

I principi costituzionali e comunitari in materia di giurisdizione amministrativa

di Maria Alessandra Sandulli

Relazione al Convegno di diritto amministrativo “Riflessioni sulla giurisdizione del giudice amministrativo” - Gaeta il 22 maggio 2009

Sommario. 1. Premessa. 2. Il giudice amministrativo nella Costituzione. 3. I principi comunitari ed europei. 4. La direttiva ricorsi n. 2007/66/CE. 5. La tutela cautelare, con particolare riferimento alla tutela provvisoria e d’urgenza. 6. L’istruttoria. 7. Il risarcimento del danno per la lesione di interessi legittimi. 8. La vincolatività del giudicato di “legittimità” sui provvedimenti assunti nei confronti delle violazioni delle norme comunitarie.

1. Premessa

L’argomento scelto dagli organizzatori di questo Convegno è di estrema attualità.

Stiamo indubitabilmente attraversando un momento di grandi trasformazioni della società, che inevitabilmente si riflette sul rapporto tra pubblica amministrazione (o, per meglio dire, pubbliche amministrazioni) e amministrati. Cambia, di conseguenza, anche il ruolo del giudice amministrativo, che, come è stato ripetutamente sottolineato, non si connota più soltanto come il giudice del potere, ma anche, se non soprattutto, come il giudice dell’economia¹.

Il ruolo del giudice amministrativo, e dei giudici in genere, in particolare le c.d. magistrature superiori, è poi notevolmente (anche se inopportuno) rafforzato dall’inerzia spesso imputabile al legislatore e dallo scarso livello di chiarezza e di certezza delle fonti normative.

I giudici sono invero sempre più frequentemente costretti a svolgere un ruolo di supplenza che trasforma la loro funzione di interpretazione e applicazione delle leggi in una funzione spesso integrativa o sostitutiva di queste ultime. Ne abbiamo recentemente visto significativi esempi nel ricorso delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione alla “interpretazione costituzionalmente orientata” per introdurre l’istituto della *translatio*² (la cui vigenza nell’ordinamento normativo ordinario è stata peraltro subito dopo smentita dalla Corte costituzionale³, che, in termini più corretti, invece di costruirne in via sostitutiva l’esistenza, ha dichiarato l’incostituzionalità della sua “assenza”) e per “riscrivere” l’art. 37 c.p.c., affermando il giudicato implicito sulla giurisdizione⁴.

Per non parlare della storica caduta del dogma dell’irrisarcibilità degli interessi legittimi ad opera della nota sentenza 500 del 1999 della Corte di Cassazione; dei primi decreti cautelari *ante causam* autonomamente - e coraggiosamente - assunti dal TAR Lombardia nel 1988, precorrendo la dichiarazione di incompatibilità comunitaria che la Corte di Giustizia avrebbe emesso in relazione

¹ Cfr. le Relazioni di P. DE LISE e F. SATTA, al Convegno su “*Il ruolo del giudice: le magistrature supreme*”, organizzato da chi scrive presso l’Università di Roma Tre nei giorni 18 e 19 maggio 2007, leggibili nell’omonimo Quaderno, vol. VI, Supplemento al n. 7-8/08 del *Foro Amm.-TAR*, Milano, Giuffrè, 2007, nonché in www.giustamm.it e www.federalismi.it.

² Sent. 22 febbraio 2007 n. 4209.

³ Sent. 14 marzo 2007 n. 77. Sulle due pronunce mi sia consentito rinviare alle riflessioni svolte in *I recenti interventi della Corte Costituzionale e della Corte di Cassazione sulla translatio iudicii*, in www.federalismi.it, 2007.

⁴ Sent. 8 ottobre 2008 n. 24883, commentata su www.giustamm.it e www.federalismi.it: *Dopo la “translatio iudicii”, le Sezioni Unite riscrivono l’art. 37 c.p.c. e muovono un altro passo verso l’unità della tutela (a primissima lettura in margine a Cass. SS.UU., 24883 del 2008 e sui suoi possibili riflessi sulla doppia giurisdizione sui contratti pubblici).*

al nostro ordinamento con la nota ordinanza del 29 aprile del 2004; della – purtroppo annosa e irrisolta - diatriba tra Corte di Cassazione e Consiglio di Stato in tema di pregiudiziale di annullamento (resa evidentemente possibile dal testo non indiscutibilmente univoco dell'art. 7 l. TAR, come modificato dalla l. n. 205 del 2000; e, in generale, della costante opera di supplenza svolta dai giudici amministrativi su questioni processuali di massima rilevanza (basti soltanto pensare, in via puramente esemplificativa, ai rimedi contro la mancata o inesatta esecuzione delle pronunce cautelari; alla ricostruzione della natura dell'appello e alla conseguente necessità o meno di espressa denuncia dei singoli capi della sentenza; al ruolo del ricorso incidentale e, di conseguenza, ai termini per la relativa proposizione e alla possibilità/necessità di valutare o meno in ogni caso anche l'accoglimento del ricorso principale; al sindacato sulla discrezionalità tecnica. E l'elenco potrebbe continuare ancora a lungo).

Se per un verso non si può non apprezzare l'intervento di costante e irrinunciabile adattamento del sistema alle più moderne istanze di tutela, del quale i giudici si sono dati meritoriamente carico in presenza di un legislatore rivelatosi troppo spesso insensibile o poco pronto a dare sollecita risposta ad esigenze che pure rivestono un ruolo primario per la competitività del Paese, non si possono tuttavia non rappresentare i gravissimi rischi ai quali questa sostanziale alterazione dei rapporti istituzionali espone lo stesso fondamento dello Stato di diritto.

Già qualche anno fa, in un Convegno organizzato presso la mia Università sul ruolo del giudice nelle magistrature supreme⁵, è stato autorevolmente⁶ posto l'accento sul rischio che il ricorso non rigorosamente prudente all'interpretazione costituzionalmente orientata potesse trasformare il sindacato di costituzionalità che il vigente ordinamento costituzionale riserva al Giudice delle leggi in un sindacato diffuso.

Mentre è innegabile che il riferito ruolo di supplenza che i giudici di legittimità sono spesso chiamati a svolgere rispetto al legislatore ordinario finisce per minare il principio di separazione dei poteri e per fare sempre di più pericolosamente coincidere la funzione legislativa con quella giurisdizionale, che, per sua natura, non può essere generale e astratta e non offre quindi quelle garanzie di prevedibilità e stabilità che sono proprie della fonte normativa. Con gravissimi riflessi per la certezza del diritto, che, pure, costituisce un principio assolutamente fondamentale degli ordinamenti democratici e rappresenta una premessa essenziale per la garanzia di effettività della tutela.

Nell'auspicare un rapido superamento - o, quanto meno, un sostanziale ridimensionamento - del problema, anche attraverso i nuovi progetti di riforma, non possiamo che sottolineare il ruolo di primo piano che, proprio in questo quadro, assumono i principi, ai quali, non soltanto il futuro legislatore, ma, nel difetto di specifiche disposizioni di legge, nell'attuale contesto normativo, i giudici devono fare costante riferimento, anche nella lettura e nell'applicazione delle regole del processo⁷.

2. Il giudice amministrativo nella Costituzione

Mi riferisco evidentemente in primo luogo ai principi costituzionali: per capire il nostro sistema, basato sulla doppia giurisdizione – ordinaria e amministrativa - e nel quale la funzione di giudice amministrativo di appello è singolarmente affidata al medesimo organo che esercita la funzione consultiva sugli atti del Governo, è assolutamente essenziale un'attenta analisi del quadro costituzionale, anche alla luce della lettura che ne ha dato negli anni la giurisprudenza della Corte costituzionale. Non si può infatti prescindere da una piena e corretta comprensione del ruolo che la Costituzione (anche attraverso le sentenze del “suo” Giudice) ha inteso affidare al giudice amministrativo: un ruolo che ne giustifica l'esistenza e le peculiarità e in forza del quale non

⁵ Cfr. nota 1.

⁶ Cfr. in particolare la *Relazione* di M. LUCIANI.

⁷ Sul punto v. *amplius* M. A. SANDULLI, *Fonti e principi della giustizia amministrativa*, in www.federalismi.it, auspicando la codificazione della materia.

possono trovare spazio le proposte di sostituzione con sezioni specializzate dei giudici ordinari. Si tratta del ruolo chiaramente enunciato dall'art. 100 della Costituzione (assicurare “*la giustizia nell'amministrazione*”), che, al di là del contesto nel quale è inserito e di alcune letture riduttive che tale collocazione può astrattamente legittimare, il Supremo interprete della Carta costituzionale ha, come noto, espressamente e significativamente riferito anche alla funzione giurisdizionale: l'affermazione, già inequivocabilmente contenuta nella fondamentale sentenza n. 204 del 2004, è stata testualmente ribadita, nonostante il dibattito che pure si era subito aperto sul punto, dalla successiva sentenza n. 191 del 2006. Si tratta del resto di un ruolo perfettamente coerente con la garanzia del buon andamento dell'amministrazione che l'ordinamento costituzionale ha espressamente cura di porre tra le sue regole fondamentali. Ne discende la fondamentale funzione *conformativa* della giustizia amministrativa rispetto al futuro esercizio dell'azione della p.a., significativamente sottolineato anche dalla Corte di Cassazione in riferimento alla peculiarità del giudizio di ottemperanza rispetto al normale processo di esecuzione delle sentenze del giudice ordinario (sent. 1732 del 2009)⁸. Ed è questo ruolo, che, come noto, si pone al centro del dibattito sulla pregiudiziale di annullamento quale presupposto per l'azione di risarcimento del danno derivante dalla lesione di interessi legittimi: un tema sul quale ho avuto già diverse volte modo di chiarire la mia posizione⁹ e che sarà in questa sede ben più autorevolmente affrontato dal Prof. Vaccarella. Mi sembra soltanto opportuno ricordare che, anche la più recente giurisprudenza costituzionale (sent. 24 ottobre 2008 n. 531 sulla rimozione automatica dei dirigenti pubblici) ha giustamente posto in luce come l'interesse collettivo all'imparzialità e al buon andamento della pubblica Amministrazione non possa essere adeguatamente soddisfatto dalla mera riparazione economica ai soggetti specificamente lesi e imponga piuttosto la rimozione dell'atto illegittimamente contrastante con tali principi. Ed ha giustamente aggiunto che il pregiudizio al buon andamento risulta ulteriormente aggravato dall'onere di ristoro economico del soggetto leso, che si aggiunge agli oneri economici che il provvedimento normalmente implica.

