43, laddove precisa che *“al fine di verificare se il principio dell'equivalenza sia rispettato nella fattispecie, il giudice nazionale, che è l'unico ad avere una conoscenza diretta delle modalità procedurali dei ricorsi in materia di diritto del lavoro, deve esaminare sia l'oggetto sia gli elementi essenziali dei ricorsi di natura interna tra i quali si asserisce che sussista un'analogia”*.

*giurisdizionali nazionali*".<sup>239</sup>

Da quanto argomentato risulta, quindi, che il principio di equivalenza è un limite non particolarmente invasivo dell'autonomia procedurale degli Stati membri, in quanto l'esigenza di evitarne la violazione necessita proprio dell'utilizzo, in via prioritaria, delle norme processuali nazionali.

Di conseguenza, una valutazione avente ad oggetto la lesione del principio di equivalenza non può prescindere dallo studio degli istituti processuali di diritto interno, in funzione dei quali le posizioni soggettive di matrice europea trovano attuazione.

Ciò posto, è opportuno interrogarsi sulle condizioni che possono giustificare l'applicazione di una disposizione nazionale, in qualche modo limitativa del principio dell'equivalenza.

Sul punto, la Corte ha talvolta richiesto la sussistenza di esigenze di rango superiore tali da rendere la deroga proporzionata rispetto all'obiettivo perseguito.<sup>240</sup>

Dall'esame della giurisprudenza in materia emerge, tuttavia, un orientamento prevalentemente diverso.

Il giudice del Lussemburgo ha difatti ritenuto che in presenza di disposizioni processuali indistintamente applicabili è sufficiente, per considerare una norma interna compatibile con il diritto dell'Unione, una convincente e ragionevole valutazione dei criteri posti al loro fondamento, anche senza verificare la sussistenza o meno di una possibile discriminazione indiretta che le stesse possano realizzare.<sup>241</sup>

---

<sup>239</sup> Corte giust., sentenza *Preston, cit.*, punto 61.

<sup>240</sup> Corte giust., sentenza 23 gennaio 1997, in causa C-29/95, *Pastors*, in *Raccolta*, 1997, p. I -285 ss., in cui la Corte ha ritenuto che una norma nazionale che prevedeva una cauzione elevata per i non residenti, ai quali veniva addebitata la violazione di certe norme penali, fosse giustificata perché volta ad impedire al soggetto interessato di potersi sottrarre alla sanzione.

<sup>241</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 17 novembre 1998, in causa C-228/96, *Aprile*, in *Raccolta*, p. I -744. La Corte ha escluso la compatibilità della normativa interna con l'allora diritto comunitario, perché la prima prevedeva un termine di tre anni per tutte le azioni di rimborso di tasse doganali e si applicava ad una intera gamma di imposizioni interne. Si veda anche Corte di giust., sentenza 9 febbraio 1999, *Dilexport*, in causa C-343/96, in *Raccolta*, p. I -579 ss., in cui il giudice sovranazionale, di fronte a norme processuali nazionali indistintamente applicabili relative alla restituzione di tributi imposti da norme interne dichiarate già incompatibili con l'allora diritto comunitario, non ha preso in

Per la Corte, dunque, in presenza di norme processuali indistintamente applicabili, la ragionevole valutazione dei criteri posti a loro fondamento è sufficiente a renderle compatibili con il diritto dell'Unione.

Parimenti, è ritenuto rispettoso del principio di equivalenza, un sistema processuale nazionale che contempa disposizioni specifiche per la disciplina giuridica di posizioni individuali, derivanti dalle istituzioni dell'Unione, nel caso in cui non si riscontrino nello stesso, meccanismi di tutela meno favorevoli rispetto a quelli previsti per analoghi ricorsi di natura interna.<sup>242</sup>

---

considerazione una eventuale discriminazione indiretta.

<sup>242</sup> Nella sentenza *Dilexport, cit.*, punto 28, la Corte di giustizia ha ritenuto che una normativa nazionale che prevedeva, accanto ad un termine di prescrizione ordinario relativo alle azioni di ripetizione d'indebitato, modalità meno favorevoli per la contestazione di altre tipologie di tributi, non violasse il principio di equivalenza, atteso che *“la soluzione sarebbe diversa solo qualora dette modalità fossero applicabili unicamente alle azioni di ripetizione delle tasse o dei tributi fondate sul diritto comunitario”*.

#### 4. Il principio di effettività e la sua portata innovativa con particolare riguardo al tema della tutela cautelare.

Il principio di effettività condivide, con quello dell'equivalenza, il ruolo di limite all'autonomia procedurale degli Stati membri differenziandosi, tuttavia, in modo sostanziale, sul piano delle conseguenze che possano scaturire dalla sua eventuale violazione.

Secondo una giurisprudenza ormai consolidata, la conformità delle norme processuali nazionali, rispetto all'ordinamento giuridico dell'Unione, è valutata anche nella prospettiva secondo cui la disciplina di diritto interno non deve rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela delle posizioni giuridiche di matrice europea.<sup>243</sup>

Compete pertanto agli Stati membri garantire una adeguata protezione delle posizioni giuridiche sovranazionali, assicurando la conformità degli ordinamenti interni al diritto dell'Unione.<sup>244</sup>

E' la stessa Corte che individua i parametri sulla base dei quali il livello di tutela garantito dagli ordinamenti nazionali possa ritenersi adeguato, ponendo a tal fine, in capo ai singoli Stati, l'obbligo di proteggere i diritti conferiti dalle norme dell'Unione "*nelle migliori condizioni possibili*".<sup>245</sup>

Nelle più importanti pronunce in cui la Corte di giustizia, interessata in via pregiudiziale, ha riscontrato una violazione del principio di effettività, essa ha

---

<sup>243</sup> Si veda Corte giust., sentenza *Levez, cit.*, in cui il giudice del Lussemburgo ha ritenuto che il termine di decadenza previsto dalla normativa interna, sebbene in astratto ragionevole, rendesse in concreto impossibile la tutela dei diritti dei lavoratori, atteso che il datore di lavoro, fornendo alla lavoratrice delle informazioni non corrette circa il suo sistema retributivo, non le aveva consentito la tempestiva proposizione del ricorso.

<sup>244</sup> In questo senso, è stato affermato da A. Adinolfi, *op. ult. cit.*, p. 42, che "*una protezione adeguata delle situazioni soggettive di origine comunitaria deve essere disposta negli ordinamenti nazionali in quanto essa è funzionale rispetto alla corretta applicazione del diritto comunitario. Pertanto l'obbligo degli Stati membri di garantire una protezione adeguata delle situazioni soggettive di origine comunitaria altro non è quindi, sotto questo profilo, che l'espressione del loro obbligo generale di assicurare la conformità degli ordinamenti interni al diritto comunitario*".

<sup>245</sup> Corte giust., sentenza 15 ottobre 1987, in causa C-222/86, *Heylens*, in *Raccolta*, p. I-4112 ss., punto 15.

imposto ai giudici interni o di disapplicare<sup>246</sup> la disposizione nazionale ovvero di interpretarla<sup>247</sup> in modo tale da consentire l'individuazione di ulteriori mezzi di ricorso anche se non espressamente previsti fino a quel momento dall'ordinamento giuridico interno.

Ciò risulta con particolare evidenza dalla pronuncia resa nel caso *Oleificio Borelli*.<sup>248</sup>

In detta sentenza, al punto 13, è stato precisato che “è compito dei giudici nazionali statuire (...) sulla legittimità dell'atto nazionale di cui trattasi conformemente alle modalità di controllo giurisdizionale applicabili a qualsiasi atto definitivo, (...) e considerare ricevibile il ricorso proposto a questo scopo, anche se le norme procedurali nazionali non lo prevedano”.

Dall'applicazione del principio di effettività deriva dunque la nascita di precetti processuali prima inesistenti, quale diretta conseguenza della disapplicazione delle norme nazionali in contrasto con il diritto europeo o, in ogni caso, attraverso la sostanziale modifica dei sistemi processuali nazionali

---

<sup>246</sup> Un caso in cui si è resa necessaria la disapplicazione di una norma interna si è verificato in Italia in relazione ad una normativa nazionale che richiedeva, ai fini della restituzione di un tributo riscosso in violazione di obblighi comunitari, la prova documentale volta a dimostrare che l'importo del tributo non era intanto stato trasferito sui consumatori. La Corte di giustizia, nella pronuncia *San Giorgio* (sentenza 9 novembre 1983, in causa C-199/82, in *Raccolta*, p. 3595 ss.) ha ritenuto tale prova eccessivamente gravosa. In dottrina, si veda L. Daniele, *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, op. cit., p. 75; R. Caranta, *Sull'obbligo dell'Amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Il Foro amministrativo*, 1990, p. 1372 ss., spec., p. 1379 ss., il quale sostiene che “la ratio dell'obbligo di disapplicazione della norma interna contrastante con quella del diritto dell'Unione è quella di garantire la piena ed immediata esecuzione delle norme europee direttamente applicabili, nonché di assicurare l'uniforme applicazione delle stesse presso tutti gli ordinamenti dei vari Stati membri”.

<sup>247</sup> A tal proposito, la Corte, nella sentenza 25 luglio 2002, in causa C-50/00, *Union de Pequeños agricultores*, in *Raccolta*, p. I-6677 ss., punto 42, ha chiarito che “i giudici nazionali sono tenuti, per quanto possibile, ad interpretare ed applicare le norme procedurali nazionali che disciplinano l'esercizio delle azioni in maniera da consentire alle persone fisiche e giuridiche di contestare in sede giudiziale la legittimità di ogni decisione o di qualsiasi altro provvedimento nazionale relativo all'applicazione nei loro confronti di un atto di portata generale, eccedendo l'invalidità di quest'ultimo”. Per alcuni rilievi sul punto, si rimanda a J. Temple Lang, *Actions for Declarations that Community Regulations are invalid: The duties of National Courts under Article 10 EC*, in *European Law Review*, 2003, p. 102 ss.; J.A. Usher, *Direct and individual Concern - An Effective Remedy or a Conventional Solution?*, in *European Law Review*, 2003, p. 575 ss.

<sup>248</sup> Corte giust., sentenza 3 dicembre 1992, in causa C-97/91, *Borelli*, in *Raccolta*, p. I - 6313 ss. La Corte di giustizia, in particolare, doveva prendere posizione sulla competenza in ordine al controllo giurisdizionale di provvedimenti amministrativi interni preparatori e tuttavia vincolanti per la successiva decisione in sede comunitaria nel settore della politica agraria; settore, questo, contrassegnato da una stretta forma di collaborazione fra autorità nazionali e sovranazionali.

sui quali la Corte interviene, adeguandoli alle superiori esigenze del diritto promanante dall'Unione.<sup>249</sup>

Giova peraltro rilevare che, al pari di quanto accade in relazione al principio di equivalenza, la Corte di giustizia, nel valutare se il diritto alla tutela giurisdizionale effettiva sia rispettato, non prende tanto in considerazione gli strumenti offerti dall'ordinamento dell'Unione ma, piuttosto, quelli previsti dall'ordinamento interno dei vari Stati membri.

Ciò posto, va evidenziato che, pur se volto al perseguimento del più generale principio di effettività, l'obbligo di disapplicare ogni norma interna in contrasto con le disposizioni del diritto dell'Unione, creandone conseguentemente di nuove, ha inciso profondamente sulle norme processuali nazionali.

Una delle sentenze più rilevanti, attinente agli argomenti sin qui trattati, è senza dubbio quella concernente il caso *Factortame*.<sup>250</sup>

La pronuncia della Corte di giustizia riveste particolare importanza, non solo

---

<sup>249</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 22 ottobre 1998, in cause riunite da C-10/97 a C-22/97, *Ministero delle Finanze c. IN.CO.GE.'90 Srl e a.*, in *Raccolta*, 1998, p. I-6307, punti 14-15, in cui la Corte ha affermato che “non spetta alla Corte intervenire nella soluzione dei problemi di competenza che possono discendere, nell'ambito dell'ordinamento giudiziario nazionale, dalla definizione di determinate situazioni giuridiche fondate sul diritto comunitario (...). Tuttavia, la Corte è competente a indicare al giudice nazionale gli elementi del diritto comunitario che possono contribuire alla soluzione del problema di competenza che esso deve risolvere”.

<sup>250</sup> Corte giust., sentenza 19 giugno 1990, in causa C-231/89, *The Queen Secretary of state for transport - Factortame Limited Regno Unito*, in *Raccolta*, 1990, p. I-2433 ss., su cui si vedano, in particolare, le riflessioni di J. Schwarze, *Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur Europäisierung des Verwaltungsrechts*, in *Europarecht*, 1997, p. 419 ss., spec., p. 427 ss. Una dettagliata analisi della questione è svolta da R. Caranta, *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Il Foro amministrativo*, 1992, p. 1885 ss., spec., p. 1889 ss. Particolare interesse rivestono le note bibliografiche dello scritto da ultimo citato, dalle quali spicca un'ampia letteratura sulla disciplina dell'Unione in tema di pesca, nonché sulla normativa britannica che escludeva l'ammissibilità di azioni cautelari nei confronti della Corona e dei suoi dipendenti. Sempre sulla giurisprudenza *Factortame*, si veda A. Barav, *Enforcement of Community Rights in the National Court: the Case for Jurisdiction to Grant an Interim Relief*, in *Common Market Law Review*, 1989, p. 369 ss.; J. Hanna, *Community Rights all at Sea*, in *Law Quarterly Review*, 1990, p. 106 ss.; C. Consolo, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1991, p. 255 ss.; *Idem*, *Fondamento comunitario della giurisdizione cautelare*, in *Giur. it.*, 1991, p. 1122 ss.; G. Tesauro, *La tutela cautelare nel sistema comunitario*, in *Corriere giuridico*, 1993, n. 8, p. 996 ss.; F. De Leonardis, *La tutela cautelare: principi comunitari ed evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1993, p. 688-697; N.P. Gravells, *Disapplying an Act of Parliament Pending a Preliminary Ruling: Constitutional Enormity or Community Law Rights*, in *Public Law*, 1989, p. 568 ss.

per l'incidenza che ha prodotto sul rapporto tra il principio dell'autonomia procedurale e il principio di effettività della tutela giurisdizionale, spettante ai singoli in forza del diritto dell'Unione, ma anche e, soprattutto, per la portata delle innovazioni introdotte nei sistemi processuali interni.

La questione riguardava l'estensione del potere dei giudici nazionali britannici di pronunciare provvedimenti provvisori, a fronte di diritti attribuiti ai singoli dall'allora diritto comunitario.

In particolare, era contestata, innanzi all'autorità giurisdizionale, la legittimità di una disposizione di legge che si riteneva essere in contrasto con le norme europee, chiedendo al giudice interno, in attesa del giudizio di merito, un provvedimento cautelare d'urgenza che vietasse agli organi competenti di dare esecuzione alla normativa nazionale.<sup>251</sup>

Il giudice nazionale di primo grado concedeva il provvedimento cautelare richiesto, sospendendo l'applicazione della nuova legge e rinviando alla Corte di giustizia la questione pregiudiziale relativa alla compatibilità della nuova legge con l'ordinamento sovranazionale.

Il giudice di secondo grado, tuttavia, revocava il provvedimento, ponendo alla base della propria decisione l'inesistenza di norme processuali che consentissero al giudice interno di sospendere l'applicazione, per di più in via cautelare, di una disposizione di legge ed, inoltre, la presunzione di legittimità della normativa interna fino all'accertamento della sua contrarietà al diritto dell'Unione, da parte della Corte di giustizia.

La fattispecie veniva portata all'attenzione della *House of Lords*, l'organo giurisdizionale britannico di ultima istanza, che consapevole dei gravi pregiudizi che i ricorrenti avrebbero potuto subire, nelle more di un giudizio di merito, riteneva opportuno esperire il rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

Al di là delle posizioni espresse dai giudici nazionali a sostegno dell'una o

---

<sup>251</sup> La legge sospettata di illegittimità, di cui si chiedeva la sospensione, introduceva delle innovazioni circa i requisiti da possedere per l'iscrizione delle navi da pesca nel registro navale inglese, privando di fatto il ricorrente del relativo diritto.

dell'altra tesi, occorre soffermarsi sulle decisioni adottate in merito dal giudice europeo, sui principi cui tali decisioni sono state ancorate, nonché sulle relative implicazioni in capo agli ordinamenti processuali nazionali.

La motivazione della sentenza della Corte, nel riconoscere la necessità di accordare la tutela cautelare, si ispira al criterio generale di supremazia del diritto dell'Unione sui singoli ordinamenti giuridici nazionali e trova fondamento in precedenti pronunce in cui aveva affermato l'obbligo, da parte dei giudici nazionali, di disapplicare ogni norma interna in contrasto con il diritto di matrice europea.<sup>252</sup>

Nel caso in argomento, la Corte ha posto in particolare risalto il principio della effettività della tutela giurisdizionale spettante ai singoli titolari di posizioni giuridiche promananti dal diritto dell'Unione.<sup>253</sup>

Inoltre, la riconosciuta necessità di concedere la tutela cautelare nasceva dalla constatazione che le disposizioni nazionali, che precludevano la concessione di tale tutela interinale, ostacolavano la piena effettività del diritto europeo direttamente applicabile, rendendo impossibile o quanto meno eccessivamente difficile l'esercizio di tali diritti.

Nelle sue motivazioni, la Corte ha affermato che *“la piena efficacia del diritto comunitario sarebbe del pari ridotta se una norma di diritto nazionale potesse impedire al giudice chiamato a dirimere una controversia disciplinata*

---

<sup>252</sup> Secondo il giudice del Lussemburgo, analogo obbligo grava anche sulle pubbliche amministrazioni. In questo senso, cfr. Corte giust., sentenza 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano*, in *Raccolta*, p. 1389 ss., con nota di A. Colabianchi, *Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la Pubblica Amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1990, I, p. 8 ss. Nella sentenza *Factortame*, in più, *“il giudice di Lussemburgo ha ulteriormente precisato, in senso interventista, il principio di effettività, giudicando al riguardo imprescindibile la tutela cautelare”*. Cfr. R. Caranta, *Effettività della garanzia giurisdizionale...*, *op. cit.*, p. 1897. In senso analogo si è espresso anche N.P. Gravells, *Effective Protection of Community Law Rights: Temporary Disapplication of an Act of Parliament*, in *Public Law*, 1991, p. 180 ss., spec., p. 189 ss.

<sup>253</sup> Per quanto riguarda il criterio generale della effettività della tutela giurisdizionale, cfr. Corte giust., sentenza 13 marzo 2007, in causa C-432/05, *Unibet*, in *Raccolta*, pp. I -2271 ss., con particolare riguardo ai punti 40-42. Per un esame della sentenza, si veda A. Arnull, *Commento alla sentenza in causa C-432/05 Unibet*, in *Comm. Market Law Rev.*, 2007, p. 1763 ss. In generale sul tema, cfr. F. Snyder, *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Process, Tools and Techniques*, in *Michigan Law Rev.*, 1993, p. 19 ss.; J. Temple Lang, *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, in *European Law Review*, 1997, p. 3 ss.; G. Anagnostaras, *The Quest for an Effective Remedy and the Measure of Judicial Protection Afforded to Putative Community Law Rights*, in *Eur. Law Rev.*, 2007, p. 727 ss.

*dal diritto comunitario di concedere provvedimenti provvisori allo scopo di garantire la piena efficacia della pronuncia giurisdizionale sull'esistenza dei diritti invocati in forza del diritto comunitario*”, traendo da ciò la conseguenza che *“in una situazione del genere il giudice è tenuto a disapplicare la norma di diritto nazionale che sola osti alla concessione di provvedimenti provvisori”*.<sup>254</sup>

Per la Corte si poneva altresì la necessità di evitare che l'utilizzo di norme processuali nazionali potesse in qualche modo ostacolare il meccanismo di funzionamento del rinvio pregiudiziale.

A tale riguardo, la sentenza precisa che l'interpretazione accolta trova conferma nel sistema istituito dall'allora art. 177 del Trattato CEE, il cui effetto utile sarebbe ridotto se al giudice nazionale, che sospende il procedimento in attesa della pronuncia della Corte sulla sua questione pregiudiziale, fosse preclusa la concessione di provvedimenti provvisori fino al momento in cui questi decide in esito alla soluzione fornita dalla Corte.<sup>255</sup>

L'esigenza di imporre la disapplicazione della norma interna che impedisce la concessione di provvedimenti cautelari si collega, quindi, tanto all'esigenza di effettività del diritto dell'Unione, quanto alla necessità di non vanificare il meccanismo di cooperazione fra giudice nazionale e Corte di giustizia.<sup>256</sup>

---

<sup>254</sup> Punto 21 della sentenza *Factortame*, cit. Pare opportuno segnalare, in proposito, che la Corte ha assunto un atteggiamento più cauto rispetto a quanto proposto dall'Avvocato generale Tesauro, il quale, valorizzando il principio dell'effettività giurisdizionale, precisava, al punto 29 delle sue conclusioni, che *“in base al diritto comunitario il giudice nazionale deve poter apprestare la tutela cautelare, ricorrendone i presupposti, ai diritti vantati dal singolo in base a norme comunitarie provviste di efficacia diretta, nelle more dell'esito definitivo del giudizio, ivi compreso quello pregiudiziale dinanzi alla Corte (...) e suggerisco di ancorare espressamente tale potere – dovere del giudice nazionale all'esigenza di tutela giurisdizionale effettiva che si impone relativamente alle norme comunitarie non meno che alle norme nazionali”*.

<sup>255</sup> Punto 22, sentenza *Factortame*, cit.

<sup>256</sup> Per una analisi delle pronunce in cui l'utilizzo delle norme processuali nazionali può essere di ostacolo all'ordinario meccanismo del rinvio pregiudiziale, cfr. D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, op. cit., p. 79 ss. L'Autrice, in particolare, evidenzia come tali sentenze siano rilevanti, in quanto *“l'applicazione della norma procedurale nazionale, oltre a minare l'effettività del diritto comunitario, avrebbe quale esito ultimo anche quello di impedire il funzionamento del fondamentale meccanismo di cooperazione ne fra giudice nazionale e Corte di giustizia comunitaria disegnato dall'art. 234 TCE attraverso il rinvio pregiudiziale”*. Con riguardo al caso *Factortame*, si osserva che *“come si apprende dalla lettura dei fatti in causa, ove non fosse stato concesso un provvedimento cautelare sospensivo dell'applicazione delle norme nazionali (di cui si sosteneva nel ricorso l'incompatibilità col diritto comunitario), a far data dal 1° aprile*

La sentenza in esame ha suscitato ed alimentato vivaci dibattiti in ordine alla introduzione di uno strumento generale di cautela quale mezzo necessario a garantire l'effettività del diritto dell'Unione.<sup>257</sup>

Ciò in quanto, pur in presenza di una norma del vecchio Trattato che imponeva la diretta applicabilità di disposizioni comunitarie presso gli ordinamenti nazionali, da tale norma non poteva scaturire un istituto della portata della tutela interinale, essendo necessario tenere altresì nel debito conto che si tratta di uno strumento non disciplinato in maniera uniforme presso gli ordinamenti giuridici degli Stati membri.

Non può negarsi come l'obbligo imposto ai giudici di disapplicare una norma interna che vieti la concessione di misure cautelari, seppur in via interinale, abbia una forte incidenza sull'ordinamento interno con l'inserimento di uno strumento processuale, prima non contemplato, destinato ad influire in maniera determinante sulle forme di tutela da accordare ai singoli in forza dei diritti di matrice europea.

Inoltre, l'assenza di presupposti specifici, in presenza dei quali procedere alla concessione della tutela cautelare richiesta, investiva i giudici nazionali di un ampio potere discrezionale e l'eventuale adozione di soluzioni difformi tra loro avrebbe compromesso l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, nonché l'effettività della sua tutela giurisdizionale.

A tal fine la Corte, nelle successive sentenze, ed in particolare nella

---

*1989 le navi del ricorrente sarebbero state private del diritto di pesca. E la risposta della Corte al rinvio pregiudiziale sarebbe stata perciò del tutto inutile nella prospettiva della cooperazione fra giudice nazionale e giudice comunitario e rilevante solo con riferimento a possibili casi futuri”.*

<sup>257</sup> Al riguardo è stato scritto da M. Muscardini, *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, p. 1057 ss., spec., p. 1058, che “nessuno può negare alla Corte di giustizia un ruolo di interprete autorevole e privilegiata del diritto comunitario, con effetti vincolanti sulle giurisdizioni degli Stati membri. Ma nel caso concreto l'influenza della Corte di giustizia sull'esercizio dei poteri giurisdizionali dei giudici nazionali valica limiti apposti alle funzioni proprie della Corte e comunque crea conseguenze di nuova portata ed estensione negli ambiti degli ordinamenti processuali interni. Se infatti il riconoscimento di un potere generale di cautela può essere ricondotto ai poteri interpretativi della Corte sull'art. 189, lo sviluppo e l'esercizio di detto potere cautelare, comunque trascurati dalla stessa sentenza, costituiscono problemi di portata istituzionale e appaiono quanto meno *prima facie* privi di agevoli e concrete soluzioni”.

pronuncia *Zuckerfabrik*<sup>258</sup>, prima, e nel caso *Atlanta*<sup>259</sup>, dopo, non si è limitata a confermare in capo al giudice nazionale il potere di sospensione, ma ha indicato altresì le condizioni ed i presupposti in presenza dei quali la misura cautelare può essere concessa.<sup>260</sup>

Condizioni e presupposti, molto rigorosi, mutuati dal Trattato e già previsti per le istanze di provvedimenti urgenti davanti alla Corte.

Il diverso orientamento assunto dalla Corte, rispetto alla sentenza *Factortame*, oltre che a voler limitare il ricorso alla tutela cautelare, nasceva dalla necessità di soddisfare due esigenze strettamente correlate: da un lato, quella di dettare criteri di concessione uniformi presso tutti gli Stati membri, indipendentemente dalle diversità dei loro sistemi processuali<sup>261</sup>; dall'altro, quella di garantire la piena applicazione del diritto dell'Unione e l'effettività della sua tutela giurisdizionale.

Nella loro diversità, le pronunce assumono particolare importanza, poiché concorrono a delineare due criteri giuridici diversi ma fra loro strettamente interconnessi, quali il principio di effettività, da una parte, e quello della effettività giurisdizionale, dall'altra.

Nel caso *Factortame*, l'orientamento della Corte è essenzialmente

---

<sup>258</sup> Corte giust., sentenza *Zuckerfabrik*, cit.

<sup>259</sup> Corte giust., sentenza 9 novembre 1995, in causa C-465/93, *Atlanta*, in *Raccolta*, p. I - 3761 ss.

<sup>260</sup> E' stato scritto che nella sentenza *Zuckerfabrik*, cit., "la Corte compie un decisivo passo avanti spingendosi ad individuare quelle condizioni minime che devono essere soddisfatte affinché il giudice nazionale possa sospendere l'esecuzione di un provvedimento nazionale fondato su di un regolamento comunitario". Cfr. L. Limberti, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari positivi*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 991 ss., spec., p. 997. E' stato altresì sottolineato da G. Tesauro, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, p. 131 ss., spec., p. 136, che nella citata sentenza "la Corte si è data cura anche di precisare espressamente e con dovizia di particolari le condizioni per la sospensiva cui il giudice nazionale deve attenersi; e sulle quali in *Factortame*, pur sollecitata dal giudice a quo, la Corte abbiamo visto essersi limitata ad una risposta implicita attraverso una semplice citazione giurisprudenziale".

<sup>261</sup> Sul punto è stato sostenuto che le differenze tra i sistemi processuali nazionali dei vari Stati membri non sono tali da giustificare l'analitica individuazione, da parte della Corte, delle condizioni in presenza delle quali il giudice nazionale possa procedere alla concessione di una misura cautelare, tanto più che non si è andati al di là del *fumus*, del *periculum* e del bilanciamento degli interessi a confronto, elementi che, comunque denominati e pur con sfumature diverse, sono presenti negli ordinamenti giuridici più evoluti. Cfr. G. Tesauro, *La tutela cautelare nel sistema comunitario*, op. cit., p. 1001.

improntato al criterio di effettività, in quanto la sospensione di una norma interna, che appare in contrasto con il diritto europeo, è funzionale alla garanzia di effettività ed uniforme applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri, costituendo altresì per il singolo uno strumento di tutela delle posizioni giuridiche di cui risulti titolare.<sup>262</sup>

I casi *Atlanta e Zuckerfabrik* risultano invece accomunati dalla esigenza della tutela di posizioni individuali con conseguente valorizzazione, da parte della Corte, del criterio della effettività della tutela giurisdizionale che rappresenta tuttavia un limite alla piena effettività del diritto europeo.

Le sentenze in argomento sono infatti caratterizzate dal tentativo di bilanciamento tra la tutela individuale e l'effettività del diritto dell'Unione, che la Corte intende perseguire attraverso la precisa indicazione delle condizioni in presenza delle quali il giudice nazionale può concedere misure cautelari.

Per un verso, viene attribuito ai giudici interni il potere di concedere provvedimenti cautelari in nome della tutela giurisdizionale effettiva.

Per altro verso, tale potere resta subordinato al rispetto di specifiche condizioni, al fine di conciliare la tutela giurisdizionale con la piena effettività del diritto dell'Unione.<sup>263</sup>

---

<sup>262</sup> In merito, è stato evidenziato da L. Limberti, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari positivi*, op. cit., p. 999, che “la valorizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale assume rilievo in *Factortame* solo in quanto funzionale alla prevalenza del diritto comunitario ed al rispetto delle esigenze di effettività dello stesso”.

<sup>263</sup> E' stato notato che la sentenza *Atlanta* è rilevante per almeno due motivi: “in primo luogo essa rappresenta un passo ulteriore nella costruzione da parte della Corte di giustizia di un sistema di tutela cautelare utilizzabile di fronte ai giudici nazionali quando la contestazione verta sul diritto comunitario. In secondo luogo, e su un piano più generale, la Corte mostra di essere pronta a garantire la tutela individuale anche nei casi in cui ciò possa mettere a repentaglio la piena efficacia del diritto comunitario”. Cfr. E. Chiti, *Misure cautelari effettive ed effettività del diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, p. 333 ss., spec., p. 336. Al riguardo, è stato altresì rilevato da L. Limberti, *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari positivi*, op. cit., p. 991 ss., che “per effetto della pronuncia in esame la tutela cautelare in ambito comunitario supera i rigidi confini della sospensione dell'atto impugnato e viene a ricomprendere, sulla base di una corretta e rigorosa applicazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, il potere del giudice nazionale di concedere misure cautelari ad effetto ordinatorio in relazione ad un atto amministrativo interno fondato su un regolamento comunitario la cui validità viene contestata per il tramite del meccanismo di rinvio pregiudiziale ex art. 177 del Trattato CE”.

In proposito, è stato infatti osservato che “*la necessità di conciliare le esigenze proprie del principio di effettività della tutela giurisdizionale con quelle del principio di effettività del diritto comunitario spiega le cautele che la Corte di giustizia in Atlanta, ancora più che in Zuckerfabrik, impone ai giudici nazionali nel decidere se concedere o meno provvedimenti cautelari di fronte a ricorsi che mettano in dubbio la validità di disposizioni di diritto comunitario*”.<sup>264</sup>

L'imposizione, da parte della Corte, di limiti specifici all'autonomia procedurale, per garantire in concreto il bilanciamento di esigenze diverse, rappresenta un fattore di integrazione ed una tappa verso una uniforme applicazione del diritto dell'Unione in tutti gli Stati membri.

Ai fini della presente indagine, appare opportuno rilevare come la Corte abbia ancora una volta imposto forme di tutela giudiziaria, volte ad evitare che i privati subiscano pregiudizio dalla violazione del diritto dell'Unione, da parte delle autorità nazionali.

Per completezza va evidenziato che tale principio è stato valorizzato anche in senso inverso.

Considerato, infatti, che il diritto dell'Unione deve essere rispettato solo nella misura in cui esso sia legittimo, anche l'applicazione di una norma sovranazionale di cui si sospetta la legittimità deve essere sospesa, ove possa pregiudicare le situazioni giuridiche dei privati.

E' appunto questo il caso delle sentenze *Atlanta* e *Zuckerfabrik* in cui ad essere messo in discussione era un provvedimento nazionale di attuazione di una normativa comunitaria di dubbia legittimità.<sup>265</sup>

Appare pertanto con chiarezza come l'azione della Corte, in linea con gli

---

<sup>264</sup> Cfr. R. Caranta, *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in *Il Foro amministrativo*, 1996, p. 2554 ss., spec., p. 2559 ss.

<sup>265</sup> In proposito, è stato evidenziato da G. Tesauro, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, op. cit., p. 135 ss., che “*il giudice nazionale deve poter sospendere l'applicazione di un atto interno che si sospetta in contrasto con una prevalente norma comunitaria (è la sentenza Factortame), così lo stesso giudice nazionale deve poter sospendere l'applicazione di un atto interno fondato su un regolamento comunitario di cui si sospetti la legittimità (sentenze Atlanta e Zuckerfabrik)*”.

indirizzi costantemente ribaditi dalla sua giurisprudenza, sia volta ad assicurare la piena ed effettiva tutela delle situazioni garantite dal diritto di matrice europea.

Quanto appena detto consente di superare quello che a prima vista poteva far ritenere il sistema di tutela cautelare delineato dalla Corte, nell'ambito delle citate sentenze, privo di coerenza.

Al contrario, si evidenzia un percorso evolutivo verso la proclamata tendenziale uniformità delle soluzioni rinvenibili nei vari paesi membri ed il palese intento di ricercare tutti i mezzi idonei ad assicurare il rispetto del principio di effettività del diritto dell'Unione con la massima efficacia.

5. *Principio di leale cooperazione, obbligo di interpretazione conforme e autonomia procedurale.*

Un altro principio cardine dell'ordinamento dell'Unione europea, utile a comprendere le dinamiche di funzionamento dell'autonomia procedurale, è quello di leale cooperazione, oggi sancito dall'art. 4 del Trattato UE.<sup>266</sup>

Per quanto attiene all'estensione di tale obbligo, la giurisprudenza della Corte di giustizia ha preferito conferire, sin dall'origine, al principio in parola un significato molto ampio, precisando come il dovere di leale cooperazione gravi su tutte le autorità statali, comprese quindi quelle giurisdizionali, cui spetta il compito di “*vigilare sull'applicazione e sul rispetto del diritto comunitario nell'ordinamento giuridico nazionale*”.<sup>267</sup>

L'interpretazione letterale di tale principio non lascia adito a dubbi in ordine alla sua portata.

Da una parte, esso si caratterizza per un contenuto “positivo”, imponendo agli Stati membri di adottare tutte le misure necessarie per la corretta e completa attuazione delle norme sovranazionali.

Dall'altra, la leale cooperazione si connota in termini “negativi”, essendo riconducibile all'obbligo di astenersi dall'introdurre misure che possano compromettere il perseguimento degli obiettivi posti dal diritto dell'Unione.

L'ampiezza del principio in esame ha permesso di applicare tale norma in situazioni ed ipotesi diverse ed ha rappresentato, in numerose occasioni, la

---

<sup>266</sup> Il citato articolo recita che “*in virtù del principio di leale cooperazione, l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai Trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai Trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione*”.

<sup>267</sup> Corte giust., sentenza 13 luglio 1990, in causa C-2/88, *Zwartveld*, in *Raccolta*, p. I-3365 ss., punto 18. Sul punto, stato precisato da A. Adinolfi, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, op. cit., p. 619 ss., che “*tale obbligo, se si manifesta attraverso il rinvio a titolo pregiudiziale implica la conoscenza delle norme comunitarie e la loro corretta applicazione nell'ordinamento nazionale sotto il profilo sia sostanziale (in merito, cioè, alla ricostruzione del loro significato) sia procedurale (riguardo agli strumenti per assicurarne l'applicazione)*”.

base giuridica dell'intervento della Corte di giustizia.<sup>268</sup>

Dal principio di leale cooperazione si è fatto discendere, in particolare, l'obbligo, gravante sul giudice nazionale, di interpretare il diritto interno, per quanto possibile, alla luce del testo e degli scopi perseguiti dal diritto dell'Unione.<sup>269</sup>

L'interpretazione conforme si pone infatti nell'ottica di garantire la piena effettività del diritto dell'Unione con obbligo, da parte degli Stati membri, di adottare tutte le misure idonee a realizzare gli obiettivi fissati dalla normativa sovranazionale.<sup>270</sup>

Tale indirizzo della Corte ha peraltro permesso di attenuare i problemi legati al diniego di efficacia diretta delle direttive nelle controversie tra privati.<sup>271</sup>

Al riguardo, va altresì osservato che anche se in passato la Corte di giustizia

---

<sup>268</sup> Si ricordi la storica sentenza *Francovich, cit.*, in cui il vecchio art. 10 del Trattato CE è stato utilizzato dalla Corte di giustizia per sancire l'obbligo, in capo agli Stati membri, di risarcire i danni causati ai singoli da violazioni dell'allora diritto comunitario.

<sup>269</sup> Significativa, in proposito, la pronuncia resa della Corte nel caso *Marleasing*, sentenza 13 novembre 1990, in causa C-106/89, in *Raccolta*, 1991, p. I-4135. Il problema verteva sulla nullità di un contratto di società per mancanza di causa, motivo non contemplato dall'art. 11 della direttiva 68/151 CEE, non trasposta nell'ordinamento spagnolo, ma previsto invece dagli art. 1261 e 1275 del codice civile spagnolo. La Corte dispose che il diritto nazionale dovesse essere interpretato alla luce della lettera e dello scopo della direttiva citata, imponendo di conseguenza al giudice interno di applicare in concreto il diritto comunitario in luogo della normativa codicistica. Detta sentenza è riportata da R. Conti, *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme, op.cit.*, p. 377 ss., nota 10. Al riguardo si veda altresì G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea...*, *op. cit.*, p. 233, nota 48.

<sup>270</sup> I casi più rilevanti sono rappresentati dagli obblighi connessi alla corretta trasposizione delle direttive, in cui il principio di leale cooperazione ha trovato applicazione con specifico riguardo ai doveri che le autorità nazionali devono adempiere per assicurare una corretta ed uniforme applicazione del diritto sovranazionale. Nella più nota pronuncia in cui la Corte ha espressamente affermato l'esistenza di tali obblighi, si legge che, benché gli Stati membri siano liberi di scegliere il modo ed i mezzi destinati a garantire l'attuazione di una direttiva, *“questa libertà nulla toglie all'obbligo, per ciascuno degli Stati destinatari, di adottare, nell'ambito del proprio ordinamento giuridico, tutti i provvedimenti necessari per garantire la piena efficacia della direttiva conformemente alla scopo che essa persegue”*. Cfr. Corte giust., sentenza 10 aprile 1984, in causa 14/83, *von Colson*, in *Raccolta*, 1984, p.1891 ss., punto 15.

<sup>271</sup> E' noto, infatti, che la Corte ha sempre affermato che *“una direttiva non può di per sé creare obblighi a carico di un singolo e non può quindi essere fatta valere in quanto tale nei suoi confronti”*. Cfr., *ex multis*, Corte giust., sentenza 14 luglio 1994, in causa C-91/92, *Faccini Dori*, in *Raccolta*, 1994, p. I-3325, punto 20. Tuttavia, la stessa Corte di giustizia, nelle successive pronunce, ha precisato che *“il giudice nazionale cui sia sottoposta una controversia tra soggetti privati, nell'applicare le norme di diritto interno adottate al fine dell'attuazione degli obblighi previsti dalla direttiva, deve prendere in considerazione tutte le norme del diritto nazionale ed interpretarle, per quanto possibile, alla luce del testo e della finalità di tale direttiva per giungere a una soluzione conforme all'obiettivo da essa perseguito”*. Cfr., in particolare, Corte giust., sentenza 5 ottobre 2004, in cause riunite da C- 397 a C- 403/01, *Pfeiffer e a.*, in *Raccolta*, 2004, p. I-8835 ss., punto 120.

ha talvolta suggerito al giudice nazionale, seguendo la via ermeneutica, di forzare il quadro normativo interno, pur di raggiungere l'obiettivo prefissato dalla normativa sovranazionale, la recente giurisprudenza ha assunto un atteggiamento più cauto, precisando, in diverse pronunce, che l'obbligo di interpretazione conforme “*non può servire da fondamento ad una interpretazione contra legem del diritto nazionale*”.<sup>272</sup>

Risulta palese, da quanto appena detto, la stretta correlazione esistente fra i principi di leale cooperazione e di interpretazione conforme, molto spesso applicati contestualmente, e l'autonomia procedurale, che acquista connotati diversi a seconda del grado di armonizzazione processuale del settore di volta in volta in rilievo, ma anche in relazione alla rilevanza degli obiettivi perseguiti dalla Unione europea.

In una prima fase, la giurisprudenza della Corte di giustizia si è limitata sostanzialmente a valutare, attraverso il ricorso ai due noti principi di equivalenza ed effettività, la compatibilità delle norme interne con il diritto dell'Unione, mantenendo un costante indirizzo in linea con la sua prima fondamentale pronuncia *Rewe*.

In seguito, la Corte ha assunto un atteggiamento più incisivo, cominciando a delinearsi per il giudice nazionale, alla luce del duplice obbligo di leale cooperazione e di interpretazione conforme, un vero e proprio dovere di “funzionalizzare”<sup>273</sup> gli strumenti processuali dell'ordinamento interno al fine di garantire la piena effettività del diritto dell'Unione.