Il ruolo conformativo affidato al giudice amministrativo (nella sua qualità di “*giudice naturale della legittimità dell'esercizio della funzione pubblica*”: cfr. C. cost. n. 191 del 2006, cit.) assume del resto un significato assai rilevante anche nella tutela cautelare, così come nel giudizio sul silenzio, dove il giudice può indirizzare l'amministrazione o il commissario *ad acta* verso un certo comportamento (del cui rispetto, è corretto ritenere anche in difetto di esplicite statuizioni, lo stesso giudice del silenzio è competente a verificare l'osservanza non diversamente da quanto è previsto per il giudice della cautela).

L'interpretazione e l'applicazione delle disposizioni sul processo amministrativo deve avere parimenti costantemente lo sguardo sull'art. 111 Cost. non tanto e non soltanto per il rispetto della regola di ragionevole durata del processo (generalmente assai più rapido di quello ordinario), quanto, e, soprattutto, per la garanzia dell'imparzialità del giudice (rispetto alla quale sono stati avanzati dubbi in riferimento alla doppia funzione – consultiva e giurisdizionale – del Consiglio di Stato¹⁰, alla presenza dei giudici amministrativi nei gabinetti dei Ministeri o all'affidamento al medesimo collegio giudicante e in particolare al medesimo relatore di diverse fasi del giudizio¹¹),

⁸ Sull'argomento cfr. le lucide riflessioni di G. MARI, *La durata ragionevole del processo amministrativo: giudizio di cognizione e giudizio di ottemperanza come fasi distinte o congiuntamente valutabili? Considerazioni alla luce delle peculiarità del giudizio di ottemperanza rispetto all'esecuzione civile* (nota a Cass., sez. I, 23 gennaio 2009, n. 1732) in *Foro amm.-CdS*, 2009, 1, p. 35 ss.

⁹ Cfr., oltre alle *Osservazioni conclusive* al citato Convegno sul ruolo del giudice, *ibidem*, lo scritto su *Processo amministrativo e diritto europeo*, Relazione svolta per l'incontro italo-francese svoltosi a Parigi nei giorni 11 e 12 ottobre 2007, in *Riv. It. Dir. pubbl. comunit.*, 2008.

¹⁰ In tema, sulle ragioni per le quali nel nostro ordinamento il cumulo delle funzioni consultive e giurisdizionali non si pone in contrasto con i principi affermati in proposito dalla Corte di Giustizia, v. da ultimo le considerazioni di P. DE LISE, *Corte europea*, cit. (con specifico riferimento alle pronunce della Corte nei casi *Procola* del 1995, *Kleyn* del 2003 e *Savillor Lormines* del 2006).

¹¹ In particolare, la questione è stata sollevata anche per la tutela cautelare. L'Adunanza plenaria, che si è recentemente occupata del problema, ha affermato che il principio di imparzialità/terzietà impone che in caso di annullamento con rinvio o di revocazione il giudice persona fisica sia diverso da quello che ha emesso la sentenza annullata o contestata,

del rispetto del principio del giudice naturale (tematica particolarmente delicata in considerazione della generale derogabilità della competenza territoriale dei TAR e degli effetti che, anche in caso di contestazione, la regola può esplicare in sede cautelare, consentendo spesso il giudizio sulla cautela da parte di un giudice diverso da quello individuato dalla legge)¹² e della parità delle armi, che in un giudizio caratterizzato dalla presenza di una parte pubblica o comunque portatrice di interessi pubblici assume contorni particolarmente delicati (si pensi soltanto, in via puramente esemplificativa, al bilanciamento degli interessi in sede cautelare, ai limiti tuttora esistenti al sindacato sulla discrezionalità, anche meramente tecnica o alle regole particolari che disciplinano l'acquisizione delle prove, incidendo peraltro, attraverso il c.d. modello dispositivo con metodo acquisitivo, anche sui limiti temporali di deposito dei documenti probatori).

3. I principi comunitari ed europei

Ai principi costituzionali si devono evidentemente aggiungere quelli di diritto comunitario, direttamente enunciati dal Trattato o ricavati dalle fonti c.d. derivate, che pure costituiscono ormai fonti dirette del nostro ordinamento, immediatamente prevalenti sulle fonti interne configgenti.

Un'influenza non indifferente deve essere infine riconosciuta alla Carta Europea dei Diritti dell'Uomo, che, attraverso l'art. 117 Cost., costituisce ormai, come chiarito dalla Corte costituzionale nelle note sentenze nn. 348 e 349 del 2007 e 129 del 2008, un fondamentale parametro di costituzionalità delle nostre leggi¹³. L'influenza della Carta è peraltro accresciuta dal fatto che la Corte di Giustizia vi fa sempre più spesso richiamo nelle proprie decisioni, mentre la Corte di Cassazione, con un importante *révirement*, nel 2004 ha precisato che la corretta lettura delle relative disposizioni è quella offertane dalla Corte europea dei diritti dell'uomo¹⁴. Si crea in tal modo un cerchio che avvalora ed estende l'effetto che, sia pure indirettamente, viene spiegato nel

ribadendo peraltro che la medesima regola non trova applicazione nel caso di opposizione di terzo. Ragioni di economicità e di proporzionalità escludono del pari che essa operi tra fase cautelare e fase di merito.

¹² Il rispetto del principio del giudice naturale è stato parimenti invocato in alcuni dibattiti orali in ordine ai criteri di individuazione del relatore e alla sostanziale possibilità di "scelta" del collegio di appello (almeno cautelare) da parte dell'appellante.

¹³ In argomento cfr. per tutti il volume di S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, 2007 e, da ultimo, P. DE LISE, *Corte europea dei diritti dell'uomo e giudice amministrativo*, Relazione al Convegno sul tema *I diritti umani nella prospettiva transnazionale*, organizzato dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri il 20 aprile 2009, in *Foro amm.-TAR*, 2009, 2, p. XLVII, *Osservatorio di giustizia amministrativa* (a cura di M.A. SANDULLI e M. LIPARI).

¹⁴ Con riferimento alla ragionevole durata del processo, in quattro contestuali decisioni del 26 gennaio 2004 (nn. 1338-1341), le Sezioni Unite della Corte di Cassazione hanno finalmente raccolto l'insegnamento della Corte di Strasburgo, riconoscendo che spetta coerentemente a quest'ultima, quale giudice designato dalla stessa CEDU per il rispetto delle proprie disposizioni, individuare il significato e dunque fornire l'esatta interpretazione delle medesime. Sicché, dal momento che il fatto costitutivo del diritto all'equa riparazione previsto dalla c.d. legge Pinto è individuato *per relationem* con riferimento all'art. 6, par. 1 CEDU, i giudici nazionali devono rispettare i criteri di individuazione degli elementi costitutivi del fatto giuridico che, secondo il giudice europeo, integra la violazione di tale disposizione e, soprattutto, il mancato rispetto di tale interpretazione si sostanzia in una violazione della stessa norma giuridica di riferimento e, come tale, integra una violazione di legge censurabile in sede di giudizio per cassazione. Si tratta di un'affermazione della massima importanza, in quanto, a differenza di quanto, come ha evidenziato la relazione di Aldo Travi, normalmente avviene nel nostro sistema, introduce nella nostra giurisprudenza la diretta vincolatività delle decisioni di Strasburgo. Sul piano concreto, come confermato anche dalla giurisprudenza successiva, alla stregua della lettura fornita dalla giurisprudenza europea, la liquidazione dell'indennizzo per il danno non patrimoniale (che prescinde dal valore della causa) non è più subordinato alla prova della colpa da parte del ricorrente. La Cassazione (cfr. in particolare la sent. 1339) non riconosce peraltro la configurazione di una *culpa in re ipsa*, facendo comunque salva la possibilità di ipotesi eccezionali in cui la violazione del termine di durata del processo non produce un danno morale suscettibile di indennizzo.

I predetti principi, in quanto operanti per ogni tipo di processo, valgono all'evidenza anche per quello amministrativo, ferma restando peraltro la riserva alla Corte civile d'Appello (e, in via conseguente, alla Corte di Cassazione) dell'azione relativa. A quest'ultimo riguardo può essere anzi significativo segnalare che la CEDU non viene generalmente invocata dalla giurisprudenza amministrativa a sostegno delle scelte assunte in nome dell'esigenza di celerità del processo, che si appellano piuttosto all'art. 111 Cost.

nostro sistema anche dal diritto europeo (pur se non coperto dal vincolo di immediata precettività spettante a quello comunitario). Gli organi comunitari (nelle decisioni giurisdizionali e negli atti normativi) richiamano la CEDU e la interpretano, così estendendo la propria lettura dei principi anche a quelli enunciati dalla Carta (un esempio significativo in tal senso è rivenibile nel *considerando* 36 della nuova direttiva 66/2007, di modificazione integrazione delle precedenti direttive sui ricorsi in tema di appalti pubblici), che, per loro natura, hanno un ambito di applicazione più ampio di quello delle disposizioni comunitarie. A ciò si aggiunga che, in virtù dell'effetto *spill over* e degli artt. 3 e 24 Cost., i principi comunitari in tema di processo valgono evidentemente anche oltre lo specifico ambito nel quale sono stati enunciati, così estendendo e rafforzando il ruolo che essi assumono nel sistema di giustizia amministrativa.

L'influenza del diritto comunitario sul processo amministrativo italiano è stata e continua ad essere estremamente significativa¹⁵.

I principi di effettività enunciati dall'ordinamento comunitario e dai suoi organi giurisdizionali hanno invero sensibilmente inciso sul livello di tutela offerto dal giudice nazionale nei confronti delle pubbliche Amministrazioni e dei soggetti ad esse assimilati, imponendone un deciso innalzamento.

Con specifico riferimento al giudizio amministrativo, detto effetto si riscontra sullo stesso oggetto del processo, che, anche in relazione alle nuove forme di tutela imposte dal diritto comunitario, si va progressivamente trasformando ed allargando, e, di conseguenza, sul ruolo del giudice amministrativo, che è chiamato ad assicurarne l'attuazione in riferimento alle situazioni soggettive sottoposte al suo vaglio.

Merita, in proposito, particolarmente segnalare l'attenzione dei giudici comunitari per la "certezza" che deve accompagnare il godimento di una tutela effettiva, che non può essere quindi rimessa alla valutazione discrezionale del singolo giudice, ma deve essere garantita da chiare e specifiche disposizioni di legge (p. 13 della sentenza 19 ottobre 1996 in C-236/95 contro la Grecia in tema di tutela *ante causam* e le sentenze ivi richiamate; nonché, tra le altre, 12 dicembre 2002, in C-470/99, *Universale-Bau*; 27 febbraio 2003, in C-327/00, *Santex*; 14 ottobre 2004, in C-275/03, p. 33: "è importante al fine di soddisfare l'esigenza di certezza giuridica, che i singoli beneficino di una situazione chiara e precisa che consenta loro di conoscere la pienezza dei loro diritti e di avvalersene, quando occorra, dinanzi ai giudici nazionali"; e ancora, da ultimo, le conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Sharpston il 7 giugno 2007, in C-241/06, *Lämmerzahl GmbH – CGCE*, Terza Sezione, 11 ottobre 2007 ecc).

Il profilo assume la massima importanza in relazione a molti problemi ancora irrisolti del nostro processo amministrativo (emblematiche, per tutte, l'incertezza sul termine per appellare le ordinanze cautelari di sospensione nelle materie soggetto a rito speciale accelerato, tra le quali rientrano *in primis* gli appalti pubblici; o quelle legate alle modalità di impugnazione di atti e provvedimenti connessi ad altri già impugnati, attraverso lo strumento dei motivi aggiunti; mentre non mancano tuttora dubbi sulla stessa decorrenza dei termini per impugnare i provvedimenti di cui non si conosca la motivazione¹⁶ e sullo stesso termine di deposito dei documenti e delle memorie¹⁷; o ancora sulle caratteristiche e i poteri del giudice di appello, con particolare riferimento all'ammissibilità di nuove eccezioni e di nuove prove e alla necessità di una critica puntuale della

¹⁵ In argomento mi si consenta di rinviare alla già citata Relazione svolta per l'incontro italo-francese svoltosi a Parigi nei giorni 11 e 12 ottobre 2007.

¹⁶ L. FERRARA, *Motivazione ed impugnabilità degli atti amministrativi*, in www.giustamm.it e S. DE PAOLIS e B. RINALDI, *Piena conoscenza ed effettività della tutela: riflessioni e attualità nel pensiero dei Maestri*, *ivi*. Nello stesso senso da ultimo P. DE LISE, *Corte europea*, cit.

¹⁷ Si riscontra in particolare una inaccettabile diversità di posizioni tra i diversi organi giudicanti in ordine agli effetti della scadenza dei termini "a ritroso" in un giorno festivo, aggravata dalla recente presa di posizione del Consiglio di Stato sulla inderogabilità degli stessi termini in base ad un accordo tra le parti (cfr. tra le altre Cons. Stato, Sez. IV, 8 agosto 2008 n. 3930; C.A., sent. 4 luglio 2008 n. 574; Cons. Stato, Sez. V, 28 settembre 2007 n. 4974).

sentenza di primo grado¹⁸): nella sentenza 14 ottobre 2004, in C-275/03, cit., p. 33, la Corte ha invero significativamente sottolineato che: “è importante al fine di soddisfare l’esigenza di certezza giuridica, che i singoli beneficino di una situazione chiara e precisa che consenta loro di conoscere la pienezza dei loro diritti e di avvalersene, quando occorra, dinanzi ai giudici nazionali”.

Proprio l’esigenza di certezza, come criterio di garanzia dell’effettività della tutela, è stata peraltro alla base della ricordata importantissima apertura del nostro ordinamento alla c.d. *translatio iudicii*, riconoscendo la trasponibilità del giudizio erroneamente proposto dinanzi al giudice ordinario davanti a quello amministrativo e viceversa, senza perdere gli effetti del contenuto della domanda. Il principio ha dovuto tuttavia attendere oltre due anni dal surrichiamato – decisivo – intervento della Corte di Cassazione e della Corte costituzionale per essere tradotto in espressa disposizione di legge, sulla quale peraltro si stanno già aprendo nuovi fronti di dibattito (estesi addirittura alla possibilità – evidentemente inaccettabile, ma pur autorevolmente sostenuta, di utilizzare lo strumento per aggirare il termine di decadenza per l’impugnazione dei provvedimenti amministrativi). Si è comunque in tal modo, almeno parzialmente, ovviato ad uno dei più grossi problemi determinati dal criterio di riparto della giurisdizione sulla base della posizione giuridica soggettiva tutelata (ribadito e rinforzato dalla giurisprudenza costituzionale che, a partire dalla nota sent. 204 del 2004, è ripetutamente intervenuta in materia di riparto delle giurisdizioni, confermando il giudice amministrativo come giudice del potere pubblico) e dalle obiettive incertezze che ne conseguono, alcune delle quali legate peraltro proprio all’ampliamento del concetto di “pubblico” (esteso alle figure dell’organismo di diritto pubblico e dell’impresa pubblica) derivante dall’attuazione delle norme comunitarie a tutela della concorrenza (e agli effetti che detto ampliamento provoca sul riparto delle giurisdizioni). La peculiarità del nostro sistema di giustizia amministrativa, fondato su una diversa tutela dell’interesse contrapposto all’esercizio del potere pubblico (c.d. interesse legittimo) rispetto a quella ordinaria dei diritti vantati nei confronti dei soggetti – pubblici o privati – in situazione di equiordinazione, crea invero non facili problemi di coordinamento con un ordinamento, come quello europeo, che non conosce tale distinzione e, soprattutto, è più attento al profilo sostanziale che a quello formale dei soggetti che vi operano e dei rapporti che tra essi intercorrono, guardando piuttosto all’incidenza che essi, a prescindere dalla forma e dalla natura, sono suscettibili di esplicare sul mercato.

Il primo, fondamentale, fattore di incidenza del diritto comunitario sulla tutela delle posizioni giuridiche soggettive rilevanti per il nostro diritto interno è dunque legato a tali fattori e, *in primis*, all’inesistenza, in ambito comunitario, della categoria dell’interesse legittimo, con conseguente inammissibilità, alla stregua dei relativi principii, di una “*tutela minore*” per le situazioni che in Italia sono ricondotte a quest’ultima categoria.

Come testualmente ricordato dalla direttiva n. 66 del 2007, intervenuta, come già ricordato, a modificare e integrare le c.d. direttive ricorsi 89/665 e 92/13 in materia di appalti pubblici, il diritto ad un ricorso effettivo e ad un giudice imparziale trova invero generale ed esplicito riconoscimento nell’art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione per ogni individuo titolare di diritti o libertà garantiti da quest’ultima: diritti tra i quali rientra, a norma dell’art. 41, anche quello ad una “buona amministrazione”.

La necessità che anche gli interessi legittimi ricevano, nell’ambito del processo amministrativo, una tutela “*piena*” ed “*effettiva*” – condizione che, all’evidenza, passa, tra l’altro, per la garanzia di una valida tutela cautelare e risarcitoria – è stata del resto ripetutamente affermata anche dalla più recente giurisprudenza costituzionale.

Prima di scendere all’esame dei più importanti riflessi dell’ordinamento comunitario sui singoli profili del processo amministrativo, merita inoltre segnalare che il raffronto tra il diritto nazionale e quello comunitario ha anche portato a trasformare l’approccio del g.a. al diritto sostanziale: si pensi, tra l’altro, al valore primario che ormai assume nel giudizio di legittimità dei provvedimenti amministrativi il principio di proporzionalità, e, in termini più generali, all’efficacia

¹⁸ Il contrasto giurisprudenziale e la conseguente gravissima incertezza interpretativa su quest’ultimo punto sono magistralmente ricostruiti nella sentenza della V Sezione 21 novembre 2007 n. 5926.

diretta o interposta delle fonti comunitarie, che, sempre di più, costituiscono il vero parametro di valutazione dei provvedimenti amministrativi non soltanto nei settori – sempre più numerosi e comunque sempre più rilevanti – che ne sono specificamente disciplinati, ma, in termini assoluti, in virtù del più generale richiamo ai principi del diritto comunitario operato dall'art. 1 della l. n. 241 del 1990 nel testo modificato dalla l. n. 15 del 2005 e, successivamente, dalla legge n. 69 del 2009.

Sotto questo profilo, l'influenza del diritto comunitario sul giudizio amministrativo è ulteriormente rafforzata dal ruolo di giudice dell'economia che, come già sottolineato, è ormai sempre più marcatamente affidato al giudice amministrativo: e, evidentemente, le regole di quest'ultima sono imprescindibilmente legate al diritto comunitario, con la conseguenza che il giudice amministrativo deve necessariamente guardare con sempre maggiore attenzione e priorità a tale diritto, nell'ottica di un coerente adeguamento della tutela allo *jus commune* europeo.

Come è stato autorevolmente sottolineato anche nel richiamato Convegno sul ruolo del giudice nelle magistrature supreme¹⁹, in questo quadro, la Corte di Giustizia ha svolto un ruolo fondamentale sulla tutela delle posizioni giuridiche private anche nei confronti degli Stati membri, attraverso l'incidenza che le sue pronunce hanno avuto sui giudici nazionali (accrescendone il ruolo dei giudici decentrati dell'ordinamento comunitario) e sugli stessi ordinamenti giuridici nazionali, una parte dei quali deriva ormai proprio dalla giurisprudenza della Corte, che, rispondendo al ruolo e alla missione che le è affidata, garantisce anche l'uniformità delle norme nazionali. Ferma restando, ovviamente, l'esigenza, insita nel concetto stesso di Unione, di non intaccare l'identità costituzionale dei singoli Stati.

Così come non si può trascurare il valore che assumono sul processo la posizioni, anche recentemente, assunte dalla Corte di Giustizia sulla responsabilità dello Stato per gli atti dei giudici (12 giugno 2006, in C- 173/2003, sull'incompatibilità comunitaria delle disposizioni della l. 13 aprile 1988, n. 117, che limitano la responsabilità dello Stato italiano per gli errori di diritto non imputabili a dolo o colpa grave dei giudici) e dalla CEDU sull'eccessiva durata dei processi.

Nei limiti in cui lo consente il carattere di questa Relazione, appare quindi opportuno, anche in vista delle imminenti riforme del processo amministrativo, tracciare un rapido quadro del ruolo svolto dal diritto comunitario ed europeo sotto gli anzidetti profili, ripercorrendo le principali tappe segnate dagli arresti giurisprudenziali e richiamando i principali passaggi della direttiva ricorsi.

4. La direttiva ricorsi n. 2007/66/CE

Occorre innanzi tutto fermare l'accento sul ruolo che, anche l'ultima direttiva ricorsi riconosce al giudice chiamato a sindacare la violazione delle norme comunitarie *in subiecta materia*: come sopra ricordato, attraverso l'espresso richiamo ai principi di effettività della tutela garantiti dall'art. 47 della Carta dei diritti dell'Uomo, la direttiva assume infatti un più ampio valore interpretativo di questi ultimi, particolarmente significativo nella lettura – e nella prevista “riscrittura” - delle norme processuali interne.