Tale operazione ermeneutica è avvenuta, nella maggior parte dei casi, attraverso l'interpretazione del diritto dell'Unione, fornita in via pregiudiziale

---

<sup>272</sup> Corte giust., sentenza 4 luglio 2006, in causa C-212/04, *Adeneler*, in *Raccolta*, 2007, p. I-6057 ss.; Corte giust., sentenza 16 giugno 2005, in causa C-105/03, *Pupino*, in *Raccolta*, p. I-5285 ss. Cfr. A. Adinolfi, *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, op. cit., p. 631.

<sup>273</sup> Espressione utilizzata da D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, op. cit., p. 28, la quale ritiene che “*ove applicata al nostro specifico contesto, la giurisprudenza, in tema di obbligo di interpretazione conforme, implica l'obbligo, per il giudice nazionale, di interpretare le norme (procedurali) nazionali finalizzate a sanzionare l'osservanza del diritto comunitario in maniera tale da perseguire lo scopo a cui mira la norma comunitaria di diritto sostanziale: rispetto a cui l'autonomia degli Stati membri si pone in funzione necessariamente servente*”.

dalla Corte di giustizia, per assicurarne l'uniforme applicazione in tutto il territorio degli Stati membri.

In altri termini, la Corte di giustizia, attraverso lo strumento del rinvio pregiudiziale, ha vincolato l'azione del giudice nazionale imponendogli, tramite il meccanismo dell'interpretazione conforme, di interpretare il proprio diritto processuale interno in vista del raggiungimento degli obiettivi del diritto sostanziale di matrice europea, così come interpretato dalla Corte.

La rilevanza attribuita dal giudice del Lussemburgo alla “interpretazione uniforme” del diritto sovranazionale, su tutto il territorio degli Stati membri, è stata precisata dalla stessa Corte di giustizia, laddove essa ha chiarito che *“l'ordinamento giuridico comunitario ha anzi manifestamente interesse, per evitare future divergenze d'interpretazione, a garantire un'interpretazione uniforme di tutte le norme di diritto comunitario, a prescindere dalle condizioni in cui verranno applicate”*.<sup>274</sup>

Il che ha avuto luogo per soddisfare l'esigenza primaria di *“garantire al diritto comunitario la stessa efficacia in tutti gli Stati membri della Comunità allo scopo di prevenire divergenze nell'interpretazione di questo diritto nei casi in cui l'applicazione del diritto comunitario rileva direttamente”*.<sup>275</sup>

L'evoluzione giurisprudenziale sopra riportata può essere colta attraverso la lettura della sentenza *van Schijndel*<sup>276</sup>, che si inserisce in quel filone giurisprudenziale attinente alla rilevabilità d'ufficio, da parte del giudice nazionale, di questioni di diritto dell'Unione.

Il caso riguardava la richiesta di esenzione dall'obbligo di iscrizione al Fondo pensionistico di categoria da parte di due fisioterapisti olandesi.

Detta istanza veniva respinta, per mancanza di condizioni, sia dal Fondo pensionistico sia dal giudice di merito.

Nell'ulteriore ricorso innanzi alla Suprema Corte i ricorrenti, per la prima

---

<sup>274</sup> Corte giust., sentenza 18 ottobre 1990, in causa C-297/88 e C-197/89, *Dzodzi*, in *Raccolta*, 1990, p. I-3763 ss., punto 37.

<sup>275</sup> Corte giust., sentenza *Dzodzi*, *cit.*, punto 24.

<sup>276</sup> Corte giust., sentenza 14 dicembre 1995, in cause riunite C-403/93 e C-431/93, *van Schijndel*, in *Raccolta*, 1995, p. I-4705 ss.

volta, lamentavano la mancata valutazione, da parte dei giudici nazionali, della compatibilità delle disposizioni interne con quelle del Trattato.

La Corte di giustizia, adita in via pregiudiziale, doveva pertanto pronunciarsi su due quesiti fondamentali.

Il primo relativo all'obbligatorietà, o meno, da parte del giudice nazionale, di sollevare d'ufficio questioni attinenti al diritto dell'Unione, anche se non invocate dalla parte processuale che avrebbe avuto interesse alla loro applicazione.

Il secondo, invece, concernente la persistenza di tale obbligo anche nel caso in cui risultasse in netto contrasto con il disposto fissato dalle normative processuali interne.

Con riguardo al primo quesito pregiudiziale, la Corte ha affermato che, alla luce del principio di leale collaborazione, *“poiché, in forza del diritto nazionale, i giudici devono sollevare d'ufficio i motivi di diritto basati su una norma interna di natura vincolante che non siano stati adottati dalle parti, siffatto obbligo si impone anche qualora si tratti di norme comunitarie vincolanti”*.<sup>277</sup>

Con riguardo alla seconda questione pregiudiziale, viene di contro precisato che *“il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diverse da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda”*.<sup>278</sup>

Da quanto detto, si evince come la Corte di giustizia, con la pronuncia in commento, non abbia inteso porre, in capo ai giudici nazionali, un vero proprio obbligo di sollevare d'ufficio motivi di diritto basati sulla normativa

---

<sup>277</sup> Corte giust., sentenza *van Schijndel*, cit., punto 13.

<sup>278</sup> Corte giust., sentenza *van Schijndel*, cit., punto 22.

sovranaZIONALE di natura vincolante.

La Corte ha piuttosto precisato che tale obbligo sussiste solo nel caso in cui, in presenza di una analoga situazione di diritto interno, venga in rilievo una norma processuale che imponga la considerazione di norme sostanziali di natura vincolante, la cui violazione non sia stata addotta, nei termini previsti, dalla parte interessata.

Detta pronuncia mira, dunque, attraverso un utilizzo strumentale delle norme di diritto processuale interno, da interpretare alla luce del diritto sovranazionale, al raggiungimento dell'obiettivo di effettività del diritto di matrice europea, salvaguardando, al contempo, l'istituto dell'autonomia procedurale.

Non sfugge alla luce della giurisprudenza ora riportata, il costante sforzo, da parte dei giudici di Lussemburgo, di trovare soluzioni che bilancino opposte ma ugualmente rilevanti esigenze.

Con il ricorso ai principi di leale cooperazione e all'obbligo di interpretazione conforme, l'obiettivo tendenziale della Corte di giustizia, nel mantenere ampi spazi all'autonomia procedurale degli Stati membri, è quello di garantire l'uniforme applicazione del diritto sovranazionale in tutto il territorio dell'Unione, assicurando altresì una tutela giurisdizionale effettiva alle posizioni giuridiche di matrice europea.

6. *Segue. Il rinvio pregiudiziale tra dovere di leale cooperazione e autonomia procedurale degli Stati membri.*

La maggior parte delle sentenze esaminate trae origine dall'utilizzo, da parte del giudice nazionale, del meccanismo del rinvio pregiudiziale.<sup>279</sup>

Da ciò emerge, con tutta evidenza, il ruolo centrale svolto da tale strumento nel sistema dei rapporti tra diritto interno e diritto dell'Unione europea, sotto il profilo dell'adempimento del dovere di leale cooperazione.

Per cogliere gli aspetti più significativi di tale istituto, nella prospettiva del tema dell'autonomia procedurale, appare opportuno identificarne le caratteristiche essenziali e i principali elementi di disciplina.

Attraverso il procedimento regolato oggi dall'art. 267 del TFUE<sup>280</sup> (*ex art* 234 TCE) il giudice nazionale può o deve, a seconda dei casi, sottoporre alla Corte di giustizia questioni attinenti all'interpretazione o alla validità di atti delle istituzioni dell'Unione, la cui soluzione appare determinante per la decisione della controversia dinanzi a lui pendente.

Sebbene sin dalle origini scopo del rinvio pregiudiziale era, e resta ovviamente, quello di prevenire divergenze nell'interpretazione del diritto dell'Unione e di assicurarne in tal modo la sua uniforme applicazione in tutti gli Stati membri<sup>281</sup>, è attraverso il suo utilizzo che il giudice del Lussemburgo

---

<sup>279</sup> Un'analitica disamina dell'istituto è svolta da D.P. Domenicucci, *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali*, Seminario su "Le direttive contro la discriminazione 2000/43 e 2000/78 nella pratica", Trier, 9-10 maggio 2011, organizzato da ERA – Accademia di diritto europeo, su [www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/12\\_Jurisdictions/2011\\_05\\_Domenicucci\\_IT.pdf](http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/12_Jurisdictions/2011_05_Domenicucci_IT.pdf).

<sup>280</sup> Ai sensi del citato articolo "la Corte di giustizia dell'Unione europea è competente a pronunciarsi, in via pregiudiziale: a) sull'interpretazione dei Trattati; b) sulla validità e l'interpretazione degli atti compiuti dalle istituzioni, dagli organi o dagli organismi dell'Unione. Quando una questione del genere è sollevata dinanzi ad un organo giurisdizionale di uno degli Stati membri, tale organo giurisdizionale può, qualora reputi necessaria per emanare la sua sentenza una decisione su questo punto, domandare alla Corte di pronunciarsi sulla questione. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti ad un organo giurisdizionale nazionale, avverso le cui decisioni non possa proporsi ricorso giurisdizionale di diritto interno, tale organo giurisdizionale è tenuto a rivolgersi alla Corte. Quando una questione del genere è sollevata in un giudizio pendente davanti ad un organo giurisdizionale nazionale e riguardante una persona in stato di detenzione, la Corte statuisce il più rapidamente possibile".

<sup>281</sup> Cfr. la nota informativa della Corte di giustizia, riguardante le domande di pronuncia pregiudiziale

ha potuto elaborare, delineare e precisare, nel corso degli anni, i principi fondamentali dell'ordinamento giuridico sovranazionale.<sup>282</sup>

Molti dei principi più importanti del diritto dell'Unione vanno difatti ricercati, non già nei Trattati o nelle fonti derivate, bensì nella giurisprudenza della Corte di giustizia, adita per lo più in via pregiudiziale.

Ciò posto, va osservato che la valutazione in merito alla necessità di operare il rinvio pregiudiziale, benché questo possa essere sollecitato dalle parti in giudizio, spetta unicamente al giudice nazionale.

E' infatti solo il giudice *a quo* ad avere piena conoscenza dei fatti ed essere quindi nella condizione più idonea a valutare la pertinenza delle questioni di diritto sollevate e la necessità di una pronuncia pregiudiziale, al fine di emettere la propria sentenza.<sup>283</sup>

A quest'ultimo compete formulare il quesito da inoltrare alla Corte di giustizia, indicando, nella propria ordinanza succintamente motivata, la rilevanza e pertinenza della questione sull'esito del giudizio, nonché il quadro di fatto e di diritto in cui si innesta il procedimento dinanzi a lui pendente, affinché la Corte disponga di tutti gli elementi che le consentano di fornire un responso utile alla soluzione della controversia.<sup>284</sup>

---

da parte dei giudici nazionali (in GUUE, 28 maggio 2011, 2011/C 160/01), laddove si precisa, al punto 1, che “*il sistema del rinvio pregiudiziale è un meccanismo fondamentale del diritto dell'Unione europea, che ha per oggetto di fornire alle giurisdizioni nazionali lo strumento per assicurare una interpretazione e un'applicazione uniformi di tale diritto in tutti gli Stati membri*”.

<sup>282</sup> Sul punto, si ricordino le sentenze nelle quali è stato affermato il principio dell'effetto diretto (Corte giust., sentenza *van Gend en Loos*, *cit.*), il principio del primato (Corte giust., sentenza *Costa c. Enel*, *cit.*) e la responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione dell'allora diritto comunitario (Corte giust., sentenza *Franovich*, *cit.*).

<sup>283</sup> Corte di giust., sentenza 16 luglio 1992, *Meilicke*, in causa C-83/9, in *Raccolta*, p. I-4871. Al riguardo, osserva L. Fumagalli, *Articolo 234*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, a cura di F. Pocar, Padova, 2001, p. 797 ss., spec., p. 800, che “*il giudice nazionale, che è l'unico ad avere conoscenza diretta dei fatti di causa, come pure delle argomentazioni delle parti, e che dovrà assumersi la responsabilità dell'emananda pronuncia, è nelle condizioni migliori per valutare, con piena cognizione di causa, la pertinenza delle questioni di diritto sollevate dalla controversia di cui è investito e la necessità di una pronuncia pregiudiziale per potere emettere la sentenza*”.

<sup>284</sup> In questo senso, si vedano i punti 19 e 20 della richiamata nota informativa del 2011. Cfr. pure Corte giust., sentenza 26 gennaio 1993, in cause riunite da C-320 a 322/90, *Telemarsicabruzzo*, in *Raccolta*, 1993, p. I-393 ss., punto 6 della motivazione, ove si legge che “*l'esigenza di giungere ad una interpretazione del diritto comunitario che sia utile per il giudice nazionale impone che quest'ultimo definisca l'ambito di fatto e di diritto in cui si inseriscono le questioni sollevate o che esso spieghi almeno le ipotesi di fatto su cui tali questioni sono fondate*”. Il giudice del Lussemburgo

Spetta dunque al giudice interno il controllo sulla veridicità e l'esattezza della ricostruzione dei fatti operata nel provvedimento del rinvio pregiudiziale, in forza della netta separazione delle funzioni fra giudici nazionali e Corte di giustizia, prevista dal Trattato.<sup>285</sup>

Giova poi rilevare che, stando al tenore letterale dell'articolo 267 TFUE, la facoltà (secondo comma) o l'obbligo (terzo comma) del rinvio, non dipendono dalla posizione di vertice che il giudice occupa nell'ordinamento giudiziario nazionale, bensì dalla concreta possibilità che avverso le decisioni di quel giudice sia possibile proporre un ulteriore ricorso giurisdizionale di diritto interno.

Senonché, la Corte di giustizia ha tentato di ridimensionare le differenze tra le giurisdizioni di ultimo grado e non, discendenti dalla rigida impostazione del dato letterale, limitando la portata dell'obbligo di rinvio, gravante sui giudici di ultima istanza, attraverso una serie di eccezioni a tale obbligo.

Tale indirizzo giurisprudenziale, iniziato con la sentenza *Da Costa*<sup>286</sup> e più volte successivamente confermato, ha visto un deciso approfondimento con la nota pronuncia *Cilfit*<sup>287</sup>, la quale, se da un lato ha ampliato il novero delle

---

ha inoltre più volte evidenziato che le informazioni contenute nelle decisioni di rinvio pregiudiziale non devono solo consentirle di fornire risposte utili, ma dare altresì ai governi ed alle parti interessate la possibilità di presentare le proprie osservazioni, ai sensi dell'art. 20 dello Statuto della Corte di giustizia. Pertanto, rientra nella sfera di competenza della stessa "vigilare affinché tale possibilità sia salvaguardata, tenuto conto del fatto che, a norma della disposizione citata, alle parti interessate vengono notificate solo le decisioni del rinvio. Infatti, secondo la giurisprudenza della Corte, è indispensabile che il giudice nazionale fornisca un minimo di spiegazioni sulle ragioni della scelta delle norme comunitarie di cui chiede l'interpretazione e sul rapporto che egli ritiene esista tra tali disposizioni e la normativa nazionale applicabile alla controversia". Cfr. Corte giust., sentenza 8 novembre 2007, in causa C-20/05, *Schwibbert*, in *Raccolta*, p. I-9447, punto 21.

<sup>285</sup> Corte di giust., sentenza 16 marzo 1978, in causa C-104/77, *Oehlschlager*, in *Raccolta*, 1978, p. 791 ss., punto 4, secondo cui "in forza dell'art. 177 del Trattato, basato sulla netta separazione di funzioni tra i giudici nazionali e la Corte, questa può pronunciarsi unicamente sulla interpretazione o sulla validità di un testo comunitario, in base ai fatti indicati dal giudice nazionale; il controllo dell'esattezza di questi fatti è sottratto al sindacato della Corte e spetta al giudice nazionale".

<sup>286</sup> Corte giust., sentenza 27 marzo 1963, in cause riunite C-28, 29, 30/62, *Da Costa*, in *Raccolta*, 1963, p. 74 ss.

<sup>287</sup> Corte giust., sentenza 6 ottobre 1982, in causa C-283/81, *Cilfit*, in *Raccolta*, 1982, p. 3415 ss. La controversia riguardava l'imposizione del pagamento di una somma in sede di importazione di lane ritenuta contraria a quanto previsto da un regolamento comunitario. L'amministrazione statale non riteneva esistenti dei dubbi interpretativi mentre i privati insistevano sul fatto che, essendo stata posta la questione di un contrasto con l'allora diritto comunitario, la Corte di Cassazione, quale giudice di ultima istanza, fosse obbligata al rinvio pregiudiziale. Questo caso ha offerto alla Corte di giustizia l'occasione per chiarire il significato e la portata del rinvio pregiudiziale precisando che non è

ipotesi del venir meno dell'obbligo in parola, dall'altro ne ha definito in dettaglio i presupposti sulla base di rigidi criteri di valutazione.

In particolare, per i giudici di ultima istanza non è obbligatorio adire la Corte di giustizia in via pregiudiziale quando la norma da interpretare risulti chiara, venga in gioco questione identica ad altra già sollevata e risolta in via pregiudiziale, risulti non pertinente e, quindi, irrilevante sull'esito del giudizio, si sia formata giurisprudenza consolidata sul punto o, infine, se la corretta applicazione del diritto dell'Unione si imponga con tale evidenza da non lasciar adito a ragionevoli dubbi sulla soluzione da dare alla questione sollevata (c.d. teoria dell'*acte clair*).<sup>288</sup>

La ricorrenza delle condizioni sopra riportate non impedisce ovviamente al giudice, qualora lo ritenga opportuno, di rimettere al vaglio della Corte una questione già affrontata e risolta verso la cui esattezza nutra dei dubbi.<sup>289</sup>

La regola e le relative eccezioni, all'obbligo del rinvio pregiudiziale da parte dei giudici di ultima istanza, sono state ampiamente dibattute in dottrina che, se, da un lato, ne ha sottolineato i vantaggi, dall'altro, ne ha evidenziato i possibili abusi.

Il che è sufficiente a far comprendere quanto sia delicata l'operazione di individuazione, da parte della Corte, delle deroghe ad un istituto che costituisce, per definizione, la sede ultima per la tutela dei diritti riconosciuti ai singoli dal diritto dell'Unione.

In proposito, appare opportuno richiamare l'ordinanza con la quale la VI sezione del Consiglio di Stato ha recentemente sottoposto alla Corte di giustizia una serie di quesiti relativi alla portata dell'obbligo di rinvio

---

sufficiente che venga sollevata in giudizio una questione di interpretazione per fondare l'obbligo di remissione alla Corte.

<sup>288</sup> Corte giust., sentenza *Cilfit*, *cit.*, punto 21.

<sup>289</sup> In tal senso, Corte giust., sentenza *Cilfit*, *cit.*, punto 15; Corte giust., sentenza 2 aprile 2009, in causa C-260/07, *Pedro IV Servicios*, in *Raccolta*, p. I-2437, punto 31; Corte giust., sentenza 18 ottobre 2011, in procedimenti riuniti da C-128/09 a C-131/09, C-134/09 e C-135/09, *Boxus e a. c. Région wallonne*, in *Raccolta*, 2011, punto 32, ove si precisa che “secondo costante giurisprudenza i giudici nazionali mantengono, sempre, la completa libertà di adire la Corte qualora lo ritengano opportuno. Inoltre, il fatto che le disposizioni di cui si chiede l'interpretazione siano già state interpretate dalla Corte o possano essere considerate prive di ogni ragionevole dubbio non ha l'effetto di rendere la Corte incompetente a pronunciarsi”.

pregiudiziale, gravante sui giudici di ultima istanza.<sup>290</sup>

Il tema di fondo sollevato è se sulla base dell'art. 267, paragrafo 3, TFUE, il giudice nazionale, superando le regole interne che prevedono un articolato sistema di preclusioni processuali<sup>291</sup>, sia tenuto a modificare e adattare il quesito pregiudiziale di parte, al fine di renderlo compatibile con i requisiti del diritto dell'Unione.

Al riguardo, può dirsi che, in linea con le consuete modalità di funzionamento dell'autonomia procedurale, ove l'applicazione del diritto processuale nazionale costituisca un ostacolo insuperabile alla piena attuazione del diritto dell'Unione, il giudice *a quo* è tenuto a conformare le regole interne alle istanze di matrice europea.

In forza del principio di effettività, se il giudice nazionale accerta la rilevanza della questione ai fini della decisione del caso di specie, questi dovrà pertanto riformulare l'istanza di rinvio presentata dalla parte, anche in deroga ai normali principi processuali statuali.<sup>292</sup>

Per quanto attiene al rinvio pregiudiziale volto all'accertamento della

---

<sup>290</sup> Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 5 marzo 2012, n. 1244, *cit.*

<sup>291</sup> Nello specifico, l'ordinanza del Consiglio di Stato, al punto 9.10.9, lett. a), richiama le norme in materia di “*termini di ricorso, specificità dei motivi, divieto di modifica della domanda in corso di causa, divieto per il giudice di modificare la domanda di parte*”.

<sup>292</sup> In questi termini, M.P. Chiti, *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 745 ss., spec. p. 754, il quale aggiunge che “*il quesito posto dal Consiglio di Stato alla Corte di giustizia sembra dimenticare un punto chiave, da tempo stabilito dal giudice comunitario: quello della rilevanza d'ufficio delle questioni di diritto dell'Unione, eventualmente anche in deroga ai poteri del giudice previsti dal diritto nazionale (...). Stando così le cose, a fronte di questioni di diritto dell'Unione rilevanti per il caso da decidere, il giudice nazionale (...) può sollevare d'ufficio la questione o soccorrere l'istanza di parte, anche con una sua riformulazione per renderla compatibile con le regole processuali della Corte di giustizia*”. Sono state inoltre manifestate perplessità da D.U. Galetta, *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 433 ss., spec., p. 441, in merito al quesito di cui al punto 9.10.9, lett. b), con il quale il Consiglio di Stato ha chiesto alla Corte “*se osti o meno all'applicazione dell'art. 267, par. 3, TFUE, in relazione all'obbligo del giudice di ultima istanza di rinvio pregiudiziale di una questione di interpretazione del diritto comunitario sollevata da una parte in causa, un potere di filtro da parte del giudice nazionale in ordine alla rilevanza della questione e alla valutazione del grado di chiarezza della norma comunitaria*”. Secondo l'Autrice, l'esistenza di un tale potere non solo non contrasta con la disciplina sovranazionale ma è, anzi, perfettamente rispondente alla funzione svolta dal giudice nazionale nell'ambito del rapporto di reciproca cooperazione, tra organi giurisdizionali, che il legislatore dei Trattati ha inteso instaurare, attraverso la predisposizione del meccanismo in esame.

validità di un atto dell'Unione europea, l'obbligo di remissione alla Corte si impone nei confronti di tutti i giudici, siano essi di ultima istanza o meno, benché, sul piano strettamente letterale, l'art. 267 del TFUE disponga diversamente.

Tale diverso indirizzo giurisprudenziale che, di fatto, accentra presso la Corte ogni decisione sulle questioni di validità degli atti dell'Unione europea e che prende avvio con la nota sentenza *Foto vs. Frost*<sup>293</sup> è legato, nell'interpretazione dei giudici di Lussemburgo, alla salvaguardia ed alla coerenza del sistema ed, in particolare, ad evitare il rischio che si creino divergenze, fra i giudici degli Stati membri, in ordine alla validità degli atti di matrice europea, compromettendo la stessa unità dell'ordinamento giuridico dell'Unione e la certezza del diritto.<sup>294</sup>

In relazione all'efficacia della sentenza pregiudiziale, va osservato che questa ha forza obbligatoria, essendo vincolante per il giudice *a quo* che non può contestarne la validità<sup>295</sup>, e produce effetti *erga omnes* ed in linea di principio *ex tunc*, attesa la natura dichiarativa e non creativa della stessa.

La stessa Corte ha statuito che, quando interpreta una norma del diritto dell'Unione europea, essa “*chiarisce e precisa, quando ve ne sia il bisogno, il significato e la portata della norma, quale deve, o avrebbe dovuto, essere intesa ed applicata dal momento della sua entrata in vigore*” e che la norma,

---

<sup>293</sup> Corte giust., sentenza 22 ottobre 1987, in causa C-314/85, *Foto c. Frost*, in *Raccolta*, p. 4199. Pronuncia, questa, che ha suscitato notevoli critiche in dottrina. In particolare, è stato evidenziato come la Corte di giustizia si sia appropriata di un potere senza che ciò trovasse fondamento nell'ex art. 234 del TCE, istituendo l'obbligo di effettuare il rinvio pregiudiziale anche nei casi rispetto ai quali gli autori del Trattato avevano previsto una semplice facoltà, avocando a sé la competenza esclusiva a sindacare la validità degli atti comunitari. Tale indirizzo giurisprudenziale ha tuttavia trovato una sua formalizzazione da parte della stessa Corte di giustizia nella citata nota informativa, laddove precisa ai punti 15 e 16 che “*anche se i giudici hanno la possibilità di respingere i motivi di invalidità dedotti dinanzi ad essi, spetta unicamente alla Corte dichiarare un atto comunitario invalido*” e che “*ogni giudice nazionale deve quindi sottoporre una questione alla Corte quando nutre dubbi sulla validità di un atto comunitario, indicando i motivi per cui ritiene che l'atto comunitario possa essere viziato da invalidità*”.

<sup>294</sup> Corte giust., sentenza 6 dicembre 2005, in causa C-461/03, *Gaston Schul*, in *Raccolta*, p. I-10513.

<sup>295</sup> Rileva sul punto P. Pescatore, *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, in *Il Foro Italiano*, 1986, IV, p. 26 ss., che “*essa vincola il giudice nazionale; non si tratta quindi, contrariamente ad un'opinione che talvolta si riscontra, di un semplice parere o di un'opinione*”.

così interpretata, “*deve essere applicata dal giudice anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima della sentenza interpretativa*”.<sup>296</sup>

Rientra però nella competenza della Corte di giustizia poter stabilire, in modo esplicito nella stessa sentenza, se gli effetti della pronuncia vadano limitati nel tempo, in forza del principio della certezza del diritto, tenuto conto delle eventuali gravi ripercussioni che potrebbe provocare, se applicata retroattivamente, la riapertura di situazioni giuridiche già definite.<sup>297</sup>

Da quanto ora esposto, è di tutta evidenza come il rinvio pregiudiziale sia uno strumento di grandissima utilità nel contesto del dovere di reciproca cooperazione tra giudici nazionali e Corte di giustizia.

In proposito, appare opportuno sottolineare come esso appaia rispettoso del principio dell'autonomia procedurale, quale prerogativa riconosciuta agli Stati membri di individuare gli strumenti utili a garantire l'attuazione del diritto dell'Unione.

Ed, infatti, fermo restando il carattere vincolante della sentenza espressa in tale sede dal giudice del Lussemburgo, la stessa lascia comunque un margine di apprezzamento in ordine alla sua concreta applicazione, nel caso di specie, dal giudice *a quo*.

Il che ha luogo in quanto spetta al giudice nazionale “*valutare se una regolamentazione chiaramente incompatibile con il diritto comunitario (...) sia manifestamente illegittima ai sensi del proprio diritto*”.<sup>298</sup>

Detto approccio, in linea con il dovere di leale cooperazione, “*se da un lato soddisfa le esigenze di effettività del diritto comunitario sostanziale, dall'altro*

---

<sup>296</sup> Corte giust., sentenza 27 marzo 1980, in causa C-61/79, *Denkavit Italiana*, in *Raccolta*, p. 1205 ss., punto 16; Corte giust., sentenza 3 ottobre 2002, in causa C-347/00, *Barreira Perez*, in *Raccolta*, p. I-8191, punto 44.

<sup>297</sup> Corte giust., sentenza 8 aprile 1976, in causa C 43/75, *Defrenne*, in *Raccolta*, 1976, p. 455 ss., spec., punti 71 e 75; Corte giust., sentenza 27 marzo 1980, in cause riunite C-66/79, C-127/79 e C-128/79, *Salumi*, in *Raccolta*, 1980, p. 1237 ss., punto 10, ove si legge che “*soltanto in via eccezionale la Corte di giustizia, come ha essa stessa riconosciuto, potrebbe essere indotta, in base ad un principio generale di certezza del diritto, inerente all'ordinamento giuridico comunitario, e tenuto conto dei gravi sconvolgimenti che la sua sentenza potrebbe provocare per il passato nei rapporti giuridici stabiliti in buona fede, a limitare la possibilità degli interessati di far valere la disposizione così interpretata per rimettere in questione tali rapporti giuridici*”.

<sup>298</sup> Corte giust., sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04, *i-21 Germany*, e C-422/04, *Arcor*, in *Raccolta*, p I-8859, punto 71.

*fa salva quella discrezionalità nella scelta dei mezzi che è caratteristica del concetto di autonomia procedurale*".<sup>299</sup>

Emerge dunque la configurazione di un istituto che, lungi dall'invadere le prerogative processuali statuali, consente di impiegare gli strumenti posti dai legislatori nazionali in vista della piena attuazione delle istanze sovranazionali.

Il principio di cui all'art. 4 del TUE viene peraltro in rilievo, con riguardo al procedimento in esame, anche sotto un altro distinto profilo.

Attraverso quello che autorevole dottrina ha definito "l'uso alternativo" del rinvio pregiudiziale, sono state sottoposte all'attenzione della Corte di giustizia questioni che solo formalmente attengono al diritto sovranazionale, ma che, in realtà, riguardano una prassi o una norma di diritto interno di cui si vuole contestare la compatibilità col diritto dell'Unione.<sup>300</sup>

La Corte di giustizia, per evitare possibili abusi o un utilizzo improprio del meccanismo processuale, ha progressivamente stabilito una serie di parametri alla cui stregua valutare la rilevanza e pertinenza della questione che le è stata sottoposta e, se del caso, dichiararla irricevibile.

La sussistenza di un contrasto interpretativo, reale e non fittizio, rilevante ai fini della decisione da assumere, costituisce condizione indispensabile perché sorga la competenza della Corte a pronunciarsi in via pregiudiziale.

Ciò nonostante, la dichiarazione di irricevibilità delle questioni pregiudiziali è rimasta *l'extrema ratio* ed è stata limitata ai soli casi eclatanti, data la propensione della Corte a rispondere comunque, nei limiti del possibile, ai quesiti formulati dalle giurisdizioni nazionali.<sup>301</sup>

---

<sup>299</sup> Così D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, op. cit., p. 115.

<sup>300</sup> Sull'argomento, si veda L. Ferrari Bravo, E. Moavero Milanesi, *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2000, p. 153; A. Tizzano, *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 141 ss., spec., p. 147. L. Fumagalli, *Articolo 234*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, op. cit., p. 799.

<sup>301</sup> La maggior parte delle dichiarazioni di irricevibilità hanno riguardato questioni pregiudiziali non rilevanti per la soluzione della causa principale, aventi carattere generale e puramente ipotetico, sollevate nell'ambito di cause in cui non era applicabile il diritto di matrice europea, poste con indicazioni parziali od imprecisi o, infine, sollevate nell'ambito di una controversia fittizia. Significativa, in quest'ultimo senso, è la nota causa *Foglia c. Novello* (Corte giust., sentenza 11 marzo

Il giudice del Lussemburgo, nell'ottica della piena collaborazione con il giudice nazionale, ed al fine di fornire una soluzione utile per la decisione della controversia di cui è stata investita, è sovente intervenuto riformulando quesiti mal posti, o espressi in maniera impropria, prendendo in considerazione anche norme del diritto dell'Unione europea non espressamente richiamate dal giudice del rinvio.<sup>302</sup>

E' stato però sottolineato da attenta dottrina la necessità, per arginarne un fenomeno in continua crescita, di fare ricorso al rinvio pregiudiziale soltanto quando realmente necessario, essendo molto spesso la giurisprudenza stessa della Corte in grado di fornire già una esauriente risposta ai dubbi interpretativi.<sup>303</sup>

Dal principio di leale cooperazione rettammente inteso discende, invero, il dovere del giudice nazionale di astenersi dal formulare quesiti pregiudiziali ultronei o il cui unico scopo è quello di ottenere l'avallo della Corte di giustizia su questioni attinenti esclusivamente al diritto nazionale.<sup>304</sup>

---

1980, in causa C-104/79, in *Raccolta*, 1980, p. 745 ss.), instaurata fra soggetti privati d'accordo sul risultato da conseguire, soltanto per ottenere la condanna del regime fiscale francese.

<sup>302</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 20 marzo 1986, in causa C-35/85, *Tissier*, in *Raccolta*, 1986, p. 1207 ss., punto 9, ove si legge che *“in proposito si deve rilevare che la Corte, di fronte a questioni formulate in modo improprio o che superano l'ambito della sua competenza ai sensi dell'art. 177, è tenuta a trarre dall'insieme degli elementi forniti dal giudice nazionale, ed in particolare dalla motivazione del provvedimento di rinvio, gli elementi di diritto comunitario che richiedano un'interpretazione - o eventualmente un esame della validità -, tenuto conto dell'oggetto della controversia. Per fornire una soluzione utile al giudice che le ha sottoposto una questione pregiudiziale, la Corte può essere indotta a prendere in considerazione norme del diritto comunitario alle quali il giudice nazionale non ha fatto riferimento nel formulare la questione. Per contro, spetta al giudice nazionale decidere se la norma comunitaria, così come interpretata dalla Corte in forza dell'art. 177, si applichi o no al caso sottoposto alla sua valutazione”*.

<sup>303</sup> Sul tema, si veda D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, *op. cit.*, p. 102 ss.

<sup>304</sup> Al riguardo, merita di essere menzionata Corte giust., sentenza 21 dicembre 2011, in causa C-482/10, *Cicala c. Regione Siciliana*, in *Raccolta*, 2011, che trae origine da una domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dalla Corte dei conti, avente ad oggetto l'interpretazione del principio di motivazione degli atti amministrativi, di cui all'art. 296, secondo comma, TFUE, ed all'art. 41, n. 2, lett. c), della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Nonostante la controversia riguardasse una situazione puramente interna, il giudice *a quo* ha ritenuto che la soluzione della stessa fosse legata all'interpretazione delle richiamate disposizioni di matrice europea, operanti in forza del rinvio generale al diritto dell'Unione di cui all'art. 1 della legge 241/90. La Corte di giustizia ha di contro sostenuto, al punto 20 della motivazione, di non essere competente a risolvere le questioni sollevate, essendo *“pacifico che la controversia di cui alla causa principale verte su disposizioni di diritto nazionale che si applicano in un contesto puramente nazionale”*. D'altra parte, al punto 29, la Corte ha chiarito che *“né la decisione di rinvio, né la legge n. 241/1990 apportano indicazioni*

Del resto, la Corte non può pronunciarsi sull'interpretazione di disposizioni di leggi nazionali, né sulla conformità di tali disposizioni al diritto dell'Unione, ma deve solo limitarsi a fornire al giudice nazionale gli elementi interpretativi che gli permettano di risolvere il problema giuridico da affrontare.

Alla luce dell'analisi sin qui condotta appare con estrema chiarezza il ruolo cruciale svolto dal rinvio pregiudiziale nello sviluppo e rafforzamento del sistema nel suo complesso ed il contributo essenziale dato alla enucleazione di alcuni principi fondamentali del diritto dell'Unione, in ossequio al dovere di leale cooperazione e nel pieno rispetto dell'autonomia procedurale degli Stati membri.

A conferma della persistente rilevanza del meccanismo in esame, possono peraltro essere richiamate due importanti pronunce del 2010, in cui la Corte ha inteso salvaguardare tale strumento da disposizioni nazionali che potrebbero comprometterne l'utilizzo.

In primo luogo, nella sentenza *Melki*<sup>305</sup>, il giudice del Lussemburgo ha valutato la compatibilità, con il diritto dell'Unione, dell'obbligo di previo rinvio di costituzionalità previsto dalla nuova legge organica francese n. 1523 del 2009.<sup>306</sup>

Sul punto, si erano già espressi sia il Conseil constitutionnel<sup>307</sup>, sia il

---

*sufficientemente precise dalle quali potrebbe dedursi che, richiamandosi, all'art. 1 della legge n. 241/1990, ai principi del diritto dell'Unione, il legislatore nazionale abbia inteso, con riferimento all'obbligo di motivazione, realizzare un rinvio al contenuto delle disposizioni degli artt. 296, secondo comma, TFUE e 41, n. 2, lett. c), della Carta o ancora ad altre disposizioni del diritto dell'Unione inerenti all'obbligo di motivazione dei provvedimenti, al fine di applicare un trattamento identico alle situazioni interne e a quelle disciplinate dal diritto dell'Unione. Non si può dunque concludere che, nel caso di specie, sussista un interesse certo dell'Unione a che sia preservata l'uniformità di interpretazione di dette disposizioni".*

<sup>305</sup> Corte giust., sentenza 22 giugno 2010, in cause riunite C-188/10 e C-189/10, *Melki*, in *Raccolta*, p. I-5567.

<sup>306</sup> Il procedimento delineato dalla citata legge impone ai giudici di pronunciarsi in via prioritaria sulla trasmissione, all'organo giurisdizionale nazionale incaricato di effettuare il controllo di costituzionalità delle leggi, di una questione vertente sulla conformità con la Costituzione di una disposizione di diritto interno quando, contemporaneamente, è posta in discussione la conformità della medesima con le disposizioni del diritto dell'Unione (cfr. punto 31 della sentenza *Melki*, cit.).

<sup>307</sup> Conseil constitutionnel, 12 maggio 2010, Décision 2010-605 DC, in *Actualité Juridique Droit Administratif*, 2010, p. 1048 ss.

Conseil d'Etat <sup>308</sup> che, con le loro pronunce, hanno inteso sostenere la piena compatibilità del nuovo sistema di giustizia costituzionale francese con il diritto dell'Unione.

L'intervento congiunto dei due supremi giudici ed il quadro interpretativo che ne è scaturito hanno consentito alla Corte di giustizia di escludere il paventato contrasto con l'art. 267 TFUE. <sup>309</sup>

Nel caso di specie, la Corte si è limitata ad elencare i requisiti che il rinvio prioritario di costituzionalità deve soddisfare per potere essere considerato compatibile con il diritto dell'Unione, lasciando al giudice nazionale il compito di verificare se detti requisiti possano, o meno, essere soddisfatti attraverso il meccanismo dell'interpretazione conforme. <sup>310</sup>

Pertanto, se quest'ultimo dovesse ritenere che il rinvio prioritario di costituzionalità rappresenti un irrimediabile ostacolo procedurale al rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, la conseguenza non potrebbe che essere la disapplicazione di tali norme procedurali nazionali. <sup>311</sup>

---

<sup>308</sup> Conseil d'Etat, sentenza 14 maggio 2010, n. 312305, *Rujovic*.

<sup>309</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Melki*, cit., punto 57, in cui si afferma che se “l'art. 267 TFUE osta ad una normativa di uno Stato membro che instaura un procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale delle leggi nazionali, nei limiti in cui il carattere prioritario di siffatto procedimento abbia l'effetto di impedire (...) a tutti gli altri organi giurisdizionali nazionali di esercitare la loro facoltà o di adempiere il loro obbligo di sottoporre questioni pregiudiziali alla Corte”, tuttavia, la violazione del citato articolo non sussiste, allorché “gli altri organi giurisdizionali nazionali restino liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento che ritengano appropriata, ed anche al termine del procedimento incidentale di controllo della legittimità costituzionale, qualsiasi questione pregiudiziale che essi ritengano necessaria, di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione, e di disapplicare, al termine di siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione”.

<sup>310</sup> In questi termini, D.U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, Report annuale - 2011 - Italia (dicembre 2011), su [www.ius-publicum.it](http://www.ius-publicum.it), p. 33, che evidenzia il diverso approccio seguito dal giudice del Lussemburgo rispetto alla sentenza *Simmenthal*, cit., nella quale la Corte ha imposto, al giudice nazionale, l'obbligo di disapplicare qualsiasi disposizione contraria al diritto sovranazionale, “senza dovere chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale”.

<sup>311</sup> In forza di detta considerazione, D.U. Galetta, *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 221 ss., spec., p. 231, sottolinea che sarebbe dunque errato ritenere che la Corte di giustizia abbia voluto legittimare, *tout court*, il rinvio prioritario di costituzionalità previsto dalla legge organica francese. Il ricorso al potere di disapplicazione, da parte del giudice francese, è espressamente ipotizzato anche dall'Avvocato generale Masak, nelle conclusioni del 7 giugno 2010, formulate per la causa *Melki*, cit.

In secondo luogo, giova esaminare la sentenza *Elchinov*.<sup>312</sup>

Con il terzo quesito pregiudiziale, il Tribunale amministrativo di Sofia chiedeva, alla Corte di giustizia, se una norma del diritto processuale nazionale potesse mettere in discussione la facoltà di rinvio pregiudiziale, spettante ai giudici nazionali non di ultima istanza, ai sensi del Trattato sul funzionamento dell'Unione.<sup>313</sup>

Pronunciandosi al riguardo, la Corte ha escluso tale eventualità, poiché “secondo una giurisprudenza consolidata<sup>314</sup>, l'art. 267 TFUE conferisce ai giudici nazionali la più ampia facoltà di adire la Corte qualora ritengano che, nell'ambito di una controversia dinanzi ad essi pendente, siano sorte questioni che implicino un'interpretazione o un accertamento della validità delle disposizioni del diritto dell'Unione che siano essenziali ai fini della pronuncia nel merito della causa di cui sono investiti”.<sup>315</sup>

Di conseguenza, “una norma di diritto nazionale, ai sensi della quale gli organi giurisdizionali non di ultima istanza siano vincolati da valutazioni formulate dall'organo giurisdizionale superiore, non può privare detti organi giurisdizionali della facoltà di investirla di questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione, rilevante nel contesto di dette valutazioni in diritto”.<sup>316</sup>

Sulla scorta dell'analisi svolta, si può concludere nel senso che la difesa del

---

<sup>312</sup> Corte giust., sentenza 5 ottobre 2010, in causa C-173/09, *Elchinov*, in *Raccolta*, p. I-8889.