In particolare, rispondendo ad un'esigenza già rappresentata dalla Corte di Giustizia (sent. *Alcatel*, in C-81/98, pt. 33), la nuova direttiva (come ebbi più volte a sottolineare in riferimento alla relativa “*proposta*” n. 2006/0066²⁰) mira a garantire un migliore funzionamento delle direttive (“*classica*” e “*speciale*”) in materia di appalti pubblici (2004/18 e 2004/17), rafforzando i meccanismi esistenti per assicurarne l'effettiva applicazione, in particolare nella fase in cui le violazioni possono ancora essere sanate (cfr. *considerando* 3).

La direttiva del 2007 si basa invero su una valutazione d'impatto approfondita, che espone due problemi principali: la mancanza di ricorsi efficaci contro la prassi degli affidamenti diretti illegittimi di appalti pubblici e la stipula affrettata dei contratti di appalto da parte dei soggetti aggiudicatori, che privano di fatto gli operatori economici della possibilità di proporre ricorsi

¹⁹ A. TIZZANO, *Conclusioni* della prima sessione del Convegno.

²⁰ *La nuova tutela giurisdizionale in tema di contratti pubblici (note a margine degli artt. 244-246 del Codice de Lise)*, in www.federalismi.it.

efficaci prima della conclusione del contratto (cfr. parere del Comitato economico e sociale europeo sulla proposta di direttiva, COM (2006) 195 def. INT/318, pt. 2.2 e *considerando* 4 della direttiva). Ne consegue che essa si concentra sull'obbligo, imposto agli Stati membri di provvedere "*affinché i provvedimenti presi in merito alle procedure di ricorso di cui all'art. 1 [avverso le violazioni delle norme in materia di appalti pubblici] prevedano i poteri che consentono di:*

- a) *prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione denunciata o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici;*
- b) *annullare o fare annullare le decisioni illegittime, compresa la soppressione delle specifiche tecniche, economiche o finanziarie discriminatorie figuranti nei documenti di gara, nei capitolati d'oneri o in ogni altro documento connesso con la procedura di aggiudicazione dell'appalto in questione;*
- c) *accordare un risarcimento danni alle persone lese dalla violazione".* (art. 2).

Merita dunque in proposito sin da ora sottolineare che l'ordinamento comunitario, nella ricerca di una tutela effettiva contro le violazioni del diritto sostanziale, sottolinea il carattere prioritario della tutela cautelare e, in ogni caso, della misura caducatoria, mentre non ritiene "*efficace*" una tutela di carattere meramente risarcitorio (che il surriportato art. 2 della direttiva pone solo al terzo posto tra le diverse forme di tutela e l'art. 2 *sexies* considera *expressis verbis* inidonea a valere come sanzione alternativa alla cessazione di effetti del contratto).

Il profilo è della massima rilevanza, ostando alla compatibilità comunitaria delle disposizioni che, come la c.d. legge obiettivo del 2002 e l'art. 246 del Codice dei contratti e, in termini ancora più gravi, l'art. 20 del d.l. n. 185 del 2008, conv. nella l. n. 2 del 2009, escludono la tutela caducatoria in favore di quella meramente risarcitoria²¹.

In quest'ottica, gli organi europei individuano alcune condizioni minime che gli Stati membri devono osservare per impedire che gli atti assunti in violazione delle regole primarie sull'affidamento degli appalti pubblici raggiungano comunque il loro effetto.

Le principali innovazioni della nuova direttiva consistono pertanto:

- a) nell'introduzione di un termine sospensivo (c.d. *standstill period*) minimo (di 10 giorni dalla conoscenza del contenuto illegittimo della decisione, legata ad una relazione sintetica dei motivi pertinenti che l'hanno determinata: *considerando* 4 -7 e art. 2 *bis*) tra la decisione di aggiudicare un appalto e la conclusione del contratto, in modo da offrire a chiunque ritenga di aver subito un pregiudizio di valutare (*cognita causa*) l'opportunità di presentare ricorso; la deroga alla sospensione è ammessa soltanto quando il termine sospensivo sia palesemente inutile (es. del concorrente unico), ovvero nei casi di urgenza estrema non imputabile alle stazioni appaltanti o infine nei casi di contratti basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione, ma in quest'ultimo caso, quando l'appalto è pari o superiore alle soglie di rilevanza comunitaria, gli Stati membri devono assicurare che il contratto resti privo di effetti quando siano state violate le disposizioni più specificamente dirette a garantire un effettivo confronto concorrenziale (*considerando* 8 e 9 e art. 2 *ter*); si segnala che un termine siffatto era stato già opportunamente introdotto (per una volta in anticipo rispetto all'ordinamento europeo) dall'art. 11 del d.lgs. n. 163 del 2006 (il nostro Codice dei contratti pubblici), con l'espressa precisazione che la deroga, ammessa peraltro per ragioni di estrema urgenza e

²¹ M. A. SANDULLI, *Il processo amministrativo superaccelerato e i nuovi contratti ricorso-resistenti* (Testo rielaborato della Relazione tenuta al Convegno dell'IGI del 26 febbraio 2009), in www.giustamm.it e www.federalismi.it e in *Foro amm.-TAR*, 2009, 1, p. XLV, Osservatorio di giustizia amministrativa (a cura di M.A. SANDULLI e M. LIPARI e ivi ulteriori richiami).

dunque in ipotesi ulteriore rispetto a quelle rigorosamente contemplate dalla direttiva, non opera nei contratti relativi agli insediamenti produttivi e alle infrastrutture strategiche, per i quali l'art. 246 del Codice dispone che l'annullamento dell'aggiudicazione non possa avere effetti sul contratto già stipulato;

- b) nell'introduzione di un ulteriore termine sospensivo per la stipula del contratto, operante tra la proposizione di un ricorso e la decisione (cautelare o sul merito) da parte dell'organo indipendente chiamato a pronunciarsi su di esso (*considerando* 12 e art. 2 co. 3);
- c) nell'invito a rafforzare la tutela efficace per incoraggiare ad utilizzare la procedura d'urgenza prima della conclusione del contratto (*considerando* 28);
- d) nella prescrizione che il contratto eventualmente già stipulato prima della decisione di annullamento dell'aggiudicazione si deve considerare privo di effetti se il soggetto aggiudicatore ha aggiudicato un appalto in via diretta fuori dei casi consentiti dalle direttive 17 e 18, ovvero non ha rispettato il termine sospensivo minimo, qualora tale violazione abbia impedito l'offerente di avvalersi di mezzi di ricorso efficaci prima della stipula del contratto quando tale violazione si aggiunge ad una violazione delle direttive 17 e 18 che abbia influito sulle opportunità del medesimo offerente di ottenere l'appalto o ancora quando il termine sospensivo sia stato derogato per appalti basati su un accordo quadro o su un sistema dinamico di acquisizione (*considerando* 13, 14 e 18 e artt. 2, co. 7 e 2 *quinquies*); la regola dell'inefficacia del contratto nelle suddette ipotesi più gravi di violazione delle norme sostanziali ha valenza assoluta e generale e può essere derogata, in via eccezionale, soltanto dall'organo indipendente di ricorso quando quest'ultimo, dopo aver esaminato tutti gli aspetti pertinenti, rileva che il rispetto di esigenze imperative connesse ad un interesse generale (che possono essere rappresentate da interessi economici soltanto se, in circostanze eccezionali, la privazione di effetti conduce a conseguenze sproporzionate e comunque mai per interessi economici legati al contratto in questione) impone che, in quella particolare fattispecie, gli effetti del contratto siano mantenuti (*considerando* 22-24 e art. 2 *quinquies*), fermo peraltro l'obbligo di prevedere l'applicazione di sanzioni alternative (anche pecuniarie) a carico della stazione appaltante, in nessun caso identificabili col mero risarcimento del danno (*considerando* 19 e 21 e art. 2 *sexies*); si segnala quindi che la deroga deve essere giustificata di volta in volta dal giudice per interessi evidentemente primari rispetto a quello alla tutela della concorrenza e non può essere in ogni caso stabilita in via preventiva e generalizzata dagli ordinamenti nazionali sulla base di scelte delle stesse amministrazioni e che in ogni caso la stazione appaltante che abbia illegittimamente stipulato il contratto in violazione delle surrichiamate disposizioni deve essere assoggettata a sanzioni diverse e ulteriori rispetto al mero risarcimento del danno (che tanto meno può essere quindi circoscritto entro un tetto legislativamente prefissato);
- e) nell'affermazione della necessità di termini di prescrizione e di decadenza per garantire la certezza giuridica (*considerando* 25 e 27 e art. 2 *septies*), in una con la previsione di termini minimi per proporre di ricorso, diversi per i ricorsi sugli atti che non incidono sul contratto (dieci o quindici dalla conoscenza del contenuto illegittimo dell'atto: art 2 *quater*) e per i ricorsi diretti a far venir meno gli effetti del contratto (trenta giorni dalla comunicazione motivata dell'aggiudicazione o, in difetto, sei mesi dalla stipula di quest'ultimo: art. 2 *septies*); si segnala peraltro che il Comitato economico e sociale nel richiamato parere sulla proposta di direttiva ha evidenziato l'esigenza che i legislatori nazionali tengano conto del problema della possibile notevole distonia tra giorni civili e giorni lavorativi, che in taluni casi può tradursi in una riduzione eccessiva dei termini a difesa: il discorso vale all'evidenza anche per i termini – già allo stato estremamente ridotti – per il deposito dei documenti e delle memorie difensive, che dovrebbero essere

quindi reconsiderati anche alla stregua di un giusto criterio di proporzionalità²², che tenga anche conto della esigenza di rappresentare compiutamente all'organo giudicante la situazione in fatto e in diritto in cui si inserisce la controversia²³;

- f) la previsione della possibilità di subordinare il risarcimento del danno al previo annullamento dell'aggiudicazione (artt. 6 e 7, co. 2): si segnala quindi l'infondatezza delle giustificazioni invocate dalle Sezioni unite della Corte di cassazione nella nota sentenza n. 30254 del 23 dicembre 2008 a sostegno della asserita incompatibilità comunitaria della pregiudiziale di annullamento.

Oltre a confermare il netto *favor* dell'ordinamento comunitario verso una tutela di tipo sostanziale (che impone addirittura come si è visto in alcuni casi una sorta di tutela cautelare automatica, attraverso la preclusione alla stipula del contratto nelle more della decisione di merito o della decisione cautelare definitiva sul ricorso eventualmente proposto avverso l'aggiudicazione), la direttiva afferma quindi alcuni principi di estrema rilevanza, quali la possibilità di bilanciamento degli interessi ai fini della cautela, la correlazione della decorrenza del termine di impugnazione alla conoscenza della motivazione del provvedimento (profilo di fondamentale rilievo anche per la proposizione dei motivi aggiunti e del ricorso incidentale, che, merita sottolineare, per imprescindibili esigenze di effettività della tutela e di parità delle armi non possono seguire regole diverse da quelle del ricordo principale), la coerenza e l'opportunità di prevedere termini brevi (purché comunque ragionevoli e proporzionati ad un adeguato esercizio del diritto di difesa)²⁴ di decadenza in ossequio ai principi di certezza del diritto (ciò che fa cadere un ulteriore argomento della tesi contraria alla pregiudiziale di annullamento)²⁵.

²² Basti pensare alle oggettive difficoltà difensive della parte resistente – peraltro in genere aggravata dalla istituzionale complessità della struttura – che (come ormai sempre più frequentemente accade) riceva un ricorso a mezzo fax il venerdì sera con la camera di consiglio fissata per il giovedì successivo (sempre che il ricorrente non abbia ottenuto un'ulteriore abbreviazione dei termini per la discussione il martedì o il mercoledì): considerata la necessità di far pervenire al collegio le difese e i documenti almeno 24 ore prima, i termini a difesa (nei quali va compresa la raccolta dei documenti, l'individuazione del legale e l'illustrazione al medesimo della vicenda) ne risultano gravemente ridotti (senza abbreviazioni, meno di due giorni lavorativi), con evidente e sproporzionato pregiudizio per una tutela effettiva e per una piena cognizione dei termini della controversia da parte dell'organo giudicante (che spesso non è a sua volta posto nelle concrete condizioni di esaminare in tempo adeguato l'intero fascicolo).

²³ La grave situazione di incertezza normativa e giurisprudenziale che caratterizza il nostro ordinamento rende invero assolutamente necessario poter rappresentare ad un collegio giudicante posto spesso nella materiale impossibilità temporale di svolgere in via autonoma una completa ed approfondita ricerca, le circostanze in fatto e in diritto in cui si inserisce la controversia: ciò che peraltro esporrebbe ad evidenti profili di incostituzionalità una ulteriore riduzione dei termini a difesa o una pretesa riduzione dei contenuti degli scritti difensivi.

²⁴ Sono pertanto evidentemente in contrasto con l'art. 6 della CEDU, ma anche degli artt. 24 e 111 Cost. e con i principi comunitari a tutela del diritto di difesa i termini, eccessivamente ristretti, previsti dal richiamato art. 2, comma 8 del d.l. n. 185 del 2008 conv. nella l. n. 2 del 2009 sia per la proposizione del ricorso che per la difesa delle parti resistenti: cfr. gli scritti sui *forum* aperti su www.giustamm.it e www.federalismi.it e i rilievi critici di P. DE LISE, *Corte europea*, cit.

²⁵ La compatibilità di questi ultimi termini con il principio di effettività della tutela affermato dalle direttive ricorsi era stata del resto ripetutamente e costantemente affermata dalla Corte di Giustizia, che vi ha anzi – correttamente – rinvenuto un importante strumento di garanzia della certezza del diritto e dell'efficacia del ricorso (come del resto espressamente confermano il terzo *considerando* e l'art. 1 nn. 1 e 3 della direttiva 89/665), rilevando che “*la completezza dell'obiettivo perseguito dalla direttiva 89/665 sarebbe compromessa se ai candidati offerenti fosse consentito far valere in qualsiasi momento del procedimento di aggiudicazione infrazioni alle regole di aggiudicazione obbligando quindi l'Amministrazione aggiudicatrice a ricominciare l'intero procedimento al fine di correggere tali infrazioni. Occorre poi considerare che la fissazione di termini di ricorso ragionevoli a pena di decadenza risponde, in linea di principio, all'esigenza di effettività derivante dalla dir. 89/665, in quanto costituisce applicazione del fondamentale principio della certezza del diritto (omissis) D'altro canto non sussiste alcun dubbio sul fatto che sanzioni come la decadenza sono idonee a garantire che le decisioni illegittime delle Amministrazioni aggiudicatrici, dal momento in cui sono note agli interessati, vengano denunciate e rettifiche il più presto possibile, anche conformemente sia agli obiettivi perseguiti dalla dir. 89/665 sia al principio di certezza del diritto*”, per concludere nel senso che “*la direttiva 89/665 non osta ad una normativa nazionale la quale prevede che qualsiasi ricorso avverso una decisione di una Amministrazione aggiudicatrice vada proposto nel termine all'uopo previsto e che qualsiasi irregolarità del procedimento di aggiudicazione invocata a sostegno di tale ricorso vada sollevata nel medesimo termine a pena di*

5. La tutela cautelare, con particolare riferimento alla tutela provvisoria e d'urgenza

Proseguendo nel nostro rapido *excursus* in relazione all'apporto dei principi di diritto comunitario nello sviluppo dei singoli istituti del processo amministrativo, merita in primo luogo ricordare il ruolo decisivo della Corte di Giustizia in tema di tutela cautelare *ante causam*. Come già ricordato, dopo aver condannato la Grecia e la Spagna per l'omessa previsione di una tutela cautelare idonea a far sospendere, indipendentemente da ogni azione previa, gli atti di una procedura di aggiudicazione di appalti pubblici (sentt. 19 settembre 1996, in C-236/95 e 15 maggio 2003, in C-214/00), la CGCE, con ord.za del 29 aprile 2004 (in C-202/03) ha espresso analogo giudizio di condanna nei confronti dello Stato italiano, che, pur avendo nel 2000 significativamente ampliato e rafforzato le forme di cautela provvisoria azionabili davanti al giudice amministrativo - legittimandolo all'adozione di qualsiasi misura cautelare (non necessariamente consistente nella sospensione del provvedimento impugnato), e consentendo, nei casi di estrema urgenza, una provvisoria anticipazione di tale tutela con decreto presidenziale assumibile, anche *inaudita altera parte*, nelle more della prima camera di consiglio utile (art. 21, comma 9, della l. n. 1034 del 1971, come modificato dalla l. n. 205 del 2000) - non ne aveva comunque consentito l'autonomia dall'azione principale, confermando il carattere meramente interinale di tale cautela, a differenza di quanto previsto dal codice di procedura civile per le azioni esperibili davanti al giudice ordinario.

Con la citata decisione 29 aprile 2004²⁶, la Corte di Giustizia ha quindi confermato, anche in riferimento al sistema italiano, la posizione già assunta nel 2003²⁷ (sulla falsa riga della richiamata

decadenza talché, scaduto tale termine, non è più possibile impugnare tale decisione o eccepire la suddetta irregolarità a condizione che il termine in parola sia ragionevole." (sent. 12 dicembre 2002, in C-470/99, *Universale-Bau* e aa., punti 75-79, sviluppando gli argomenti già emersi nella sentenza 14 dicembre 1995, in C-312/93, *Peterbroeck*, punto 12 e giurisprudenza ivi richiamata). Detti principi sono stati espressamente richiamati, confermati ed elaborati in riferimento ai surrichiamati termini di decadenza previsti dal nostro ordinamento nazionale dalla sentenza 27 febbraio 2003, in C-327/00, *Santex* (punti 50 ss.), legittimando in tal modo l'orientamento giurisprudenziale dei nostri giudici amministrativi che afferma la decorrenza dei termini di impugnazione delle clausole ostative alla partecipazione alla gara dalla data di pubblicazione del bando (cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., n. 1 del 2003), con l'unica precisazione che, ai fini di una corretta applicazione del principio di effettività della tutela, il predetto termine di decadenza non può iniziare a decorrere "*nel caso in cui la stessa autorità aggiudicatrice, con il suo comportamento*"²⁵, ha creato uno stato di incertezza in ordine all'interpretazione da dare a tale clausola e che questa incertezza è stata dissipata solo con l'adozione della decisione di esclusione" (punto 58), concludendo di conseguenza nel senso che "*la direttiva deve essere interpretata nel senso che essa – una volta accertato che un'Autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'Ordinamento giuridico comunitario ad un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale Autorità – impone ai Giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare irricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di una impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità*" (punto 66). Il principio è stato recentemente ribadito nelle conclusioni presentate dall'Avvocato Generale Sharpston il 7 giugno 2007, in C-241/06, contro la Libera città anseatica di Brema (Germania), ricavandone la regola secondo cui contrasta con la direttiva ricorsi (e dev'essere quindi disapplicato dal giudice nazionale) il termine di decadenza dall'impugnazione di una procedura che abbia erroneamente escluso una gara d'appalto dall'ambito di applicazione della tutela comunitaria "*se le informazioni fornite nel bando o nel capitolato d'oneri non sono sufficienti per consentire a un offerente ragionevolmente informato e normalmente diligente di rilevare che non era stata seguita la procedura corretta*" (punto 81). Nelle medesime conclusioni, facendo esplicito richiamo alla sentenza *Grossmann Air Service* 12 febbraio 2004, in C-230/02, l'Avvocato Generale ha peraltro concluso che, in linea generale, e salve le deroghe, di rigida interpretazione, sopra enunciate, "*un termine per impugnare decisioni adottate nell'ambito di una gara d'appalto è compatibile con il principio di effettività, nonché con le esigenze di rapidità e di certezza del diritto, anche qualora l'omessa contestazione entro i termini di un'irregolarità privi un offerente della tutela della procedura di ricorso garantita dalla direttiva 89/665*" (punto 61). Analogamente si è espressa la Commissione nella citata proposta di modifica delle direttive ricorsi (punto 14).

²⁶ CGCE, ordinanza Sez. IV, 29 aprile 2004, n. 202, in *Foro amm.-CdS*, 2004, 1000, con nota di P. LAZZARA. Sulla pronuncia e sui suoi effetti si vedano anche M.A. SANDULLI, *Introduzione al tema*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Le nuove frontiere del giudice amministrativo tra tutela cautelare ante causam e confini della giurisdizione esclusiva*, Quaderni de *Il Foro amministrativo – TAR*, 2005 e M. P. CHITI, *La tutela cautelare ante causam e la progressiva*

pronuncia contro la Grecia) nei confronti della Spagna: un sistema di giustizia amministrativa che non consente, nel settore degli appalti pubblici, una tutela cautelare d'urgenza piena ed autonoma dalla proposizione di un'azione di merito contrasta con i principi del diritto comunitario in tema di effettività della tutela e, in particolare, con l'art. 2, comma 1, lett. a della direttiva ricorsi 89/665²⁸, ricalcato dalla corrispondente disposizione della più recente direttiva 2007/66.