<sup>313</sup> Corte giust., sentenza *Elchinov*, *cit.*, punto 24.

<sup>314</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 16 gennaio 1974, in causa C-166/73, *Rheinmühlen-Düsseldorf*, in *Raccolta*, p. 33, punto 3; Corte giust., sentenza 27 giugno 1991, in causa C-348/89, *Mecanarte*, in *Raccolta*, p. I-3277, punto 44; Corte giust., sentenza 10 luglio 1997, in causa C-261/95, *Palmisani*, in *Raccolta*, p. I-4025, punto 20; Corte giust., sentenza 16 dicembre 2008, in causa C-210/06, *Cartesio*, in *Raccolta*, p. I-9641, punto 88; Corte giust., sentenza *Melki*, *cit.*, punto 41.

<sup>315</sup> Corte giust., sentenza *Elchinov*, *cit.*, punto 26. Esaminando detta statuizione, D.U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, *op. cit.*, p. 34, ha configurato due possibili scenari. Per un verso, il giudice nazionale potrebbe interpretare la norma del codice bulgaro di procedura amministrativa, in modo da consentire, comunque, l'esperibilità del rinvio pregiudiziale. Per altro verso, nell'impossibilità di fare ciò, il giudice interno dovrebbe necessariamente procedere alla disapplicazione della norma procedurale nazionale, pur in assenza di primato. Ed, infatti, secondo l'Autrice, dal momento che “non esiste sul punto una norma di diritto processuale dell'Unione non si pone questione di primato e siamo invece, chiaramente, nel contesto d'azione dell'autonomia procedurale degli Stati membri”.

<sup>316</sup> Corte giust., sentenza *Elchinov*, *cit.*, punto 27.

rinvio pregiudiziale, operata dalla Corte di giustizia, si collega alla grande efficacia di tale strumento di cooperazione, che ha consentito di valorizzare ed esaltare il ruolo dei giudici nazionali, quali giudici “decentrati”<sup>317</sup>, nell'azione di garanti del diritto dell'Unione, in funzione del raggiungimento di due primari obiettivi come la tutela dei diritti dei privati e l'uniforme applicazione del diritto sovranazionale in tutti gli Stati membri.

---

<sup>317</sup> L'espressione è di A. Tizzano, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, op. cit., p. 17.

## CAPITOLO TERZO

### AUTONOMIA PROCEDURALE E AUTOTUTELA DECISORIA

*1. Autonomia procedurale, esecuzione amministrativa del diritto dell'Unione europea e atti inoppugnabili.*

Il tema delle conseguenze che i principi fondamentali del diritto dell'Unione esplicano sull'attività delle amministrazioni nazionali non sempre è stato oggetto di elevato approfondimento nel dibattito dottrinale e giurisprudenziale europeo.<sup>318</sup>

La ragione di tale minore attenzione si ricollega allo sviluppo fortemente giurisprudenziale di tale diritto, in considerazione del ruolo svolto dalla Corte di giustizia nella costruzione dell'ordinamento sovranazionale e del legame instauratosi tra la stessa e i giudici interni.<sup>319</sup>

Il che ha avuto luogo, prevalentemente, in virtù del meccanismo del rinvio pregiudiziale, il quale ha stabilito un collegamento diretto tra gli organi, nazionali e dell'Unione, deputati ad assolvere funzioni giurisdizionali.

Detto legame, viceversa, non sussiste, o quanto meno, non sussiste con la stessa intensità tra le amministrazioni degli Stati membri e l'amministrazione dell'Unione europea, nonostante siano le autorità nazionali, al pari dei giudici interni, a dovere dare esecuzione alle norme del diritto sovranazionale.

---

<sup>318</sup> Detta osservazione è svolta da M.P. Chiti, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, op. cit., p. 478, con particolare riguardo al contrasto tra atto amministrativo nazionale e diritto dell'Unione. A conferma della disomogenea rilevanza della questione nei diversi sistemi di giustizia amministrativa, si rimanda, per quanto attiene all'ordinamento spagnolo, a J. Baquero Cruz, D. Sarmiento, *Principios fundamentales del ordenamiento comunitario y administraciones nacionales*, in AA.VV. *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento español: texto del informe, estudios y ponencias*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 473.

<sup>319</sup> Fondamentali, al riguardo, le considerazioni di M.P. Chiti, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 796 ss.

Tendenzialmente, infatti, i Trattati non attribuiscono agli organi dell'Unione il compito di dare attuazione al diritto di matrice europea, con la conseguenza che, in mancanza di una specifica disciplina comune, gli Stati membri provvederanno a tale esecuzione utilizzando le regole di procedura nazionali.<sup>320</sup>

Anche in quest'ambito, a venire in rilievo sarà l'autonomia procedurale degli Stati membri che, come opportunamente sottolineato, trova applicazione anche in relazione ad istituti che nel nostro ordinamento vengono considerati di diritto sostanziale.<sup>321</sup>

La definizione di diritto procedurale deve infatti essere colta in una prospettiva conforme al diritto sovranazionale<sup>322</sup>, basata sulla distinzione tra norme dell'Unione di natura sostanziale e sistemi nazionali finalizzati a “sanzionare” l'osservanza delle prime.<sup>323</sup>

Posto, allora, che nella nozione di diritto procedurale devono essere ricompresi tutti gli strumenti idonei a garantire l'osservanza del diritto dell'Unione, il principio dell'autonomia procedurale ed i suoi limiti andranno considerati anche in riferimento al tema dell'autotutela, che presuppone il potere, riconosciuto alle pubbliche amministrazioni, di annullare provvedimenti illegittimi o inopportuni.

Al riguardo, l'aspetto che ha suscitato maggiore interesse, è stato quello della sorte dell'atto amministrativo nazionale emanato in violazione del diritto dell'Unione, con particolare riferimento alla questione della doverosità di un

---

<sup>320</sup> Cfr. L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, op. cit., p. 781, il quale richiama in nota i più importanti contributi in materia ed, in particolare, G. Sacchi Morsiani, *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, Milano, 1965, p. 81, che significativamente definisce le amministrazioni nazionali come “braccio secolare” delle autorità comunitarie.

<sup>321</sup> Così D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, op. cit., p. 2.

<sup>322</sup> Sulla necessità di accogliere un “*approccio comunitario al diritto*” anche sul piano terminologico, si veda G. Tesauro, *Diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. XVI.

<sup>323</sup> Cfr. J. Mertens de Wilmars, *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, op. cit., p. 390.

intervento demolitorio, da parte delle amministrazioni nazionali, d'ufficio o su istanza di parte.

L'importanza del problema è legata al fatto che l'esercizio obbligatorio del potere di autotutela contrasterebbe con la tradizionale ricostruzione di tali procedimenti, considerati discrezionali tanto nell'*an* quanto nel *quomodo*.<sup>324</sup>

Una soluzione del genere ridimensionerebbe alcune istanze di tutela, come quelle connesse all'affidamento dei consociati o alla certezza delle situazioni giuridiche consolidate<sup>325</sup>, in favore dell'interesse pubblico all'incondizionata prevalenza ed effettività del diritto dell'Unione.

Si dovrà verificare, allora, la compatibilità di tale indirizzo con i consueti limiti dell'autonomia procedurale, al fine di comprendere se tale esito sia imposto dal diritto dell'Unione europea in considerazione dei parametri individuati dalla sentenza *Rewe*.<sup>326</sup>

In proposito, sarà evidenziato come, ogni qual volta la Corte di giustizia abbia fatto un uso corretto dei criteri dell'equivalenza e dell'effettività, l'esito sia stato quello di escludere la necessità di modificare il tradizionale modo di operare delle pubbliche amministrazioni.<sup>327</sup>

In assenza di norme procedurali comuni, l'utilizzo della disciplina nazionale in vista del soddisfacimento delle istanze del diritto dell'Unione, può infatti essere considerata una soluzione accettabile, solo ove contenuta entro i citati limiti.

---

<sup>324</sup> Per una critica della ricostruzione tradizionale, che configura l'autotutela quale potere di carattere discrezionale, si rimanda a M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, p. 173 ss., laddove l'Autrice considera doveroso l'atto di revoca in applicazione del principio di efficacia e sulla base della necessità di garantire l'adeguatezza del risultato dell'azione amministrativa.

<sup>325</sup> In ordine ai principi della certezza del diritto e di tutela del legittimo affidamento si richiamano, tra i diversi contributi sul tema, L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998; A. Damato, *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 299 ss. Sull'affidamento in rapporto all'esercizio del potere di autotutela si rimanda, oltre allo scritto citato nella nota precedente, a S. Antoniazzi, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005 e, con particolare riferimento al tema del recupero degli aiuti di Stato illegittimi, a S. González-Varas Ibáñez, *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 2008, p. 170 ss.

<sup>326</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Rewe*, cit.

<sup>327</sup> Si esprime in questi termini G. Greco, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, op. cit., p. 505 ss.

Detta riflessione appare particolarmente significativa nell'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo sia divenuto definitivo in forza di una sentenza passata in giudicato.

In questo caso, infatti, l'imposizione dell'obbligo di riesame o, ancor di più, dell'esito caducatorio dello stesso rischierebbe di compromettere l'assetto di interessi definito dall'istituto che in tutti gli ordinamenti, ivi compreso quello dell'Unione, è considerato la massima espressione del principio della certezza del diritto.<sup>328</sup>

---

<sup>328</sup> Sulla rilevanza del principio della certezza del diritto in ambito nazionale ed europeo, si veda G. Gruner, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto e di autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2007, p. 240 ss., spec., p. 258.

## 2. Patologia dell'atto amministrativo contrario al diritto dell'Unione.

Al fine di comprendere il modo in cui la “funzionalizzazione”<sup>329</sup> delle norme nazionali che conferiscono alle amministrazioni il potere di riesame possa incidere sulla configurazione dell'istituto dell'autotutela, appare opportuno inquadrare il tema in esame nell'ambito del rapporto tra ordinamento nazionale e dell'Unione europea.

Il processo di integrazione ha infatti originato varie questioni problematiche tra cui quelle riguardanti la specie di patologia che affligge un atto amministrativo contrastante con una norma sovranazionale, sia quando la violi direttamente, sia nell'ipotesi in cui esso sia stato adottato sulla base di una disciplina interna incompatibile con quella dell'Unione.

Le tesi elaborate al riguardo sono assai diverse ed essenzialmente legate alla configurazione accolta in ordine al rapporto tra i due ordinamenti.

Sul punto, occorre anzitutto osservare come le letture del fenomeno che sono state proposte dalla Corte costituzionale italiana e dalla Corte di giustizia, pur giungendo alla stessa conclusione del primato della norma sovranazionale direttamente applicabile sul diritto interno con esso confligente, ricostruiscono detto rapporto in modo radicalmente diverso.

Da una parte, il giudice del Lussemburgo ha sostenuto fin dalla sentenza *Costa c. Enel* del 1964 la tesi del monismo ordinamentale, poi compiutamente sviluppata nella successiva pronuncia *Simmenthal*.

Di contro, la Consulta ha sempre sottolineato il carattere autonomo ed indipendente dell'ordinamento giuridico dell'Unione rispetto a quello nazionale, ritenendo di dovere accogliere il modello dualistico tipico del diritto internazionale.<sup>330</sup>

---

<sup>329</sup> Sull'uso di tale espressione, si veda D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, op. cit., p. 28.

<sup>330</sup> Corte cost., sentenza 24 febbraio 1964, n. 14, e sentenza 16 dicembre 1965, n. 98.

In seguito, la Corte costituzionale si è adeguata alla posizione del giudice dell'Unione in ordine alla necessità di assicurare un sindacato diffuso sulla legittimità comunitaria delle disposizioni nazionali, senza mai abbandonare, tuttavia, la tesi della separazione dei due ordinamenti considerati “*coordinati, ma distinti e reciprocamente autonomi*”.<sup>331</sup>

Sulla questione assume particolare rilevanza la riforma del Titolo V della Costituzione, operata con la legge costituzionale 18 ottobre 2001, n. 3, in forza della quale è stato modificato l'art. 117, con l'introduzione di un esplicito riferimento alla necessità che la potestà legislativa sia esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel “*rispetto dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario*”.

Nonostante parte della dottrina abbia interpretato detta modifica nel senso di allineare il nostro ordinamento alla giurisprudenza della Corte di giustizia “*sul punto cruciale del monismo ordinamentale*”,<sup>332</sup> la Corte costituzionale non si è finora espressa sulla portata di tale innovazione.

Piuttosto, in alcune successive pronunce<sup>333</sup>, aventi ad oggetto la valutazione della costituzionalità delle leggi impugnate alla stregua delle direttive rilevanti in materia, la Consulta ha mostrato di considerare queste ultime quali norme interposte, aderendo così ad un'impostazione tale da parificarle alle norme internazionali.<sup>334</sup>

Benché non manchino dunque spunti significativi, desumibili oltre che dalla citata modifica legislativa anche dalla stessa giurisprudenza costituzionale<sup>335</sup>,

---

<sup>331</sup> Corte cost., sentenza *Granital*, 8 giugno 1984, n. 170.

<sup>332</sup> Così M.P. Chiti, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, *op. cit.*, p. 480.

<sup>333</sup> Corte cost., sentenza 23 marzo 2006, n. 129, e sentenza 4 luglio 2007, n. 269.

<sup>334</sup> Come visto nel primo capitolo, la medesima ricostruzione è stata seguita dalla Corte costituzionale nelle sentenze del 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, allorché è stata esaminato l'art. 117, primo comma, Cost., nella parte relativa agli obblighi internazionali, con particolare riguardo al caso delle norme della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

<sup>335</sup> Il riferimento è al già menzionato primo rinvio pregiudiziale effettuato dalla Consulta, al fine di risolvere una questione di legittimità costituzionale avente ad oggetto la compatibilità comunitaria di una legge regionale sarda. Il dato appare rilevante, avendo la Corte in passato affermato di non dovere essere ricompresa tra le “giurisdizioni nazionali” cui fa riferimento la norma relativa al rinvio pregiudiziale (cfr. ordinanza del 15 dicembre 1995, n. 536).

non sembra possa dirsi superata, da parte della Consulta, la tesi del dualismo ordinamentale.

L'adesione all'una o all'altra lettura finisce per condizionare l'approccio da seguire nel ricostruire il regime giuridico dell'atto amministrativo nazionale adottato in violazione di una norma di matrice europea direttamente applicabile.<sup>336</sup>

Ed, invero, aderendo all'indirizzo della Corte costituzionale che ipotizza la separazione degli ordinamenti, si deve concludere nel senso che le norme dell'Unione non si inseriscono, in quanto tali, nell'ordinamento interno.

Il che implica, da un lato, che il contrasto tra norma sovranazionale e norma interna non inficia la validità di quest'ultima, comportandone solo la disapplicazione e, dall'altro, che la norma dell'Unione non possa essere assunta quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa o quale fonte di investitura del potere.

Di contro, partendo dall'assunto dell'integrazione dei due ordinamenti e del conseguente inserimento nell'ordinamento interno delle norme dell'Unione dotate dei requisiti della diretta applicabilità, si giunge a conclusioni radicalmente opposte.

Ciò sia per quanto attiene al regime della norma di diritto interno con esse contrastanti, che è quindi da ritenersi non semplicemente disapplicabile, ma invalida, sia per quanto riguarda la possibilità di rinvenire nella disposizione di matrice europea il parametro alla cui stregua valutare la legittimità dell'atto amministrativo ovvero la stessa fonte del potere.

Volendo approfondire le conseguenze in ordine alla patologia dell'atto amministrativo, appare opportuno esaminare, dapprima, il caso in cui l'atto sia stato adottato sulla base di una norma interna incompatibile con una disposizione sovranazionale direttamente applicabile.

---

<sup>336</sup> Si veda, al riguardo, R. Garofoli, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self executing*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, p. 338 ss.

Aderendo alla tesi della separazione ordinamentale e considerata priva di effetti la norma nazionale incompatibile con detta disposizione, si è sostenuto che da ciò dovrebbe inevitabilmente conseguire la nullità dei provvedimenti amministrativi impugnati.<sup>337</sup>

Tale orientamento è stato criticato nella parte in cui fa discendere la nullità dell'atto dalla semplice constatazione dell'inefficacia della norma di diritto interno contrastante con quella sovranazionale, senza distinguere in alcun modo tra l'ipotesi in cui la stessa norma interna sia l'unica attributiva del potere e quella, invece, in cui la norma medesima si limiti esclusivamente a disciplinarne le modalità di esercizio.<sup>338</sup>

Tuttavia, detto indirizzo appare particolarmente significativo per il fatto di portare alle estreme conseguenze la tesi del dualismo ordinamentale, fatta propria dalla Corte costituzionale.

Partendo, invece, dalla diversa premessa dell'integrazione dei due ordinamenti, l'eventuale contrasto trova soluzione nelle ordinarie regole concernenti i conflitti tra norme di diverso grado appartenenti al medesimo ordinamento.

La norma dell'Unione, in quanto norma di rango superiore, abrogherà la legge nazionale anteriormente vigente ovvero renderà inapplicabile la legge nazionale emanata successivamente ad essa.

Pertanto, l'atto amministrativo, adottato sulla base di tale legge nazionale, presenterà una patologia analoga a quella configurabile nell'ipotesi di applicazione di una legge incostituzionale e, dunque, ove la legge interna disciplini ma non fondi l'esercizio del potere, si verificherà una fattispecie

---

<sup>337</sup> In questo senso, Tar Piemonte, sez. II, sentenza 8 febbraio 1989, n. 34, in *Tar*, 1989, I, p. 1228, che ha sostenuto che *“se la norma che l'amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa e, siccome non esiste attività amministrativa legibus soluta, egli non può dare atto della radicale nullità del medesimo”*.

<sup>338</sup> M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 267.

governata dai comuni principi in tema di illegittima-annullabilità, con conseguente onere di tempestiva impugnazione.<sup>339</sup>

Nell'ipotesi in cui la legge interna sia l'unica a fondare il potere si dovrebbe invece parlare di nullità, vertendosi in tema di carenza di potere.<sup>340</sup>

Passando al caso in cui l'atto amministrativo si ponga in diretto contrasto con una norma dell'Unione *self executing*, è agevole sostenere che, aderendo alla lettura del fenomeno della convivenza dei due ordinamenti in chiave di integrazione, la disciplina di matrice europea possa costituire parametro di legittimità dell'atto nazionale.

Con la conseguenza che, ove tale conformità manchi, troverà applicazione la disciplina generale in tema di illegittimità-annullabilità.

Di contro, aderendo alla tesi della separatezza, non potendo le norme dell'Unione fungere da parametro dell'atto amministrativo, non potrà ritenersi operativo il regime della nullità e dovrà piuttosto valutarsi la legittimità dell'atto esclusivamente alla luce delle norme statali.

Sul tema, appare particolarmente importante la posizione espressa dalla giurisprudenza amministrativa italiana, la quale pur non senza “*aporie e perplessità*”<sup>341</sup>, pare avere ormai acquisito un modello di giustiziabilità dell'illegittimità dell'atto.

A tale proposito va anzitutto evidenziato che, nonostante il rapporto tra ordinamenti non sia stato inizialmente oggetto di un approfondito sforzo ricostruttivo, le più recenti decisioni del Consiglio di Stato mostrano piena accettazione del monismo ordinamentale.

Merita, al riguardo, di essere riportato un passo della sentenza della sezione V, 10 gennaio 2003, n. 35<sup>342</sup>, in cui si richiama il rapporto di integrazione tra i

---

<sup>339</sup> In questi termini, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 20 maggio 2005, n. 2566, in *Cons. Stato*, 2005, I, p. 920.

<sup>340</sup> A venire in rilievo sarebbe dunque l'art. 21 *septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui afferma la nullità del provvedimento amministrativo “*viziato da difetto assoluto di attribuzione*”.

<sup>341</sup> In merito alle quali si rimanda a G. Montedoro, *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1393 ss., spec., p. 1410 ss.

<sup>342</sup> Cons. Stato, sez. V, sentenza 10 gennaio 2003, n. 35, in *Cons. St.*, 2003, p. 25 ss.

due ordinamenti, “*per come definito dalla Corte di giustizia delle Comunità europee, da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza e autonomia, per come descritto dalla Corte costituzionale*”.

Il che ha consentito al giudice interno di assimilare la normativa dell'Unione a quella nazionale, ai fini dell'individuazione di un parametro normativo unitario, utile a valutare la legittimità dell'azione dell'amministrazione.<sup>343</sup>

Ed, infatti, il Consiglio di Stato ha affermato che l'atto amministrativo adottato in diretta violazione della normativa dell'Unione europea *self executing* deve essere considerato annullabile “*alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto*”, dovendo l'onere di impugnazione essere adempiuto entro il “*prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità*”.<sup>344</sup>

In relazione alla diversa ipotesi dell'atto emanato sulla base di una norma nazionale contraria al diritto dell'Unione direttamente applicabile, il giudice amministrativo ha di contro affermato, seppure in via incidentale, la possibilità di invocare la diversa patologia della nullità, nella forma della carenza di potere, ove il provvedimento sia stato adottato in base a una norma statale attributiva del potere, contraria al diritto sovranazionale.

Quanto al caso dell'atto adottato in contrasto con norme dell'Unione prive dei requisiti della diretta applicabilità, va osservato che, talora, queste non sono state ritenute idonee a fungere da parametro di legittimità dell'atto,

---

<sup>343</sup> In tal modo, il Consiglio di Stato mostra di ragionare chiaramente in termini di integrazione, preferendo l'impostazione della Corte di giustizia a quella della Consulta. Sul piano prettamente normativo, viene però confermata la soluzione che porta alla disapplicazione della legge interna contrastante con quella dell'Unione, secondo un approccio tipicamente separatista. Una possibile spiegazione del fenomeno potrebbe essere rinvenuta accogliendo la ricostruzione, richiamata nel capitolo precedente, di F. Donati, *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità, op. cit.*, che configura il rapporto tra ordinamenti in termini di “*separazione genetica dotata di collegamento funzionale*”. In particolare, l'Autore evidenzia la coesistenza di aspetti di autonomia tra i due sistemi, essenzialmente legati alla genesi delle fonti del diritto, e di indubbio coordinamento degli stessi, in relazione alle modalità di esercizio del potere amministrativo e giurisdizionale. La separazione genetica potrebbe allora giustificare l'operatività delle norme europee e la non applicazione di quelle interne, mentre, per quanto riguarda il regime dell'atto amministrativo, il collegamento funzionale potrebbe consentire di qualificare illegittimo il provvedimento, a fronte della violazione del diritto dell'Unione.

<sup>344</sup> In questi termini, si esprime pure Cons. Stato, sez. V, sentenza 19 maggio 2009, n. 3072.

inducendo parte della giurisprudenza a considerare legittimo il provvedimento emanato in applicazione di una disciplina nazionale difforme da quella contenuta in una direttiva non *self executing*.<sup>345</sup>

Essendo, tuttavia, tale impostazione contraria alla giurisprudenza della Corte di giustizia, in forza della quale “*lo Stato non può opporre ai singoli l'inadempimento da parte sua degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa*”<sup>346</sup>, il giudice amministrativo ha successivamente affermato che la violazione di una normativa non direttamente applicabile, pur non potendo configurare il vizio della violazione di legge, può consentire di invocare quello dell'eccesso di potere.

Ciò in quanto, sebbene le norme europee non *self executing* non possano rappresentare il referente normativo dell'atto amministrativo, esse devono costituire, quanto meno, un limite o un indirizzo per la discrezionalità dell'amministrazione, ove la disciplina nazionale lasci margini di manovra all'autorità nazionale.<sup>347</sup>

La soluzione accolta dal giudice nazionale, in ordine alla generale annullabilità del provvedimento amministrativo contrario al diritto dell'Unione, appare in linea con l'autonomia riconosciuta dalla Corte di giustizia agli Stati membri nella individuazione degli strumenti di tutela atti a garantire l'osservanza del diritto di matrice europea, nonché rispettosa dei limiti che la contraddistinguono.

Perplessità sono state invece manifestate in relazione alla tesi che configura la nullità sotto il profilo della carenza di potere.

Parte della dottrina ha invero ritenuto tale prospettazione non giustificabile, in quanto il regime differenziato che si introdurrebbe, nell'ambito della stessa

---

<sup>345</sup> Cfr. Tar Toscana, sentenza 21 gennaio 1989, n. 20, in *Tar*, 1989, p. 972 ss., nonché Cons. Stato, sez. IV, sentenza 6 maggio 1980, n. 504, in *Cons. St.*, 1980, p. 639 ss.

<sup>346</sup> Tra le tante, si veda Corte giust., sentenza 5 aprile 1979, in causa C-148/1978, *Ratti*, in *Raccolta*, p. 1629 ss.

<sup>347</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. IV, sentenza 23 settembre 1994, n. 735, in *Il Foro amministrativo*, 1994, p. 2089 ss.; Tar Lazio, sentenza 6 dicembre 1988, n. 1746, in *Il Foro amministrativo*, 1989, p. 1193 ss.

categoria dell'invalidità, sarebbe discriminatorio senza che le situazioni disciplinate presentino differenze sostanziali.<sup>348</sup>

Si è inoltre considerato fuorviante, in casi siffatti, il richiamo alla carenza di potere.

Secondo il diritto interno, infatti, tale concetto si riferisce alla nullità di atti emessi nell'esercizio di un potere che nessuna norma prevede o che la legge attribuisce a un organo di un diverso complesso amministrativo rispetto a quello dell'agente.

La violazione indiretta della normativa dell'Unione, invece, non potrebbe che coinvolgere le modalità di esercizio del potere.

Difatti, anche nelle ipotesi in cui la normativa interna debba essere disapplicata per contrasto con il diritto sovranazionale, l'incompatibilità non deriva dalla violazione di regole di competenza, ma da questioni relative all'esercizio concreto del potere attribuito alle singole amministrazioni nazionali e, quindi, in senso stretto, non verte sul tema della competenza amministrativa.

Il concetto di attribuzioni e la determinazione dei limiti di competenza concernono le istituzioni dell'Unione, mentre il diritto sovranazionale non contiene regole di competenza che possano incidere sul livello organizzativo degli Stati nazionali.

E' stato inoltre evidenziato che una norma statale attributiva del potere, in contrasto con un'altra facente parte del diritto dell'Unione europea, rimane esistente e potenzialmente efficace fino al momento della disapplicazione da parte del giudice comune, così come una norma lesiva della Costituzione rimane esistente ed efficace fino al momento del suo annullamento ad opera della Consulta.<sup>349</sup>

---

<sup>348</sup> Sul punto, R. Villata, *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 767 ss., spec., p. 826, ha sottolineato che *“pure gli atti emanati da organi comunitari in contrasto con il Trattato o con norme di diritto derivato sono dalla Corte di giustizia ricondotti, a parte ipotesi estreme, al regime dell'annullabilità; non si vede, anche per questo, in forza di quale ragione diverso dovrebbe essere il regime dell'atto di uno Stato membro, sovvertendone le regole interne”*.

<sup>349</sup> N. Pignatelli, *I provvedimenti amministrativi “anti-comunitari”*: profili sostanziali e regime

D'altra parte, la stessa Corte costituzionale, nella citata sentenza *Granital*, ha affermato che l'effetto connesso alla vigenza del diritto dell'Unione europea è quello di impedire che la norma statale “*venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale*”, con la conseguenza che non è possibile negare che, fino a quel momento, essa possa produrre effetti, non essendo affetta da alcuna nullità.

In questo senso, l'atto adottato sulla base di una norma che si rileverà solo *ex post* incostituzionale o contraria al diritto dell'Unione è emanato in forza di un potere previsto da una norma e non in assenza di una norma attributiva, con la conseguenza che non potrà parlarsi di una ipotesi di carenza assoluta di potere.

Per di più, lo stesso Consiglio di Stato ha affermato che “*l'entrata in vigore dell'art. 21 septies della legge 241/90, introdotto dalla legge 15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono un numero chiuso e all'interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario*”.<sup>350</sup>

Del resto, l'art. 13 *sexies* della versione originaria del disegno di modifica della legge 241/1990 qualificava come annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme comunitarie, senza eccezione alcuna.

Da quanto sopra esposto appare evidente che, a parte la controversa ipotesi in cui viene configurata una carenza di potere, la particolare forza ed il particolare valore riconosciuto al diritto dell'Unione europea non dovrebbero incidere sul regime dell'atto amministrativo.

Ciò nel senso che, pur dovendosi riconoscere a tale diritto una particolare efficacia ed un regime differenziato da tutte le fonti nazionali, tali aspetti risultano ininfluenti rispetto alla valutazione dell'atto amministrativo con lo stesso contrastante.<sup>351</sup>

---

*processuale*, in *Nel Diritto*, 2009, p. 893 ss.

<sup>350</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza 3 marzo 2006, n. 1023, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 295 ss., con commento di M. Ragazzo, *op. cit.*

<sup>351</sup> In questi termini, G. Greco, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, *op. cit.*, p. 505, il quale sottolinea che neppure al livello nazionale la patologia dell'atto cambia in relazione al rango della norma violata, ma, “*al più in relazione al contenuto della norma (a seconda che sia*

In mancanza di una disciplina europea comune, il principio dell'autonomia procedurale comporterà dunque l'assoggettamento dell'illegittimità del provvedimento all'ordinario regime processuale nazionale, con la conseguenza la stessa dovrà essere fatta valere nel rispetto dei consueti termini di decadenza.<sup>352</sup>

Esiste, tuttavia, una tesi autorevolmente sostenuta in dottrina, in forza della quale si ritiene che, a prescindere dalla soluzione da accogliere in merito al tema dei rapporti tra ordinamenti, l'atto amministrativo non rispettoso della normativa sovranazionale deve potere essere disapplicato, al pari di quanto accade in ipotesi di contrasto tra diritto dell'Unione e legge nazionale.<sup>353</sup>

Al riguardo, si evidenzia che la piena attuazione del diritto di matrice europea implica che il giudice amministrativo, una volta verificato il contrasto della norma nazionale con quella sovranazionale e disapplicata la prima, debba rilevare d'ufficio anche l'illegittimità dell'atto attuativo della stessa.

Rigettando le tradizionali categorie che contraddistinguono l'invalidità del provvedimento, si sostiene che il potere di disapplicazione delle norme contrastanti con il diritto dell'Unione abbia come suo corollario la rilevabilità d'ufficio del venir meno della base normativa dei conseguenti atti, con effetti analoghi a quelli propri della nullità, pur distinguendosi da essa.

Nonostante l'estraneità di tale soluzione rispetto all'impianto classico del processo amministrativo, contraddistinto dall'essere un giudizio impugnatorio ad istanza di parte, si rileva la necessità di un suo adeguamento alle novità discendenti dal diritto dell'Unione, dovendosi trarre tutte le conseguenze derivanti dall'acquisito principio della disapplicabilità delle norme interne da parte di qualsiasi giudice.

---

*attributiva del potere, ovvero disciplini solo l'esercizio del potere)*".

<sup>352</sup> Peraltro, quando il legislatore dell'Unione è intervenuto sul tema, mediante le note direttive in materia di mezzi di ricorso nell'ambito degli appalti pubblici di rilevanza comunitaria, è stato introdotto un regime basato sull'annullabilità del provvedimento lesivo di posizioni comunitariamente protette.

<sup>353</sup> E' questa, come noto, l'opinione di M.P. Chiti, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, op. cit., p. 824 ss.

La tesi in esame è stata fatta propria dalla Corte di giustizia in una nota sentenza in cui è stato affermato che un provvedimento amministrativo puntuale, sebbene divenuto inoppugnabile, deve potere essere disapplicato d'ufficio, nell'ambito delle giurisdizioni degli Stati membri, al fine di garantire la prevalenza del diritto dell'Unione su quello nazionale.<sup>354</sup>

In virtù del principio del primato, ritenuto invocabile non soltanto nei confronti di disposizioni normative, ma anche nei riguardi di provvedimenti amministrativi puntuali e concreti, si sostiene la disapplicazione di questi ultimi, ove contrari alla disciplina sovranazionale, costituita, nel caso di specie, da quella della libera circolazione dei servizi.

Detta soluzione, salutata con favore da coloro che sostengono la disapplicazione provvedimento dell'atto amministrativo contrario al diritto dell'Unione, è tuttavia stata oggetto di numerose critiche da altra parte della dottrina

Per un verso, è stato evidenziato che il principio del primato non è suscettibile di essere applicato in ipotesi di provvedimenti amministrativi contrari al diritto dell'Unione, stante 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 delle antinomie tra fonti”*.<sup>355</sup>

Per altro verso, si è sottolineato che, anche a volere trasporre il contrasto in esame alle fonti che regolano il provvedimento amministrativo e che consentono che lo stesso divenga definitivo, il principio del primato non appare idoneo a essere utilizzato in tale contesto.

L'utilizzo di detto principio, dotato di forza assoluta e per sua natura non suscettibile di bilanciamento, finirebbe inevitabilmente per determinare la disapplicazione del provvedimento nazionale illegittimo, con conseguente

---

<sup>354</sup> Corte giust., sez. II, sentenza 29 aprile 1999, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg*, in causa C-224/97, in *Raccolta*, 1999, p. I-2517.

<sup>355</sup> Così G. Greco, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 513 ss., spec., p. 518.

violazione dell'autonomia procedurale degli Stati membri, della certezza del diritto e dell'affidamento maturato sul provvedimento stesso.<sup>356</sup>

D'altro canto, le ragioni che hanno indotto la Corte di giustizia a giungere a tali conclusioni possono essere comprese, considerando alcune specifiche peculiarità della fattispecie in esame.

In tale ipotesi, infatti, il provvedimento amministrativo contrastante con il diritto sovranazionale consisteva in una contravvenzione, inflitta ad un soggetto sulla base della disciplina nazionale vigente prima dell'entrata dell'Austria nell'Unione europea, costituita da atti non aventi carattere normativo.

Il caso, dunque, riguardava una situazione del tutto singolare, che richiedeva ai giudici europei di interrogarsi intorno all'incidenza dell'adesione all'Unione sulla legislazione previgente e, in particolare, sui provvedimenti amministrativi adottati sulla base della stessa, divenuti ormai inoppugnabili.

La Corte, pertanto, non ha imposto una generale disapplicazione provvedimentale per esigenze connesse al diritto sovranazionale, ma ha disposto che *“un divieto emanato anteriormente all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea non attraverso una norma generale e astratta ma attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi, va disapplicato nella valutazione della legittimità di un'ammenda irrogata per l'inosservanza di tale divieto”*.<sup>357</sup>

Dalla lettura del dispositivo risulta come non sia stato disapplicato il provvedimento sanzionatorio, ossia l'ammenda, ma l'atto amministrativo sulla base del quale la sanzione era stata adottata.

---

<sup>356</sup> Cfr. L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, op. cit., p. 778 ss., il quale mette in rilievo la *“necessità di effettuare un contemperamento con altri principi del diritto comunitario”* e, nello specifico, *“di risalire al principio di effettività, accantonando la regola del primato che ne costituisce una specificazione”*.

<sup>357</sup> Cfr. Corte just., sentenza *Ciola*, cit., punto 34 della motivazione.

Perciò, quello che viene inteso come provvedimento amministrativo individuale e concreto pare piuttosto avere i caratteri di un atto generale, cioè suscettibile di diverse applicazioni nella fase esecutiva del divieto.

Se ciò è corretto non si è realizzata, quindi, una vera e propria disapplicazione provvedimentale, ma piuttosto un'invalidazione della sanzione previo accertamento incidentale dell'illegittimità del divieto posto *a priori*.

In termini più generali, si è poi sottolineato che il giudice amministrativo non dispone del potere di disapplicare i provvedimenti illegittimi, stante la natura impugnatoria del relativo giudizio.<sup>358</sup>

La configurazione di siffatto potere nell'ambito del contenzioso amministrativo è stata ammessa dal Consiglio di Stato limitatamente ai regolamenti illegittimi, stante il loro carattere sostanzialmente normativo<sup>359</sup>, ma è stata costantemente esclusa relativamente agli atti privi di tale portata, ivi compresi i bandi di gara.<sup>360</sup>

Pertanto, anche sotto tale profilo, non sembra in alcun modo prospettabile l'introduzione di un regime di disapplicazione provvedimentale che rischierebbe di creare una discriminazione a danno delle situazioni soggettive nazionali, la cui tutela resterebbe assoggettata ai perentori termini previsti per l'azione di annullamento.

D'altro canto, l'affermazione della disapplicabilità di provvedimenti amministrativi contrari al diritto dell'Unione puntuali e concreti è stata sconfessata dalla successiva giurisprudenza della Corte di giustizia che ne ha ricondotto il regime entro i consueti parametri.<sup>361</sup>

---

<sup>358</sup> L'art. 5 della legge 20 marzo 1865, allegato E, si riferisce esclusivamente al giudice ordinario.

<sup>359</sup> La prima pronuncia in tale senso è stata la sentenza n. 154/1992 della V sezione, con la quale il Consiglio di Stato ha affermato che il principio di gerarchia delle fonti obbliga il giudice del caso concreto ad accertare, in via incidentale, l'illegittimità dell'atto normativo secondario, pur in mancanza di richiesta delle parti. Ciò in quanto *“ogni ordinamento non può non prevedere un meccanismo invalidante delle norme di grado inferiore che sorraggiungano ed urtino contro precetti poziori dell'ordinamento medesimo”*.

<sup>360</sup> Sul punto, si richiama la sentenza n. 1 del 2003, con la quale l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, individuando il regime di impugnazione delle clausole illegittime contenute nei bandi di gara, si è espressa confermando indirizzo tradizionale contrario all'estensione agli stessi del rimedio della disapplicazione.

<sup>361</sup> Lo stesso M.P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008, p. 557, ha rilevato, riferendosi

Ed, infatti, nella successiva sentenza *Santex*, il giudice del Lussemburgo ha ricostruito il quadro generale relativo alla giustiziabilità dell'illegittimità dell'atto amministrativo, prospettando un eccezionale potere di disapplicazione riferito alle norme che individuano il termine di proposizione dell'impugnazione, ma limitato all'ipotesi in cui la tempestività dell'impugnazione sia stata impedita da fatti imputabili all'amministrazione.<sup>362</sup>

La Corte di giustizia, in ossequio al principio dell'autonomia procedurale, ha chiarito che spetta all'ordinamento nazionale fissare le modalità relative ai termini di impugnazione per la tutela delle situazioni giuridiche sorte sulla base del diritto sovranazionale, nel rispetto dei limiti dell'equivalenza e dell'effettività.

Con specifico riferimento a quest'ultimo criterio, nella sentenza *Santex* ne è stata ravvisata una violazione, avendo il comportamento dell'amministrazione ingenerato una forte incertezza sull'interpretazione delle clausole del bando, recanti talune condizioni rilevatesi limitative dell'accesso alla gara soltanto *ex post*, al momento dell'adozione del provvedimento di esclusione.

La Corte di giustizia ha così affermato l'obbligo, per il giudice, di dichiarare ricevibili i motivi di diritto relativi all'illegittimità comunitaria del bando, prospettando la praticabilità della disapplicazione delle norme che fissano il termine per l'esperimento dell'azione impugnatoria.

Ciò, tuttavia, fermo restando che tale possibilità si configura come una *extrema ratio*, dal momento che “*se un termine di decadenza come quello della causa principale non è, di per sé, contrario al principio di effettività, non si può escludere che, nelle particolari circostanze della causa sottoposta al*

---

ai casi *Ciola* e *Peterbroeck*, 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*”.

<sup>362</sup> Corte giust., sentenza 27 febbraio 2003, in causa C-327/00, *Santex*, in *Raccolta*, 2003, p. I-1877. Nel caso di specie, il giudice *a quo*, si trovava nell'alternativa di ritenere tardiva l'impugnazione di un bando di gara contenente condizioni limitative per la gara stessa o di rilevare officiosamente, al di là dei termini di decadenza, l'illegittimità del bando in contrasto con le norme dell'Unione, in tema di accesso alla gara.

*giudice a quo, l'applicazione di tale termine possa comportare una violazione del detto principio*".<sup>363</sup>

Tale impostazione appare condivisibile, dovendo il vaglio dell'effettività essere operato instaurando un parallelo con gli analoghi istituti presenti nel sistema dell'Unione, caratterizzato, anche esso, da un regime di impugnazione degli atti amministrativi illegittimi, assoggettato al rispetto di termini decadenziali.<sup>364</sup>

La sostanziale uniformità del sistema di giustizia amministrativo nazionale a quello dell'Unione europea induce quindi ad escludere la necessità di operare un mutamento del regime dell'atto amministrativo nazionale, in contrasto con la normativa sovranazionale.

Pertanto, la stessa dottrina che ha teorizzato la disapplicazione provvedimento ha recentemente sottolineato come, allo stato, il nostro ordinamento sia lontano dall'accogliere tale prospettiva, non sussistendo *“le condizioni per fondare una distinta categoria di invalidità degli atti amministrativi per anticomunitarietà”*.<sup>365</sup>

---

<sup>363</sup> Corte giust., sentenza *Santex*, cit., punto 57 della motivazione.

<sup>364</sup> Detta considerazione è espressa da G. Greco, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, op. cit., p. 505 ss.

<sup>365</sup> Cfr. M.P. Chiti, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, op. cit., p. 499.