Uno dei principali problemi posti dalla pronuncia del 2004 investiva però la disciplina applicabile *de iure condito* e la più corretta attuazione dei nuovi principi *de iure condendo*, con particolare riferimento alla necessità o meno di instaurazione del contraddittorio ed alla autosufficienza o meno della misura cautelare concessa. Sotto il primo profilo, ebbi già modo di rilevare²⁹, che l'onere di notifica al controinteressato avrebbe dovuto comunque rimanere nel giudizio amministrativo la regola generale e primaria di garanzia del contraddittorio, così come l'amministrazione non avrebbe potuto essere considerata un soggetto pienamente uguale agli altri, in quanto essa è in ogni caso, e prima di tutto, il soggetto istituzionalmente deputato alla cura degli interessi della collettività e dunque il suo operato, fino a quando il giudice non ne accerti l'illegittimità, merita una tutela più attenta.

Con riguardo al secondo problema, nonostante quanto si poteva essere indotti a ritenere ad una prima lettura della sentenza del giudice comunitario sull'ordinamento spagnolo³⁰, non appariva a mio avviso rinunciabile la condizione della necessaria instaurazione del giudizio di merito entro un termine ragionevolmente breve, non superiore a quello ordinario di decadenza.

Un ultimo, ma non ultimo, profilo investiva – e tuttora investe – la necessità di estendere la nuova tutela anche al di fuori della materia dei contratti pubblici. Oltre ai principi di effettività richiamati dall'art. 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione (operanti comunque soltanto per i diritti tutelati dall'ordinamento comunitario) valgono ovviamente in senso affermativo i principi costituzionali in tema di eguaglianza e di pienezza della tutela nei confronti della pubblica Amministrazione enunciati dagli artt. 3, 24 e 113 Cost. e ribaditi dalla sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

Era quindi senz'altro auspicabile un intervento di carattere generale sulla disciplina del processo.

Il legislatore nazionale si è nondimeno finora limitato ad introdurre il nuovo strumento di tutela soltanto nel settore dei contratti pubblici, cogliendo l'occasione dall'attuazione delle direttive comunitarie nn. 17 e 18 del 2004.

In particolare, il “*Codice dei contratti pubblici di lavori servizi e forniture*” approvato con d. lgs. n. 163 del 2006, all'art. 245 consente agli operatori economici che lamentino una ingiusta applicazione delle disposizioni dettate *in subiecta materia*, di esperire un'azione cautelare autonoma dal ricorso principale.

comunitarizzazione del processo amministrativo: alcune riflessioni critiche, ivi, 57 ss.; e AA. citt. in app. allo stesso Quaderno.

²⁷ CGCE, sez. VI, 15 maggio 2003, n. 214, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2003, 1265 e in *Urbanistica e appalti*, 2003, 885, con nota di R. CARANTA.

²⁸ In base alla indicata disposizione della Direttiva 89/665 “1. Gli Stati membri fanno sì che i provvedimenti presi ai fini dei ricorsi di cui all'articolo 1 prevedano i poteri che permettano di: a) prendere con la massima sollecitudine e con procedura d'urgenza provvedimenti provvisori intesi a riparare la violazione o impedire che altri danni siano causati agli interessi coinvolti, compresi i provvedimenti intesi a sospendere o a far sospendere la procedura di aggiudicazione pubblica di un appalto o l'esecuzione di qualsiasi decisione presa dalle autorità aggiudicatrici”.

²⁹ M.A. SANDULLI, *Introduzione al tema*, cit., 8.

³⁰ La sentenza sulla Spagna ha censurato, infatti, un sistema che già prevedeva, sia pure in via eccezionale, una tutela provvisoria *ante causam* condizionata quanto all'efficacia alla proposizione del giudizio di merito entro un termine perentorio di 10 gg.; la sentenza della Corte di Giustizia va letta come una critica al carattere eccezionale di tale misura e non anche come una dichiarazione di inidoneità della medesima. La regola che condiziona l'efficacia della misura cautelare preventiva alla tempestiva proposizione del merito è stata comunque rifiutata dalla Spagna che, in sede di modifica della normativa sugli appalti, ha previsto una misura cautelare espressamente autonoma dal giudizio principale di merito (art. 67, l. 30 dicembre 2003, n. 62).

Con specifico riferimento ai profili sopra prospettati, il Codice prevede, rispettivamente, l'obbligo della previa notifica, ai sensi dell'articolo 21, comma 1, l. TAR, all'autore del provvedimento contro il quale si agisce e ad almeno uno dei controinteressati. Appare ovvio però che, anche in considerazione della rimarcata peculiarità degli interessi affidati alla cura dell'Amministrazione e del ruolo di garanzia "*della giustizia nell'amministrazione*" spettante in via prioritaria al giudice amministrativo, affinché il predetto onere di contraddittorio possa ritenersi assolto, la notifica, oltre ad essersi normalmente perfezionata per il notificante con la consegna dell'atto all'ufficiale giudiziario o all'ufficio postale, come consentito dalla sentenza n. 477/2002 della Corte costituzionale³¹, deve essere anche effettivamente pervenuta ai destinatari (resistente ed eventuali controinteressati), in modo da consentire ai medesimi (e, in particolare all'amministrazione o privato portatore di interessi pubblici resistente) un'immediata, anche informale, rappresentazione delle proprie ragioni. Soltanto in questo modo ha infatti un senso l'importante e significativa precisazione, nello stesso art. 245, che, dove possibile, tali soggetti devono essere "sentiti".

La disposizione si rivela sotto questo profilo più garantista di quella della tutela cautelare (monocratica) anticipata nell'ambito del giudizio di merito, di cui all'art. 21 co 9 l. TAR, in riferimento alla quale non soltanto non è raro che il decreto venga notificato (di norma a mezzo fax) alle controparti (e dunque in primo grado di norma all'amministrazione) anche diversi giorni prima che esse abbiano ricevuto (a mezzo posta o tramite ufficiale giudiziario) la notifica del ricorso, con conseguente materiale impossibilità di rappresentare le proprie ragioni all'organo giudicante, ma, generalmente, il decreto presidenziale non tiene in alcun conto le difese scritte pur tempestivamente prodotte dalle controparti (che per ragioni organizzative di segreteria non riesce peraltro spesso neppure a visionare)³². Considerata la grande diffusione dello strumento del decreto presidenziale, contro una sostanziale inutilizzazione della tutela *ante causam*, in una col rischio che, con uno strumentale deposito della richiesta di decreto ad immediato ridosso della camera di consiglio, esso possa avere un'efficacia temporale non indifferente (si pensi ai TAR che non hanno udienza settimanale o ai periodi natalizio o estivo), il profilo appena considerato dovrebbe costituire uno dei primi obiettivi della riforma del processo amministrativo. In particolare, sarebbe a tale riguardo opportuna la previsione – a carico del richiedente - dell'obbligatorio versamento di una cauzione e, soprattutto, di un onere di deposito documentale, che, in caso di appello, potrebbe facilmente risolversi nell'onere di notifica del fascicolo di primo grado, con specifico riferimento agli atti e ai documenti prodotti dalle controparti.

Tornando alla tutela *ante causam*, l'art. 245 del Codice stabilisce coerentemente la provvisorietà della misura concessa, la quale "*perde comunque effetto con il decorso di sessanta giorni dalla sua prima emissione*", disponendo che alla relativa scadenza "*restano efficaci le sole misure cautelari che siano confermate o concesse ai sensi dell'articolo 21, commi 8 e 9, della legge 6 dicembre 1971, n. 1034*".

Sotto quest'ultimo aspetto, si evidenzia come la rilevata peculiarità del processo amministrativo (ed evidentemente degli interessi ivi coinvolti) ha opportunamente indotto il legislatore a confermare la non autosufficienza della misura cautelare, nonostante le recenti novità intervenute prima nel diritto societario (d. lgs. n. 5/2003), e poi, in generale, nella disciplina processualcivilistica (l. n. 80/2005). Quest'ultima, in particolare, rovesciando la disciplina in precedenza tracciata dalle norme processuali, ha escluso, infatti, la doverosa instaurazione del giudizio di merito entro un termine perentorio, esonerando dall'applicazione degli artt. 669 *octies* e *nonies*, comma 1, i provvedimenti d'urgenza ex art. 700 c.p.c. e quelli anticipatori degli effetti della

³¹ Sembra appena il caso di sottolineare l'evidente inaccettabilità di un recente orientamento affermato dal TAR Piemonte, sez. I, 10 aprile 2009, n. 1018 (in *Giur. merito*, 2009, 7-8) nel senso del perfezionamento della notifica a mezzo posta soltanto con la sua effettiva ricezione.

³² La scelta, manifestamente dettata dalla volontà di non condizionare il Collegio chiamato a pronunciarsi in tempi tendenzialmente brevi sulla questione cautelare, non è stata influenzata dalla nuova previsione, riferita peraltro alla diversa ipotesi di una pronuncia suscettibile di protrarre i suoi effetti per sessanta giorni.

sentenza di merito, previsti dal codice di procedura o da leggi speciali (cfr. art. 669 *octies*, comma 6).

Lascia però perplessi l'indicazione, per la scadenza delle misure cautelari eventualmente concesse e non confermate nell'ambito del giudizio di merito, del termine di sessanta giorni dall'emissione del relativo provvedimento: come ho già avuto occasione di sottolineare in sede di primo commento della disposizione, soprattutto alla stregua di quanto si dirà subito appresso sul termine dilatorio previsto per la stipula del contratto, si potrebbe infatti verificare che un "accorto" ricorrente utilizzi il rimedio della tutela *ante causam* per allungare notevolmente i tempi della cautela (adoperandosi per ottenerne la concessione nell'imminenza della scadenza del predetto termine dilatorio e ritardando poi il deposito del ricorso di merito per procrastinare la pronuncia del collegio sulla cautela ordinaria). E' dunque auspicabile che il decreto delegato per l'attuazione della direttiva 2007/66 si dia carico del problema, riducendo il periodo di efficacia della misura *ante causam*.

Oltre che in sede di valutazione dell'eccezionalità dell'urgenza, che per l'art. 245 deve essere "tale da non consentire" il ricorso ai mezzi di tutela previsti dalla legge TAR (lasciando ancora una volta alla giurisprudenza l'individuazione dei tratti distintivi della "eccezionale urgenza" di cui all'art. 245 in commento rispetto alla "estrema urgenza" di cui all'art. 21, comma 9, l. TAR), il rischio può essere peraltro arginato con lo strumento della revoca previsto dallo stesso art. 245, comma 6, importantissimo in considerazione dell'inappellabilità della decisione di accoglimento³³ (anche se resta difficile comprendere appieno il significato della previsione che essa può essere disposta anche d'ufficio, "senza formalità").

E' stata altresì prospettata³⁴ la possibilità che, *de iure condito*, il decreto cautelare riduca il termine di efficacia della misura: se, in difetto di apposita previsione legislativa, non si può evidentemente ammettere l'imposizione di un termine a ricorrere nel merito inferiore ai sessanta giorni, il suddescritto quadro normativo non sembra in effetti precludere il potere del giudice cautelare di "tarare" il termine di efficacia delle misure concesse *ante causam* in relazione al residuo termine a ricorrere.

Un'importante indicazione normativa è invece l'espressa previsione che l'istanza si proponga al Presidente del TAR "competente per il merito" e che "le questioni di competenza ... sono rilevabili d'ufficio": si tratta di una previsione volta, chiaramente, ad evitare il fenomeno delle c.d. "migrazioni cautelari"³⁵, ossia la scelta meramente opportunistica del giudice da adire³⁶. La norma dimostra l'attenzione del legislatore per il rispetto del principio del giudice naturale precostituito per legge, ossia legato, secondo modalità oggettive e normativamente tipizzate e non già per la mera opzione di una parte, alla controversia che è chiamato a decidere (anche alla luce dell'essenzialità della tutela cautelare in un sistema processuale che aspiri ad essere realmente efficace).

Resta peraltro irrisolto il problema dell'estensione del regime cautelare provvisorio ai giudizi diversi dagli appalti.

Il rimedio cautelare preventivo disciplinato dal Codice (limitato in ogni caso al giudizio di primo grado) trova evidentemente applicazione alle sole controversie concernenti gli atti delle procedure di affidamento, degli incarichi e dei concorsi di progettazione, relativi a lavori, servizi e forniture previsti dallo stesso Codice, nonché ai provvedimenti dell'Autorità di vigilanza sui

³³ L'inoppugnabilità della decisione di rigetto è temperata dalla possibilità di riproporre l'istanza cautelare con gli strumenti ordinari dell'art. 21, commi 8 e 9, della legge TAR (ordinanza e decreto presidenziale d'urgenza).

³⁴ P. PIACENTINI, *Introduzione* al dibattito presso il TAR Lombardia del 12 ottobre 2006.

³⁵ L'eventuale difetto di competenza territoriale del TAR non impedisce al giudice adito di esaminare la domanda cautelare avanzata con il ricorso, né è comunque utilmente deducibile in sede cautelare, dal momento che ai sensi dell'art. 31, l. TAR l'incompetenza per territorio non costituisce motivo di impugnazione della decisione emessa dal Tribunale amministrativo regionale; l'orientamento giurisprudenziale trova fondamento nell'art. 48, comma 2, c.p.c. che consente al giudice di autorizzare il compimento degli atti che ritiene urgenti, pur in presenza di un regolamento di competenza (Cons. St., Ad. plen., 20 gennaio 1997, n. 2, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 169).

³⁶ Sul punto, di particolare rilievo, CGA, ordinanza 28 luglio 2004, n. 661 in *Foro amm.-CdS*, 2004, 2303, con nota di A. CORSARO, *Processo amministrativo: rapporti tra regolamento di competenza e tutela cautelare*.

contratti pubblici. E' peraltro ben noto che il limite all'incidenza dell'ordinamento comunitario nei sistemi processuali nazionali, rappresentato dal principio dell'autonomia processuale degli Stati membri, è temperato dai principi – *prima facie* inconciliabili con il primo – dell'equivalenza e dell'effettività: detta incidenza diretta è circoscritta, quindi, alle fattispecie in cui la disparità tra i sistemi processuali nazionali potrebbe pregiudicare l'effetto utile del diritto comunitario. Già all'indomani della pronuncia della Corte di giustizia del 2004, la giurisprudenza circoscriveva quindi il vincolo scaturente dalla giurisprudenza comunitaria alla sola materia degli appalti sottoposta alla disciplina comunitaria o, al più, alle situazioni giuridiche soggettive comunitarie³⁷.

Senonché, una tale disparità di trattamento rispetto alla disciplina processuale applicabile a fattispecie prive di rilievo comunitario contrasta con i principi costituzionali in tema di uguaglianza e di diritto di difesa, che, anche alla stregua della Carta europea dei diritti, non possono coerentemente ammettere limitazioni all'utilizzo di istituti considerati come garanzia di effettività.

dai primi commenti all'ordinanza del 2004, si è pertanto auspicato che il legislatore intervenisse sollecitamente a disciplinare il rimedio *ante causam* in generale o che, quanto meno, i giudici amministrativi sottoponessero in tempi brevi la questione alla Consulta, la quale, a differenza di quanto avvenuto nel 2002 (quando, con sentenza n. 179/2002³⁸, dichiarò la manifesta infondatezza della questione di l.c. del sistema che non prevedeva per gli interessi legittimi garanzie di tutela cautelare analoghe a quelle operanti per i diritti soggettivi), si troverebbe, questa volta, di fronte ad una tutela difforme di situazioni soggettive identiche e dunque, analogamente a quanto deciso con la sentenza n. 190/1985³⁹, ne dovrebbe presumibilmente dichiarare la fondatezza.

Prima di concludere il discorso sull'incidenza del diritto comunitario sulla disciplina della tutela cautelare, merita infine segnalare l'esplicita affermazione, nelle citate direttive ricorsi, della possibilità che gli Stati membri consentano all'organo responsabile della concessione dei provvedimenti provvisori di “*tener conto delle probabili conseguenze dei provvedimenti stessi per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché dell'interesse pubblico e di decidere di non accordare tali provvedimenti qualora le conseguenze negative possano superare quelle positive*”. Si tratta di un criterio di valutazione già tradizionalmente e largamente utilizzato dalla nostra giurisprudenza, anche fuori dalla materia degli appalti, che trova ora espressa traduzione in chiave legislativa nell'art. 246 del Codice dei contratti pubblici, che detta uno specialissimo regime processuale per le controversie relative a infrastrutture e insediamenti produttivi (c.d. “*grandi opere*”) e, al terzo comma, stabilisce in particolare che “*in sede di pronuncia del provvedimento cautelare, si tiene conto delle possibili conseguenze del provvedimento stesso per tutti gli interessi che possono essere lesi, nonché del preminente interesse nazionale alla sollecita realizzazione dell'opera e, ai fini dell'accoglimento della domanda cautelare, si valuta anche l'irreparabilità del pregiudizio per il ricorrente, il cui interesse va comunque comparato con quello del soggetto aggiudicatore alla celere prosecuzione delle procedure*”.

Nella medesima linea di maggiore attenzione per l'interesse pubblico nelle materie considerate “più delicate”, si colloca il carattere “eccezionale” che l'art. 23 *bis* della l. TAR riconosce alla tutela soprassessoria (normalmente sostituita dalla sollecita fissazione dell'udienza di merito), consentita soltanto nei casi di “*estrema gravità ed urgenza*” e soltanto quando le censure formulate “*inducono a una ragionevole probabilità di buon esito del ricorso*”. Come anticipato, nella materia degli appalti pubblici, tali previsioni troveranno ora un limite nell'effetto sospensivo automatico della stipula del contratto imposto dalla nuova direttiva 2007/66.

6. L'istruttoria

³⁷ TAR Lazio, sez. III, 30 luglio 2004, n. 7550, in *Foro amm.-TAR*, 2004, 2232. Un'estensione della regola era peraltro auspicata dallo stesso – allora – Presidente del TAR Lazio (Corrado CALABRÒ) nella relazione inaugurale dell'anno giudiziario 2005, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁸ C. cost., 10 maggio 2002, n. 179, in *Giur. cost.*, 2002, 1442.

³⁹ C. cost., 28 giugno 1985, n. 190, in *Giur. it.*, 1985, I, 1, 1297.

All'effettività della tutela contro l'illegittimo esercizio del potere pubblico è poi strettamente legato il tema dell'istruttoria nel processo amministrativo e, in particolare, il problema del sindacato sulla discrezionalità e, in particolare, sulla discrezionalità tecnica.

In termini generali, non si può ancora una volta trascurare la peculiarità del processo amministrativo, cui si legano insopprimibili esigenze di celerità e, per l'effetto, per un verso il principio di concentrazione, che vede l'istruttoria come un momento che non è necessariamente caratterizzato da tappe procedimentali autonome (con l'ulteriore possibilità per il giudice di fissare contestualmente – e dunque anche d'ufficio – l'udienza di merito) e, per l'altro, il principio di acquisizione delle prove con metodo dispositivo (sia pure limitatamente alla tutela degli interessi legittimi), con l'ammissione di nuove prove documentali anche in sede di appello (giustificata dall'esigenza di evitare un'istruttoria che sarebbe pur sempre possibile effettuare da parte del giudice)⁴⁰.

Al di là delle importanti ed apprezzate dichiarazioni di principio rese dalla V Sezione del Consiglio di Stato nella notissima sentenza n. 601 del 1999⁴¹, pur costantemente ribadite dalla successiva giurisprudenza⁴² e tradotte dal legislatore del 2000 nell'ammissione della CTU nel giudizio di legittimità, nella prevalente esperienza si riscontra una generale ritrosia del giudice amministrativo ad effettuare un sindacato sulla discrezionalità tecnica che vada oltre il mero controllo della ragionevolezza e della coerenza dell'iter logico seguito dall'Amministrazione, sostanzialmente coincidente con quello, ben più debole⁴³, ammesso sulla c.d. discrezionalità pura (cfr. tra le altre Cons. Stato, Sez. V, 11 maggio 2009 n. 2880, sull'insindacabilità delle valutazioni tecniche di una Commissione giudicatrice, *“salvo che non trasmodino in giudizi abnormi”*;

⁴⁰ Sul punto mi sia consentito rinviare alle riflessioni svolte nello scritto su *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm. TAR*, 2008, 12, p. 3533.

⁴¹ “..la c.d. discrezionalità tecnica, invece, è altra cosa dal merito amministrativo. Essa ricorre quando l'Amministrazione, per provvedere su un determinato oggetto, deve applicare una norma tecnica cui una norma giuridica conferisce rilevanza diretta o indiretta. L'applicazione di una norma tecnica può comportare valutazione di fatti suscettibili di vario apprezzamento quando la norma tecnica contenga dei concetti indeterminati o comunque richieda apprezzamenti opinabili. Ma una cosa è l'opinabilità, altra cosa è l'opportunità. La questione di fatto che attiene ad un presupposto di legittimità del provvedimento amministrativo, non si trasforma – soltanto perché opinabile – in una questione di opportunità, anche se è antecedente o successiva ad una scelta di merito”.