### *3. Leale cooperazione e autotutela doverosa.*

#### *3.1 Considerazioni generali sull'autotutela decisoria.*

Così tracciato il quadro delle patologie di matrice europea, e dei relativi rimedi, occorre verificare quale margine operativo residui al potere di autotutela di cui l'autorità amministrativa è titolare con riferimento ai propri provvedimenti.

Il problema che si pone è quello di valutare se nell'ordinamento vigente sussista un vincolo di avvio o di conclusione con esito demolitorio di procedimenti di secondo grado aventi ad oggetto atti amministrativi contrari al diritto dell'Unione.

Dall'analisi fin qui condotta è possibile constatare come tale vizio sia tendenzialmente ascrivibile alla categoria dell'illegittimità, tipica dell'attività amministrativa contraria alla normativa nazionale ed esposta all'azione costitutiva di annullamento entro i termini previsti dalla normativa processuale nazionale.

Prima di esaminare gli strumenti di cui sono dotate le amministrazioni nazionali, al fine di rimediare ad un'attività provvedimento illegittima, occorre evidenziare che l'autotutela amministrativa non ha trovato in dottrina un inquadramento teorico unitario, tale da consentire la formulazione di una definizione unanimemente condivisa.

Tali difficoltà dogmatiche, almeno in parte, si collegano alla mancanza di un preciso riferimento normativo, utile a ricostruire le linee fondamentali dell'istituto.

Volendo comunque tentare di delimitarne l'ambito di applicazione nel diritto amministrativo <sup>366</sup>, si può certamente sostenere che il concetto in esame, nel suo nucleo più generico e tradizionale, coincida con il "farsi giustizia da sé".

---

<sup>366</sup> Sulla rilevanza che l'autotutela riveste negli altri rami dell'ordinamento e, segnatamente nel diritto penale e civile, si rimanda a G. Coraggio, *Autotutela*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, Treccani, 1988, p. 1 ss.,

E', infatti, un dato indiscutibile, peraltro comune a tutte le forme di autotutela presenti nel nostro sistema giuridico <sup>367</sup>, che l'espressione denoti il potere dell'amministrazione di tutelare le proprie prerogative, prescindendo dall'intervento degli organi giurisdizionali. <sup>368</sup>

Si tratterebbe dunque di un privilegio pubblicistico, in forza del quale l'amministrazione, a differenza dei privati, può da sola rimuovere gli ostacoli che si frappongono al conseguimento del risultato cui essa mira, vale a dire la realizzazione dell'interesse concreto cui è preordinato il suo operato.

L'estremo rilievo del fenomeno, generalmente considerato una delle manifestazioni di specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto comune, può essere colto attraverso l'esame dei primi studi della materia, nei quali, tuttavia, non si parla ancora espressamente di autotutela bensì di esecutorietà. <sup>369</sup>

L'impostazione più risalente, peraltro mai completamente abbandonata dalla dottrina <sup>370</sup>, propende quindi per una sostanziale equivalenza tra l'autotutela e

---

spec., p. 1.

<sup>367</sup> Come evidenziato da B.G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi, su "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2007, reperibile su [http://www.astrid-online.it/dossier--il/studi--ric/Mattarella\\_convegno-Varenna\\_sett.07.pdf](http://www.astrid-online.it/dossier--il/studi--ric/Mattarella_convegno-Varenna_sett.07.pdf), p. 3.

<sup>368</sup> L'idea che l'autotutela comporti un'eccezione alla tutela giurisdizionale risale a F. Benvenuti, *Autotutela*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 537 ss., il quale colloca l'istituto nella prospettiva storica del passaggio dallo Stato assoluto allo Stato di diritto ed alla conseguente affermazione del principio della separazione dei poteri. Secondo l'Autore, la divisione dei poteri dovrebbe però convivere, nella prassi, con una realtà in cui "l'amministrazione, come parte di quel tutto che è lo Stato, riproduce in sé potenzialmente tutti gli aspetti dello Stato". L'autotutela rappresenterebbe allora un residuo della funzione giurisdizionale, un tempo espletata dalla amministrazione, con la precisazione che, pur potendo il contenuto dell'autotutela essere considerato "materialmente giurisdizionale, ove si intenda per materia giurisdizionale quella in cui si tenda alla dichiarazione del diritto", detta attività rimane esercizio di una funzione amministrativa. Nello stesso senso, G. Coraggio, *Autotutela*, op. cit., p. 3, il quale evidenzia che, anche se gli atti di ritiro producono effetti analoghi a quelli delle decisioni giurisdizionali, "ciò non implica una natura paragiurisdizionale degli stessi, né fa di essi una categoria a sé stante". Per una diversa ricostruzione storica dell'istituto, si veda B.G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, op. cit., p. 9, il quale sostiene che l'origine dell'autotutela non vada ricercata nell'*ancien régime*, ma piuttosto nella modernità, derivando dall'idea della "centralità della legge e dalla concezione dell'amministrazione come esecuzione di legge".

<sup>369</sup> Cfr. U. Borsi, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901, p. 6, il quale ravvisa come manifestazione dell'autorità, accanto all'obbligatorietà, una "possibilità di esecuzione", in forza della quale l'atto amministrativo "può per se stesso realizzare tutto l'effetto di cui è capace".

<sup>370</sup> Si veda, in particolare, M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, p. 830.

il potere dell'amministrazione di fare eseguire coattivamente i propri provvedimenti.

La tesi in questione, almeno nella sua connotazione originaria, trova fondamento nella considerazione del potere di autotutela quale espressione di quella parte di sovranità di cui l'amministrazione, quale diretta promanazione dello Stato, risulta titolare.

In quest'ottica, il provvedimento, proprio perché considerato espressione del potere autoritativo dell'autorità emanante, si presume legittimo; il che giustifica l'esecutorietà dello stesso, ovvero la possibilità per l'amministrazione di dare diretta esecuzione alle pretese da esso derivanti.<sup>371</sup>

Questa prima elaborazione teorica dell'autotutela è tuttavia apparsa eccessivamente restrittiva.

Il termine ha cominciato così ad indicare non soltanto il potere dell'autorità amministrativa di soddisfare da sé le proprie pretese, ma anche quello di riesaminare gli atti precedentemente adottati.<sup>372</sup>

Si ritiene infatti che la pubblica amministrazione, a fronte di una possibile contestazione sulla validità o sull'opportunità del provvedimento, possa intervenire autonomamente, senza dovere necessariamente percorrere la strada della tutela giudiziaria.

Col tempo, però, altre figure sono andate progressivamente arricchendo i contenuti dell'autotutela.

---

<sup>371</sup> L'assunto era pacifico nella dottrina dell'epoca (cfr. L. Meucci, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1905; E. Presutti, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1904) che, conseguentemente, definiva atto amministrativo una "qualunque decisione esecutoria di una autorità amministrativa", in accordo con la nozione fornita da F. Hauriou, *Précis de droit administratif et de droit public*, quarta edizione, Parigi, 1900.

<sup>372</sup> Cfr. F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, rist. Cedam, Padova, 1992, p. 1448 ss. E' proprio grazie a tale Autore che l'esecutorietà confluisce nella più ampia nozione di autotutela e che questa, a sua volta, diviene strumento di razionalizzazione del sistema amministrativo, nel quale ricomprendere anche le manifestazioni del potere di riesame. In specie, rimuovendo i propri atti invalidi, la pubblica amministrazione, da una parte, è in grado di "surrogare un atto proprio a quelle sentenze di accertamento e costitutive che nel sistema del diritto positivo occorrerebbero in ugual caso"; dall'altra, con l'esecuzione coattiva, essa può "surrogare il giudizio di cognizione diretto ad ottenere una sentenza di condanna, come il giudizio di esecuzione, che altrimenti occorrerebbero secondo il sistema processuale privato".

In particolare, è stato autorevolmente sostenuto che, con detta espressione, “*si intende quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese*”.<sup>373</sup>

Di conseguenza, nell'autotutela si radicherebbe non solo il potere di riesame e di esecuzione coattiva del provvedimento, ma anche quello di decisione dei ricorsi amministrativi, nonché i poteri sanzionatori, di controllo e di sospensione dei provvedimenti.

A prescindere dalla condivisibilità della ricostruzione da ultimo esposta<sup>374</sup>, può comunque essere affermato che essa ha avuto un notevole impatto a livello dottrinale e terminologico.

L'espressione autotutela è entrata nel linguaggio della giurisprudenza, che la utilizza per designare sia l'ipotesi in cui l'amministrazione realizza coattivamente le proprie pretese (c.d. autotutela esecutiva), sia per descrivere

---

<sup>373</sup> Si tratta della nota definizione di F. Benvenuti, *Autotutela*, op. cit., p. 539. L'Autore distingue un'autotutela decisoria, che si esplica attraverso decisioni amministrative, da un'autotutela esecutiva, che si realizza mediante l'attività di esecuzione di tali decisioni. Nello specifico, le decisioni sono raggruppate in due categorie, che vanno a costituire, per un verso, l'autotutela sugli atti, tendente a valutare la validità degli atti amministrativi e, per altro verso, l'autotutela sui rapporti, che ha lo scopo di garantire all'amministrazione l'utilità dei rapporti stessi, quando dal comportamento dei soggetti che entrano in contatto con essa “*possa aspettarsi un risultato diverso da quello previsto o quando tale comportamento sia stato tale da produrre un risultato diverso*” (cfr. F. Benvenuti, *Autotutela*, op. cit., p. 548). L'autotutela sugli atti viene poi ulteriormente distinta in spontanea, quando il potere volto all'eliminazione dell'atto è esercitato su iniziativa della stessa amministrazione, al fine di risolvere un conflitto potenziale; contenziosa, ove il potere parimenti rivolto alla risoluzione di un conflitto, in questo caso attuale, è obbligatoriamente esercitato su ricorso dell'interessato; necessitata, nel caso in cui il potere è necessariamente esercitato per espletare una funzione di controllo. All'autotutela sui rapporti sono invece ricondotte le decisioni di condanna, che mirano a ottenere la diretta soddisfazione dell'oggetto del rapporto, e le sanzioni amministrative, con cui l'utilità del rapporto viene indirettamente garantita tramite la costituzione di un effetto dannoso. Quanto infine all'autotutela esecutiva, essa tende a consentire la realizzazione materiale degli atti provvedimenti, quando ciò avvenga contro la volontà dell'interessato.

<sup>374</sup> All'accoglimento di una nozione così ampia di autotutela sono state mosse diverse critiche. In particolare, è stata evidenziata la difficoltà di accomunare conflitti attuali e potenziali (cfr. M. Nigro, *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962, p. 815), atteso che il termine “conflitto” appare riferibile solo ai procedimenti di secondo grado contenziosi e sanzionatori, con esclusione degli altri procedimenti di secondo grado e dei procedimenti esecutivi diretti precipuamente a curare interessi pubblici.

il potere della stessa di ritornare sui propri atti, sottoponendoli a un riesame (c.d. autotutela decisoria).<sup>375</sup>

Ai fini della presente ricerca, è importante notare come l'inquadramento del potere di riesame nell'ambito dell'autotutela sia stato al centro di un acceso dibattito dottrinale.

Un primo problema si collegava all'assenza di una norma che si occupasse in termini generali dell'argomento, con la conseguenza che detto potere trovava riconoscimento e disciplina solo nelle elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza.

Era tuttavia necessario individuare il fondamento normativo di un potere che altrimenti non sarebbe stato ammissibile, alla luce del principio di legalità e tipicità dei provvedimenti amministrativi, se non nei casi espressamente previsti dalla legge.

Tale questione è stata risolta per effetto della legge 11 febbraio 2005, n. 15, che ha introdotto, nel corpo della legge n. 241 del 1990, un nuovo Capo IV *bis*, dedicato all'efficacia e all'invalidità del provvedimento, nel cui ambito trovano disciplina i principali provvedimenti di riesame, ossia la revoca e l'annullamento d'ufficio.

La seconda critica si fonda invece sulle caratteristiche di tali provvedimenti, che vengono considerati, da una parte della dottrina, atti con cui l'amministrazione provvede alla cura del pubblico interesse, nell'esercizio di una funzione di amministrazione attiva.<sup>376</sup>

In questa prospettiva, si nota che se la revoca e l'annullamento d'ufficio fossero espressione di autotutela, tali provvedimenti, quali strumenti volti alla risoluzione dei conflitti, dovrebbero costituire un'alternativa alla tutela giurisdizionale o giustiziale.

---

<sup>375</sup> Cfr. G. Corso, *Autotutela (dir. amm.)*, in S. Cassese (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 609 ss., spec., p. 610.

<sup>376</sup> Si veda, in particolare, A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge 15/2005*, *op. cit.*, p. 217, che evidenzia l'esistenza di una "antica querelle sulla natura giuridica del potere di riesame, se cioè quest'ultimo sia espressione di autotutela o di amministrazione attiva nella forma del riesercizio della funzione".

Dovrebbe dunque sussistere una relazione di identità o comunque un parallelismo tra le fattispecie che consentono la tutela e quelle garantiscono l'autotutela.

Al contrario, secondo questa linea interpretativa, esistono notevoli difformità tra revoca e annullamento d'ufficio, da un lato, e tutela giurisdizionale e giustiziale, dall'altro.

Al fine di cogliere il senso di tali rilievi e procedere a un inquadramento sistematico dei provvedimenti in questione, occorre dapprima delinearne i tratti distintivi, come risultano oggi legislativamente disciplinati.

Per quanto concerne la revoca, l'art. 21 *quinquies* della legge 241 del 1990 prevede che “*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*”, l'amministrazione possa revocare un precedente provvedimento, con conseguente inidoneità dello stesso a produrre effetti ulteriori.

In tal modo, si conferma la configurazione tradizionale di tale atto di ritiro, che implica, con efficacia *ex nunc*, la demolizione degli effetti di un precedente provvedimento amministrativo, ritenuti ormai inopportuni, perché non più idonei ad assicurare la cura dell'interesse pubblico in concreto perseguito.<sup>377</sup>

In ordine alle ipotesi in cui è ammesso l'esercizio del potere di revoca, il legislatore ha codificato sia la c.d. revoca *ius poenitendi*, espressione di una diversa valutazione degli interessi in base ai quali l'amministrazione aveva adottato il provvedimento, sia la revoca per sopravvenienza, nel qual caso il ritiro dell'atto si fonda su circostanze sopravvenute che rendono l'atto incompatibile con l'assetto di interessi in precedenza definito.<sup>378</sup>

---

<sup>377</sup> Così M. Immordino, M.C. Cavallaro, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5202 ss., spec., p. 5202-5203.

<sup>378</sup> Secondo M. Immordino, *Art 21 quinquies – Revoca del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi n. 75/2005 e 80/2005*, a cura di A. Paoloantonio, A. Police, A. Zito, Torino, Giappichelli, 2005, sebbene la norma faccia riferimento a tre fattispecie distinte, esse in realtà possono essere ridotte a due. I casi della

Una previsione particolarmente significativa, contenuta nell'art. 21 *quinquies*, è poi quella concernente l'obbligo di indennizzo, gravante sulla pubblica amministrazione, ove dalla revoca discendano “*pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati*”.

Al riguardo, il legislatore ha inizialmente chiarito che sulle controversie in materia di determinazione e corresponsione di tale indennizzo sussiste la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo <sup>379</sup>, senza tuttavia fornire indicazioni sui parametri utili ai fini della sua quantificazione.

Si spiega così l'aggiunta di un nuovo comma, nel testo dell'art. 21 *quinquies*, ai sensi del quale “*ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*”. <sup>380</sup>

Passando all'annullamento d'ufficio, va detto che tale atto implica, tradizionalmente, la caducazione di un provvedimento amministrativo, precedentemente emanato, ad opera della stessa pubblica amministrazione, allorché esso sia affetto da un vizio di legittimità e sussista, al momento in cui

---

revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico o per mutamento dell'originaria situazione di fatto sono infatti entrambi riconducibili alla c.d. revoca per sopravvenienza. L'ipotesi della revoca connessa a un diverso apprezzamento dell'interesse pubblico originario può invece essere considerata espressione della c.d. revoca *ius poenitendi*.

<sup>379</sup> Tale statuizione, dapprima inserita nello stesso articolo 21 *quinquies*, è oggi posta dall'art. 133, comma 1, lettera a), n. 4), c.p.a.

<sup>380</sup> Cfr. art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, legge 241/1990, introdotto dalla legge 40/2007. Una posizione particolarmente critica sulla portata della novella è stata assunta da B.G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, *op. cit.*, p. 12 ss., secondo il quale, da una parte, la previsione della revoca di atti a efficacia istantanea, implicitamente, comporta il riconoscimento della portata retroattiva del provvedimento demolitorio; dall'altra parte, la circostanza che la revoca possa essere dovuta “*a una contrarietà in qualche modo oggettiva del provvedimento all'interesse pubblico, in quanto conoscibile dagli interessati*”, denota una situazione che “*sembra una via di mezzo tra illegittimità e merito*”. Così facendo, il legislatore avrebbe offuscato la distinzione tra annullamento e revoca, collegando anche quest'ultima alla tutela della legalità.

si provvede alla rimozione, un interesse pubblico concreto e attuale che richieda questa misura.<sup>381</sup>

Vi è infatti sempre stata concordia, in dottrina e in giurisprudenza, nel ritenere che l'esercizio di tale potere richieda la previa valutazione dell'esistenza di un interesse pubblico concreto all'annullamento, non identificabile nel mero ripristino della legalità violata.

Meno agevole è stata invece l'individuazione della natura e dell'ampiezza di tale interesse.

Sul fronte giurisprudenziale, l'accento è stato posto prevalentemente sulle caratteristiche imprescindibili della concretezza, intesa quale alterità dal mero ripristino della legalità violata, e dell'attualità, ossia della sussistenza al momento dell'annullamento.

Più complesso è di contro apparso il panorama dottrinale.

Per un verso, si è sostenuto che l'interesse pubblico che fonda il provvedimento di annullamento si identifichi con quello curato in modo non corretto nel provvedimento originario.<sup>382</sup>

Per altro verso, si è affermato che detto interesse non può coincidere con quello perseguito dall'atto oggetto del provvedimento demolitorio, ma deve essere quello attuale, concreto e immediato che spinge l'amministrazione al riesame, caratterizzato dal particolare rilievo assunto dalle posizioni nel frattempo consolidate.<sup>383</sup>

Nel tentativo di contemperare tali opposte posizioni, può dirsi che la natura dell'interesse primario è la stessa di quello curato dal provvedimento originario o, comunque, deve ricollegarsi al fine tipico individuato dalla norma attributiva di quel potere.

D'altro canto, è innegabile che l'interesse pubblico, concreto e attuale, presente nel provvedimento di annullamento, deve emergere da un processo di

---

<sup>381</sup> Così G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, op. cit., p. 210 ss.

<sup>382</sup> Si veda G. Corso, *Autotutela*, op. cit., p. 610.

<sup>383</sup> Cfr. F. Benvenuti, *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, Cedam, 1996, p. 283.

sintesi di tale interesse primario con gli altri interessi parimenti coinvolti nel procedimento.

L'annullamento d'ufficio richiede dunque la compresenza di due elementi: la rilevazione del vizio e la comparazione fra interesse pubblico alla rimozione dell'atto e l'esigenza, anche essa di pubblico interesse, di non turbare posizioni giuridiche consolidate e ormai definitive.<sup>384</sup>

Ciò posto, può dirsi che la disciplina introdotta dall'art. 21 *nonies* della legge 241 del 1990 si pone in linea con la tradizionale configurazione dell'istituto.

Come risulta dalla disposizione in esame<sup>385</sup>, i presupposti fondamentali dell'atto di ritiro rimangono, da un lato, l'illegittimità del provvedimento oggetto dell'annullamento e, dall'altro, l'esistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione.

Quanto al primo, occorre sottolineare che il rinvio operato alle cause di annullabilità di cui all'art. 21 *octies* implica che l'atto precedentemente adottato debba essere affetto da un vizio di legittimità, ossia da violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere.

Peraltro, la genericità del richiamo ha fatto sorgere contrasti in ordine all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio in presenza di vizi formali che non abbiano inciso sulla sostanza della decisione, i quali, ai sensi del secondo comma dell'art. 21 *octies*, legge 241/1990, precludono l'annullamento giurisdizionale dell'atto.<sup>386</sup>

---

<sup>384</sup> Sul punto, si veda M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, *op. cit.*, p. 43 ss.

<sup>385</sup> In forza della quale “*il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21 octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*”.

<sup>386</sup> Secondo F.G. Scoca, *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005* (a cura di G. Clemente di San Luca), Torino, Giappichelli, 2006, p. 165 ss., spec., p. 174, è ipotizzabile che i vizi formali o procedurali, che non comportano annullabilità ai sensi del secondo comma dell'art. 21 *octies*, determinino comunque l'illegittimità dell'atto per violazione di legge. Pertanto, posto che l'art. 21 *nonies* si riferisce non al provvedimento annullabile ma a quello illegittimo, l'atto viziato nella forma o nel procedimento risulterebbe comunque suscettibile di annullamento d'ufficio, che si configurerebbe dunque come

Per quanto concerne la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento, la giurisprudenza, in epoca successiva all'entrata in vigore della novella, ha più volte ribadito la necessità che tale interesse sia concreto, specifico e attuale.<sup>387</sup>

L'articolo 21 *nonies* ha poi significativamente valorizzato i principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento, ponendo in rilievo la necessità di considerare la posizione dei soggetti coinvolti dal provvedimento demolitorio, nonché il profilo del tempo trascorso dalla sua adozione.

Da un lato, è posto a carico dell'amministrazione l'obbligo di tenere conto sia degli interessi dei destinatari del provvedimento caducatorio, ossia di coloro i quali, prefigurando la legittimità dell'atto da rimuovere, abbiano acquisito il consolidamento delle posizioni di vantaggio da questo derivanti, sia dei controinteressati, cioè di coloro i quali possono essere titolari di specifici interessi all'annullamento.

Dall'altro lato, la disposizione prevede che l'annullamento d'ufficio debba essere disposto entro un "*termine ragionevole*".

Stante la genericità dell'espressione impiegata e la mancata indicazione di un preciso *dies a quo*, la ragionevolezza del termine dovrà essere valutata attraverso parametri elastici, variabili a seconda dell'importanza del

---

espressione di un potere più ampio rispetto a quello dell'annullamento giurisdizionale. In base a una diversa impostazione (cfr. M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, op. cit., p. 71), se in presenza delle ipotesi di cui al secondo comma dell'art. 21 *octies* l'annullamento non può essere pronunciato dal giudice, a maggior ragione non può neppure essere disposto dall'amministrazione in autotutela. In tale ambito, l'esigenza di restringere le cause di annullamento è particolarmente rilevante, dal momento che l'annullamento d'ufficio, a differenza di quello giurisdizionale, è subordinato alla comparazione dell'interesse pubblico in rapporto agli affidamenti ingenerati. Secondo l'Autore, quindi, "*la norma precostituisce un criterio di valutazione dell'interesse pubblico all'esercizio dell'autotutela, stabilendo che la sussistenza di vizi formali non è mai sufficiente per annullare d'ufficio un provvedimento*".

<sup>387</sup> Si veda Tar Puglia, Bari, sez. I, sentenza 8 giugno 2006, n. 2252, in cui si afferma l'illegittimità di un provvedimento di annullamento per la mancata indicazione dell'interesse pubblico sotteso all'intervento caducatorio, nonché Tar Emilia-Romagna, Parma, sentenza 22 febbraio 2006, n. 76, in cui si evidenzia che "*è insito nell'esercizio del potere di autotutela che le ragioni di interesse pubblico debbano essere allo stesso coeve*".

provvedimento, della rilevanza degli effetti prodotti e dell'affidamento generato.

La centralità dell'aspetto temporale era stata in passato sottolineata da attenta dottrina, secondo la quale *“nel diritto positivo è aperto un grave problema, che è quello del tempo dell'annullamento d'ufficio”*.<sup>388</sup>

Pur dovendosi escludere che il decorso del tempo possa condurre all'estinzione del potere di riesame<sup>389</sup>, esso costituisce certamente uno degli aspetti sui quali maggiormente deve concentrarsi l'attenzione dell'amministrazione al momento dell'adozione dell'atto.<sup>390</sup>

Se infatti il trascorrere del tempo non vale di per sé a sanare l'illegittimità del provvedimento, esso porta indubbiamente ad un consolidarsi degli effetti dallo stesso creati, determinando una situazione di affidamento in capo ai suoi destinatari.

Al riguardo, è opportuno notare come quest'ultima espressione possa essere intesa secondo due diverse accezioni.<sup>391</sup>

In senso soggettivo, l'affidamento si identifica nella fiducia alla stabilità del provvedimento adottato, che nasce da una condizione psicologica del soggetto, il quale confida nella legittimità ed opportunità dell'atto, in quanto proveniente dalla pubblica autorità.

In chiave oggettiva, l'affidamento consiste invece nell'aspettativa del privato a che l'amministrazione si comporti secondo le regole della correttezza, che le impongono di tenere conto delle situazioni altrui, da essa stessa create, ove voglia tornare sulle proprie decisioni.

---

<sup>388</sup> Così M.S. Giannini, *Diritto amministrativo, op. cit.*, p. 583.

<sup>389</sup> Cfr. V.F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 128, il quale afferma che il potere di annullamento, qualora sia decorso molto tempo dall'emanazione del provvedimento illegittimo, ben difficilmente può essere esercitato, ma che sarebbe tuttavia errato pensare a un'applicazione dell'istituto della prescrizione, *“cioè ad un venire meno del potere di (annullamento) per inutile decorso del tempo”*.

<sup>390</sup> In questo senso, si veda Tar Veneto, sez. III, sentenza 31 agosto 2000, n. 1506, che sottolinea come sia *“doveroso per la pubblica amministrazione, che provvede a distanza di tempo, dare il giusto peso a detto elemento”*.

<sup>391</sup> Cfr. G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo, op. cit.*, p. 222 ss.

Comunque si voglia interpretare il termine in esame, è importante rilevare che l'affidamento può sussistere a prescindere dal tempo trascorso ed, anzi, esso può ben essere presente nel momento stesso in cui l'amministrazione emana il suo atto.<sup>392</sup>

Il che dimostra come, in realtà, l'adozione del provvedimento di annullamento d'ufficio possa essere impedita non tanto dall'affidamento maturato dai destinatari dell'atto, ma dalle situazioni che in concreto sono maturate a seguito dell'emanazione dello stesso, nonché dal tempo trascorso che ne ha consentito il consolidamento.<sup>393</sup>

Un'ultima questione controversa che, al contrario, il legislatore non ha espressamente affrontato è quella legata all'efficacia del provvedimento di annullamento d'ufficio.

In passato, tanto la dottrina quanto la giurisprudenza hanno costantemente affermato che tale provvedimento produce effetti *ex tunc*, nel senso che l'atto annullato fuoriesce dall'ordinamento giuridico come se non fosse mai stato emanato.

In tempi più recenti, si è però sostenuto che l'amministrazione, con propria determinazione, possa limitare la portata retroattiva dell'annullamento, salvando alcuni degli effetti che l'atto ha già prodotto.

Per giungere a tale conclusione, si è osservato che l'amministrazione non agisce soltanto per ripristinare la legalità violata ma, soprattutto, per regolare nella maniera più opportuna gli interessi pubblici che appaiono non adeguatamente curati dall'atto illegittimo.

In questo contesto di cura dell'interesse pubblico, è apparso ragionevole che l'amministrazione si interroghi se sia più conveniente consentire che gli effetti

---

<sup>392</sup> Si veda F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, p. 126 ss.

<sup>393</sup> Al riguardo, G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, *op. cit.*, p. 224 ss., nota che "il vero ostacolo, il vero elemento di confronto per il potere di autotutela è rappresentato, quindi, dal tempo trascorso e dai fatti che lo riempiono che impongono di valutare se sia più conveniente per l'interesse pubblico lasciare le cose come stanno o ritornare sulle decisioni già prese (...). Le parti cioè possono avere riempito il tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento con molte o poche cose, così che non è il tempo trascorso che porta a un consolidamento delle situazioni, ma ciò che in realtà i soggetti interessati hanno fatto a seguito dell'emanazione del provvedimento".

prodotti dall'atto vengano cancellati *ab origine* o se sia più conforme all'interesse pubblico che alcuni di questi vengano fatti salvi.<sup>394</sup>

In assenza di esplicite indicazioni da parte dell'art. 21 *nonies*, alcuni studiosi hanno preferito attenersi agli orientamenti tradizionali, che configurano l'annullamento un atto che produce indefettibilmente effetti *ex tunc*, escludendo dunque la possibilità, per l'amministrazione, di decidere se il ritiro debba o meno essere retroattivo.<sup>395</sup>

Altra parte della dottrina ha invece ritenuto che proprio il mancato riferimento alla portata necessariamente retroattiva del provvedimento possa consentire il superamento dell'indirizzo più consolidato, costituendo la retroattività degli effetti dell'annullamento d'ufficio un "*assioma non necessario*".<sup>396</sup>

Esaminati i caratteri dei due principali provvedimenti di riesame, può evidenziarsi come le maggiori difformità rispetto ai rimedi della tutela giurisdizionale o giustiziale si riscontrino in caso di revoca, anzitutto, sotto il profilo delle censure esperibili.

Ed, infatti, mentre in linea generale il ricorso giurisdizionale può essere proposto solo per vizi di legittimità, l'atto di ritiro può essere adottato anche per vizi di merito.

---

<sup>394</sup> Cfr. G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, op. cit., p. 227 ss., il quale rileva come l'interesse pubblico, cui tende l'esercizio del potere di annullamento, possa essere più adeguatamente curato tramite un provvedimento avente limitati effetti retroattivi.

<sup>395</sup> Così M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, op. cit., p.70.

<sup>396</sup> In questo senso, A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge 15/2005*, op. cit., p. 219 ss., il quale ribadisce la tesi dallo stesso precedentemente sostenuta in *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991, p. 115 ss. Sottolineando come il carattere retroattivo del provvedimento demolitorio sia stato tradizionalmente collegato all'analogia con l'annullamento su ricorso o in sede di controllo, l'Autore nota come si tratti, in questi ultimi casi, di forme di annullamento aventi natura vincolata. Di contro, la discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio ben potrebbe indurre l'amministrazione, nel contemperare i contrapposti interessi, a graduare gli effetti temporali del provvedimento. Anche D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, op. cit., p. 58 ss., non condivide la tesi dell'annullamento d'ufficio con effetto necessariamente retroattivo, evidenziando come tale ricostruzione non sia affatto in linea con l'elasticità delle soluzioni accolte dalla Corte di giustizia e, pertanto, auspica una rivisitazione dell'orientamento tradizionale, anche in considerazione di quanto accade in altri ordinamenti, come quello tedesco

Inoltre, nonostante il ricorso gerarchico possa estendersi a vizi di merito, l'annullamento in sede giustiziale è possibile solo ove il provvedimento sia affetto da vizi originari.

Da ciò discende che, almeno con riguardo all'ipotesi della sopravvenienza di nuove circostanze, non risulta esperibile né il ricorso gerarchico, né quello giurisdizionale.

Altra differenza è quella relativa agli effetti dei due rimedi.

Al contrario dell'annullamento giurisdizionale o in sede di ricorso amministrativo, che produce effetti retroattivi, la revoca ha efficacia *ex nunc*, impedendo che il provvedimento produca effetti ulteriori.

Tali considerazioni pongono in rilievo le difficoltà di inquadrare la revoca, specie se connessa alla sopravvenienza di circostanze nuove, nell'ambito dell'autotutela.

Si tratta infatti di un istituto chiaramente orientato al perseguimento dell'interesse pubblico, la cui finalità è quella di fare venire meno un assetto di interessi ritenuto non compatibile o non più compatibile con il provvedimento precedentemente adottato.<sup>397</sup>

Di conseguenza, la revoca non viene più considerata un atto volto alla risoluzione di un conflitto ma un nuovo provvedimento con il quale l'amministrazione gestisce l'interesse pubblico, adottando una diversa determinazione in relazione ad una questione precedentemente considerata.<sup>398</sup>

Tale collegamento con la funzionalità amministrativa ha fatto propendere per una collocazione della revoca nell'ambito dell'amministrazione attiva, escludendone l'appartenenza all'area dell'autotutela.<sup>399</sup>

---

<sup>397</sup> Così A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge 15/2005*, *op. cit.*, p. 219.

<sup>398</sup> In particolare, secondo M. Immordino, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, *op. cit.*, p. 158 ss., la revoca deve essere iscritta nel novero degli istituti che tendono ad assicurare il rispetto del principio di efficacia, il quale impone il continuo adeguamento dell'attività amministrativa al raggiungimento del risultato, ossia alla funzionalizzazione al pubblico interesse.

<sup>399</sup> In questo senso, M. Immordino, M.C. Cavallaro, *Revoca del provvedimento amministrativo*, *op. cit.*, p. 5202.

La medesima soluzione è stata estesa anche all'annullamento d'ufficio, in considerazione della rilevanza, in materia, dell'interesse pubblico.<sup>400</sup>

In proposito, si sottolinea che in sede giurisdizionale o giustiziale l'organo decidente non effettua alcuna verifica sull'opportunità di procedere all'annullamento del provvedimento illegittimo.

Il fatto che invece l'annullamento d'ufficio passi necessariamente per una valutazione sull'esistenza di un interesse pubblico al ritiro dell'atto dimostrerebbe come si tratti, in realtà, di un atto di amministrazione attiva.

La tradizionale collocazione dell'annullamento d'ufficio nell'ambito dell'autotutela è invece mantenuta da chi individua il tratto distintivo dell'autotutela amministrativa nell'essere "*volta all'affermazione del diritto ma anche al perseguimento di un interesse pubblico specifico*".<sup>401</sup>

In quest'ottica, a differenza della revoca, l'annullamento d'ufficio rientrerebbe a pieno titolo nell'autotutela per il fatto di unire al profilo del ripristino della legalità violata quello del perseguimento dell'interesse affidato alla cura dell'amministrazione.<sup>402</sup>

Con specifico riguardo all'annullamento d'ufficio, anche in considerazione delle minori differenze esistenti rispetto alla tutela giustiziale e giurisdizionale, potrebbe allora essere mantenuta la ricostruzione più tradizionale.

Ciò in quanto la tesi che iscrive tale provvedimento nell'ambito dell'amministrazione attiva rischia di non garantire un'adeguata protezione alle posizioni giuridiche derivanti dall'atto oggetto dell'annullamento.

Considerando l'annullamento d'ufficio espressione dello stesso potere in precedenza esercitato, pur in presenza di affidamenti ormai consolidati,

---

<sup>400</sup> Cfr. M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, op. cit., p. 59.

<sup>401</sup> Cfr. B.G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, op. cit., p. 7.

<sup>402</sup> Di contrario avviso è G. Corso, *Autotutela*, op. cit., p. 610, il quale, partendo dall'assunto che l'autotutela è, per definizione, il potere dell'interessato di tutelare da sé i propri interessi, esclude che l'annullamento d'ufficio possa essere espressione di tale potere. Si osserva, al riguardo, che l'interesse che viene curato con tale provvedimento non è l'interesse dell'amministrazione ma l'interesse pubblico, ossia quell'interesse concreto e attuale che deve concorrere con l'illegittimità dell'atto perché l'annullamento sia legittimo. Pur potendo l'amministrazione, in qualità di soggetto di diritto, essere titolare di un proprio interesse, si ritiene che tale non sia l'interesse che viene realizzato con l'esercizio di una potestà amministrativa, essendo questa attribuita per il soddisfacimento di un interesse pubblico.

l'amministrazione non potrebbe esimersi dal ritiro dell'atto, ove ciò garantisca il miglior perseguimento del pubblico interesse.

Di contro, inquadrando l'annullamento d'ufficio nell'ambito dell'autotutela, è possibile riconoscere all'affidamento un rilievo ben più significativo, in linea con le indicazioni ricavabili dall'art. 21 *nonies*.

L'interesse pubblico all'eliminazione del provvedimento dovrà infatti essere bilanciato con l'interesse privato alla sua conservazione, anche alla luce della situazione di fatto creata dal provvedimento illegittimo.<sup>403</sup>

---

<sup>403</sup> Cfr. tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 9 settembre 2003, n. 5050, in *Il Foro amministrativo CDS*, 2003, p. 2618.

### 3.2 Esame della giurisprudenza della Corte di giustizia in ipotesi di c.d. amministrazione diretta.

Ricostruiti i caratteri essenziali dell'autotutela decisoria nell'ordinamento italiano, appare opportuno valutare l'influenza che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha avuto sul tema in esame, partendo dalle pronunce in cui è stata esaminata la legittimità degli atti di ritiro di provvedimenti adottati dalle istituzioni sovranazionali.

Nella sentenza *Algera*, in cui per la prima volta è stata affrontata la tematica del riesame degli atti amministrativi, da parte della pubblica amministrazione, il giudice del Lussemburgo ha chiarito che “*trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i paesi della Comunità, ma per la cui soluzione il Trattato non contiene alcuna norma giuridica*”.<sup>404</sup>

Essendo, tuttavia, la Corte tenuta a risolvere la questione ad essa prospettata, il giudice dell'Unione ha esaminato le leggi, la dottrina e la giurisprudenza dei paesi membri, così da pervenire alla conclusione di dovere “*accogliere il principio della revocabilità degli atti amministrativi illegali, almeno entro un limite di tempo ragionevole*”.<sup>405</sup>

In seguito, la Corte di giustizia ha fornito delle indicazioni di massima sui requisiti necessari affinché l'amministrazione possa fare legittimamente uso del potere di riesame, nonché sui limiti che lo contraddistinguono,

---

<sup>404</sup> Corte giust., sentenza 12 luglio 1957, *Algera Dineke e a. c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1957, p. 81 ss., punto 3 della motivazione.

<sup>405</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Algera, cit.*, punto 3 della motivazione. Al riguardo, giova precisare, come osservato da D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario, op. cit.*, p. 41 ss., che, da un punto di vista terminologico, il giudice di Lussemburgo utilizza quasi sempre il termine “*revoca*”, anche con riferimento a provvedimenti che negli ordinamenti nazionali sarebbero classificati di annullamento o di mero ritiro. Essendo questa discordanza tra l'espressione linguistica utilizzata e il concetto giuridico ad essa corrispondente, nei sistemi nazionali, una costante della giurisprudenza della Corte, l'Autrice conclude nel senso che “*il concetto di revoca deve essere inteso in senso atecnico ed onnicomprensivo*”.

soffermandosi, in particolare, sulla questione relativa al termine per l'adozione dei provvedimenti di autotutela.

In specie, un primo elemento che appare significativo è quello relativo all'esigenza di operare un adeguato bilanciamento fra i diversi interessi in gioco, quello pubblico consistente nel fare salvo il principio della legittimità violata e quello dei beneficiari alla stabilità di un assetto in ordine al quale essi hanno maturato un legittimo affidamento.<sup>406</sup>

In secondo luogo, emerge la necessità di operare detta ponderazione sia in relazione al termine ultimo per l'adozione dei provvedimenti di autotutela, sia in relazione alla decorrenza dell'efficacia di questi provvedimenti.

A questo proposito, va sottolineato che se la Corte ha fatto riferimento al criterio del termine ragionevole già nella citata sentenza *Algera*, in seguito essa ha avuto modo di precisare come detto criterio “*non è che uno degli aspetti da prendere in considerazione nel confrontare gli interessi contrapposti*”, rappresentando “*soltanto uno degli aspetti dell'interesse particolare della ricorrente all'osservanza del principio della certezza del diritto*”.<sup>407</sup>

Dovendo la valutazione essere fatta caso per caso, tenuto conto delle peculiarità della singola fattispecie, la Corte ha sostenuto che la considerazione della rispettiva importanza degli interessi contrapposti e, di conseguenza, la decisione di revocare o meno con effetto retroattivo il provvedimento viziato spettano, in primo luogo, all'organo che ha emanato il provvedimento stesso.<sup>408</sup>

Nella giurisprudenza successiva, la Corte ha confermato tutte queste importanti statuizioni, dichiarando illegittimo l'esercizio dei poteri di

---

<sup>406</sup> Sulla rilevanza che il principio dell'affidamento esplica in tali pronunce, si veda M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, op. cit., p. 249 ss.

<sup>407</sup> Corte giust., sentenza 12 luglio 1962, in causa C-14/61, *Hoogovens c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, p. 471, punto 6 della motivazione.

<sup>408</sup> Corte giust., sentenza 22 marzo 1961, in C-42 e 49/59, *S.N.U.P.A.T. c. Alta Autorità*, in *Raccolta*, 1961, p. 99 ss.

autotutela con effetti *ex tunc* da parte della Commissione solo in alcune limitate ipotesi, facendo riferimento al concetto di termine ragionevole.<sup>409</sup>

In sintesi, da questo filone giurisprudenziale, emerge che, al pari di quanto accade negli ordinamenti nazionali, ai fini di un corretto esercizio del potere di intervento demolitorio, da parte degli organi dell'Unione, è richiesta una adeguata ponderazione degli interessi coinvolti, ivi compreso quello del destinatario dell'atto al mantenimento della posizione giuridica acquisita, dovendosi escludere che sia a ciò sufficiente la semplice contrarietà del provvedimento al diritto sovranazionale.

---

<sup>409</sup> Corte giust., sentenza 26 febbraio 1987, in C-15/85, *Consorzio Cooperative. D'Abruzzo c. Commissione*, in *Raccolta*, 1987, p. 1005, punti 12-17 della motivazione.

### 3.3 La giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di autotutela doverosa: pronunce *Delena Wells e Kühne & Heitz*.

Evidenziati i caratteri che contraddistinguono l'esercizio del potere di autotutela in ipotesi di c.d. amministrazione diretta <sup>410</sup>, in cui parte in causa è sempre l'autorità amministrativa europea, occorre ora esaminare i principi elaborati dalla Corte di giustizia con riguardo a fattispecie che coinvolgono le amministrazioni nazionali, chiamate a dare esecuzione al diritto dell'Unione.

Le pronunce finora esaminate, infatti, per quanto indubbiamente rilevanti per le questioni ivi affrontate, esauriscono il loro ambito di operatività all'interno dell'ordinamento sovranazionale, non essendo coinvolte le autorità nazionali. <sup>411</sup>

A tal proposito, va sottolineato come emerga in alcune statuizioni espresse dal giudice del Lussemburgo la volontà di derogare i tradizionali orientamenti in materia, contraddistinti dall'insufficienza dell'interesse al ripristino della legalità sovranazionale per giustificare l'obbligatorietà di procedimenti nazionali ad esito demolitorio.

Si tratta, in particolare, di alcune importanti sentenze con cui la Corte di giustizia sembra mettere in discussione la tradizionale discrezionalità degli atti di ritiro dei provvedimenti nazionali contrastanti con il diritto dell'Unione, in virtù del principio di leale cooperazione, nonché dell'interesse all'effettiva applicazione del diritto sovranazionale nel territorio degli Stati membri.

Anzitutto, nel caso *Delena Wells* <sup>412</sup>, il giudice di rinvio inglese ha chiesto alla Corte di giustizia di fornirgli delle indicazioni circa il modo in cui le pubbliche amministrazioni nazionali devono fare uso di provvedimenti di

---

<sup>410</sup> Sul tema, si rinvia a C. Franchini, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993 e a E. Chiti, C. Franchini, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.

<sup>411</sup> In questi termini, D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, op. cit., p. 44.

<sup>412</sup> Corte giust., sentenza 7 gennaio 2004, in C-201/02, *The Queen, su domanda di Delena Wells, contro Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, in *Raccolta*, 2004, p. I-723 ss.

autotutela decisoria per eliminare provvedimenti amministrativi nazionali contrari all'allora diritto comunitario.

In proposito, la Corte, dopo avere ricordato che “*ai sensi del principio di leale collaborazione previsto dall'art. 10 TCE, gli Stati membri hanno l'obbligo di eliminare le conseguenze illecite di una violazione del diritto comunitario*” e che “*un tale obbligo incombe, nell'ambito delle sue competenze, a ciascun organo dello Stato membro interessato*”, ha precisato che “*spetta alle autorità competenti di uno Stato membro, nell'ambito delle loro attribuzioni, adottare tutti i provvedimenti necessari, generali o particolari*” e che “*provvedimenti particolari di questo tipo sono costituiti, in particolare, nei limiti del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dalla revoca o dalla sospensione di un'autorizzazione già rilasciata*”.<sup>413</sup>

La Corte, in ossequio al principio dell'autonomia procedurale, esige che i rimedi eventualmente esistenti a livello nazionale siano impiegati allo scopo di garantire l'effettività del diritto dell'Unione, richiedendo al giudice *a quo* di “*accertare se il diritto interno preveda la possibilità di revocare o di sospendere un'autorizzazione già rilasciata*”.<sup>414</sup>

Il ragionamento condotto nella sentenza *Delena Wells* viene ripreso e approfondito dalla Corte di giustizia con la pronuncia *Kühne & Heitz*.<sup>415</sup>

La fattispecie concreta è sorta dalla contestazione di un provvedimento impositivo dell'obbligo di rimborso di “restituzioni all'esportazione”, precedentemente corrisposte all'impresa *Kühne & Heitz* dall'organo amministrativo competente, in applicazione dell'allora disciplina comunitaria.

---

<sup>413</sup> Corte giust., sentenza *Delena Wells*, cit., punti 64 e 65.

<sup>414</sup> Corte giust., sentenza *Delena Wells*, cit., punto 70.

<sup>415</sup> Corte giust., sentenza 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz*, in causa C-453/00, in *Raccolta*, p. I-837. Detta sentenza è stato oggetto di particolare attenzione in dottrina e fra i principali contributi si rimanda a E. Rinaldi, *Miracoli dei polli olandesi: la primauté del diritto comunitario va “oltre” il giudicato nazionale a “anticomunitario”. E all'amministrazione il compito di rimediare...*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 651 ss.; V. Atripaldi, *Leale cooperazione comunitaria ed obbligo degli Stati al riesame degli atti amministrativi definitivi contrari al diritto comunitario*, op. cit., p. 883 ss.; F. Gentili, *Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia C.E.*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, p. 233 ss.

La legittimità del provvedimento di ritiro veniva riconosciuta, su ricorso di parte, dal giudice nazionale olandese e la sentenza che, sul punto, statuiva passava in giudicato.

In seguito, la Corte di giustizia, con una pronuncia emessa in sede di rinvio pregiudiziale e nata da altra controversia, ha dato alla norma costituente la base giuridica del provvedimento un'interpretazione in ragione della quale il rimborso delle somme, da parte della Kühne & Heitz, non risultava più dovuto.<sup>416</sup>

L'impresa interessata chiedeva allora la restituzione delle somme in un primo tempo rimborsate, nonché la corresponsione dell'importo più elevato cui essa avrebbe avuto diritto se i beni prodotti fossero stati, sin dall'origine, classificati nella corretta voce tariffaria.

L'amministrazione respingeva nuovamente tali domande, sostenendo di essersi già pronunciata sulla pretesa del singolo e aggiungendo che, avendo il giudice nazionale già statuito in via definitiva sulla questione, il ricorrente avrebbe potuto vedere soddisfatte le proprie ragioni solo attraverso la revocazione della sentenza passata in giudicato.

Il ricorso giurisdizionale proposto al giudice amministrativo olandese di ultima istanza veniva, tuttavia, ritenuto ammissibile, in quanto, nel diritto olandese, l'amministrazione può sempre ritornare su una decisione definitiva ed, in linea di principio, annullare la stessa, se ciò avviene senza pregiudizio dei diritti dei terzi.<sup>417</sup>

Nel corso del giudizio, è emerso immediatamente che l'effettiva soddisfazione della pretesa del singolo non poteva avvenire attraverso il mero annullamento della decisione precedente, ormai eseguita, ma richiedeva l'imposizione all'amministrazione di un preciso obbligo di riesaminare, nel merito, la richiesta presentata dalla Kühne & Heitz.

---

<sup>416</sup> Corte giust., sentenza 5 ottobre 1994, in causa C-151/93, *Voogd Vleesimport en-export*, in *Raccolta*, p. I-4915.

<sup>417</sup> Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, punto 25.

Da qui, dunque, la proposizione del rinvio pregiudiziale avente ad oggetto le implicazioni derivanti dal principio di leale cooperazione di cui all'art. 10 TCE (oggi art. 4, paragrafo 3, TUE), volto a chiarire “*se il diritto comunitario (...) in circostanze quali quelle descritte nella motivazione della presente ordinanza, comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è divenuta definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario*”.<sup>418</sup>

A tale riguardo, la Corte di giustizia ha risposto sottolineando, in primo luogo, come la certezza del diritto sia certamente inclusa tra i principi generali riconosciuti dal diritto dell'Unione.

Con la conseguenza che “*il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo*”.<sup>419</sup>

Tuttavia, allorché si tratti di dovere tenere conto dell'interpretazione, intervenuta nel frattempo, di una disposizione ad opera della Corte di giustizia, il principio di leale cooperazione deve essere letto in maniera tale di imporre ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare la sua decisione definitiva, ove ricorrano quattro condizioni.<sup>420</sup>

Anzitutto, è necessario che l'amministrazione disponga, in base al diritto nazionale del potere di riesame.

In secondo luogo, la decisione in questione deve essere divenuta definitiva in seguito a una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza.

Tale sentenza, inoltre, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte di giustizia, deve risultare fondata su un'interpretazione errata del diritto dell'Unione, adottata senza che la Corte sia stata adita in via pregiudiziale.

---

<sup>418</sup> Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz*, cit., punto 19.

<sup>419</sup> Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz*, cit., punto 24.

<sup>420</sup> Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz*, cit., punto 28.

Infine, l'interessato deve essersi rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della predetta giurisprudenza.

La pronuncia in esame merita di essere esaminata alla luce del principio dell'autonomia procedurale, potendosi ravvisare alcuni aspetti ad esso certamente riconducibili.

Anzitutto, la condizione in base alla quale l'obbligo di riesame del provvedimento in contrasto con il diritto dell'Unione sorge soltanto nei confronti delle autorità dotate del potere di autotutela, è intesa a salvaguardare l'autonomia procedurale degli Stati membri, evitando l'attribuzione di una nuova funzione ad amministrazioni che, in base alle norme nazionali, ne sono prive.<sup>421</sup>

Inoltre, è opportuno evidenziare che, con la sentenza *Kühne & Heitz*, la Corte di giustizia non sembra imporre all'amministrazione nazionale un vero e proprio obbligo di eliminazione dell'atto invalido, mediante gli strumenti di autotutela decisoria.<sup>422</sup>

Piuttosto, la pronuncia pare imporre all'amministrazione un mero dovere di riesame dell'atto adottato in violazione del diritto dell'Unione, utilizzando a tal fine le norme nazionali.

Rilevante in tal senso è il passo in cui la Corte rileva come “*l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 TCE, a riesaminare tale decisione*” e che “*detto organo amministrativo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale*

---

<sup>421</sup> In chiave critica, è stato tuttavia evidenziato (cfr., in particolare, le conclusioni dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, formulate per la sentenza *i-21*, *cit.*, punto 67) che detta regola rischia di determinare una disparità di tutela tra gli Stati membri, atteso che la mancanza di una disciplina procedurale comune può dare luogo a delle disomogeneità nei sistemi giuridici nazionali. Sul punto, L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, *op. cit.*, p. 787, ha anzi sottolineato che, con la sentenza in esame, “*la Corte dà luogo ad un'applicazione asimmetrica del principio di autonomia procedurale, che accentua le predette disomogeneità*”. Ciò in quanto, per un verso, la sentenza *Kühne & Heitz* incide su quegli ordinamenti in cui l'amministrazione dispone della facoltà di riesaminare un atto definitivo, trasformando detta facoltà in un obbligo; per altro verso, invece, essa lascia del tutto impregiudicata l'autonomia procedurale di quegli Stati che non conferiscono all'amministrazione il potere di riesame.

<sup>422</sup> Così D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, *op. cit.*, p. 55, nonché, nello stesso senso, D. De Pretis, *Illegittimità dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 723 ss.

*esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi dei terzi, sulla decisione in questione*".<sup>423</sup>

Sembra, allora, che l'amministrazione nazionale abbia solo l'obbligo di aprire il procedimento di riesame della decisione definitiva incompatibile con il diritto dell'Unione, conservando un margine di apprezzamento quanto all'esito dello stesso.

In relazione all'ampiezza di detto margine, la Corte precisa che l'esito del riesame non deve *"ledere gli interessi dei terzi"*, ponendo dunque l'affidamento dei terzi di buona fede quale limite al ritiro del provvedimento da parte dell'amministrazione nazionale.

Non essendo tuttavia agevole individuare altre ipotesi in cui l'amministrazione possa omettere l'annullamento dell'atto senza violare l'obbligo di leale cooperazione<sup>424</sup>, nelle conclusioni della causa *Kempter* l'Avvocato generale Bot ha chiarito che l'organo amministrativo deve determinare, in sede di riesame, l'influenza della giurisprudenza sopravvenuta della Corte e ove, in seguito a tale valutazione, risultasse che detta decisione è in contrasto con il diritto dell'Unione, come successivamente interpretato dalla Corte, l'autorità dovrà procedere al ritiro della stessa.<sup>425</sup>

---

<sup>423</sup> Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, punto 27.

<sup>424</sup> In questi termini, L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, *op. cit.*, p. 788.

<sup>425</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Bot, presentate il 24 aprile 2007, per la causa *Kempter*, *cit.*, punti 51-56.

### 3.4 *L'autotutela doverosa nella giurisprudenza italiana e la ricostruzione tradizionale del riesame dell'atto contrario al diritto dell'Unione.*

La sentenza da ultimo esaminata introduce un elemento di novità rilevante, consistente nell'imposizione, in capo all'amministrazione nazionale, di un vero e proprio obbligo di annullamento d'ufficio, ove sussista la facoltà di esercitare il potere di autotutela in base alle regole nazionali.

Detto aspetto appare particolarmente significativo in quanto ciò, di norma, non accade nei casi di autotutela decisoria disciplinati dal nostro legislatore.

Come visto in precedenza, l'annullamento d'ufficio si concreta in un procedimento di secondo grado mediante il quale l'amministrazione, rilevata l'illegittimità di un precedente provvedimento, provvede a rimuoverlo dal mondo giuridico.

Tale potere è però riconosciuto legittimo solo se motivato da concomitanti esigenze di pubblico interesse, le quali devono rivestire carattere specifico in relazione alla fattispecie e, quindi, devono essere diverse rispetto al generico interesse al ripristino della legalità violata.

Dette specifiche esigenze di pubblico interesse devono inoltre essere comparate con l'interesse pubblico o privato eventualmente contrario all'annullamento dell'atto.

Di conseguenza, l'annullamento d'ufficio è sempre stato considerato discrezionale anche in presenza di apposite istanze volte all'attivazione del relativo procedimento.<sup>426</sup>

In altri termini, il privato, in relazione al mancato esercizio dell'autotutela non gode di una posizione di interesse legittimo, che sorge solo nel caso in cui l'amministrazione provveda spontaneamente in proposito.

---

<sup>426</sup> L'orientamento appare consolidato sia in dottrina (si veda, sul tema, G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Cedam, 2004, p. 105) sia in giurisprudenza (cfr. *ex multis*, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 17 settembre 1996, n. 259, in *Cons. St.*, 1996, I, p. 1396 ss.).

Con la conseguenza che non appare configurabile un'ipotesi di silenzio-rifiuto, ove l'amministrazione rimanga inerte a fronte di un'istanza dell'interessato.

Tale indirizzo trova fondamento nell'esigenza di evitare il superamento della regola della necessaria impugnazione dell'atto amministrativo nei termini di decadenza.

Appare invero evidente che, ove dovesse ritenersi esperibile il ricorso avverso il silenzio, ai fini dell'attivazione del potere di annullamento d'ufficio, potrebbe essere facilmente elusa la regola che impone l'impugnazione dei provvedimenti illegittimi entro ristretti termini decadenziali.<sup>427</sup>

Alla disciplina appena richiamata fa tuttavia eccezione il c.d. annullamento d'ufficio doveroso.

In alcuni casi, la giurisprudenza ha infatti introdotto delle eccezioni alla regola della necessaria valutazione di un interesse pubblico ulteriore rispetto alla mera illegalità dell'atto, ritenendo sufficiente, ai fini dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, l'esistenza di un vizio di legittimità.

In definitiva, l'annullamento doveroso muove dall'assunto secondo cui, in talune fattispecie, il provvedimento amministrativo volto a rimuovere dall'ordinamento una situazione antigiuridica porti con sé, *in re ipsa*, la soddisfazione di un interesse pubblico di natura indisponibile, consistente nel ripristino della legalità violata.

La questione dell'ammissibilità di una forma di autotutela vincolata è stata peraltro portata all'attenzione della Consulta, la quale ha chiarito che il principio dell'esercizio discrezionale del potere di annullamento in autotutela è privo di copertura costituzionale.<sup>428</sup>

---

<sup>427</sup> Si rimanda, tra le altre, a Cons. Stato, sez. IV, sentenza 17 aprile 1990, n. 269, in *Cons. Stato*, 1990, I, p. 525.

<sup>428</sup> Cfr. Corte cost., sentenza 22 marzo 2000, n. 75, in *Giustizia costituzionale*, 2000, p. 810 ss. Al centro della questione di legittimità era la norma contenuta nell'art. 6, comma 17, legge n. 127/1997, che obbligava gli enti locali ad annullare i provvedimenti di inquadramento adottati in difformità dell'accordo nazionale di lavoro approvato con il d.P.R. n. 347/1983 e successive modificazioni. La questione era stata sottoposta alla Corte sotto il profilo che una simile prescrizione avrebbe impedito all'autorità di esercitare la discrezionalità caratteristica dell'annullamento d'ufficio, precludendo la

Le ipotesi di annullamento doveroso <sup>429</sup> che sono state tradizionalmente individuate dalla giurisprudenza, sulla scorta delle indicazioni della dottrina <sup>430</sup>, riguardano, anzitutto, l'annullamento d'ufficio disposto in ottemperanza di una decisione del giudice ordinario passata in giudicato che abbia ritenuto illegittimo l'atto amministrativo.

Si fa poi riferimento all'annullamento a seguito di una decisione dell'autorità di controllo cui non compete direttamente il potere di annullare l'atto, nonché all'annullamento di un provvedimento dipendente come conseguenza dell'annullamento dell'atto presupposto.

In aggiunta alle ipotesi tradizionali, la giurisprudenza ne ha individuate delle altre, ritenendo che il principio di conservazione degli atti giuridici non sia ostativo all'eliminazione del provvedimento, qualora ciò avvenga in un momento vicino a quello della sua adozione.

Del pari, il giudice amministrativo ha considerato legittimo l'annullamento di un provvedimento non ancora efficace o dotato di stabilità provvisoria, motivato esclusivamente in relazione all'illegittimità dello stesso. <sup>431</sup>

La regola secondo cui occorre che l'esercizio del potere di autotutela sia sorretto da autonome ed ulteriori ragioni di interesse pubblico, varrebbe infatti solo ove gli effetti dell'atto vadano a incidere su interessi consolidati dei privati, con conseguente formazione di un legittimo affidamento.

Altre decisioni hanno parimenti escluso la necessità di una motivazione in punto di interesse pubblico, ritenendo che, qualora l'adozione del provvedimento di riesame sia conseguita a una inesatta rappresentazione della realtà, da parte del richiedente in mala fede, è sufficiente, ai fini

---

valutazione delle esigenze di interesse pubblico, legate al consolidamento delle posizioni in ragione del tempo trascorso. La Consulta ha tuttavia respinto l'eccezione, affermando che *“il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale”*.

<sup>429</sup> Saranno di seguito i casi più rilevanti, seguendo le indicazioni di C. Di Seri, *L'annullamento d'ufficio “doveroso”. Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela “vincolata”*, pubblicato il 3 febbraio 2010, su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

<sup>430</sup> Si veda, in particolare, A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, p. 437.

<sup>431</sup> Cfr. Tar Lombardia, Milano, sez. III, sentenza 11 marzo 2003, n. 435, in *Il Foro amministrativo Tar*, 2003, p. 839 ss.

dell'annullamento d'ufficio, che l'esercizio del potere di autotutela si fondi sull'accertata illegittimità.<sup>432</sup>

Allo stesso modo, in caso di illegittime attribuzioni di *status* a dipendenti pubblici, con esborsi di denaro, l'interesse pubblico idoneo a giustificare l'annullamento in autotutela è sempre stato ritenuto sussistente in *re ipsa*, con conseguente sacrificio dell'affidamento del privato.

Vi sono poi delle ipotesi in cui è la stessa legge ad imporre all'amministrazione l'annullamento d'ufficio di atti in precedenza adottati.

Tra queste, va innanzitutto richiamata, a titolo esemplificativo, la disciplina in materia di ritiro degli atti da parte degli organi dell'amministrazione finanziaria.<sup>433</sup>

Anche la disciplina dell'autotutela introdotta, limitatamente ai provvedimenti che comportino oneri finanziari, dall'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004<sup>434</sup>, è stata qualificata dalla giurisprudenza come un'ipotesi di autotutela doverosa.<sup>435</sup>

---

<sup>432</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. V, sentenza 9 maggio 2000, n. 2648; Tar Lombardia, Milano, sez. I, sentenza 15 novembre 2002, n. 4425.

<sup>433</sup> In proposito, la circolare 5 agosto 1998, n. 198, relativa all'applicazione delle disposizioni del D.M. 11 febbraio 1997, n. 37, sottolinea come “*se è vero, a stretto rigore, che l'ufficio ha il potere ma non il dovere giuridico di ritirare l'atto viziato (mentre è certo che il contribuente, a sua volta, non ha un diritto soggettivo a che l'ufficio eserciti tale potere), è tuttavia indubbio che l'ufficio stesso non possiede una potestà discrezionale di decidere a suo piacimento se correggere o no i propri errori. Infatti da un lato il mancato esercizio dell'autotutela nei confronti di un atto patentemente illegittimo, nel caso sia ancora aperto o comunque esperibile il giudizio, può portare alla condanna alle spese dell'amministrazione con conseguente danno erariale (la cui responsabilità potrebbe essere fatta ricadere sul dirigente responsabile del mancato annullamento dell'atto); dall'altro, essendo previsto che in caso di grave inerzia dell'ufficio che ha emanato l'atto può intervenire in via sostitutiva l'organo sovraordinato, è evidente che l'esercizio corretto e tempestivo dell'autotutela viene considerato dall'amministrazione non certo come una specie di optional che si può attuare o non attuare a propria discrezione ma come una componente del corretto comportamento dei dirigenti degli uffici e, quindi, come un elemento di valutazione della loro attività dal punto di vista disciplinare e professionale*”.

<sup>434</sup> Ai sensi del quale “*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso*”.

<sup>435</sup> Per una diversa ricostruzione della disposizione, si veda M. Interlandi, *Annulamento d'ufficio e aiuti di Stato illegittimi: la difficile convergenza tra effettività comunitaria e autonomia dei sistemi normativi nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2006, p. 823 ss., spec., p. 834, laddove l'Autrice sottolinea come la tesi dell'obbligatorietà dell'annullamento non trova riscontro nella formulazione letterale della norma che configura l'esercizio di tale potere come scelta possibile ma non obbligata. Con la conseguenza che l'amministrazione, nell'ipotesi contemplata dalla norma, potrà solo verificare che l'annullamento dell'atto non produca, rispetto all'interesse cui è preordinato l'esercizio del potere,

Ebbene, in presenza delle condizioni individuate dalla sentenza *Kühne & Heitz*, l'amministrazione è certamente tenuta all'esercizio del potere di autotutela, aggiungendosi, dunque, nel nostro ordinamento, un'ulteriore ipotesi di annullamento doveroso, ricollegabile, in questo caso, alla contrarietà dell'atto amministrativo al diritto dell'Unione.

Da qui il sorgere di un interrogativo, più generale, legato alla doverosità di un intervento demolitorio, da parte dell'amministrazione, a fronte di ogni ipotesi di illegittimità dell'atto sulla scorta del diritto sovranazionale.

La questione era stata invero già affrontata dalla giurisprudenza e dalla dottrina italiana, prima della citata pronuncia della Corte di giustizia, con la prospettazione di tre diverse soluzioni.

Un primo orientamento, sostenuto anche da alcune pronunce del Supremo Consesso Amministrativo<sup>436</sup>, ha ritenuto necessario e doveroso l'intervento in autotutela dell'amministrazione nazionale, al fine di espungere dall'ordinamento l'attività amministrativa contraria alle prescrizioni del diritto dell'Unione.

Ciò in quanto l'interesse alla prevalenza di tali disposizioni non giustifica solo la loro primazia nell'eventuale contrasto con le norme interne, ma deve, per necessità logica, imporsi sempre e comunque anche sull'attività amministrativa nazionale.

Tale concezione implica, dunque, un obbligo per l'amministrazione di eliminare, d'ufficio o su istanza di parte, ogni attività provvedimentoale

---

conseguenze più gravi dell'*utilitas* cui esso tende. In tal caso, quindi, spetterà all'amministrazione, seppure con un margine di apprezzamento più limitato, valutare se rispetto all'interesse tipico non sia più ragionevole conservare l'atto viziato. Queste considerazioni sulla non doverosità dell'annullamento discendono anche dalla convinzione che le scelte dell'amministrazione devono essere sempre sorrette dal principio di ragionevolezza, soprattutto quando la stessa legge decide di non tutelare direttamente un determinato interesse ma di affidare la cura dello stesso al potere amministrativo. In definitiva, secondo l'Autrice, *“la previsione del più volte citato art. 1 non introduce un'ipotesi di annullamento doveroso, trattandosi, anche in questo caso, di esercizio di un potere discrezionale necessario, ma non obbligato, al raggiungimento di un risultato specifico”*.

<sup>436</sup> Si richiama, tra le tante, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 5 giugno 1989, n. 918, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 1342 ss., con commento di R. Garofoli, *Concessione di lavori: discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio e vincoli comunitari*, laddove si afferma che *“il contrasto con la normativa comunitaria è da solo sufficiente a radicare un concreto ed attuale interesse pubblico e ad escludere una preminente valutazione dell'interesse privato alla conservazione dell'atto”*.

incompatibile con le norme e gli scopi del diritto sovranazionale, sacrificando, in vista dell'attuazione del diritto di matrice europea, ogni interesse alla stabilità del provvedimento che i privati possano vantare.<sup>437</sup>

Gli argomenti che vengono addotti, a suo sostegno, si collegano alla valorizzazione del principio di leale cooperazione tra Unione europea e Stati membri, *ex art 4 TUE*, nonché all'interesse pubblico che si eviti, con la violazione della disciplina sovranazionale, un aggravio di costi derivanti dagli esiti di una eventuale procedura di infrazione.<sup>438</sup>

Questo indirizzo, tuttavia, imporrebbe alle amministrazioni nazionali un onere estremamente gravoso, dal momento che l'autorità procedente sarebbe sempre tenuta ad attivare il procedimento eliminatorio non solo su istanza di parte ma anche e, soprattutto, d'ufficio.

Proprio per questa ragione, una diversa ricostruzione, di origine dottrinale, sostiene la necessità della sola attivazione del procedimento di autotutela, che risulterebbe quindi vincolato nell'*an*, ma soggetto alle regole ordinarie per quanto attiene al *quomodo* dello stesso.<sup>439</sup>

Infine, un'ultima opzione interpretativa ritiene che non sussista alcuna valida giustificazione per introdurre una differenziazione nei procedimenti di autotutela, in considerazione della diversa origine della norma violata.

Oltre a realizzare una ingiustificata discriminazione a danno della normativa nazionale, ciò determinerebbe l'inammissibile pretermissione di altri interessi, come quello alla stabilità delle situazioni giuridiche consolidate per l'avvenuto spirare del termine di impugnazione o quello, ancor più rilevante, alla tutela del legittimo affidamento consolidatosi in capo ai privati destinatari dell'attività provvedimentale.

---

<sup>437</sup> E' chiaro, quindi, come questa tesi ponga in secondo piano le esigenze che hanno tradizionalmente giustificato il carattere discrezionale dell'intervento in autotutela da parte della pubblica amministrazione.

<sup>438</sup> Si veda in proposito Tar Sicilia, Palermo, sez. II, sentenza 28 settembre 2007, n. 2049, la quale, partendo da tale ultimo assunto, sostiene che, dopo la pronuncia *Kühne & Heitz, cit.*, è necessario che “*a fortiori, l'amministrazione rimuova in autotutela provvedimenti comunitariamente illegittimi ab origine, ed anzi connotati da un profilo causale orientato al superamento della precettività degli effetti di atti – amministrativi e normativi – comunitari*”.

<sup>439</sup> Cfr. E. Casetta, *Manuale di diritto amministrativo, op. cit.*, p. 520.

Tale ultimo orientamento è stato accolto dalla più recente giurisprudenza amministrativa, che sul punto ha ampiamente motivato in un caso attinente all'obbligo di procedere all'annullamento di provvedimenti amministrativi pluristrutturati, contrari al diritto dell'Unione.<sup>440</sup>

---

<sup>440</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza 3 marzo 2006, n. 1023, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 295 ss., con commento di M. Ragazzo, *op. cit.*, in cui si sottolinea come “la certezza delle situazioni giuridiche definite costituisce un bene irrinunciabile, posto a tutela dei cittadini e non può essere elusa mediante l'impugnazione del silenzio rifiuto formatosi su un'istanza diretta a sollecitare l'adozione di provvedimenti di annullamento o di modifica di precedenti determinazioni, non impugnate nei termini e nelle forme di rito (...). L'amministrazione è l'unico soggetto che può valutare se sussistano i presupposti per la revoca, la modifica o l'annullamento d'ufficio dell'atto originario e tale verifica deve essere svolta alla luce dei principi codificati nella riforma della legge 241/90 e in particolare degli artt. 21 quinquies e 21 nonies (...). Tali principi non vengono derogati quando l'asserito vizio di legittimità del provvedimento da rimuovere consiste nella violazione del diritto comunitario (...). Anche nell'ordinamento comunitario la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria un'attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo (...). Il diritto comunitario non esige, in linea di principio, che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito carattere definitivo, in quanto la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti dall'ordinamento comunitario e il carattere definitivo di una tale decisione amministrativa, acquisito alla scadenza dei termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza (...). Dalla giurisprudenza comunitaria si ricava, quindi, che l'esercizio dei poteri di autotutela non può essere configurato in termini di doverosità con la conseguenza che il vizio della violazione del diritto comunitario non comporta il necessario, e sostanzialmente, vincolato esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione (...). Deve quindi ritenersi che la non doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela, che preclude la giustiziabilità del silenzio dell'amministrazione sulle istanze dirette a stimolare tale potere, costituisca principio che non viene derogato quando il vizio dedotto è costituito dalla violazione del diritto comunitario (...) La valutazione se attivare o meno i poteri di autotutela resta discrezionale e non è giustificabile perché altrimenti si determinerebbe l'effetto di consentire la riapertura di un contenzioso, precluso a seguito dell'inoppugnabilità del provvedimento e in violazione di quel principio di certezza del diritto valorizzato anche da giudice comunitario”.

### *3.5 Ulteriori sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di autotutela doverosa: pronunce i-21 e Kempter.*

Sull'opportunità di rivedere le più recenti acquisizioni del Consiglio di Stato, alla luce della giurisprudenza *Kühne & Heitz*, appare importante considerare le successive prese di posizione della Corte di giustizia in merito.

Anzitutto, occorre esaminare la sentenza *i-21*<sup>441</sup>, originata da due controversie che vedevano coinvolte due società, le quali avevano corrisposto all'amministrazione tedesca delle somme di denaro, a titolo di diritti per il conseguimento di licenze, nel settore delle telecomunicazioni, calcolate sulla base di una normativa nazionale di recepimento della direttiva 97/13.

Ricevuti gli avvisi di liquidazione, dette società provvedevano al pagamento dei diritti, senza avanzare alcuna contestazione.

In seguito all'impugnazione di un avviso di liquidazione, proposta da parte di un'altra impresa, il Tribunale amministrativo federale dichiarava il regolamento nazionale, attuativo della direttiva, incompatibile con la legge tedesca sulle comunicazioni e con la Costituzione e confermava l'annullamento dell'avviso disposto dalla Corte amministrativa di appello.

Alla luce di tale pronuncia, le società *i-21* e *Arcor* decidevano di chiedere all'amministrazione il ritiro degli avvisi e il rimborso delle somme indebitamente corrisposte.

A seguito della decisione dell'amministrazione di non accogliere il reclamo, le società interessate ricorrevano al giudice amministrativo per ottenere la revisione di quest'ultima decisione.

Il giudice, però, rigettava il ricorso in ragione del carattere inoppugnabile dell'avviso di liquidazione negando, altresì, in forza del § 48 della legge

---

<sup>441</sup> Corte giust., sentenza 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04, *i-21 Germany*, e C-422/04, *Arcor*, in *Raccolta*, p I-8859, punto 71, sulla quale si veda in particolare il contributo di B. Marchetti, *Sul potere di annullamento d'ufficio, la Corte ribadisce l'autonomia procedurale, ma si sbilancia un po'*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 1132 ss.

tedesca sul procedimento amministrativo, la sussistenza in capo all'amministrazione di un obbligo di ritiro degli atti illegittimi.

Lamentando l'errata applicazione del diritto da parte del Tribunale adito, le società interessate presentavano istanza di revisione presso il Tribunale amministrativo federale.

In quella sede, il giudice tedesco osservava che la disciplina nazionale in materia di ritiro di atti illegittimi, fissata dalla legge sul procedimento amministrativo, riconosce discrezionalità piena all'amministrazione circa la decisione di ritirare o meno un atto amministrativo illegittimo divenuto definitivo, ricordando, altresì, che le sole ipotesi in cui tale obbligo sussiste si verificano quando il mantenimento dell'atto è “semplicemente insopportabile” per ragioni di ordine pubblico, buona fede, equità, parità di trattamento o illegittimità manifesta.

Non ricorrendo, in base al diritto interno, nessuna di tale ipotesi, il Tribunale concludeva per il rigetto del ricorso, non senza interrogarsi però sulla compatibilità di questo orientamento con l'allora diritto comunitario.<sup>442</sup>

In ragione di ciò, il giudice tedesco formulava due quesiti pregiudiziali.

Il primo legato alla compatibilità del meccanismo di riscossione dei diritti per licenze, nel cui calcolo è stata operata una riscossione anticipata dei costi, con l'art. 11 della direttiva 97/13.

Il secondo legato alla necessità di interpretare l'art. 10 TCE e l'art. 11 della direttiva 97/13, nel senso di rendere obbligatorio l'annullamento di un avviso di liquidazione di un diritto calcolato secondo le modalità di cui alla disciplina nazionale e che non è stato oggetto di impugnazione, qualora il diritto nazionale consenta l'annullamento, ma non lo imponga.

---

<sup>442</sup> Nello specifico, il Tribunale si chiedeva se “*il potere di mantenere gli avvisi di liquidazione non comporti una restrizione della concorrenza per le imprese interessate, le quali verrebbero in particolare svantaggiate rispetto alle imprese che hanno contestato nei termini impartiti avvisi di cui erano destinatarie ottenendone l'annullamento*”.

In relazione al primo quesito, la Corte risponde nel senso della incompatibilità della normativa nazionale rispetto al sistema posto dal diritto dell'Unione.

Quanto al secondo quesito, la Corte richiama la sentenza *Kühne & Heitz*, la quale, pur riguardando una vicenda per certi versi simili, non viene ritenuta invocabile nel caso di specie, atteso che le imprese interessate non hanno subito una errata applicazione dell'allora disciplina comunitaria, ad opera del giudice cui si erano rivolte, ma semplicemente non si sono avvalse dei rimedi giurisdizionali previsti per la contestazione degli atti di cui erano destinatarie.

La definitività degli avvisi di liquidazione, in questo caso, è considerata conseguenza non dell'accertamento della loro legittimità compiuto da una sentenza passata in giudicato, ma del carattere inoppugnabile che l'atto ha acquisito per il fatto che i soggetti interessati non si sono attivati, tempestivamente, proponendo rituale ricorso.

E' dunque alla luce di tale presupposto, in grado di differenziare la vicenda in esame dalla fattispecie delineata nella pronuncia *Kühne & Heitz*, che occorre chiedersi se, rispetto a tali provvedimenti definitivi, il giudice debba o possa affermare l'esistenza di un obbligo di ritiro.

La risposta, anche in questo caso, deve essere data avendo riguardo al principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, valutato alla stregua dei criteri di equivalenza ed effettività.

Al riguardo, la Corte ha escluso agevolmente la violazione del criterio dell'effettività, in quanto i soggetti interessati avrebbero potuto impugnare gli avvisi di liquidazione, a norma della disciplina nazionale, entro il termine di un mese, sicché la tutela dei diritti di matrice europea non pareva essere né impossibile, né eccessivamente difficile.

Si è invece proceduto ad un'attenta verifica del rispetto del criterio dell'equivalenza, che impone che la disciplina dei ricorsi e dei termini si applichi indiscriminatamente a posizioni protette dal diritto interno così come a posizioni tutelate dal diritto dell'Unione.

In questo senso, la Corte di giustizia ha individuato il parametro cui il giudice del rinvio deve fare riferimento per risolvere la controversia, statuendo che *“se le norme nazionali di ricorso obbligano a ritirare l'atto amministrativo illegittimo per contrarietà al diritto interno, pur se ormai atto definitivo, allorché il suo mantenimento è «semplicemente insopportabile», identico obbligo deve sussistere a parità di condizioni in presenza di un atto amministrativo non conforme al diritto comunitario”*.<sup>443</sup>

Ciò in quanto *“nel momento in cui, in applicazione di norme di diritto nazionale, l'amministrazione è tenuta a ritirare una propria decisione divenuta definitiva che risulti manifestamente incompatibile con il diritto interno, identico obbligo deve sussistere ove la manifesta incompatibilità sia con il diritto comunitario”*.<sup>444</sup>

La Corte, nel rispetto del principio dell'autonomia procedurale, rimette però al giudice nazionale *“di valutare se una regolamentazione chiaramente incompatibile con il diritto comunitario, come quella su cui si sono fondati gli avvisi di liquidazione oggetto delle cause principali, sia manifestamente illegittima ai sensi del proprio diritto. Se tale si rileverà, il detto giudice ne dovrà trarre tutte le conseguenze di diritto nazionale circa il ritiro degli avvisi”*.<sup>445</sup>

Pur lasciando al giudice nazionale il compito di effettuare tale valutazione, la Corte non si esime dall'esprimere il proprio giudizio circa il grado di compatibilità della legislazione nazionale con il sistema posto dalla direttiva 97/13.

Viene infatti rilevato che il giudice *a quo*, per accertare il grado di chiarezza della direttiva, deve prendere in considerazione gli obiettivi della stessa, la quale mira a favorire l'ingresso di nuovi operatori sul mercato, mentre *“l'imposizione di un diritto molto elevato che copre una prestazione di spese*

---

<sup>443</sup> Corte giust., sentenza *i-21*, *cit.*, punto 63.

<sup>444</sup> Corte giust., sentenza *i-21*, *cit.*, punto 69.

<sup>445</sup> Corte giust., sentenza *i-21*, *cit.*, punto 72.

generali su un periodo di trent'anni può ostacolare seriamente la concorrenza".<sup>446</sup>

Tuttavia, con due sentenze del 17 gennaio 2007, il Tribunale amministrativo federale ha giudicato in maniera definitiva sui ricorsi, statuendo che, in entrambi i casi, il ricorrente non avesse diritto né alla restituzione dei tributi versati, né ad una nuova decisione.<sup>447</sup>

Ulteriori chiarimenti in merito alla portata delle condizioni poste dalla sentenza *Kühne & Heitz* sono stati forniti dalla sentenza *Kempter*.<sup>448</sup>

Nel caso in esame, l'applicabilità dei principi di diritto espressi nel noto precedente risultava problematica in considerazione del fatto che, da una parte, l'impresa ricorrente, nel contestare la legittimità della decisione, non aveva mai richiamato il diritto dell'Unione europea; dall'altra, il riesame veniva domandato soltanto dopo due anni dalla pronuncia della sentenza interpretativa della Corte di giustizia.<sup>449</sup>

---

<sup>446</sup> Corte giust., sentenza *i-21*, *cit.*, punto 70.

<sup>447</sup> Cfr. *BverwG*, sentenze del 17 gennaio 2007 – 6 C 32/06 e 6 C 33/06, rispettivamente in *BeckRS*, 2007, n. 2207 e *BeckRS*, 2007, n. 22258. Nota, in proposito, D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, *op. cit.*, p. 113 ss., che, così facendo, il giudice nazionale ha correttamente fatto uso del margine di apprezzamento che la Corte di giustizia gli riservava. Si esclude, infatti, che il giudice interno possa, utilizzando il pretesto del diritto sovranazionale, "forzare" il diritto procedurale nazionale al di là di quanto gli è legittimamente consentito, pena la violazione anche del dovere di leale cooperazione previsto nel Trattato.

<sup>448</sup> Corte giust., sentenza 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Kempter*, in *Raccolta*, p. I-411. Sui fatti da cui trae origine detta controversia va osservato che l'impresa in questione è una ditta esportatrice di bovini, la quale aveva ottenuto restituzioni all'esportazione, secondo quanto previsto dal Regolamento 3665/87. In seguito a una indagine svolta dal servizio di controllo delle dogane, la dogana centrale pretendeva però dalla *Kempter* il rimborso delle restituzioni ottenute. L'impresa proponeva quindi ricorso contro la determinazione dell'autorità doganale, senza tuttavia sollevare alcun profilo di illegittimità comunitaria. Il ricorso veniva respinto in primo grado, con decisione confermata in appello, sulla scorta dell'interpretazione della normativa sovranazionale in base alla quale la stessa avrebbe richiesto entro dodici mesi dall'accettazione della dichiarazione di esportazione, la prova, non fornita da parte dell'impresa, che gli animali fossero effettivamente giunti nel paese di destinazione. Con sentenza del 14 dicembre 2000, in causa C-110/99, nel caso *Emsland-Starke*, in *Raccolta*, p. I-11569, la Corte di giustizia interpretava la disciplina in questione, affermando che la condizione relativa all'effettiva importazione delle merci in un paese terzo può essere opposta soltanto prima della concessione delle restituzioni all'esportazione. La *Kempter*, venuta a conoscenza di quest'ultimo orientamento della Corte di giustizia, inoltrava alla dogana centrale una richiesta di riesame e di rettifica della decisione originaria, divenuta ormai definitiva. Sennonché, la dogana respingeva la richiesta e tale avviso veniva confermato anche all'esito di un successivo ricorso amministrativo presentato dalla *Kempter*. Quest'ultima, pertanto, adiva nuovamente il giudice amministrativo, facendo valere la legittimità della propria pretesa sulla base di quanto stabilito dalla Corte di giustizia nel caso *Kühne & Heitz*.

<sup>449</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Kempter*, punto 27.

Il giudice del Lussemburgo, nel risolvere i due quesiti pregiudiziali, ha affermato che non è necessario che il ricorrente abbia invocato, nella causa *a quo*, l'allora diritto comunitario, né è indispensabile che il soggetto interessato all'ipotetico riesame si sia rivolto all'organo amministrativo, dopo la pronuncia interpretativa della Corte, entro un determinato termine.

Cominciando con l'esaminare la soluzione data alla prima questione, va osservato che essa coinvolge considerazioni ricollegabili sia alla effettività, intesa quale limite dell'autonomia procedurale degli Stati membri, sia alla rilevanza del principio dispositivo, posto a fondamento della maggior parte dei processi amministrativi nazionali.

Sotto il primo profilo, occorre notare come non sia agevole comprendere per quale ragione l'invocazione del diritto sovranazionale, nel giudizio *a quo*, sia irrilevante.

Nella prospettiva accolta dalla Corte in *Kühne & Heitz*, sembrerebbe ragionevole ipotizzare che solo chi ha fatto valere, invano, il diritto dell'Unione a sostegno delle proprie pretese possa poi, una volta accertata la fondatezza delle stesse, chiedere il riesame della decisione amministrativa definitiva.<sup>450</sup>

Una possibile spiegazione può essere colta in considerazione del ruolo del meccanismo del rinvio pregiudiziale, che non è teso alla tutela di posizioni individuali ma è volto alla garanzia di esigenze obiettive dell'ordinamento dell'Unione.

Se, infatti, il giudice nazionale può essere sollecitato ad effettuare un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, esso ha altresì un dovere generale di promuoverlo d'ufficio, in presenza delle condizioni individuate dall'art. 267 TFUE e dal giudice del Lussemburgo, al fine di assicurare l'uniforme e costante applicazione del diritto dell'Unione.

---

<sup>450</sup> E. Cannizzaro, *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 461.

In ogni caso, la posizione espressa dalle parti nel corso del giudizio non è rilevante ai fini della scelta di disporre un rinvio, né di essa la Corte deve necessariamente tenere conto.

E' questa la ragione per la quale la Corte di giustizia ha concluso nel senso che *“il diritto al riesame di una decisione amministrativa definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, la quale, alla luce di una giurisprudenza successiva della Corte, risulta basata su un'interpretazione erronea del diritto comunitario (...), non richiede che il ricorrente nella causa principale abbia invocato il diritto comunitario nell'ambito del ricorso giurisdizionale di diritto interno”*.<sup>451</sup>

Di contro, è sufficiente che la questione sull'interpretazione del diritto sovranazionale sia stata esaminata dal giudice nazionale di ultima istanza oppure che la stessa questione avrebbe potuto e/o dovuto essere esaminata d'ufficio dal medesimo organo giudicante, nell'ambito dei poteri che ad esso sono riconosciuti dall'ordinamento interno.

Al riguardo, va osservato che il ragionamento seguito dalla Corte potrebbe indurre a ritenere che o la questione interpretativa in oggetto è coincidente con una questione rilevabile d'ufficio in ogni stato e grado del giudizio, o la medesima è rimessa comunque, secondo il principio della domanda, a profili di cognizione riposti all'iniziativa delle parti e soggetti, per ciò solo, ad una attivazione tempestiva entro un determinato termine.

Detta alternativa appare invero insoddisfacente, in quanto i sistemi processuali nazionali prevedono tutti un termine di decadenza ai fini della contestazione delle legittimità degli atti amministrativi e, salvo casi peculiari (si pensi al diritto francese o tedesco), l'interpretazione del parametro di legittimità entra a far parte del giudizio solo ove espressamente invocato a motivo della controversia.<sup>452</sup>

---

<sup>451</sup> Cfr. primo dispositivo della sentenza *Kempter*, cit.

<sup>452</sup> Così F. Cortese, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, op. cit., p. 1531.

La soluzione a tale interrogativo può allora essere compresa, esaminando le conclusioni dell'Avvocato generale, il quale osserva che *“siffatta analisi non significa che un giudice nazionale le cui decisioni non possono essere oggetto di un ricorso giurisdizionale secondo il diritto interno sarebbe, in virtù del diritto comunitario, obbligato a rilevare ex officio un motivo fondato su tale diritto. Essa comporta semplicemente che, in una situazione in cui le parti nella causa principale non hanno invocato il diritto comunitario, se tale giudice dispone, in virtù del proprio diritto nazionale, del potere di esaminare ex officio la legittimità di un atto amministrativo con riferimento al diritto comunitario e ritiene che l'applicazione del detto diritto sia necessaria per decidere, è tenuto, in linea di principio, a investire la Corte di una domanda di interpretazione in via pregiudiziale”*.<sup>453</sup>

E' questa dunque l'ipotesi in cui, laddove il giudice nazionale non attivi il meccanismo del rinvio pregiudiziale, si verifica la condizione per l'emersione dell'obbligo di riesame.

Anche la Corte specifica che *“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”*.<sup>454</sup>

Di conseguenza, il presupposto per l'affermazione dell'obbligo di riesame sussiste nel caso in cui il giudice di ultima istanza, che si è pronunciato sulla decisione amministrativa divenuta ormai definitiva, non abbia attivato il proprio potere/dovere, previsto nel diritto processuale del proprio

---

<sup>453</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Bot, punto 106.

<sup>454</sup> Cfr. sentenza *Kempter, cit.*, punto 45 della motivazione.

ordinamento, di rilevare d'ufficio un motivo di doglianza riconducibile al mancato rispetto di una norma vincolante.

Non è però intenzione del giudice dell'Unione introdurre, in via di affermazione giurisprudenziale, il principio che esista un potere di rilevazione *ex officio* di determinati profili di illegittimità, in base alla considerazione della sola esigenza di effettività del diritto dell'Unione.<sup>455</sup>

Affinché tale effettività possa prevalere in concreto, è necessario che l'accertamento dei motivi di contrasto con il diritto dell'Unione sia possibile per mezzo dell'attivazione della facoltà, laddove già prevista nel diritto interno, di compiere una simile cognizione, ogni qual volta ciò sia richiesto dal carattere vincolante di talune norme interne e dalla necessità che esse siano sempre e comunque rispettate.

Volendo procedere all'applicazione del citato principio di diritto con riferimento all'ordinamento italiano ci si potrebbe chiedere se, a fronte del potere di disapplicazione della norma interna contraria al diritto dell'Unione, sussistano profili di illegittimità dell'atto amministrativo, non sollevati chiaramente dalle parti, ma comunque rilevabili d'ufficio, in quanto connessi al suo obbligo, già previsto nell'ordinamento italiano, di conoscere il diritto sovranazionale.

La risposta affermativa darebbe una proiezione maggiormente penetrante alle affermazioni della Corte di giustizia ma, al contempo, introdurrebbe l'idea che le decadenze previste dal diritto processuale nazionale non siano sempre

---

<sup>455</sup> Detto profilo appare spiegabile alla luce della giurisprudenza formatasi, in materia, a partire dalla sentenza *van Schijndel, cit.* In essa, la Corte di giustizia ha osservato come il diritto dell'Unione non costringa i giudici nazionali a rinunciare al rispetto del principio dispositivo, alla cui osservanza sono normalmente tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti, basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale, che ha interesse all'applicazione del diritto dell'Unione, ha posto a fondamento della propria domanda. D'altra parte, al punto 21 della motivazione, la Corte ha ricordato come “*il principio di diritto nazionale, secondo il quale l'iniziativa di un processo civile spetta alle parti, e il giudice può agire d'ufficio solo in casi eccezionali in cui il pubblico interesse esige il suo impulso, attua concezioni condivise nella maggior parte degli Stati membri quanto ai rapporti fra lo Stato e il singolo, tutela i diritti della difesa e garantisce il regolare svolgimento del procedimento, in particolare preservandolo dai ritardi dovuti alla valutazione dei motivi nuovi*”.

vincolanti, entrando così in antitesi con il principio dell'autonomia procedurale.

In questo quadro, il potere officioso del giudice di individuare motivi di diritto con riferimento a una norma interna vincolante si potrebbe ravvisare in una sola fattispecie.<sup>456</sup>

In particolare, il riferimento è al caso in cui il ricorrente, nell'atto introduttivo del giudizio e nella rappresentazione dei vizi di impugnazione, non abbia preso ad esplicito parametro di riferimento il diritto dell'Unione, ma abbia comunque illustrato la sostanza dell'illegittimità commessa, come astrattamente riconducibile al diritto sovranazionale concretamente applicabile.<sup>457</sup>

In sintesi, l'ipotesi è quella in cui il giudice italiano sia posto dinanzi a un ricorso nel quale il diritto dell'Unione non è preso a diretto e univoco parametro di valutazione ma è tuttavia rilevante per il genere di contestazioni mosse dal ricorrente.<sup>458</sup>

In questa particolare fattispecie, il motivo di ricorso, infondato sulla scorta del solo diritto interno, sarebbe fondato in base alla disciplina dell'Unione, con la conseguenza che il giudice sarebbe obbligato a rilevare l'illegittimità della norma e, pertanto, il suo errore potrebbe giustificare, in seguito, un riesame della decisione nel frattempo divenuta definitiva.

In relazione al secondo quesito pregiudiziale, avente ad oggetto la portata della condizione in base alla quale occorre che l'interessato si sia rivolto

---

<sup>456</sup> Detta esemplificazione è riportata da F. Cortese, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, op. cit., p. 1545.

<sup>457</sup> In proposito, si ricordi che il ricorso deve considerarsi ammissibile, a norma dell'art. 40, primo comma, lett. c), c.p.a., anche se non siano stati espressamente indicati gli articoli di legge e di regolamento cui allude la disciplina positiva di rito, a condizione che sussista l'esposizione dei motivi specifici su cui esso si fonda. Per consolidato orientamento giurisprudenziale, infatti, ciò che conta è la possibilità di ricavare la censura dall'intero contesto dell'atto, non guardandosi ai fini dell'identificazione della *causa petendi* solo ed esclusivamente all'indicazione delle norme a sostegno della domanda, bensì, sostanzialmente, all'identificabilità delle ragioni di fatto e di diritto che la sorreggono.

<sup>458</sup> Si pensi all'eventualità in cui si faccia valere l'esigenza che una disposizione di legge nazionale vada interpretata in un senso determinato e che si possano trovare supporti al riguardo nell'interpretazione di una disciplina dell'Unione direttamente applicabile alla fattispecie controversa ma non espressamente invocata.

all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della giurisprudenza della Corte, appare opportuno prendere le mosse dalle conclusioni espresse dall'Avvocato generale Bot.<sup>459</sup>

In esse, si osserva che, con ogni probabilità, la Corte ha voluto fare riferimento alla circostanza che il ricorrente si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo la pronuncia della sentenza che ha rivelato l'illegittimità della decisione amministrativa contestata.

Si aggiunge, inoltre, che è comprensibile, visti i termini utilizzati, l'interpretazione proposta dal giudice di rinvio, secondo la quale l'espressione farebbe riferimento al momento in cui il ricorrente è stato effettivamente informato della giurisprudenza e non alla data della pronuncia della sentenza.

Tuttavia, considerata l'importanza che è opportuno attribuire al principio della certezza del diritto e, in particolare, al requisito della certezza delle situazioni giuridiche, l'Avvocato Bot si esprime negativamente in ordine all'accoglimento di tale interpretazione, la quale *“potrebbe comportare difficoltà per quanto riguarda la prova dell'essere stati effettivamente informati della giurisprudenza della Corte”*.<sup>460</sup>

Per tali ragioni, si sostiene, stante i rischi connessi all'interpretazione della condizione in esame, che *“l'esistenza stessa di tale condizione deve essere messa in discussione”*.<sup>461</sup>

La Corte sembra accogliere le indicazioni ora esposte, affermando che la sentenza *Kühne & Heitz* *“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”*, con la conseguenza che *“il diritto comunitario non impone alcun termine preciso per la presentazione di una domanda di riesame”*.<sup>462</sup>

---

<sup>459</sup> Cfr. conclusioni dell'Avvocato generale Bot, per la causa *Kempter*, *cit.*

<sup>460</sup> Cfr. punto 130 delle conclusioni dell'Avvocato Bot.

<sup>461</sup> Cfr. punto 132 delle conclusioni.

<sup>462</sup> Cfr. sentenza *Kempter*, *cit.*, punti 55 e 56 della motivazione.

In questo modo, nel pieno rispetto del principio dell'autonomia procedurale gli ordinamenti nazionali saranno “*liberi di fissare termini di ricorso ragionevoli, conformemente ai principi comunitari di effettività e di equivalenza*”.<sup>463</sup>

Di conseguenza, l'obbligo di riesame di una decisione amministrativa contraria al diritto dell'Unione sorge in presenza delle sole prime tre condizioni poste dalla sentenza *Kühne & Heitz*.<sup>464</sup>

---

<sup>463</sup> Cfr. sentenza *Kempter, cit.*, punto 60 della motivazione.

<sup>464</sup> Cfr. L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione, op. cit.*, p. 806.

*3.6 La soluzione proposta: regola generale della non doverosità dell'intervento in autotutela ed eccezioni desumibili dalla giurisprudenza Kühne & Heitz e dalla disciplina in tema di aiuti di Stato.*

L'esame della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di autotutela induce a ritenere che, allo stato, non sia agevole estendere il dovere di riesame ogni qual volta l'atto risulti contrario al diritto dell'Unione europea.

Ed, infatti, sostenere che occorra introdurre un rimedio alla permanenza nell'ordinamento di qualsiasi attività amministrativa posta in essere in violazione delle prescrizioni del diritto di matrice europea è una affermazione suggestiva e carica di forti significati, ma che necessita di essere considerata con le dovute precisazioni.

Al riguardo, non possono certo sottacersi le argomentazioni addotte da parte della dottrina, secondo la quale la doverosità dell'annullamento dell'atto contrario al diritto dell'Unione costituisce un passaggio conseguente alla prevalenza della normativa sovranazionale su quella nazionale e al dovere degli operatori di applicare la prima, disapplicando la seconda, ove con essa contrastante.<sup>465</sup>

Richiamando l'impegno assunto dallo Stato italiano con l'adesione ai Trattati istitutivi dell'Unione europea, si sottolinea come il “patto” in questione vada rispettato utilizzando tutti gli strumenti previsti dall'ordinamento.

Lasciando alla discrezionalità amministrativa la decisione sull'intervento in autotutela, sarebbe consentito allo Stato italiano di violare il principio del primato, mediante l'adozione di atti amministrativi con esso contrastanti.

Così facendo, tuttavia, sarebbe l'amministrazione a decidere, in concreto, se debba prevalere la normativa sovranazionale, tramite l'eliminazione del provvedimento illegittimo, o debba prevalere quest'ultimo, per soddisfare esigenze proprie dell'ordinamento italiano.

---

<sup>465</sup> G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, op. cit., p. 220 ss.

L'impegno assunto, con un accordo internazionale, di rispettare la normativa sovranazionale porterebbe invece a concludere per il carattere doveroso dell'annullamento del provvedimento affetto dal vizio in esame.<sup>466</sup>

Tuttavia, trattandosi, anche in questo caso, di esplicitare un *pouvoir de sanction* avente ad oggetto l'osservanza del diritto dell'Unione, sarà necessario attenersi alle modalità di funzionamento del principio dell'autonomia procedurale e rispettare i limiti che lo contraddistinguono.

Al riguardo, va in primo luogo evidenziato che negare la generale obbligatorietà dell'intervento caducatorio in autotutela non pare comportare una violazione del limite dell'equivalenza, atteso che le ipotesi di annullamento doveroso riconosciute dalla giurisprudenza amministrativa hanno carattere eccezionale.

Pertanto, in tutti quei casi in cui non è possibile fare rientrare l'atto contrario al diritto dell'Unione in una delle predette ipotesi, l'unica strada percorribile per giustificare la doverosità dell'intervento demolitorio è quella riconducibile al criterio dell'effettività.

Senonché, visto che il provvedimento amministrativo contrario al diritto sovranazionale può comunque essere impugnato in sede giudiziaria, non sembra sostenibile che la disciplina interna in tema di autotutela renda impossibile o eccessivamente difficile la tutela dei diritti di derivazione europea.

In proposito, si condividono le considerazioni espresse dalla dottrina, già ricordata, secondo la quale il vaglio alla luce del criterio dell'effettività deve essere condotto avendo come parametro di riferimento gli analoghi istituti previsti nel sistema dell'Unione.<sup>467</sup>

---

<sup>466</sup> In questi termini, A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge 15/2005*, *op. cit.*, p. 223, il quale rileva che, in questo caso, l'amministrazione è priva del potere di valutare aspetti e profili diversi rispetto all'esigenza del ripristino della legalità violata ed, inoltre, che lo specifico regime dell'annullamento d'ufficio, avente ad oggetto un atto contrario al diritto di matrice europea, può trovare giustificazione nella diversità dei due ordinamenti.

<sup>467</sup> G. Greco, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, *op. cit.*, p. 505 ss.

Solo facendo confluire il criterio in esame in quello della “equivalenza verticale” è possibile pervenire a una corretta soluzione di questo e degli altri problemi riconducibili all'applicazione del diritto sovranazionale.

Adottando, invece, altri criteri e, segnatamente, quello secondo cui la disciplina dell'Unione deve sempre e comunque trionfare, *“tutto il nostro sistema di giustizia amministrativa (...) andrebbe riscritto: e non solo in ordine ai termini di decadenza, ma anche in ordine ai poteri d'ufficio del Giudice - che potrebbe sempre andare ultra petita partium -, agli effetti del giudicato - che non sarebbero mai preclusivi di un'ulteriore indagine in ordine alla illegittimità comunitaria - e in ordine in definitiva al tipo di giudizio, che da soggettivo (e cioè a tutela di posizioni soggettive), si trasformerebbe in oggettivo (e, cioè, a tutela dell'applicazione della norma, tutte le volte che quest'ultima sia di origine comunitaria)”*.<sup>468</sup>

Il criterio dell'effettività, così inteso, porta ad escludere un obbligo generale di ritiro di un atto amministrativo inoppugnabile, ancorché rivelatosi illegittimo alla stregua del diritto dell'Unione.

Il che si giustifica in quanto anche le decisioni amministrative adottate dalla Commissione sono soggette ad un potere di autotutela ampiamente discrezionale e privo di automatismi.

Pertanto, la Corte non potrebbe pretendere dagli Stati membri un obbligo incondizionato di ritiro, senza smentire la configurazione dell'analogo istituto sovranazionale.

D'altra parte, l'unica norma, più volte riportata dalla dottrina e dalla giurisprudenza a sostegno della opposta soluzione, è l'art. 10 TCE, oggi art. 4 TUE, sul dovere di leale cooperazione.

L'interpretazione più comune che la giurisprudenza della Corte di giustizia ha dato di questa disposizione è quella di un obbligo generale di astensione da qualsiasi atto legislativo o amministrativo che, in qualche misura, risulti

---

<sup>468</sup> G. Greco, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, op. cit., p. 518.

incompatibile con gli scopi dell'ordinamento sovranazionale, pregiudicandone gli effetti.

Da tale prescrizione si è desunto il dovere delle amministrazioni nazionali di eseguire diligentemente gli atti dell'Unione, cooperando con le istituzioni sovranazionali, nonché di adottare tutte le misure necessarie a rimediare alle irregolarità commesse dai privati in materie disciplinate dal diritto dell'Unione.

L'art. 4 TUE, in sostanza, sarebbe per alcuni la norma da cui discenderebbe la rilevanza dell'interesse all'incondizionata prevalenza del diritto sovranazionale sull'attività amministrativa con questo contrastante.

A ciò corrisponderebbe, nella medesima prospettiva, l'esistenza di un rilevante interesse pubblico a che le amministrazioni si obblighino ad espungere dall'ordinamento ogni determinazione contraria al diritto dell'Unione, d'ufficio o su istanza di parte.<sup>469</sup>

A ben vedere, però, tale interpretazione rischia di estendere forzatamente la portata della norma al di là di quello che appare essere il suo reale significato.

L'obbligo di astensione dalla violazione in sede amministrativa del diritto dell'Unione ed il dovere di porvi rimedio meritano di essere considerate come regole che danno sostegno all'idea dell'integrazione degli ordinamenti, confermando semplicemente il fatto che la normativa sovranazionale può essere considerata parametro di legittimità dell'attività amministrativa degli Stati.

Se questo sembra essere il significato del divieto contenuto all'art. 4 TUE, a ciò dovrebbe corrispondere l'obbligo, parimenti previsto dal citato articolo, di fornire ai cittadini validi ed effettivi strumenti per ovviare alla lesione di posizioni giuridiche di derivazione sovranazionale, senza che da questo debba necessariamente discendere un dovere di intervento in autotutela.

In altri termini, anche nella prospettiva del diritto dell'Unione, l'interesse al ripristino della legalità violata risulta sicuramente meritevole di tutela, ma non appare unico ed esclusivo.

---

<sup>469</sup> Tar Puglia, Lecce, sez. I, sentenza 27 ottobre 2005, n. 4633, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

Al pari di quanto accade in tema di giudicato interno contrario alle istanze sovranazionali sarà dunque necessario seguire la logica del bilanciamento di interessi.

D'altra parte, la stessa Corte di giustizia ha sottolineato come l'accoglimento della tesi della generale doverosità dell'intervento demolitorio in autotutela rischierebbe di compromettere il principio della tutela del legittimo affidamento e della certezza delle situazioni giuridiche, considerato rientrante tra i principi del diritto dell'Unione.<sup>470</sup>

Tendenzialmente, il fatto che l'attività provvedimento sia illegittima, perché contraria al diritto sovranazionale, dovrà al più determinare una maggiore attenzione dell'autorità procedente nel valutare questioni attinenti all'*an* e al *quomodo* dei procedimenti di annullamento.<sup>471</sup>

Ciò in quanto la violazione del diritto dell'Unione, posta in essere da uno Stato membro, anche attraverso le proprie articolazioni nelle quali si concentri la potestà decisionale amministrativa, espone lo Stato in questione alla procedura di infrazione.<sup>472</sup>

Esclusa l'aprioristica prevalenza del diritto dell'Unione, l'obbligo di riesame potrà pertanto sorgere solo qualora, dal temperamento dei valori in campo, emerga la particolare rilevanza della fattispecie di derivazione europea, in linea con quanto accade nelle ipotesi di annullamento doveroso presenti nel nostro ordinamento.

Il ragionamento ora esposto può essere confermato, esaminando il caso del ritiro dell'atto contrario al diritto dell'Unione, al fine di recuperare somme elargite dall'amministrazione nazionale, in violazione della disciplina in tema di aiuti di Stato.

---

<sup>470</sup> Si veda Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*, punto 24 della motivazione.

<sup>471</sup> Cfr. Cons. Stato, sez. VI, sentenza 3 marzo 2006, n. 1023, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 295 ss., con commento di M. Ragazzo, *op. cit.*, secondo la quale “*deve quindi ritenersi che la non doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela, che preclude la giustiziabilità del silenzio dell'amministrazione sulle istanze dirette a stimolare tale potere, costituisca principio che non viene derogato quando il vizio dedotto è costituito dalla violazione del diritto comunitario (...). Tale vizio deve essere adeguatamente ponderato dall'amministrazione procedente anche alla luce del principio di leale cooperazione previsto dall'art. 10 del Trattato*”.

<sup>472</sup> Cfr. articoli 258 e seguenti del TFUE.

La particolare importanza del settore, da sempre considerato cruciale per gli interessi dell'Unione <sup>473</sup>, ha infatti indotto la Corte di giustizia a non riconoscere quasi alcun margine di valutazione, alle amministrazioni nazionali, in ordine alla scelta di rimuovere i provvedimenti con cui gli esborsi sono stati illegittimamente corrisposti.

Al riguardo, giova richiamare la sentenza *Alcan* <sup>474</sup>, in cui il giudice dell'Unione ha risposto, in via pregiudiziale, ad un quesito avente ad oggetto la legittimità di un atto di autotutela adottato dall'amministrazione nazionale di un *Land* tedesco, oltre il termine di un anno previsto dal § 48 della legge nazionale sul procedimento amministrativo, al fine di ottenere il recupero di un aiuto illegittimamente erogato ad una impresa nazionale.

La questione riguardava l'esigenza di tutelare quello che, in base al menzionato § 48, risultava costituire un affidamento consolidato del destinatario dell'aiuto. <sup>475</sup>

In relazione al provvedimento di recupero adottato oltre la scadenza del predetto termine, la Corte ha osservato, anzitutto, che “*il principio della certezza del diritto non può (...) precludere la restituzione dell'aiuto per il fatto che le autorità nazionali si sono conformate con ritardo alla decisione che impone tale restituzione*”. <sup>476</sup>

Ciò in quanto, in caso contrario, il recupero delle somme indebitamente versate diverrebbe praticamente impossibile e le disposizioni sovranazionali relative agli aiuti di Stato sarebbero private di ogni effetto utile. <sup>477</sup>

---

<sup>473</sup> Non può essere trascurata l'origine essenzialmente economica del processo di integrazione europeo, avente, almeno inizialmente, lo scopo esclusivo di creare una unione doganale ed un mercato comune, pienamente concorrenziale, nell'ambito del quale garantire la libera circolazione di merci, persone, servizi e capitali.

<sup>474</sup> Corte giust., sentenza 20 marzo 1997, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH*, in causa C-24/95, in *Raccolta*, 1997, p. I-1591 ss.

<sup>475</sup> Secondo un indirizzo fatto proprio dalla giurisprudenza tedesca, infatti, la revoca di un provvedimento la cui illegittimità è imputabile all'autorità competente risulta, nei confronti del beneficiario dello stesso, contraria al principio di buona fede.

<sup>476</sup> Corte giust., sentenza *Alcan, cit.*, punto 37 della motivazione.

<sup>477</sup> Sul principio dell'effetto utile, in forza del quale, tra le diverse interpretazioni delle norme del diritto dell'Unione, deve essere accolta quella che meglio consente il raggiungimento degli scopi cui esse sono dirette, si rimanda a T. Tridimas, *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006, p. 418.

Di conseguenza, interpretando la norma nazionale in tema di revoca conformemente all'esigenza primaria di effettività del diritto dell'Unione, si considera l'autorità competente tenuta a “*revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva con cui la Commissione dichiara l'incompatibilità dell'aiuto e ne ordina il recupero, anche quando abbia lasciato scadere il termine a tal fine previsto dal diritto nazionale a tutela della certezza del diritto*”.<sup>478</sup>

Né rileva, sotto il profilo della buona fede, il fatto che l'illegittimità del provvedimento di revoca sia imputabile all'autorità amministrativa che lo ha adottato, in quanto “*il beneficiario dell'aiuto non può avere riposto, a causa dell'inosservanza della procedura prevista dall'art. 93 del Trattato, alcun legittimo affidamento nella regolarità dell'atto*”.<sup>479</sup>

L'autorità competente è dunque tenuta a revocare la concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva con cui la Commissione ha dichiarato l'aiuto incompatibile e ne ha ordinato il recupero, senza che l'amministrazione nazionale abbia alcun margine di apprezzamento discrezionale.

La spiegazione di tale perentoria statuizione si collega, ancora una volta, al principio dell'autonomia procedurale e ai presupposti che ne sono a fondamento.

Se, come noto, detto principio trova applicazione “*in mancanza di una specifica disciplina comunitaria*”<sup>480</sup>, l'esistenza una regolamentazione dettagliata, in merito alla procedura di controllo ad opera dell'esecutivo europeo sugli aiuti pubblici alle imprese<sup>481</sup>, ha indotto parte della dottrina a

---

<sup>478</sup> Corte giust., sentenza *Alcan, cit.*, punto 38.

<sup>479</sup> Corte giust., sentenza *Alcan, cit.*, punto 43.

<sup>480</sup> Cfr., sentenza *Rewe, cit.*, punto 5 della motivazione.

<sup>481</sup> Il sistema normativo di riferimento è oggi rinvenibile negli articoli 107 e 108 TFUE. La prima delle norme citate individua gli elementi da cui può discendere l'incompatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune, nonché le condizioni in presenza delle quali taluni aiuti possono ritenersi compatibili con il diritto dell'Unione. L'art. 108, invece, disciplina la procedura attraverso la quale la Commissione esercita un controllo avente ad oggetto la compatibilità o meno degli aiuti, ovvero dei regimi di aiuti, con il sistema europeo. In attuazione dell'art. 109 del Trattato, inoltre, è stato già da tempo emanato il Regolamento 659/1999, recante disposizioni procedurali in materia di controllo

negare che, in questo contesto, possa venire in rilievo l'autonomia procedurale degli Stati membri.<sup>482</sup>

In ogni caso, si può certamente convenire sul fatto che la presenza di una disciplina europea di riferimento riduca notevolmente l'autonomia dei singoli ordinamenti nazionali nell'applicazione dei propri sistemi normativi.

Ed, invero, l'esistenza di un meccanismo di controllo unitario, basato sul riconoscimento di una competenza esclusiva della Commissione in ordine alla valutazione della compatibilità dell'aiuto con il mercato comune, comporta l'applicazione della disciplina dell'Unione con prevalenza rispetto a qualsiasi disposizione nazionale eventualmente contrastante.<sup>483</sup>

In quest'ambito, infatti, i giudici nazionali, cui è affidato il compito di “*vigilare a che gli Stati membri adempiano agli obblighi procedurali previsti*”<sup>484</sup>, non potranno utilizzare, *tout court*, le norme nazionali, ma dovranno esercitare le proprie competenze nel rigoroso rispetto delle disposizioni procedurali europee di riferimento.

Nello specifico, il giudice nazionale, cui è preclusa qualsiasi valutazione relativa alla compatibilità delle misure di aiuto con il mercato comune,

---

sugli aiuti di Stato.

<sup>482</sup> Si vedano le riflessioni di L. Raimondi, *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, *op. cit.*, p. 818, il quale osserva che “*il principale ambito nel quale il Trattato di distacca dal modello dell'amministrazione diretta 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*”. In chiave critica, D.U. Galetta, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea....*, *op. cit.*, p. 18, nota 47, sostiene invece che “*il primato di cui parla la Corte nella motivazione della sentenza Lucchini deve ritenersi riferito al diritto sostanziale in materia di aiuti e non alle questioni procedurali*”.

<sup>483</sup> Cfr. G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea...*, *op. cit.*, p. 242 ss., che nota come in settori caratterizzati da un elevato tasso di incidenza del diritto sovranazionale, in cui esiste un sistema più o meno dettagliato di norme aventi ad oggetto la disciplina, anche procedurale, di determinate materie l'autonomia procedurale incontra un limite precipuo non solo nei criteri dell'equivalenza e dell'effettività, ma anche nel principio del primato delle norme dell'Unione, anche processuali, su quelle interne. Con la conseguenza che i giudici nazionali non potranno limitarsi ad interpretare ed applicare le proprie norme in conformità a quanto disposto da quelle europee, ma dovranno anche disapplicare le norme interne contrastanti con i precetti della normativa dell'Unione, che gode, come noto, di una posizione prioritaria.

<sup>484</sup> Cfr. Comunicazione della Commissione relativa alla cooperazione tra giudici interni ed esecutivo comunitario in materia di aiuti di Stato, pubblicata in G.U.C.E. C 312/8 del 23 novembre 1995, punto 4.

essendo questa una competenza riservata alla Commissione, è tenuto a garantire l'osservanza delle disposizioni procedurali previste dall'art. 108 del TFUE e dal regolamento di attuazione, annullando o sospendendo l'efficacia degli atti amministrativi esecutivi di aiuti illegittimi.<sup>485</sup>

Il funzionamento, nei termini anzidetti, dell'autonomia procedurale attribuisce quindi ai giudici interni il compito di garantire l'esecuzione in senso stretto delle norme processuali dell'Unione, dovendone trarre tutte le conseguenze, sul piano del diritto interno, della loro violazione.<sup>486</sup>

Diverso è invece il ruolo dell'autonomia procedurale degli Stati membri quando si passi all'esame della procedura di recupero degli aiuti illegalmente concessi.

L'art. 14 del Regolamento 659/1999 è chiaro nel disporre che *“il recupero va effettuato senza indugio secondo le procedure previste dalla legge dello Stato membro interessato, a condizione che esse consentano l'esecuzione immediata ed effettiva della decisione della Commissione. A tal fine e in caso di procedimento dinanzi ai Tribunali nazionali, gli Stati membri interessati adottano tutte le misure necessarie disponibili nei rispettivi ordinamenti giuridici, comprese le misure provvisorie, fatto salvo il diritto comunitario”*.

Se la procedura di controllo è quindi soggetta alla dettagliata regolamentazione giuridica prevista dalla normativa sovranazionale, diversamente, la procedura di recupero è rimessa alla disciplina degli ordinamenti nazionali, nei limiti posti al principio dell'autonomia procedurale.

Senonché, l'esistenza di una disciplina comune europea relativa alla procedura di controllo finisce inevitabilmente per condizionare la portata del

---

<sup>485</sup> Si veda al riguardo, Corte giust., sentenza 21 novembre 1991, in causa C-354/90, *Fédération nationale du commerce extérieur des produits alimentaires e Syndicat national des négociants et transformateurs de saumon*, in *Raccolta*, p. I-5505, punto 14, in cui si precisa che *“il ruolo centrale ed esclusivo riservato dagli articoli 92 e 93 del Trattato alla Commissione, ai fini dell'accertamento di un'eventuale incompatibilità, è sostanzialmente diverso da quello che spetta ai giudici nazionali in ordine alla salvaguardia dei diritti che spettano alle parti in considerazione dell'effetto diretto del divieto sancito dall'art. 93, n. 3, ultima frase del Trattato”*.

<sup>486</sup> Così G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea...*, op. cit., p. 151.

principio dell'autonomia procedurale anche in relazione alla procedura di recupero.

L'indiscutibile legame esistente tra la decisione espressa dalla Commissione all'esito della procedura disciplinata dal diritto dell'Unione europea e le regole nazionali che consentono di dare ad essa attuazione riduce quasi del tutto la discrezionalità della pubblica amministrazione in ordine all'*an* e al *quomodo* dell'intervento in autotutela.

Se la decisione della Commissione volta al recupero della somma illegittimamente corrisposta non è oggetto di impugnazione dinanzi alla Corte di giustizia <sup>487</sup>, lo Stato interessato, di fatto, non ha alcuna possibilità di opporsi alla sua esecuzione.

Le regole che presiedono allo svolgimento dei procedimenti di autotutela saranno allora oggetto di una rivisitazione in quanto, sebbene indirettamente, a venire in rilievo è il primato della disciplina dell'Unione, in materia di procedura di controllo sugli aiuti.

Ed, infatti, la Corte, nell'esaminare le normative interne alla stregua del criterio dell'effettività, ha affermato che qualunque norma nazionale renda eccessivamente difficile o impossibile l'esecuzione dell'ordine di recupero vada disapplicata ed, inoltre, che lo Stato membro non possa eccepire norme, prassi, situazioni riconducibili al proprio ordinamento per sottrarsi all'obbligo di recupero, stante il carattere vincolante della decisione della Commissione.<sup>488</sup>

Se, in base a una giurisprudenza ormai costante, l'unico mezzo che ha a disposizione lo Stato membro, che voglia sottrarsi all'ordine di recupero, è quello di eccepire l'impossibilità assoluta di eseguire la decisione <sup>489</sup>, è

---

<sup>487</sup> Come consentito dall'art. 263 TFUE.

<sup>488</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 20 febbraio 1986, in causa C-309/84, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, p. 559 ss.; Corte giust., sentenza 19 febbraio 1991, in causa C-375/89, *Commissione c. Belgio*, in *Raccolta*, p. I-383 ss.; Corte giust., sentenza 27 giugno 2000, in causa C-404/97, *Commissione c. Portogallo*, in *Raccolta*, p. I-4897 ss.

<sup>489</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 10 giugno 1993, in causa C-183/91, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, p. I-3131 ss.; Corte giust., sentenza 22 marzo 2001, in causa C-216/99, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, p. I-2537 ss.; Corte giust., sentenza 2 luglio 2002, in causa C-499/99, *Commissione c.*

evidente come, in questo settore, sussista una maggiore compressione dell'autonomia procedurale, che è pure riconosciuta agli ordinamenti nazionali.

Del resto, sebbene le ipotesi astrattamente qualificabili come casi di “impossibilità assoluta” siano numerose, la giurisprudenza della Corte è sempre stata piuttosto restia a riconoscerne la sussistenza in concreto.

La Corte di giustizia, anzi, non ha mai indicato le circostanze eccezionali produttive di un effetto ostativo rispetto all'esecuzione dell'ordine di recupero, limitandosi all'individuazione delle fattispecie in cui fossero insussistenti gli estremi di una “impossibilità assoluta” di esecuzione della ripetizione dell'indebito.<sup>490</sup>

Di conseguenza, il recupero delle somme illegittimamente elargite è, per il giudice dell'Unione, doveroso, non potendosi appellare le amministrazioni nazionali alla natura discrezionale del procedimento di riesame e non avendo alcuna rilevanza, per la Corte di giustizia, il legittimo affidamento maturato dal beneficiario dell'aiuto, dovendo “*un operatore economico diligente (...) normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura [di erogazione dell'aiuto] sia stata rispettata*”.<sup>491</sup>

Sembra allora possibile sostenere che, in aggiunta alla fattispecie descritta nella pronuncia *Kühne & Heitz*, in cui l'esistenza dell'obbligo dell'intervento demolitorio è stata chiaramente affermata dalla Corte di giustizia, anche nell'ipotesi in cui occorra procedere al recupero di un aiuto di Stato illegittimo non sussistano, o quasi, margini in capo alle amministrazioni nazionali per sottrarsi all'esercizio del potere di autotutela.

Se, in quest'ultimo caso, la perentorietà dell'assunto appare mitigata dalla circostanza che gli Stati possano invocare l'impossibilità assoluta di procedere in tal senso, l'interpretazione restrittiva accolta dalla Corte di giustizia, in

---

*Spagna*, in *Raccolta*, p. I-6031 ss.

<sup>490</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 7 giugno 1988, in causa C-63/87, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, p. 2875 ss.; Corte giust., sentenza 2 febbraio 1989, in causa C-94/87, *Commissione c. Germania*, in *Raccolta*, p. 175 ss.; Corte giust., sentenza 7 marzo 2002, in causa C-310/99, *Commissione c. Italia*, in *Raccolta*, p. I-2289 ss.

<sup>491</sup> Cfr. Corte giust., sentenza 20 settembre 1990, in causa C-5/89, *Commissione c. Repubblica federale tedesca*, in *Raccolta*, 1990, p. I-3437, punto 14.

considerazione dell'importanza riconosciuta a tale materia nell'assetto di interessi regolato dall'Unione europea, porta a concludere nel senso dell'obbligatorietà, quasi assoluta, dell'adozione del provvedimento di riesame.

In sintesi, se la semplice contrarietà del provvedimento amministrativo all'ordinamento sovranazionale non pare giustificare la configurazione di un dovere di riesame, da parte delle amministrazioni degli Stati membri, sono rinvenibili alcune ipotesi, in cui la ponderazione degli interessi giuridicamente rilevanti porta ad affermare l'obbligatorietà dell'intervento demolitorio.

A venire in rilievo sono, in particolare, le fattispecie ricavabili dalla giurisprudenza della Corte e desumibili dalla disciplina in tema di aiuti di Stato.

Una conferma di tale ricostruzione può essere colta attraverso l'esame dell'ordinamento spagnolo, orientato nel senso di imporre la rimozione dell'atto adottato in violazione delle istanze sovranazionali, esclusivamente, nell'ipotesi in cui l'obbligo di riesame discenda da una decisione della Commissione, specie se intervenuta in materia di aiuti di Stato, o da una sentenza della Corte di giustizia.

#### 4. Esame dell'ordinamento spagnolo in tema di autotutela a sostegno della tesi prospettata.

La necessità di un adattamento alle più recenti prese di posizione della Corte di giustizia in tema di autotutela è un problema comune ai diversi ordinamenti nazionali.

Se, da una parte, il principio dell'autonomia procedurale non richiede una piena uniformità di disciplina negli Stati membri, ammettendosi anche soluzioni differenziate, purché compatibili con le esigenze unitarie, d'altra parte, l'esistenza di molteplici sistemi nazionali, con le loro caratteristiche peculiari, pone in rilievo difficoltà di recepimento, diverse, dei *dicta* del giudice del Lussemburgo.

Emblematico è proprio il caso dell'ordinamento spagnolo, che presenta una caratteristica del tutto peculiare, nell'esperienza giuridica europea, data dall'inesistenza del potere di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi annullabili.<sup>492</sup>

Ed, infatti, in Spagna, il potere di riesame degli atti amministrativi favorevoli ai destinatari<sup>493</sup> è riconosciuto, esclusivamente, rispetto a quelli che presentano un vizio tale da rientrare nella categoria della nullità.<sup>494</sup>

---

<sup>492</sup> Cfr. R. Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 2006, p. 218, il quale osserva come “*en los Ordenamiento jurídicos más cercanos al nuestro (el francés, el alemán, el italiano o, incluso, el portugués), en el propio Ordenamiento comunitario europeo, desde luego, y, entre nosotros, hasta bien recientemente, por cierto, el reconocimiento a la Administración de poderes de autotutela sobre sus propios actos ha supuesto siempre la posibilidad de revisión de oficio de todos los actos administrativos ilegales y no sólo una pequeña parte de ellos*”.

<sup>493</sup> Discorso a parte merita, invece, il tema della revoca degli atti amministrativi sfavorevoli, regolato all'art. 105, legge 30/1992, a norma del quale “*las Administraciones públicas podrán revocar en cualquier momento sus actos de gravamen o desfavorables, siempre que tal revocación no constituya dispensa o exención no permitida por las leyes, o sea contraria al principio de igualdad, al interés público o al ordenamiento jurídico*”.

<sup>494</sup> Al pari del nostro, il diritto spagnolo distingue gli atti amministrativi invalidi in nulli e annullabili. In particolare, la patologia della nullità, di carattere eccezionale, è circoscritta alle ipotesi tassativamente elencate dall'art. 62, legge 30/1992, del 26 novembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, a norma del quale “*Los actos de las Administraciones públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a. Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional. b. Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio. c. Los que tengan un contenido*

Di contro, in relazione ai provvedimenti che presentano il vizio dell'annullabilità, ossia la stragrande maggioranza degli atti amministrativi invalidi <sup>495</sup>, è consentita la loro rimozione, in via amministrativa <sup>496</sup>, unicamente mediante un procedimento che prevede la previa dichiarazione di lesività dell'atto, da parte dell'amministrazione, e la successiva impugnazione dello stesso dinanzi ai Tribunali competenti.

Il meccanismo in questione, che prende il nome di *recurso de lesividad*, ha origini molto antiche, correlate alle incertezze mostrate nel tempo dal legislatore spagnolo in ordine al conferimento di un pieno potere di rimozione in autotutela di provvedimenti amministrativi illegittimi. <sup>497</sup>

Ad ogni modo, è certo che, a partire dal 1958, la legislazione spagnola sul procedimento amministrativo ha conferito alla pubblica autorità la potestà di annullare, entro un termine di quattro anni, gli atti dichiarativi di diritti che infrangessero “manifestamente” norme di rango legale o regolamentare.

---

*imposible. d. Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta. e. Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados. f. Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición. g. Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango legal”.*

<sup>495</sup> Sono infatti annullabili, ai sensi dell'art. 63, Ley 30/1992, “*los actos de la Administración que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder*”.

<sup>496</sup> Non si considera in questa sede il diverso istituto dei ricorsi amministrativi, in relazione al quale si rimanda a E. Linde Paniagua, *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Colex, Uned, 2009, p. 509 ss., nonché a M. Fernández Salmerón, C. Cierco Seira, *Riforma del procedimento amministrativo in Spagna: la Legge 4/1999, del 13 gennaio, di modifica della Legge 30/1992, del 26 novembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, articolo pubblicato sul n. 4/2000 di [www.giust.it](http://www.giust.it) – *Rivista “Giustizia Amministrativa”*.

<sup>497</sup> Sulla configurazione del potere di autotutela nel sistema spagnolo, R. Bocanegra Sierra, *La revisión de oficio de los actos administrativos*, in *REDA*, n. 16, 1978, p. 125 ss., nota che, inizialmente, l'amministrazione non poteva revocare i propri atti quando risultavano coinvolti i diritti dei privati, mentre poteva farlo liberamente nell'ambito delle relazioni gerarchiche, nel cui ambito la potestà revocatoria risultava molto ampia e incondizionata. La situazione cambiò a partire dal reale decreto del 21 maggio del 1853, in forza del quale l'amministrazione venne liberata dall'obbligo di adire un giudice per revocare atti che coinvolgessero diritti di privati. In questo momento, la potestà revocatoria raggiunse la sua massima estensione, risultando limitata nei soli casi in cui gli atti amministrativi fossero definitivi della via amministrativa. Il sistema, così configurato, sopravvisse senza cambiamenti sostanziali fino alla legge del 31 dicembre del 1881, con la quale cominciò un'espansione del principio di irrevocabilità degli atti amministrativi, che avrebbe trovato conferma, più tardi, nella revisione della legge giurisdizionale del 1888, attuata il 22 giugno 1894, con la quale si ebbe una perdita della facoltà amministrativa di revisione d'ufficio e si generalizzò l'obbligo di impugnare in via contenziosa gli atti amministrativi, mediante il ricorso di lesività.

Ove, al contrario, l'amministrazione avesse voluto eliminare gli atti amministrativi illegittimi che, tuttavia, non violassero in tal modo fonti di rango legislativo o regolamentare, la stessa avrebbe dovuto, entro il predetto termine di quattro anni, dichiararli lesivi dell'interesse pubblico e impugnarli ulteriormente presso gli organi giurisdizionali del contenzioso amministrativo.

La configurazione dell'istituto è stata modificata con l'entrata in vigore della legge 30/1992, senza però mettere in discussione l'esistenza del potere di riesame della pubblica amministrazione, che anzi venne notevolmente ampliato.<sup>498</sup>

E', invece, con la riforma della citata legge del 1992, operata in forza della successiva legge 4/1999, che, relativamente agli atti annullabili, si obbliga la pubblica amministrazione a ricorrere ai Tribunali, se vuole revisionarli, mediante la previa dichiarazione di lesività e la loro successiva impugnazione.<sup>499</sup>

Scomparsa la distinzione tra atti "gravemente annullabili" e "atti non gravemente annullabili", dopo la legge 4/1999, la revisione da parte dell'amministrazione degli atti amministrativi favorevoli all'interessato risulta dunque limitata alle sole ipotesi di nullità degli stessi.<sup>500</sup>

Detta configurazione del regime giuridico della revisione d'ufficio degli atti amministrativi annullabili determina, secondo parte della dottrina iberica, "*un verdarero despropósito jurídico*"<sup>501</sup>, consistente nell'obbligare la

---

<sup>498</sup> Ed, infatti, in virtù della nuova regolamentazione introdotta, il riesame degli atti annullabili si poteva realizzare anche su istanza dell'amministrato e, per di più, nella procedura di revisione il parere dell'organo consultivo cessava di avere carattere vincolante. Con tale legge, inoltre, si è sostituito il precedente riferimento al carattere "manifesto" della violazione, richiamando la necessità che l'atto infranga "*gravemente normas de rango legal o reglamentario*".

<sup>499</sup> A norma del vigente art. 103, Ley 30/1992, "*las Administraciones públicas podrán declarar lesivos para el interés público los actos favorables para los interesados que sean anulables conforme a lo dispuesto en el artículo 63 de esta Ley, a fin de proceder a su ulterior impugnación ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo*".

<sup>500</sup> Cfr. art. 102, Ley 30/1992, secondo cui "*las Administraciones públicas, en cualquier momento, por iniciativa propia o a solicitud de interesado, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma, si lo hubiere, declararán de oficio la nulidad de los actos administrativos que hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo, en los supuestos previstos en el artículo 62.1*".

<sup>501</sup> R. Bocanegra Sierra, *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, op. cit., p. 186.

amministrazione a seguire la via del contenzioso giudiziario, al fine di annullare un atto contrario all'ordinamento giuridico.

A prescindere dalle motivazioni che hanno indotto il legislatore spagnolo a intervenire in tal senso sull'istituto disciplinato dall'art. 103, legge 30/1992<sup>502</sup>, è indubbio che la soppressione del potere di revisione d'ufficio degli atti annullabili abbia provocato non poche difficoltà in ordine alla possibilità di intervenire in autotutela a fronte di provvedimenti adottati in contrasto con il diritto dell'Unione.

Se è infatti vero che, anche nell'ordinamento spagnolo, la semplice contrarietà dell'atto al diritto sovranazionale non determina di per sé la nullità dello stesso, a meno che non rientri in una delle cause espressamente previste dall'art. 62, legge 30/1992<sup>503</sup>, si è posto il problema della necessità di

---

<sup>502</sup> Le argomentazioni addotte a sostegno della eliminazione del potere di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi annullabili sono ricollegabili, principalmente, alla volontà del legislatore della riforma di porre l'amministrazione e l'amministrato in condizione di parità, essendo la caducazione dell'atto frutto di un processo che si svolge dinanzi a un giudice terzo ed imparziale, nonché al vantaggio riconosciuto al privato, consistente nella conservazione della situazione giuridica acquisita fino alla eventuale soccombenza processuale. Entrambi gli argomenti sono stati tuttavia smentiti dalla dottrina. Per un verso, infatti, è stato sottolineato da R. Parada Vázquez, *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, Marcial Pons, 1999, p. 371, come l'uguaglianza tra amministrazione e amministrato, cui mirava la riforma, non si raggiunge neppure con il processo di lesività. Se è infatti vero, da una parte, che l'eliminazione della possibilità di revisionare e annullare gli atti annullabili ha determinato che sia l'amministrazione sia l'amministrato debbano ricorrere ai Tribunali (la qual cosa presuppone un'approssimazione delle posizioni dei due soggetti), d'altra parte, la circostanza che la dichiarazione di lesività non possa essere adottata su istanza dei soggetti interessati determina una chiara disuguaglianza. Ciò in quanto mentre l'amministrazione ha un termine di quattro anni per decidere la proposizione del ricorso presso i tribunali, i privati dovranno reagire contro l'atto annullabile entro i brevi termini di decadenza previsti per l'esperimento dei ricorsi giurisdizionali. Quanto al secondo argomento, è stato notato da R. Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo, op. cit.*, p. 219, come a norma dell'art. 104 LPC, applicabile anche al ricorso di lesività, l'amministrazione possa “despojar, sin mas, lisa y llanamente, al particular demandando de su tan aireada situacion posesoria, y hacerlo, ademàs, ab initio, esto es, en el momento mismo de la presentacion de la demanda con le que comienza este tipo de proceso”. Concludendo, l'Autore sostiene che “la situacion en la que los particulares quedan, y la propia justificacion de la reforma, resultan, pues, francamente inaceptables”.

<sup>503</sup> In questi termini, AA.VV., *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español...*, op. cit., p. 170. Il Consiglio di Stato spagnolo, nell'esaminare in una memoria del 1999 la situazione che sarebbe derivata per effetto delle modifiche introdotte dalla legge 4/1999, sottolineò come “el acto administrativo interno que infrinja el Derecho comunitario (salvo que concurra algún supuesto de nulidad tipificado como tal) no podrá ser retirado del mundo jurídico a través de la vía de la revisión de oficio de actos nulos recogida en el artículo 102 de la Ley 30/1992”.

introdurre una specifica disposizione, volta a riconoscere, in questo specifico contesto, il potere di rimozione d'ufficio dell'atto illegittimo.

Come possibile soluzione il Consiglio di Stato spagnolo non propose l'inserimento, nell'art. 62 della legge 30/1992, di uno specifico caso di nullità, che si riferisse alla generica violazione del diritto dell'Unione, in quanto ciò avrebbe messo in discussione la stessa teoria sull'invalidità degli atti amministrativi.

Fu allora avanzata la proposta di riconoscere “*a las Administraciones públicas en el artículo 102 de la Ley 30/1992 la posibilidad de utilizar la técnica de la revisión de oficio cuando la invalidación del acto venga impuesta por una decisión comunitaria*”.<sup>504</sup>

Ed, infatti, nell'ordinamento spagnolo, la necessità di dare attuazione al diritto dell'Unione, rimuovendo l'attività amministrativa contraria al medesimo, si è posta, principalmente, nel settore degli aiuti di Stato, a fronte della necessità di dare esecuzione alle decisioni della Commissione, volte al recupero delle somme elargite in violazione della normativa sovranazionale.<sup>505</sup>

Se, in virtù del principio dell'autonomia procedurale, l'attuazione della decisione di recupero dell'aiuto deve avere luogo utilizzando le norme interne, è stato evidenziato che “*el derecho español no proporcione en rigor herramientas adecuadas para atender semejantes del Derecho Comunitario Europeo*”.<sup>506</sup>

Dette difficoltà non si collegano esclusivamente alla riforma operata nel 1999, dal momento che la particolare disciplina della revisione d'ufficio degli

---

<sup>504</sup> Cfr. memoria del Consiglio di Stato spagnolo del 1999 sulla riforma introdotta con la legge 4/1999.

<sup>505</sup> Al riguardo, è stato sottolineato da J.R. Fernández Torres, *Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario: nihil novum sub sole*, in *Noticias de la Unión Europea*, 2002, p. 55 ss., spec., p. 55, come “*la ausencia de previsión de este supuesto en el marco de regulación positiva de la revisión de oficio reclama una labor interpretativa no necesariamente sencilla, sino todo lo contrario*”.

<sup>506</sup> Cfr. J.R. Fernández Torres, *Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario: nihil novum sub sole*, op. cit., p. 57.

atti amministrativi invalidi aveva posto problemi, in ordine al recupero degli aiuti di Stato illegittimi, anche in precedenza.<sup>507</sup>

La legge 4/1999 ha comunque accentuato la carenza di strumenti idonei al recupero degli aiuti di Stato illegittimamente corrisposti, eliminando del tutto la possibilità di procedere alla revisione d'ufficio degli atti annullabili.

Pertanto, qualificato il provvedimento nazionale di concessione dell'aiuto come annullabile, l'unica strada percorribile dall'amministrazione spagnola era quella dell'utilizzo del *recurso de lesividad*, ossia di un procedimento la cui complessità poteva compromettere la corretta attuazione del diritto dell'Unione, quanto meno sotto il profilo dell'effettività.<sup>508</sup>

Sono state così proposte soluzioni alternative al problema.

Anzitutto, è stato sostenuto che gli aiuti concessi in violazione delle regole sovranazionali possono essere considerati nulli, a norma dell'art. 62, primo comma, lett. e, se erogati in assenza della previa notifica alla Commissione.<sup>509</sup>

Senonché, si è osservato che la nullità prevista per l'adozione di un provvedimento “*prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido*” mal si adatta al caso di specie, in quanto il Regolamento 659/1999 non impone necessariamente il ritiro di un aiuto concesso senza previa notifica alla Commissione.

Un aiuto che non è stato oggetto di una previa notifica “*es en efecto, formalmente ilegal, pero si la Comisión, tras investigarla, concluye que se ajusta al Tratado no puede exigir su retirada*”.<sup>510</sup>

---

<sup>507</sup> Si veda la decisione della Commissione del 20 dicembre 1989, 91/1/CEE, relativa ad aiuti concessi in Spagna dall'esecutivo centrale e da vari esecutivi autonomi a favore della società Magefesa, produttrice di casalinghi in acciaio inossidabile e piccoli elettrodomestici, sulla quale si rimanda a G. Fernández Farreres, *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, in *Cuadernos de Estudios Europeos Civitas*, Madrid, 1993.

<sup>508</sup> Sul punto, è chiaro R. Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo*, op. cit., p. 217, nel definire “*el recurso de lesividad -salvo en los casos de nulidad de pleno derecho- técnica absolutamente inadecuada para cumplir con diligencia los requerimientos de la Comisión (...), lo que muestra, una vez más, lo absurdo de la supresión de la revisión de oficio de los actos anulables*”.

<sup>509</sup> Cfr. J.R. Fernández Torres, *Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario*, in *Revista de Administración Pública*, n. 125, 1991, p. 281 ss., spec., p. 300 ss.

<sup>510</sup> R. Bocanegra Sierra, *Lecciones sobre el acto administrativo*, op. cit., p. 216. Tuttavia, è stato sottolineato da G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea*, op. cit., p. 146-

Si è così avanzata l'idea di equiparare la decisione della Commissione di revoca degli aiuti a un procedimento interno di revisione d'ufficio, con la conseguenza di rendere l'amministrazione spagnola pura e semplice strumento di esecuzione automatica dell'atto sovranazionale.

Quest'ultima è stata la soluzione accolta dal legislatore iberico, il quale, con la Ley General de Subvenciones, ha deciso di non applicare la disciplina interna in materia di revisione d'ufficio<sup>511</sup>, ma di procedere all'esecuzione diretta della decisione della Commissione mediante l'amministrazione competente.<sup>512</sup>

In sintesi, l'inesistenza di meccanismi idonei a eliminare dall'ordinamento giuridico spagnolo atti definitivi contrari al diritto dell'Unione ha indotto il legislatore ad introdurre una normativa *ad hoc* in materia di aiuti di Stato, lasciando tuttavia persistere il problema in tutti gli altri casi in cui il provvedimento sia stato emanato in violazione delle prescrizioni sovranazionali.

Il tema è stato oggetto di un importante approfondimento da parte del Consiglio di Stato spagnolo, il quale, incaricato dal governo iberico di analizzare le più importanti questioni legate all'appartenenza della Spagna

---

147, che poiché la Commissione, fino alla emanazione di una definitiva decisione di incompatibilità, può solo disporre la sospensione di ulteriori pagamenti, e non anche la restituzione di quelli già concessi in modo illegale, ove “*al giudice venga chiesto di pronunciarsi sulla legittimità di atti di esecuzione di un aiuto non notificato e concesso prima che la Commissione si sia pronunciata in merito, questi dovrà (...) disporre la restituzione delle somme già erogate in violazione delle disposizioni europee rilevanti*”. Secondo la Corte di giustizia, infatti, una eventuale decisione positiva della Commissione non può avere l'effetto di sanare gli atti di esecuzione adottati senza l'osservanza delle disposizioni del Trattato. Si veda, tra le tante, Corte giust., sentenza 12 febbraio 2008, in causa C-199/06, *Centre d'exportation du livre français (CELF) e Ministre de la Culture et de la Communication c. Société internationale de diffusion et d'édition (SIDE)*, in *Raccolta*, 2008, p. I-469.

<sup>511</sup> Cfr. Ley 38/2003, del 17 novembre, General de Subvenciones, combinato disposto degli articoli 36, comma 5, a norma del quale “*no procederá la revisión de oficio del acto de concesión cuando concurra alguna de las causas de reintegro contempladas en el artículo siguiente*”, e 37, comma 1, secondo cui “*también procederá el reintegro de las cantidades percibidas y la exigencia del interés de demora correspondiente desde el momento del pago de la subvención hasta la fecha en que se acuerde la procedencia del reintegro, en los siguientes casos: (...) h) la adopción, en virtud de lo establecido en los artículos 87 a 89 del Tratado de la Unión Europea, de una decisión de la cual se derive una necesidad de reintegro*”.

<sup>512</sup> Cfr. Ley 38/2003, art. 41, comma 2, in forza del quale “*si el reintegro es acordado por los órganos de la Unión Europea, el órgano a quien corresponda la gestión del recurso ejecutará dichos acuerdos*”.

all'Unione europea, ha affrontato anche quella della revisione d'ufficio degli atti amministrativi contrari al diritto europeo.<sup>513</sup>

In proposito, l'istituzione spagnola ha proposto di distinguere gli atti amministrativi che si pongono direttamente in contrasto con il diritto sovranazionale da quelli la cui contrarietà al diritto dell'Unione è conseguenza della disapplicazione delle norma interna sulla base della quale sono stati adottati.

Riguardo al primo caso, preso atto della soluzione accolta in materia di aiuti di Stato, si sottolinea che sussistono anche altri ambiti in cui occorre procedere alla rimozione dell'atto, al fine di soddisfare le esigenze del diritto sovranazionale.

In particolare, potendo la Commissione esercitare poteri di controllo anche in settori diversi, si evidenzia che, per effetto di tale competenza, potranno parimenti essere adottate decisioni la cui attuazione impone la revoca dell'atto precedentemente adottato.

Inoltre, si nota che l'accoglimento di una procedura di infrazione, esperita davanti alla Corte di giustizia, produce come sua conseguenza l'obbligo, a carico dello Stato, di adottare tutte le misure necessarie per l'esecuzione della sentenza di condanna, ivi compresa l'eventuale rimozione di atti amministrativi.

Alla luce di tali considerazioni, si suggerisce l'introduzione di un meccanismo volto a prevedere, con carattere generale, la revoca degli atti amministrativi illegittimi, quando la stessa sia imposta da una decisione della Commissione o da una sentenza della Corte di giustizia.<sup>514</sup>

L'ipotesi descritta appare in linea con i più recenti sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia in tema di autotutela doverosa.

---

<sup>513</sup> Cfr. AA.VV. *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español...*, op. cit., spec., p. 167-170 e p. 178-181.

<sup>514</sup> Cfr. AA.VV. *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español...*, op. cit., p. 179-180.

Pur senza citare espressamente le più recenti prese di posizione del giudice del Lussemburgo, si prospetta, da parte del Consiglio di Stato spagnolo, una soluzione perfettamente in grado di soddisfare le esigenze poste dalla giurisprudenza sovranazionale.

Si suggerisce, infatti, l'introduzione di uno strumento applicabile sia ad iniziativa di parte sia d'ufficio, nonché la fissazione di un termine entro cui sollecitare il riesame dell'atto nazionale incompatibile, decorrente dall'adozione della decisione della Commissione o dalla pronuncia della sentenza della Corte.<sup>515</sup>

Quanto al caso del contrasto indiretto, invece, secondo il Consiglio di Stato spagnolo, non occorre la previsione di uno specifico rimedio volto alla rimozione degli atti amministrativi illegittimi.

Richiamando il principio dell'autonomia procedurale, nonché i limiti che lo contraddistinguono, si osserva come sia agevole escludere la violazione del criterio dell'equivalenza, essendo riservato agli atti amministrativi contrari alle istanze sovranazionali, il medesimo trattamento stabilito per gli atti contrari alle disposizioni nazionali.

Per quanto concerne, invece, il criterio dell'effettività, pur non potendosi negare come detta esigenza sia stata più volte invocata dalla Corte di giustizia<sup>516</sup>, si pone in rilievo, anzitutto, come il riesame non sia totalmente impossibile, bensì limitato alla possibilità di ricondurre la violazione in esame ad uno dei casi di nullità codificati dalla legge 30/1992.

Inoltre, si nota come, con tale principio, conviva anche un'altra istanza, parimenti significativa, ricollegabile al principio della certezza del diritto, in

---

<sup>515</sup> Con un evidente parallelismo rispetto alle condizioni poste nella pronuncia *Kühne & Heitz*, *cit.*

<sup>516</sup> In proposito, si osserva come “*bien es cierto que en el ámbito impositivo el Tribunal de Justicia cada vez es más contundente a la hora de invocar la regla de efectividad para requerir de los Estados miembros el establecimiento de los instrumentos necesarios para hacer posible la recuperación por el sujeto pasivo del impuesto facturado en violación del Derecho comunitario (asunto Reemtsma Cigarettenfabriken, Sentencia de 15 de marzo de 2007)*”. Cfr. AA.VV. *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español...*, *op. cit.*, p. 180.

forza della quale deve negarsi che gli organi amministrativi siano tenuti a riconsiderare un provvedimento precedente divenuto ormai definitivo.<sup>517</sup>

Infine, si evidenzia come la creazione di un caso di revisione degli atti amministrativi adottati sulla scorta di una norma interna in contrasto con il diritto dell'Unione finirebbe per violare la regola, pacifica nel diritto spagnolo, secondo la quale la dichiarazione di incostituzionalità di una legge non comporta di per sé la nullità degli atti che sono stati adottati sulla base della stessa.<sup>518</sup>

In conclusione, in ossequio al principio dell'autonomia procedurale, anche nel sistema spagnolo non si reputa opportuno introdurre uno strumento destinato al ritiro di ogni atto amministrativo adottato in contrasto con le previsioni del diritto sovranazionale, mancando una esplicita presa di posizione da parte della Corte di giustizia e contrastando, in ogni modo, tale orientamento con la regola generale, di senso opposto, vigente nel diritto iberico.

Di contro, al fine di garantire l'effettività del diritto dell'Unione, si ritiene necessaria la rimozione degli atti amministrativi definitivi, nell'ipotesi in cui l'eliminazione del provvedimento venga imposta da una decisione della Commissione, specie se intervenuta in tema di aiuti di Stato, o da una sentenza della Corte di giustizia.

Essendo certamente possibile fare rientrare, in quest'ultimo caso, la fattispecie descritta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Kühne & Heitz*<sup>519</sup>, da ciò discende una configurazione dell'istituto analoga a quella prospettata con riguardo all'ordinamento italiano.

---

<sup>517</sup> Viene fatto riferimento alla sentenza *i-21*, *cit.*, nella parte in cui riporta detta affermazione, espressa nella pronuncia *Kühne & Heitz*, *cit.*

<sup>518</sup> Cfr. AA.VV., *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del Derecho europeo en el ordenamiento español...*, *op. cit.*, p. 181, nella parte in cui sottolinea che il venir meno del parametro normativo, in forza del quale è stato adottato l'atto amministrativo contrario al diritto dell'Unione, non determina la nullità dello stesso, al pari di quanto accade in ipotesi di “*declaración de incostitucionalidad de leyes*”.

<sup>519</sup> Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz*, *cit.*

## 5. Potere di autotutela e giudicato amministrativo.

Da ultimo, appare opportuno considerare il tema dell'esercizio doveroso del potere di riesame, sotto il profilo del cedimento del giudicato amministrativo.

Ciò in quanto, nella fattispecie descritta nelle sentenze *Kühne & Heitz* e *Kempter*, la Corte del Lussemburgo richiede che il provvedimento sia stato confermato da una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza.<sup>520</sup>

Al riguardo, giova notare che nell'ambito del processo amministrativo, è ampiamente dibattuta la regola secondo cui il giudicato copre il dedotto e il deducibile, con specifico riferimento proprio alla questione dell'effetto conformativo di una sentenza di rigetto del ricorso proposto per l'annullamento di un provvedimento.<sup>521</sup>

L'indirizzo fatto proprio dal Consiglio di Stato, che si collega alla tradizionale configurazione del giudizio amministrativo quale forma di controllo sull'atto e non sul rapporto<sup>522</sup>, implica che il dispositivo di una sentenza di rigetto non accerti la legittimità dell'esercizio della funzione,

---

<sup>520</sup> Cfr., in particolare, Corte giust., sentenza *Kühne & Heitz cit.*, punto 28, laddove subordina l'obbligo dell'intervento in autotutela alla condizione che la decisione amministrativa sia divenuta definitiva “*in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza*”. Non sembra che tale analisi contrasti con le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano, formulate per la causa *Kapferer, cit.*, secondo le quali la questione affrontata nella sentenza *Kühne & Heitz* concerne la revocabilità di provvedimenti amministrativi definitivi e non attiene, invece, alle sentenze passate in giudicato. Non si vuole infatti sostenere l'applicabilità dei principi posti dalla pronuncia da ultimo citata alle sentenze definitive, al fine di pervenire alla disapplicazione dell'art. 2909 c.c. Piuttosto, si vuole valutare l'influenza che la giurisprudenza della Corte di giustizia produce sul giudicato interno, attestante la legittimità dell'atto oggetto del successivo provvedimento demolitorio.

<sup>521</sup> La giurisprudenza amministrativa prevalente (cfr., tra le altre, Cons. Stato, sez. VI, sentenza 21 febbraio 1997, n. 305, in *Cons. Stato*, 1997, I, p. 283) ritiene che tale tipologia di sentenza non sia idonea a passare in cosa giudicata sostanziale, difettando la capacità di novare rispetto al precedente assetto di rapporti sostanziali. Di contro, parte della dottrina (cfr. M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002, p. 323 e G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, I, Napoli, 1957, p. 285) nega che sussista una differenza tra l'ipotesi dell'accoglimento o del rigetto del ricorso, dal momento che il tipo di accertamento compiuto dal giudice sulla correttezza dell'esercizio della potestà amministrativa non varia a seconda che l'atto gravato venga poi annullato o confermato.

<sup>522</sup> Detta tesi è stata ribadita, tra l'altro, anche dall'Adunanza plenaria, con la sentenza 22 ottobre 2007, n. 12, ma è criticata in dottrina, come risulta da M. Clarich, *La pregiudiziale amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 55 ss. e da G. Pellegrino, *Giurisdizione e pregiudiziale: luci e ombre di una sentenza che fa discutere*, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 267 ss.

quanto, piuttosto, l'infondatezza dei motivi di ricorso e l'assenza dei vizi dedotti dal ricorrente.

Da ciò deriva che mentre l'orientamento che esclude che sulla sentenza di rigetto possa formarsi il giudicato sostanziale consente all'amministrazione di intervenire nuovamente, esercitando i suoi poteri di autotutela, la tesi opposta non riconosce siffatto potere in capo alla pubblica amministrazione.

Tale ultimo indirizzo, tuttavia, non pare tenere in adeguata considerazione l'ampiezza del giudicato amministrativo in relazione alla regola del dedotto e del deducibile.<sup>523</sup>

Parte della giurisprudenza<sup>524</sup> tende ad estendere il valore del giudicato di rigetto a tutti i possibili vizi, dedotti e non, applicando in via analogica il principio civilistico in base al quale il giudicato copre il dedotto e il deducibile.

Senonché, la trasposizione del principio in esame nel processo amministrativo impone di fissare una stretta correlazione fra giudicato e vizi dedotti, in modo da legittimare l'esercizio del potere di autotutela, da parte della pubblica amministrazione, sulla base di motivi diversi da quelli fatti valere in giudizio dal ricorrente e respinti dal giudice.

Pertanto, nell'attività successiva al giudicato di rigetto, ciò che è precluso all'amministrazione è l'annullamento d'ufficio del provvedimento, sulla base di vizi di legittimità che la sentenza abbia negato.

Ai nostri fini, occorre chiarire se, laddove il contrasto tra l'atto amministrativo e la norma che ne costituisce il parametro di legittimità sia stato escluso da una sentenza nazionale definitiva, ma sia divenuto palese a seguito di una pronuncia interpretativa della Corte di giustizia, tale contrasto possa costituire un vizio di legittimità dell'atto diverso da quello a suo tempo

---

<sup>523</sup> In questo senso, G. Mari, *La forza del giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza italiana*, op. cit., p. 1041, che rileva come, una volta ammesso che anche sulla sentenza di rigetto si formi il giudicato, la sopravvivenza ad esso di un potere di autotutela dell'amministrazione dipenda, invero, dalla determinazione degli esatti limiti di quell'accertamento che, ai sensi dell'art. 2909 c.c., fa stato fra le parti del giudizio.

<sup>524</sup> Cons. Stato, sez. IV, sentenza 14 settembre 1984, n. 678, in *Cons. Stato*, 1984, I, p. 1022 ss.; Tar Puglia, sez. Bari, sentenza 10 luglio 1982, n. 322, in *Il Foro amministrativo*, 1983, I, p. 2003 ss.

dedotto in giudizio.

Poiché le statuizioni contenute nelle sentenze della Corte di giustizia si avvicinano, per la funzione svolta, a quelle di una legge di interpretazione autentica<sup>525</sup>, tale similitudine consentirà di prendere in considerazione il rapporto tra giudicato e legge successiva che abbia fornito un'interpretazione della norma diversa da quella fatta propria dal giudice amministrativo.

In proposito, si deve sottolineare che una legge, che si limiti a individuare la portata precettiva della disposizione di cui si fornisce l'interpretazione autentica, postula, per sua natura, che la pregressa disposizione fosse suscettibile dell'interpretazione poi fornita dal legislatore.

Ne consegue che tale legge non è idonea ad integrare un vizio dell'atto amministrativo diverso da quello dedotto in giudizio, non differenziandosi dalla più tradizionale ipotesi in cui il giudicato si sia formato sulla base dell'interpretazione errata della norma.

In base al diritto interno, non sembra quindi possibile riconoscere all'amministrazione il potere di ritornare sulla decisione esternata nel provvedimento amministrativo, in relazione a profili già vagliati in sede giurisdizionale, in forza di una diversa interpretazione della norma costituente il parametro di legittimità dell'azione amministrativa.

Il che evidenzia ulteriormente la portata dirompente della decisione resa nel caso *Kühne e Heitz*.<sup>526</sup>

Secondo il giudice dell'Unione, infatti, la sopravvenuta sentenza interpretativa resa in sede di rinvio pregiudiziale, costituisce un presupposto sufficiente a fare conseguire un obbligo di riesame del provvedimento definitivo, pur in presenza di un giudicato di rigetto.

---

<sup>525</sup> Secondo un orientamento ormai consolidato nella giurisprudenza costituzionale (cfr., tra le tante, Corte cost., sentenza 11 luglio 1989, n. 389, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, p. 1065 ss.), qualsiasi sentenza della Corte di giustizia che applichi o interpreti una norma dell'Unione ne chiarisce il significato e, per tale via, determina l'ampiezza e il contenuto delle possibilità applicative della stessa. Con la precisazione che quando viene in rilievo una norma avente effetti diretti, l'esplicazione o l'integrazione del significato compiuto dalla Corte del Lussemburgo hanno la stessa efficacia delle disposizioni interpretate.

<sup>526</sup> In questi termini, G. Mari, *La forza del giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza italiana*, op. cit., p. 1046.

Tuttavia, anche il cedimento del giudicato amministrativo, derivante dalla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia, appare riconducibile alle deroghe al principio della *res iudicata*, già presenti negli ordinamenti nazionali.

In essi, infatti, è comunemente accolto l'assunto secondo cui la forza del giudicato può venire meno in tutti quei casi in cui non si ponga un problema di tutela dell'affidamento dei soggetti privati.

In particolare, ciò accade quando la decisione definitiva concerne il rapporto tra un soggetto privato ed un organismo di diritto pubblico in posizione di supremazia ed intervenga una norma retroattiva che introduce effetti più favorevoli al soggetto privato di quelli conseguiti con il precedente giudicato.<sup>527</sup>

L'assimilazione delle sentenze della Corte di giustizia alla funzione svolta dalle leggi di interpretazione autentica rende pienamente sovrapponibile la fattispecie di cui alle pronunce *Kühne & Heitz* e *Kempter* all'ipotesi appena descritta, ponendo in rilievo la logica del bilanciamento di interessi parimenti sottesa a detto superamento del giudicato nazionale.

---

<sup>527</sup> Cfr. W. Habscheid, *Effetti della sentenza e cambiamento della legge*, traduzione di F. Satta, in *Studi in onore di Segni*, II, Roma, 1967, p. 533 ss., spec., p. 571, il quale osserva che “quando lo Stato rinuncia a vantaggi giuridici sorti in suo favore da fattispecie già attuatesi, si può in generale ritenere che esso non ha voluto fare eccezione per i casi, di regola numericamente irrilevanti, in cui vi sia stata una sentenza passata in giudicato”.

## CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE

L'analisi sin qui condotta ha consentito di evidenziare l'impatto del diritto sovranazionale sul diritto interno, con particolare riguardo ad attività giurisdizionali e provvedimenti che si esplicano in atti connotati da stabilità, come pronunce passate in giudicato e decisioni amministrative inoppugnabili.

Se il principio dell'autonomia procedurale lascia che siano gli Stati membri ed i loro organi interni a garantire la corretta applicazione del diritto dell'Unione, la Corte di giustizia è intervenuta, con le pronunce sopra esaminate, elaborando un orientamento giurisprudenziale fecondo di innovazioni e, talora, di criticità.

Da un lato, la Corte del Lussemburgo ha vagliato, in ipotesi eccezionali, la possibilità che i giudici nazionali procedano alla revisione di una sentenza ormai definitiva per contrasto con il diritto dell'Unione.

Dall'altro lato, l'ordinamento di matrice europea ha imposto, in presenza di determinate condizioni, il riesame di una decisione amministrativa definitiva, al fine di tenere conto dell'interpretazione della pertinente disposizione del diritto dell'Unione, nel frattempo accolta dalla Corte di giustizia, o in vista del recupero di un aiuto di Stato illegittimamente corrisposto.

La delicatezza della materia è evidente, in quanto essa finisce per coinvolgere taluni canoni fondamentali degli ordinamenti giuridici nazionali, quali la certezza del diritto, l'intangibilità del giudicato ed il legittimo affidamento.

L'esame di questi due filoni giurisprudenziali, collegati dall'intento di sanzionare l'inadempimento, da parte dei giudici di ultima istanza, dell'obbligo di adire la Corte di giustizia in sede rinvio pregiudiziale<sup>528</sup>, ha avuto lo scopo

---

<sup>528</sup> Si ricordi, in proposito, che la sentenza *Kühne & Heitz cit.*, al punto 28, subordina l'obbligo dell'intervento in autotutela alla condizione che la decisione amministrativa sia divenuta definitiva in

di confutare i rischi di conflitto del diritto dell'Unione con il principio della certezza del diritto.<sup>529</sup>

Le considerazioni svolte nei capitoli precedenti, in ordine alla portata di tale pronunce, hanno consentito di escludere il superamento della regola generale dell'intangibilità del giudicato nazionale<sup>530</sup> e della discrezionalità dell'esercizio del potere di autotutela<sup>531</sup>, in caso di contrarietà dei provvedimenti interni con le istanze sovranazionali.

A tal fine, si è posto in rilievo come la rivisitazione degli istituti processuali e sostanziali nazionali, utili a garantire l'attuazione dei diritti attribuiti ai singoli dalle norme dell'Unione, debba avvenire nel rispetto dei limiti posti al principio dell'autonomia procedurale, contemperando i diversi valori in gioco.

Gli ultimi sviluppi della giurisprudenza della Corte di giustizia si spiegano, allora, sulla scorta delle connessioni che si vengono a creare tra l'autonomia procedurale e gli altri principi del diritto dell'Unione, che acquistano un peso differente a seconda del settore di riferimento.

Al riguardo, è interessante notare come l'evoluzione normativa e giurisprudenziale, che ha interessato il sistema dell'Unione negli ultimi anni, abbia posto in risalto il diverso approccio seguito nel tempo dal legislatore

---

seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, richiedendo, inoltre, che tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte, successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto dell'Unione, adottata senza che la Corte sia stata adita in via pregiudiziale. Anche la giurisprudenza in tema di giudicato appare volta a sanzionare il mancato ricorso, da parte di giudici di ultima istanza, allo strumento del rinvio pregiudiziale. Anzi, secondo A. Negrelli, *La resistenza degli atti nazionali "definitivi" nel diritto europeo: una stabilità alla rovescia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1491 ss., spec. p. 1517, la maggiore resistenza del provvedimento amministrativo rispetto al giudicato potrebbe essere spiegata in considerazione dell'assenza, da parte dell'amministrazione nazionale, di uno strumento preventivo, facoltativo o obbligatorio, che sia paragonabile al rinvio pregiudiziale di cui dispongono i giudici nazionali per risolvere questioni interpretative aventi ad oggetto il diritto dell'Unione.

<sup>529</sup> Cfr. M. Lombardo, *Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 469 ss., spec., p. 471.

<sup>530</sup> Del resto, anche la recente sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, in causa C-507/08, *Commissione europea c. Repubblica slovacca*, in *Raccolta*, 2010, p. I-13489, ribadendo la specificità della sentenza *Lucchini*, cit. (punto 56), ha chiarito al punto 60 che "il diritto dell'Unione non impone sempre ad un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato ad una pronuncia giurisdizionale".

<sup>531</sup> Al di fuori dell'ipotesi delineata dalla sentenza *Kühne & Heitz* e, successivamente, precisata dalla pronuncia *Kempter*, entrambe citate, ed in tema di aiuti di Stato.

europeo e dalla Corte di giustizia.

Nei settori di competenza normativa concorrente, si riscontra una forte ingerenza della disciplina sovranazionale, come dimostrato dalle direttive 665/89 e 66/07 in materia di appalti pubblici, per mezzo delle quali sono state introdotte vere e proprie norme uniformi di diritto processuale interno.

Tuttavia, stante l'assenza di una specifica base giuridica<sup>532</sup>, l'Unione ha potuto legiferare solo in via eccezionale, *“per ovviare alle divergenze fra le relative disposizioni legislative, regolamentari o amministrative dei vari Stati membri, qualora tali divergenze risultassero atte a provocare distorsioni o nuocere al funzionamento del mercato comune”*.<sup>533</sup>

In tale settore, in cui la giurisprudenza avrebbe potuto assumere posizioni più nette, la Corte di giustizia ha invece mantenuto un approccio più cauto, in considerazione dei vincoli posti dalla disciplina sovranazionale, che di fatto comprimono l'autonomia procedurale degli Stati membri, fino ad escluderla.<sup>534</sup>

Di contro, negli ambiti sottratti alla competenza dell'Unione, in cui il legislatore europeo ha volontariamente evitato di ingerirsi in settori riservati alle regolamentazioni processuali nazionali<sup>535</sup>, la Corte di giustizia ha seguito un orientamento più invasivo.

In specie, il giudice del Lussemburgo ha operato un controllo avente ad oggetto l'adeguatezza dei sistemi processuali interni, al fine di garantire l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e la piena tutela delle posizioni

---

<sup>532</sup> Si ricordi che dette direttive sono state adottate ai sensi dell'art. 100 A del Trattato CEE (poi art. 95 del Trattato CE, oggi art. 114 del TFUE) e, cioè, in vista del ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri, che abbiano un'incidenza sull'instaurazione e sul funzionamento del mercato comune.

<sup>533</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Rewe, cit.*, punto 5.

<sup>534</sup> Del resto, come più volte ricordato nel corso della tesi, il principio dell'autonomia procedurale presuppone la *“mancanza di una specifica disciplina comunitaria”* (cfr. Corte giust., sentenza *Rewe, cit.*, punto 5). Sul c.d. *“il primato procedurale del diritto europeo”* si richiama M. Accetto, S. Zlepting, *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005, p. 375 ss.

<sup>535</sup> Secondo M.P. Chiti, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, *op. cit.*, p. 477 ss., non si tratterebbe di una lacuna momentanea ma della consapevole attribuzione, in favore degli Stati membri, della regolamentazione di materie strettamente afferenti alle proprie tradizioni e identità nazionali.

giuridiche da esso derivanti.<sup>536</sup>

In mancanza di un sistema sovranazionale di riferimento, i principi di equivalenza, effettività, primazia e leale cooperazione sono divenuti gli strumenti interpretativi mediante i quali orientare le disposizioni processuali nazionali al soddisfacimento delle esigenze del diritto sovranazionale.<sup>537</sup>

Ad assumere particolare rilievo è stato legame esistente tra il primato del diritto europeo sostanziale e l'autonomia procedurale degli Stati membri, nonché la necessità di ricercare un punto di equilibrio tra questi due principi, in costante tensione tra loro.<sup>538</sup>

Tale ponderazione risulta necessaria in quanto la dimensione sostanziale del diritto dell'Unione è frutto della produzione normativa delle istituzioni sovranazionali, mentre la regolamentazione giuridica processuale si colloca, ancora oggi, quasi completamente, a livello nazionale.

La giurisprudenza esaminata nella presente tesi si contraddistingue per avere cercato di collegare queste due diverse, ma interconnesse, dimensioni giuridiche, mediante l'utilizzo della disciplina processuale nazionale, in vista del soddisfacimento degli obiettivi posti dal diritto sostanziale sovranazionale.

E' evidente che le concatenazioni esistenti tra questi due diversi livelli normativi determinano una incidenza diretta e immediata dei principi del diritto dell'Unione europea sui sistemi processuali nazionali.

Non stupisce, pertanto, che la Corte di giustizia abbia spesso sensibilmente modificato gli istituti giuridici processuali, introducendone, talvolta, alcuni prima inesistenti, negli ordinamenti nazionali.

Più di frequente, tuttavia, la Corte del Lussemburgo, tramite lo strumento del rinvio pregiudiziale, ha vincolato il giudice *a quo*, imponendogli di

---

<sup>536</sup> Sull'adeguatezza dei sistemi nazionali di tutela giudiziaria, nell'ottica di garantire l'effettività del diritto dell'Unione, si rimanda a G. Tesaurò, *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and the national Courts*, *op. cit.*, p. 355 ss.

<sup>537</sup> In questi termini, G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea...*, *op. cit.*, p. 267 ss.

<sup>538</sup> Emblematica appare l'immagine proposta da D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, *op. cit.*, p. 88, che equipara, questi due elementi, agli estremi di un elastico "che può essere sì esteso, ed all'occorrenza anche molto. Ma che conosce, comunque un inevitabile punto di rottura".

interpretare il diritto processuale interno in modo conforme alle finalità prescritte dal diritto sostanziale dell'Unione.

Il che è accaduto anche in tema di giudicato nazionale o di provvedimento amministrativo inoppugnabile contrario alle istanze sovranazionali.

Alla luce di tali considerazioni, è possibile ravvisare, nella giurisprudenza della Corte, non già un insieme sordinato di pronunce frutto di un approccio meramente casistico <sup>539</sup>, ma piuttosto un percorso volto a contribuire all'uniformazione del diritto processuale applicabile nel territorio degli Stati membri. <sup>540</sup>

Accogliendo tale specifica prospettiva, le sentenze della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale rilevano la loro coerenza rispetto al quadro complessivo del rapporto tra ordinamenti, in cui “*se (...) non vi è competenza comunitaria in materia di procedura (...) vi è tuttavia una competenza comunitaria implicita nella forma attenuata identificata dal c.d. effetto utile*”. <sup>541</sup>

Le obiezioni sollevate in dottrina rispetto al *modus operandi* della Corte di giustizia sono molteplici e prevalentemente legate alla non prevedibilità degli esiti delle sue pronunce. <sup>542</sup>

Se è vero che la giurisprudenza della Corte appare, in questo contesto, in continua evoluzione, si è ipotizzata, come possibile soluzione, l'introduzione di una specifica base giuridica, utile a guidare l'operato dei giudici nazionali ed europei.

Sul punto, appaiono rilevanti le conclusioni dell'Avvocato generale Villalòn,

---

<sup>539</sup> Si veda, in particolare, P. Biavati, *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, *op. cit.*, p. 1591, il quale ritiene che, a seguito della sentenza *Lucchini*, “agli effetti del giudicato va posto un limite da valutare caso per caso”.

<sup>540</sup> In questo senso, G. Vitale, *Diritto processuale nazionale e diritto dell'Unione europea...*, *op. cit.*, p. 271.

<sup>541</sup> Cfr. D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, *op. cit.*, p. 142, che, con detta formula, intende sottolineare la necessità di garantire effettiva applicazione al diritto sostanziale dell'Unione direttamente applicabile.

<sup>542</sup> In particolare, A. Negrelli, *La resistenza degli atti nazionali “definitivi” nel diritto europeo: una stabilità alla rovescia*, *op. cit.*, p. 1492, osserva come, nella più recente giurisprudenza del Lussemburgo, le esigenze connesse alla certezza del diritto sembrano recessive “rispetto all'interesse dell'Unione a vedere realizzata l'effettività del diritto comunitario e, di conseguenza, paiono dovere cedere il passo di fronte a pronunce fortemente garantiste del principio del primato”.

formulate per la causa *Commissione europea c. Repubblica slovacca*, in cui si suggerisce agli Stati membri di “*annoverare, tra le previsioni di annullamento del giudicato normalmente contemplate dai rispettivi ordinamenti, una ipotesi riferita all’illegittimità, sotto il profilo comunitario, dell’atto o della decisione confermati con sentenza definitiva*”.<sup>543</sup>

In proposito, si rileva che l’Unione non ha mai preteso, *sic et simpliciter*, la violazione del principio dell’intangibilità del giudicato, poiché, altrimenti, essa imporrebbe di ledere un principio fondamentale dello stato di diritto, quale quello della legalità processuale.

Tuttavia, secondo l’Avvocato generale, ciò non esclude che l’ordinamento di matrice europea possa richiedere agli Stati membri di far sì che le norme procedurali interne, in determinati casi, consentano di riesaminare una pronuncia contraria al diritto dell’Unione, anche qualora essa sia passata in giudicato.

Nelle citate conclusioni, si guarda dunque con favore alla tendenza di alcuni Stati che, spinti dalla preoccupazione di rispettare gli impegni assunti sul piano internazionale, hanno adottato alcune misure per facilitare l’esecuzione e l’efficacia interna delle pronunce giurisdizionali internazionali, nonostante l’esistenza di sentenze interne passate in giudicato.<sup>544</sup>

In particolare, viene richiamata la recente riforma operata dal legislatore

---

<sup>543</sup> Cfr. conclusioni dell’Avvocato generale Villalón, presentate il 9 settembre 2010, per la causa *Commissione europea c. Repubblica slovacca*, cit., punto 52.

<sup>544</sup> Cfr. conclusioni dell’Avvocato generale Villalón, per la causa *Commissione europea c. Repubblica slovacca*, cit., punto 53, in cui si richiamano, come esempi, la sentenza del 3 ottobre 2006 della Corte di Cassazione italiana (*Somogyi*), che ha disposto la riapertura di un procedimento penale concluso con sentenza definitiva, al fine di assicurare la corretta applicazione di una pronuncia della Corte europea dei diritti umani, nonché la sentenza del 16 dicembre 1991 del Tribunal Constitucional español (*Bultò*), che ha autorizzato, in casi eccezionali, la via del “recurso de amparo” (ricorso per la tutela dei diritti fondamentali) come strumento per l’esecuzione interna di determinate sentenze della Corte di Strasburgo, in attesa che il legislatore iberico compia la necessaria riforma delle procedure, affinché, in determinati casi, tale esecuzione possa avere luogo dinanzi al giudice ordinario. Sul tema, appare opportuno menzionare altresì la sentenza della Corte costituzionale italiana del 4 aprile 2011, n. 113, con la quale la Consulta ha dichiarato l’illegittimità costituzionale dell’art. 630 c.p.p., “*nella parte in cui non prevede un diverso caso di revisione della sentenza o del decreto penale di condanna al fine di conseguire la riapertura del processo, quando ciò sia necessario, ai sensi dell’art. 46 della CEDU, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU*”.

slovacco, in forza della quale è stata aggiunta una lett. e) all'art. 228.1 del codice di rito civile, ai sensi della quale costituisce motivo di revisione di una pronuncia giurisdizionale passata in giudicato il fatto che essa “*si ponga in contrasto con una decisione della Corte di giustizia dell'Unione o di un altro organo dell'Unione europea*”.<sup>545</sup>

Anche parte della dottrina italiana ha sostenuto la rivisitazione delle norme del codice di procedura civile concernenti la revocazione, nel senso di includere, tra i motivi che ne consentono l'esperibilità, l'eventuale contrasto della sentenza definitiva con la normativa dell'Unione, come interpretata dalla Corte di giustizia.<sup>546</sup>

In tal modo, si ritiene che i giudici nazionali potranno risolvere le singole questioni loro poste, assicurando una puntuale applicazione del principio del primato.<sup>547</sup>

Senonché, allo stato, non pare opportuna la previsione di un nuovo motivo di revocazione, che rischierebbe di frustare la definitività di molti provvedimenti giurisdizionali, in assenza di un consolidato orientamento fatto proprio dal giudice del Lussemburgo.<sup>548</sup>

Nell'eventualità in cui la Corte di giustizia dovesse, un giorno, ritenere che il giudicato non possa frapporre un limite all'effetto utile del diritto dell'Unione, si potrebbe, allora, valutare tale tesi ovvero prospettare l'introduzione di un ricorso diretto alla Corte di giustizia, da proporre entro un breve termine di decadenza, contro i giudicati nazionali contrastanti con il diritto dell'Unione.<sup>549</sup>

---

<sup>545</sup> Si tratta, secondo l'Avvocato Villalòn, “*di una soluzione ineccepibile, perché rispetta sia gli impegni internazionali degli Stati, sia le garanzie formali di legalità inerenti allo Stato di diritto*” (cfr. punto 54 delle citate conclusioni).

<sup>546</sup> Ipotesi avanzata, tra gli altri, da D.U. Galetta, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea...*, op. cit., p. 77-78, ma esclusa da V. Cerulli Irelli, *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, op. cit., p. 440.

<sup>547</sup> Cfr. M.T. Stile, *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: traguardo inaspettato?*, op. cit., p. 741.

<sup>548</sup> Nello stesso senso, G. Lo Schiavo, *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, op. cit., p. 315.

<sup>549</sup> Così R. Caponi, *Autonomia e strumentalità del processo civile nell'attuazione del diritto*

Fermo restando che la rilevanza costituzionale del principio della definitiva composizione delle controversie, nonché l'inquadramento delle disposizioni nazionali sul giudicato tra le norme inderogabili di ordine pubblico<sup>550</sup>, potrebbero consentire di invocare, quale ostacolo all'ingresso di tali rimedi negli ordinamenti statuali, la teoria dei controlimiti.

Proprio questa riflessione potrebbe forse spiegare le attuali ritrosie del giudice del Lussemburgo in ordine all'accoglimento delle conclusioni dell'Avvocato generale Villalòn.<sup>551</sup>

---

*dell'Unione europea*, relazione all'incontro di studio "Giudici nazionali e giudici dell'Unione europea", organizzato il 1° marzo 2010 dalla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Milano, reperibile su [www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/148214/R.\\_Caponi\\_Autonomia\\_e\\_strumentalita\\_del\\_processo\\_civile\\_nellattuazione\\_del\\_diritto\\_dell'Unione\\_europea](http://www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/148214/R._Caponi_Autonomia_e_strumentalita_del_processo_civile_nellattuazione_del_diritto_dell'Unione_europea), p. 13-14.

<sup>550</sup> Si rimanda ad un'interessante pronuncia di merito (Tribunale di Roma, sentenza 28 giugno 2001, in *Giur. merito*, 2002, p. 359 ss., con nota di F. Gianfilippi, *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato*), nella quale si evidenzia che "quando l'affermazione del diritto comunitario si pretenda contraddetta in una pronuncia giurisdizionale italiana passata in giudicato, il diritto comunitario si arresta di fronte a quest'ultima, costituendo il giudicato principio di ordine pubblico interno, ai sensi dell'art. 36 TCE, del resto si tratta di un principio complementare a quello della certezza del diritto". Del resto, anche la giurisprudenza della Corte di giustizia ha sostenuto che la "questione relativa all'autorità assoluta della cosa giudicata è di ordine pubblico e pertanto deve essere sollevata d'ufficio dal giudice" (cfr. Corte giust., sentenza 1 giugno 2006, in cause riunite C-442/03 P e C-471/03 P, P & O, in *Raccolta*, p. I-4845, punto 45).

<sup>551</sup> Cfr. Corte giust., sentenza *Commissione europea c. Repubblica slovacca*, *cit.*, in cui la Corte si limita a ribadire, con la consueta formula *tralascia*, che spetta agli Stati membri individuare gli strumenti idonei a garantire l'effettività del diritto europeo (punto 52) e, rilevata l'inidoneità della misura scelta dalle autorità nazionali (punto 54), a constatare l'inadempimento dello Stato. Sul punto, si veda altresì A. Negrelli, *La resistenza degli atti nazionali "definitivi" nel diritto europeo: una stabilità alla rovescia*, *op. cit.*, p. 1529, che collega, invece, la mancanza di una normativa di armonizzazione in materia alla "preoccupazione di introdurre per gli Stati membri una disciplina che dovrebbe poi valere anche per le sentenze della Corte di giustizia".

## RIFERIMENTI BIBLIOGRAFICI

Accetto M., Zlepting S., *The Principle of Effectiveness: Rethinking Its Role in Community Law*, in *European Public Law*, 2005, p. 375 ss.

Adinolfi A., *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2001, p. 41 ss.

Adinolfi A., *L'applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 619 ss.

Adobati E., *La sentenza di un giudice nazionale passata in giudicato non può più essere rimessa in discussione anche se viola il diritto comunitario*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2006, p. 83 ss.

Affermi G., *La disciplina italiana della responsabilità civile dello Stato per violazione del diritto comunitario imputabile ad un organo giurisdizionale di ultima istanza*, in *Nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, p. 261 ss.

Alpa G., *La responsabilità dello Stato per atti giudiziari. A proposito del caso Köbler c. Repubblica d'Austria*, in *Nuova giurisprudenza civile e commerciale*, 2005, p. 1 ss.

Anagnostaras G., *The Quest for an Effective Remedy and the Measure of Judicial Protection Afforded to Putative Community Law Rights*, in *European Law Review*, 2007, p. 727 ss.

Antonucci M., *Il primato del diritto comunitario*, in *Consiglio di Stato*, 2004, p. 225 ss.

Arnulf A., *Commento alla sentenza in causa C-432/05 Unibet*, in *Common Market Law Review*, 2007, p. 1763 ss.

Atripaldi V., *Leale cooperazione comunitaria ed obbligo degli Stati al riesame degli atti amministrativi definitivi contrari al diritto comunitario*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 883-888.

Baquero Cruz J, Sarmiento D., *Principios fundamentales del ordenamiento comunitario y administraciones nacionales*, in AA.VV. *El informe del Consejo de Estado sobre la inserción del derecho europeo en el ordenamiento*

*español: texto del informe, estudios y ponencias*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2008, p. 473.

Baratta R., *La cosa giudicata non limita il principio della primauté...peraltro espunto dal progetto di riforma dell'Unione europea*, in *Giustizia civile*, 2007, p. 2659 ss.

Barav A., *Enforcement of Community Rights in the National Court: the Case for Jurisdiction to Grant an Interim Relief*, in *Common Market Law Review*, 1989, p. 369 ss.

Barbosa A., *La Carta europea dei diritti: una fonte di ricognizione?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 241 ss.

Barone A., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008.

Barone A., *L'efficacia diretta delle direttive Ce nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Il Foro Italiano*, 1991, IV, p. 130 ss.

Barone G., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del XLVIII Convegno di studi di Scienza dell'Amministrazione, Varenna, Giuffrè, 2002, p. 209 ss.

Bassi V.F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2000.

Bastianon S., *Giudici nazionali e responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario*, in *Responsabilità civile e previdenza*, 2004, p. 57 ss.

Benvenuti F., *Autotutela*, in *Enciclopedia del diritto*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 537 ss.

Benvenuti F., *Disegno dell'amministrazione italiana*, Padova, Cedam, 1996.

Benvenuti F., *Giudicato*, in *Enciclopedia del diritto*, X, Milano, 1968.

Biavati P., *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 717 ss.

Biavati P., *La sentenza Lucchini: il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Rassegna Tributaria*, 2007, p. 1579 ss.

Bin R., Caretti P., *Profili costituzionali dell'Unione europea*, Bologna, 2005.

Bocanegra Sierra R., *La revisión de oficio de los actos administrativos*, in *Revista española de derecho administrativo*, n. 16, 1978, p. 125 ss.

Bocanegra Sierra R., *Lecciones sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 2006.

Bocanegra Sierra R., *Lecciones y materiales para el estudio del derecho administrativo*, Madrid, Iustel, 2009.

Borsi U., *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901.

Botella A. S., *La responsabilité du juge national*, in *Rivista trimestrale diritto europeo*, 2004, p. 283 ss.

Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1914, rist. Cedam, Padova, 1992.

Cannizzaro E., *Sui rapporti tra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 447 ss.

Caponi R., *Autonomia e strumentalità del processo civile nell'attuazione del diritto dell'Unione europea*, relazione all'incontro di studio "Giudici nazionali e giudici dell'Unione europea", organizzato il 1° marzo 2010 dalla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Milano, reperibile su [www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/148214/R.\\_Caponi\\_Autonomia\\_e\\_strumentalita\\_del\\_processo\\_civile\\_nellattuazione\\_del\\_diritto\\_dell'Unione\\_europea](http://www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/148214/R._Caponi_Autonomia_e_strumentalita_del_processo_civile_nellattuazione_del_diritto_dell'Unione_europea).

Caponi R., *Corti europee e giudicati nazionali*, relazione presentata al XXVII Congresso nazionale dell'Associazione italiana fra gli studiosi del processo civile, "Corti europee e giudici nazionali", Verona, 25-26 Settembre 2009, su [www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/129917/R.\\_Caponi\\_Corti\\_europee\\_e\\_giudicati\\_nazionali\\_2009](http://www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/129917/R._Caponi_Corti_europee_e_giudicati_nazionali_2009).

Caponi R., *Giudicati civili nazionali e sentenze delle corti europee tra esigenze di certezza del diritto e gerarchia delle fonti*, relazione presentata all'Incontro di studio "I diritti fondamentali nell'ordinamento integrato", organizzato dal Consiglio Superiore della Magistratura, nona commissione «Tirocinio e formazione professionale», Roma, 3 febbraio 2010, sul sito [www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/140175/R.\\_Caponi\\_Giudicati\\_civili\\_nazionali\\_e\\_sentenze\\_delle\\_corti\\_europee\\_tra\\_esigenze\\_di\\_certezza\\_deldiritto\\_e\\_gerarchia\\_delle\\_fonti\\_2010](http://www.unifi.academia.edu/remocaponi/Papers/140175/R._Caponi_Giudicati_civili_nazionali_e_sentenze_delle_corti_europee_tra_esigenze_di_certezza_deldiritto_e_gerarchia_delle_fonti_2010).

Caponi R., *L'efficacia del giudicato civile nel tempo*, Milano, 1991.

Caranta R., *Commento alla sentenza in causa C-453/00, Kühne & Heitz, in Urbanistica e appalti*, 2004, p. 1154 ss.

Caranta R., *Effettività della garanzia giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione e diritto comunitario: il problema della tutela cautelare*, in *Il Foro amministrativo*, 1992, p. 1885 ss.

Caranta R., *La responsabilità oggettiva dei pubblici poteri per violazioni del diritto comunitario*, in *Giurisprudenza italiana*, 1992, I, 1, p. 1169 ss.

Caranta R., *L'ampliamento degli strumenti di tutela cautelare e la progressiva "comunitarizzazione" delle regole processuali nazionali*, in *Il Foro amministrativo*, 1996, p. 2554 ss.

Caranta R., *Sull'obbligo dell'Amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*, in *Il Foro amministrativo*, 1990, p. 1372 ss.

Cartabia M., Celotto A., *La giustizia costituzionale in Italia dopo la Carta di Nizza*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2002, p. 4477 ss.

Cartabia M., *Principi inviolabili e integrazione europea*, Milano, 1995.

Casetta E., *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000.

Cassetti L., *Il "Sì, ma" del Tribunale costituzionale federale tedesco sulla ratifica del Trattato di Lisbona tra passato e futuro dell'integrazione europea*, su [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

Celotto A., *Fonti comunitarie e Corte costituzionale, Le norme comunitarie come "parametro" e come "oggetto" nei giudizi costituzionali*, Roma, 2000.

Celotto A., *Il Trattato di Lisbona ha reso la CEDU direttamente applicabile nell'ordinamento italiano?* (in margine alla sentenza n. 1220/2010 del Consiglio di Stato), in [www.neldiritto.it](http://www.neldiritto.it).

Celotto A., *Una nuova ottica dei "controlimiti" nel Trattato costituzionale europeo?*, in [www.forumcostituzionalisti.it](http://www.forumcostituzionalisti.it).

Cerulli Irelli V., *Trasformazioni del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 433-476.

Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Napoli, 1957.

- Chiti E., Franchini C., *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, 2003.
- Chiti E., *Misure cautelari effettive ed effettività del diritto comunitario*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1996, p. 333 ss.
- Chiti M.P., *Diritto amministrativo europeo*, Milano, 2008.
- Chiti M.P., *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 1991, p. 796 ss.
- Chiti M.P., *Il rinvio pregiudiziale e l'intreccio tra diritto processuale nazionale ed europeo: come custodire i custodi dagli abusi del diritto di difesa?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 745 ss.
- Chiti M.P., *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Diritto amministrativo*, 2003, p. 687 ss.
- Chiti M.P., *La Consulta e il primo rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia: verso il concerto costituzionale europeo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 961 ss.
- Chiti M.P., *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 477 ss.
- Clarich M., *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989.
- Clarich M., *La pregiudiziale amministrativa riaffermata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato: linea del Piave o effetto boomerang?*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2008, p. 55 ss.
- Clarich M., *La responsabilità nel sistema comunitario*, in M.P. Chiti, G. Greco (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo* (coordinato da G.F. Cartei e D.U. Galetta), 2°ed., Milano, 2007, p.te generale, tomo II, p. 589 ss.
- Colabianchi A., *Direttive comunitarie sugli appalti: efficacia diretta per la Pubblica Amministrazione*, in *Giustizia civile*, 1990, I, p. 8 ss.
- Colonna R., *Giudicato e ius superveniens retroattivo: un'armonizzazione difficile*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1995, p. 255 ss.
- Consolo C., *Fondamento comunitario della giurisdizione cautelare*, in *Giurisprudenza italiana*, 1991, p. 1122 ss.

Consolo C., *Il primato del diritto comunitario può spingersi fino ad intaccare la "ferrea" forza del giudicato sostanziale?*, in *Corriere giuridico*, 2007, p. 1189 ss.

Consolo C., *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale (in via di disapplicazione di norme legislative interne)*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1991, p. 255 ss.

Consolo C., *La sentenza Lucchini della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali nazionali e in specie del nostro?* in *Rivista di diritto processuale*, 2008, p. 224 ss.

Conti R., *Autorità di cosa giudicata, diritto interno e primato del diritto comunitario*, in *Nuove autonomie*, 2005, p. 373 ss.

Conti R., *C'era una volta il giudicato*, in *Corriere giuridico*, 2010, p. 173-181.

Conti R., *Il principio di effettività della tutela giurisdizionale ed il ruolo del giudice: l'interpretazione conforme*, in *Politica del diritto*, 2007, p. 377 ss.

Contieri A., *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge 15/2005*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005* (a cura di G. Clemente di San Luca), Torino, Giappichelli, 2006, p. 215 ss.

Contieri A., *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991.

Coraggio G., *Autotutela*, in *Enciclopedia giuridica*, IV, Roma, Treccani, 1988, p. 5 ss.

Corso G., *Autotutela (dir. amm.)*, in S. Cassese (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 609 ss.

Cortese F., *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 1527 ss.

Damato A., *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 299 ss.

Daniele L., *Forme e conseguenze dell'impatto del diritto comunitario sul diritto processuale interno*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 61 ss.

De Leonardis F., *La tutela cautelare: principi comunitari ed evoluzione della giurisprudenza europea*, in *Diritto processuale amministrativo*, 1993, p. 688-697.

De Pretis D., *Illegittimità dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2004, p. 723 ss.

Di Federico G., *Risarcimento del singolo per violazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali: il cerchio si chiude?*, in *Diritto internazionale e processuale*, 2004, p. 133 ss.

Di Seri C., *La responsabilità del giudice nell'attività interpretativa: una discriminazione a rovescio?*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 1116 ss.

Di Seri C., *L'annullamento d'ufficio "doveroso". Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, pubblicato il 3 febbraio 2010, su [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

Domenicucci D.P., *Il ruolo del giudice nazionale e la presentazione delle questioni pregiudiziali*, Seminario su "Le direttive contro la discriminazione 2000/43 e 2000/78 nella pratica", Trier, 9-10 maggio 2011, organizzato da ERA – Accademia di diritto europeo, su [www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/12\\_Jurisdictions/2011\\_05\\_Domenicucci\\_IT.pdf](http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/12_Jurisdictions/2011_05_Domenicucci_IT.pdf).

Donati F., *Diritto comunitario e sindacato di costituzionalità*, Milano, 1995.

Falcón y Tella R., *La sentencia Kempter, de 12 febrero 2008, y sus consecuencias en materia de revisión de actos firmes y de responsabilidad patrimonial del Estado*, in *Quincena fiscal: Revista de actualidad fiscal*, 2008, p. 7-12.

Fernández Farreres G., *El régimen de las ayudas estatales en la Comunidad Europea*, in *Cuadernos de Estudios Europeos Civitas*, Madrid, 1993.

Fernández Salmerón M., Cierco Seira C., *Riforma del procedimento amministrativo in Spagna: la Legge 4/1999, del 13 gennaio, di modifica della Legge 30/1992, del 26 novembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, articolo pubblicato sul n. 4/2000 di [www.giust.it](http://www.giust.it) – *Rivista "Giustizia Amministrativa"*.

Fernández Torres J.R., *Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario: nihil novum sub sole*, in *Noticias de la Unión Europea*, 2002, p. 55 ss.

Fernández Torres J.R., *Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho Comunitario*, in *Revista de Administración Pública*, n. 125, 1991, p. 281 ss.

Ferrari Bravo L., Moavero Milanese E., *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 2000.

Ferraro A., *L'illecito comunitario di un organo giurisdizionale supremo, in Danno e responsabilità*, 2007, p. 518 ss.

Fontana E., *Qualche osservazione in margine al caso Lucchini. Un tentativo di spiegazione*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2008, p. 193 ss.

Franchini C., *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova, 1993.

Fumagalli L., *Articolo 234*, in *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, a cura di F. Pocar, Padova, 2001, p. 797 ss.

Gaja G., *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2005.

Galetta D.U., *Autonomia procedurale e dialogo costruttivo fra giudici alla luce della sentenza Melki*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 221 ss.

Galetta D.U., *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in AA.VV. (a cura di G. Falcon), *Il diritto amministrativo dei Paesi europei tra omogeneizzazione e diversità culturali*, Padova, 2005, p. 39 ss.

Galetta D.U., *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, Giappichelli, 2009.

Galetta D.U., *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea*, Report annuale - 2011 - Italia (dicembre 2011), su [www.ius-publicum.it](http://www.ius-publicum.it).

Galetta D.U., *Riflessioni sulla più recente giurisprudenza comunitaria in materia di giudicato nazionale (ovvero sull'autonomia procedurale come competenza procedurale funzionalizzata)*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 961-984.

Galetta D.U., *Rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia UE ed obbligo di interpretazione conforme del diritto nazionale: una rilettura nell'ottica del rapporto di cooperazione (leale) fra giudici*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2012, p. 433 ss.

Gambino S., *La Carta e le Corti costituzionali. "Controlimiti" e "Protezione equivalente"*, in *Politica del diritto*, 2006, p. 411 ss.

García de Enterría E., Fernández Torres J.R., *Curso de derecho administrativo I*, Madrid, Civitas, 2004.

García de Enterría E., *La configuración del recurso de lesividad*, in *Revista de administración pública*, 1954, p. 109-154.

Garofoli R., *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self executing*, in *Urbanistica e appalti*, 1997, p. 338 ss.

Garofoli R., *Concessione di lavori: discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio e vincoli comunitari*, commento a Cons. Stato, sez. VI, sentenza 5 giugno 1998, n. 918, in *Urbanistica e appalti*, 1998, p. 1342 ss.

Gattinara G., *Il ruolo comunitario delle amministrazioni nazionali alla luce della sentenza Kühne & Heitz*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2004, p. 48 ss.

Gentili F., *Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di giustizia C.E.*, in *Il Consiglio di Stato*, 2004, p. 233 ss.

Gianfilippi F., *Violazione di norme comunitarie, giudicato interno contrastante e responsabilità civile dello Stato*, nota a Tribunale di Roma, sentenza 28 giugno 2001, in *Giurisprudenza di merito*, 2002, p. 359 ss.

Giannini M.S., *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993.

Giovagnoli R., *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *Giustizia amministrativa*, 2004, p. 908 ss.

González-Varas Ibáñez S., *Tratado de derecho administrativo*, Madrid, 2008.

Gravells N.P., *Disapplying an Act of Parliament Pending a Preliminary Ruling: Constitutional Enormity or Community Law Rights*, in *Public Law*, 1989, p. 568 ss.

Gravells N.P., *Effective Protection of Community Law Rights: Temporary Disapplication of an Act of Parliament*, in *Public Law*, 1991, p. 180 ss.

Greco G., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 505 ss.

Greco G., *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 513 ss.

Gruner G., *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto e di autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2007, p. 240 ss.

Guarnier T., *Verso il superamento delle differenze? Spunti di riflessione sul dibattito intorno alla prospettiva di "comunitarizzazione" della CEDU*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).

Habscheid W., *Effetti della sentenza e cambiamento della legge*, traduzione di F. Satta, in *Studi in onore di Segni*, II, Roma, 1967, p. 533 ss.

Hanna J., *Community Rights all at Sea*, in *Law Quaterly Review*, 1990, p. 106 ss.

Hauriou F., *Précis de droit administratif et de droit public*, quarta edizione, Parigi, 1900.

Iannone C., *Art. 10 TCE*, in A. Tizzano (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea e della Comunità Europea*, Milano, 2004, p. 219 ss.

Immordino M., *Art 21 quinquies – Revoca del provvedimento*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge 241/90 riformata dalle leggi n. 75/2005 e 80/2005*, a cura di A. Paoloantonio, A. Police, A. Zito, Torino, Giappichelli, 2005.

Immordino M., Cavallaro M.C., *Revoca del provvedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di) *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, p. 5202 ss.

Immordino M., *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999.

Interlandi M., *Annullamento d'ufficio e aiuti di Stato illegittimi: la difficile convergenza tra effettività comunitaria e autonomia dei sistemi normativi nazionali*, in *Nuove autonomie*, 2006, p. 823 ss.

Kakouris C.N., *Do the Member States possess Judicial Procedural Autonomy?*, in *Common Market Law Review*, 1997, p. 1389 ss.

Kovar R., *Droit communautaire et droit procédural national*, in *Cahiers de droit européenne*, 1977, p. 230 ss.

Liberati F., *La sentenza del Tribunale costituzionale tedesco sulla compatibilità del Trattato di Lisbona con il Grundgesetz: una guida alla lettura*, su [federalismi.it](http://federalismi.it).

Libone E., *Corte costituzionale e tutela della res iudicata tra illusione e realtà*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2000, p. 4387 ss.

Ligugnana G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Cedam, 2004.

Limberty L., *Principio di effettività della tutela giurisdizionale e diritto comunitario: a proposito del potere del giudice nazionale di concedere provvedimenti cautelari "positivi"*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1996, p. 991 ss.

Linde Paniagua E., *Fundamentos de derecho administrativo*, Madrid, Colex, Uned, 2009.

Lo Schiavo G., *La Corte di giustizia ridimensiona progressivamente il principio nazionale di cosa giudicata*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2010, p. 287 ss.

Lombardo M., *Il principio di leale cooperazione e l'armonizzazione indiretta delle regole procedurali nazionali alla luce della recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2008, p. 469 ss.

Lorello L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Torino, 1998.

Magrassi M., *Il principio di responsabilità risarcitoria dello Stato-giudice tra ordinamento comunitario, interno e convenzionale*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2004, p. 490 ss.

Malinconico C., *Il recupero degli aiuti di Stato tra preclusioni processuali nazionali e limiti alla proposizione d'ufficio del ricorso pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2005, p. 805 ss.

Marchetti B., *Sul potere di annullamento d'ufficio, la Corte ribadisce l'autonomia procedurale, ma si sbilancia un po'*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 1132 ss.

Mari G., *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2004, p. 1107 ss.

Martín Rodríguez P.J., *La responsabilidad del Estado por actos judiciales en Derecho Comunitario*, in *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, 2004, p. 829-868.

Mastroianni R., *La direttiva su servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009.

Mastroianni R., *Osservazioni in merito alla effettività del sistema italiano di tutela decentrata del diritto comunitario della concorrenza*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2001, p. 78 ss.

Mastroianni R., *Riforma del sistema radiotelevisivo italiano e diritto europeo*, Torino, 2004.

Mastroianni R., *Rinvio pregiudiziale e sospensione del processo civile: la Cassazione è più "realista del re"?*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2000, p. 91 ss.

Mattarella B.G., *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi, su "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2007, reperibile su [http://www.astrid-online.it/dossier--i1/studi-ric/Mattarella\\_convegno-Varenna\\_sett.07.pdf](http://www.astrid-online.it/dossier--i1/studi-ric/Mattarella_convegno-Varenna_sett.07.pdf).

Merkel A., *Teoría general del Derecho Administrativo*, in *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1935, p. 263-278.

Mertens de Wilmars J., *L'efficacité des différentes techniques nationales de protection juridique contre les violations du droit communautaire par les autorités nationales et les particuliers*, in *Cahiers de Droit Européen (CDE)*, 1981, n. 17, p. 379 ss.

Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970.

Meucci L., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Torino, 1905.

Montedoro G., *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'insostenibile leggerezza del processo impugnatorio)* in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 519 ss.

Montedoro G., *Il regime processuale dell'atto nazionale anticomunitario. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto dell'UE*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1393 ss.

Muscardini M., *Potere cautelare dei giudici nazionali in materie disciplinate dal diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1991, p. 1057 ss.

Nebbia P., *Do the rules on State aids have a life of their own? National procedural autonomy and effectiveness in the Lucchini case*, in *European Law Review*, 2008, p. 427 ss.

Negrelli A., *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 *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 1217 ss.

Negrelli A., *La resistenza degli atti nazionali "definitivi" nel diritto europeo: una stabilità alla rovescia*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2011, p. 1491 ss.

Nigro M., *Decisione amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, 1962.

Nigro M., *Giustizia amministrativa*, Bologna, 2002.

Nucera V., *La tenuta del giudicato nazionale al banco di prova del contrasto con l'ordinamento comunitario*, in *Rivista di diritto tributario*, 2008, IV, p. 161 ss.

Parada Vázquez R., *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común (Estudio, comentarios y texto de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre)*, Madrid, Marcial Pons, 1999.

Pellegrino G., *Giurisdizione e pregiudiziale: luci e ombre di una sentenza che fa discutere*, in *Corriere giuridico*, 2008, p. 267 ss.

Pescatore P., *Il rinvio pregiudiziale di cui all'art. 177 del Trattato CEE e la cooperazione tra la Corte ed i giudici nazionali*, in *Il Foro Italiano*, 1986, IV, p. 26 ss.

Petrillo G., *Il "caso Lucchini": il giudicato nazionale cede al diritto comunitario*, in *Diritto e pratica tributaria*, 2008, p. 413 ss.

Pignatelli N., *I provvedimenti amministrativi "anti-comunitari": profili sostanziali e regime processuale*, in *Nel Diritto*, 2009, p. 893 ss.

Pinotti C., *Gli aiuti di Stato alle imprese nel diritto comunitario della concorrenza*, Padova, 2000.

Pizzetti F., *Principio di leale cooperazione nell'ordinamento europeo*, in *L'ordinamento europeo. I principi dell'Unione*, a cura di S. Mangiameli, Milano, Giuffrè, 2006, p. 331-376.

Presutti E., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Napoli, 1904.

Pulvirenti G., *Intangibilità del giudicato, primato del diritto comunitario e teoria dei controlimiti costituzionali*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2009, p. 341 ss.

Ragazzo M., *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, Giuffrè, 2005.

Ragazzo M., *Vincoli comunitari, discrezionalità nell'esercizio dei poteri di autotutela e conferenza di servizi*, commento a Consiglio di Stato, sez. VI, sentenza 3 marzo 2006, n. 1023, in *Urbanistica e appalti*, 2006, p. 295 ss.

Raimondi L., *Atti nazionali inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 773 ss.

Raiti G., *Le pronunce Olimpiclub ed Asturcom Telecomunicaciones: verso un ridimensionamento della paventata "crisi del giudicato civile nazionale" nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Rivista di diritto processuale*, 2010, p. 677-689.

Rasia C., *Responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte del giudice supremo: il caso Traghetti del Mediterraneo contro Italia*, in *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 2007, p. 1025 ss.

Resta R., *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1939.

Rinaldi E., *Miracoli dei polli olandesi: la primauté del diritto comunitario va "oltre" il giudicato nazionale a "anticomunitario". E all'amministrazione il compito di rimediare...*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, p. 651 ss.

Ronzitti N., *L'art. 12 del Trattato istitutivo della Ce tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli Stati membri*, in *Il Foro Italiano*, 1964, IV, p. 98 ss.

Ruiz-Jarabo Colomer D., *El juez nacional como juez comunitario*, Madrid, Civitas, 1993.

Sacchi Morsiani G., *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, Milano, 1965.

Saggio A., *Incidenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sulle norme processuali nazionali*, in *Corriere giuridico*, 2001, n. 1, p. 124 ss.

Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969.

Savy D., *La leale cooperazione nella disciplina antitrust e nel nuovo regolamento CE n. 1/2003 del Consiglio*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, n. 2, 2003, p. 913 ss.

Schwarze J., *Der Beitrag des Europäischen Gerichtshofs zur Europaisierung des Verwaltungsrechts*, in *Europarecht*, 1997, p. 419 ss.

Scoca F.G., *Esistenza, validità ed efficacia degli atti amministrativi*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005* (a cura di G. Clemente di San Luca), Torino, Giappichelli, 2006, p. 165 ss.

Scoditti E., *Francoovich presa sul serio: la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario derivante da provvedimento giurisdizionale*, in *Il Foro Italiano*, 2004, IV, p. 4 ss.

Scoditti E., *Giudicato nazionale e diritto comunitario*, in *Il Foro Italiano*, 2007, IV, p. 533 ss.

Snyder F., *The Effectiveness of European Community Law: Institutions, Process, Tools and Techniques*, in *Michigan Law Rev.*, 1993, p. 19 ss.

Stile M.T., *La sentenza Lucchini sui limiti del giudicato: un traguardo inaspettato?*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 2007, p. 733-741.

Temple Lang J., *Actions for Declarations that Community Regulations are invalid: The duties of National Courts under Article 10 EC*, in *European Law Review*, 2003, p. 102 ss.

Temple Lang J., *The Duties of National Courts under Community Constitutional Law*, in *European Law Review*, 1997, p. 3 ss.

Tesauro F., *Divieto comunitario di abuso del diritto (fiscale) e vincolo da giudicato esterno incompatibile con il diritto comunitario*, nota a Cass., sentenza 21 dicembre 2007, n. 26996, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 1025 ss.

Tesauro G., *Diritto dell'Unione europea*, Padova, Cedam, 2010.

Tesauro G., *La sanction des infractions au droit communautaire*, in *Rivista di diritto Europeo*, 1992, p. 477 ss.

Tesauro G., *La tutela cautelare nel sistema comunitario*, in *Corriere giuridico*, 1993, n. 8, p. 996 ss.

Tesauro G., *The Effectiveness of Judicial Protection and Cooperation between the Court of Justice and the National Courts*, in *Festkrift til Ole Due: Liberum Amicorum*, 1994, p. 355 ss.

Tesauro G., *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 1992, p. 131 ss.

Tizzano A., *Ancora sui rapporti tra Corti europee: principi comunitari e c.d. controlimiti costituzionali*, in AA.VV., *Diritto comunitario e diritto interno, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 20 aprile 2007*, Milano, 2008, p. 479 ss.

Tizzano A., *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Il Foro Italiano*, 1995, IV, p. 13 ss.

Tizzano A., *Qualche riflessione sul contributo della Corte di giustizia allo sviluppo del sistema comunitario*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2009, p. 141 ss.

Tridimas T., *The General Principles of EU Law*, Oxford, 2006.

Usher J.A., *Direct and individual Concern - An Effective Remedy or a Conventional Solution?*, in *European Law Review*, 2003, p. 575 ss.

Villani U., *Diritti fondamentali tra Carta di Nizza, Convenzione europea dei diritti dell'uomo e progetto di Costituzione europea*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2004, p. 78 ss.

Villata R., *L'atto amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, p. 767 ss.

Vitale G., *Diritto processuale nazionale e Diritto dell'Unione europea. L'autonomia procedurale degli Stati membri in settori a diverso livello di "europeizzazione"*, Catania, Edit, 2010.

Vitale G., *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 2010, p.727-753.

Vitale G., *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 *Il Diritto dell'Unione europea*, 2008, p. 595 ss.

Zagrebelsky G., *Corti europee e corti nazionali*, in S. Panunzio (a cura di), *I costituzionalisti e l'Europa*, Milano, 2003, p. 539 ss.

Zanon N., *La responsabilità dei giudici*, in *Atti del convegno dell'Associazione dei costituzionalisti "Separazione dei poteri e funzione giurisdizionale"*, Padova 23-24 ottobre 2004, su [www.associazionedeicostituzionalisti.it](http://www.associazionedeicostituzionalisti.it).

Zuffi B., *Il caso Lucchini infrange l'autorità del giudicato nazionale nel campo degli aiuti di Stato*, in *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 382 ss.