⁴² Cfr. tra le tante Cons. Stato, sez. VI, 11 aprile 2006, n. 2001, in tema di tutela delle acque e verifica (o c.t.u.) per accertare la compatibilità tra tale tutela e una attività estrattiva (*“tramontata l'equazione discrezionalità tecnica – merito insindacabile a partire dalla sentenza n. 601/99 della IV Sezione del Consiglio di Stato, il sindacato giurisdizionale sugli apprezzamenti tecnici della p.a. può oggi svolgersi in base non al mero controllo formale ed estrinseco dell'iter logico seguito dall'autorità amministrativa, bensì alla verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo (potendo il giudice utilizzare per tale controllo sia il tradizionale strumento della verifica, che la CTU)”*); TAR Emilia Romagna, Bologna, sez. II, 19 aprile 2006, n. 465, che ricorda come la discrezionalità amministrativa, attraverso l'acquisizione e valutazione di interessi, si componga di una fase di giudizio ed attraverso la scelta comparativa degli stessi presenta anche profili di volontà, che si sostanziano in scelte riservate all'amministrazione e non sindacabili dal giudice amministrativo, attenendo al merito dell'azione amministrativa, mentre la discrezionalità tecnica risulti priva di quest'ultimo elemento, dato che si risolve in un'attività di giudizio, condotta attraverso la sola acquisizione e valutazione di dati della realtà. (*“Consequentemente, la più recente giurisprudenza amministrativa ammette che il potere di controllo del giudice amministrativo sul giudizio tecnico dell'organo amministrativo consente di accertare direttamente i fatti e di controllare la ragionevolezza delle relative analisi. Se necessario, il giudice amministrativo può, a tal fine, ricorrere alla consulenza tecnica e, attraverso questa, giungere ad individuare le regole specialistiche utilizzate dalla p.a. e controllarne la corretta applicazione nel caso concreto. Infatti, la possibilità di un sindacato sulla discrezionalità tecnica, è assicurato dall'art. 16 l. 21 luglio 2000 n. 205, che - integrando l'art. 44, comma 1, r.d. 26 giugno 1924 n. 1054 - ha introdotto espressamente, anche nel giudizio ordinario di legittimità, l'esperienza della consulenza tecnica d'ufficio. L'innovazione legislativa ha l'evidente fine proprio di consentire al giudice amministrativo di avere cognizione piena in ordine a questioni non giuridiche (rientranti in discipline specifiche), ma pur sempre dotate di rilievo giuridico, in quanto richiamate proprio dalle norme di diritto che l'amministrazione deve applicare ed il giudice verificare in sede di legittimità (nel caso di specie viene condivisa la scelta del Consiglio di Stato, sia pure nella fase cautelare di secondo grado, di effettuare una consulenza tecnica d'ufficio che, una volta acquisita nel processo, ben può essere utilizzata nella decisione di merito finale)”*).

⁴³ Sulla differenza tra sindacato forte e debole cfr. significativamente, Cons. Stato, Sez. IV, 6 ottobre 2001 n. 5287.

analogamente Sez. IV, 30 maggio 2007 n. 2781; o ancora Sez. VI, 23 dicembre 2008 n. 6513 e 6 maggio 2008 n. 2009, sui limiti al sindacato sulla valutazione dell'interesse artistico e storico). E' significativo in proposito come nella sentenza n. 4635 del 2007 (pres. Trotta, est. Chieppa), la stessa V Sezione del Consiglio di Stato (a proposito del sindacato sulle valutazioni della commissione di un concorso universitario) ha dovuto chiarire che *“appare evidente che se il sindacato si limita a prendere atto delle formali valutazioni della commissione (attività modesta, buona, ottima) non viene garantita una tutela giurisdizionale effettiva. Tuttavia, è anche chiara la difficoltà da parte del giudice nell'esercitare un sindacato intrinseco in presenza di procedure concorsuali, in cui, al di là delle previsioni del bando, sono forti la caratterizzazione da parte dei componenti della commissione e le valutazioni, anche soggettive, espresse dai componenti di questa. Tale difficoltà non deve condurre ad una rinuncia all'esercizio di un sindacato, che tenda ad una tutela giurisdizionale sempre più effettiva, anche se deve nel contempo essere evitato il rischio di sconfinamenti da parte del giudice nell'attività amministrativa di diretta valutazione, propria solo dell'amministrazione e delle commissioni giudicatrici.”*

A fronte di qualche maggiore apertura, manifestata dalla giurisprudenza in tema di anomalia delle offerte negli appalti pubblici (cfr. per tutte Cons. Stato, Sez. VI, 9 novembre 2006 n. 6608 e 20 aprile 2009 n. 2384), nonché, in epoca più recente, dalla sent. Sez. VI, n. 694 del 2009, che ha affidato al CTU la valutazione delle prove di un concorso per cattedre di insegnamento di materie letterarie nelle scuole superiori e ad un tendenziale rafforzamento del sindacato sugli atti delle Autorità indipendenti (cfr. TAR Lazio, Roma, Sez. I, n. 12835 del 2005, confermata dal Consiglio di Stato con dispositivo n. 619/2009) si riscontrano ancora pronunce improntate ad una estrema “prudenza”, come la recente sentenza del Consiglio di Stato, Sez. V, 23 marzo 2009, n. 1741, che riconduce alla discrezionalità pura la scelta del promotore.

Il principio di parità delle armi nel processo espresso dalla CEDU e tradotto nel nuovo art. 111 della Costituzione impone dunque una più attenta considerazione dei poteri istruttori del giudice amministrativo e dell'ambito del relativo sindacato, che, come è stato ancora recentemente sottolineato dalla più autorevole dottrina, non deve limitarsi a valutare l'attendibilità della tesi della p. A., ma deve più correttamente spingersi a valutare quale sia la tesi più attendibile tra quelle rappresentate in giudizio dalle diverse parti⁴⁴.

Un indispensabile accenno deve essere rivolto a questo riguardo all'esigenza di garantire il pieno rispetto del contraddittorio sulle produzioni documentali, che spesso non sono concretamente poste a disposizione delle controparti processuali. Si tratta in realtà essenzialmente di un problema organizzativo degli uffici, che tuttavia incide in modo inaccettabile sulla garanzia del giusto processo, integrando un grave ed illegittimo ostacolo all'effettivo esercizio del diritto di difesa.

7. Il risarcimento del danno per la lesione di interessi legittimi

Come sopra anticipato, il più significativo risultato dell'influenza del diritto comunitario sul processo amministrativo è in ogni caso evidentemente rappresentata dal riconoscimento della tutela risarcitoria degli interessi legittimi, che, già prima della storica sentenza n. 500 del 1999, ha visto le sue origini nella l. n. 142 del 1992 (l. comunitaria 1991), che, all'art. 13, in attuazione delle più volte richiamate direttive ricorsi, riconobbe il diritto al risarcimento del danno a seguito dell'annullamento di un'aggiudicazione illegittimamente disposta a favore di un altro concorrente: la portata della disposizione fu però ridimensionata, riducendola alla responsabilità precontrattuale.

Soltanto sei anni dopo, con l'art. 35 del d. lgs. n. 80 del 1998, il legislatore, nell'estendere l'ambito della giurisdizione esclusiva del g. a. per “blocchi di materie” (scelta poi condannata dalla

⁴⁴ Cfr. da ultimo, le *Relazioni* di F.G. SCOCA e A. ZITO all'Incontro di studi svoltosi presso l'Università di Roma Tor Vergata il 20 maggio 2009. In argomento, si veda CGCE, 11 luglio 1991 in C- 296/90, nel senso che le valutazioni della parte privata valgono quanto quelle della parte pubblica.

Corte costituzionale nella richiamata sentenza n. 204 del 2004), affermò la competenza del g. a. a disporre nelle controversie devolute a tale giurisdizione, la reintegrazione in forma specifica “*anche attraverso il risarcimento del danno ingiusto*”: il diritto al risarcimento cominciava ad essere considerato come una “*forma di tutela*”, seguendo la giurisdizione sulla controversia principale, anche se sembrava ancora limitato alla lesione di diritti soggettivi (secondo il concetto più tradizionale di danno ingiusto).

Il vero e proprio *révirement* fu quindi, ancora una volta, segnato dalla giurisprudenza e in particolare dalla più volte ricordata sentenza n. 500 del 1999, con cui le Sezioni Unite della Corte di Cassazione, facendo cadere il dogma dell’irrisarcibilità dell’interesse legittimo e della necessità del previo annullamento del provvedimento lesivo, affermarono che il diritto al risarcimento del danno si configurava come una situazione autonoma e distinta, tutelabile davanti al giudice normalmente competente secondo il criterio tradizionale della *causa petendi*. L’art. 2043 c.c. veniva quindi individuato come norma primaria *ex se* sufficiente a fondare la richiesta risarcitoria come forma ordinaria di tutela del diritto alla reintegrazione del patrimonio, affidata come tale alla competenza del giudice ordinario.

Come sappiamo, la soluzione accolta dalla Suprema Corte non fu però del tutto condivisa dal legislatore, che, all’art. 7 della l. n. 205 del 2000, nel confermare in modo definitivo la risarcibilità degli interessi legittimi anche fuori dai settori di rilevanza comunitaria, ne affidò la giurisdizione allo stesso giudice competente sulla controversia principale, riprendendo quindi l’originaria ricostruzione del diritto al risarcimento come forma di tutela della posizione tutelata dall’azione principale: impostazione che è stata poi definitivamente confermata e avvalorata dalla stessa sentenza n. 204 del 2004 della Corte costituzionale.

Restavano e restano tuttora aperte le questioni relative ai presupposti – oggettivi (in particolare riferimento alla legittimità della c.d. pregiudiziale di annullamento) e soggettivi (in relazione alla necessità della colpa) – per il risarcimento e all’ammissibilità di una tutela risarcitoria sostitutiva di quella soprassessoria e caducatoria.

Fermo quanto già osservato in termini generali sul *favor* comunitario per la tutela caducatoria e sull’incompatibilità comunitaria delle disposizioni nazionali che escludono in taluni casi la possibilità di chiedere/ottenere l’annullamento e la previa sospensione del provvedimento impugnato, in favore di una tutela meramente risarcitoria, il profilo più delicato di tale tematica investe allo stato la nota questione della pregiudiziale di annullamento, affidato alla relazione del Prof. Vaccarella, alla quale pertanto evidentemente si rinvia, non senza peraltro ricordare gli argomenti già in varie sedi invocati a favore della pregiudiziale⁴⁵ (recepiti dalla VI Sezione del Consiglio di Stato nell’ordinanza n. 2436 del 2009, con la quale la questione è stata nuovamente sottoposta all’esame dell’Adunanza plenaria), cui si aggiungono i rilievi acutamente svolti da ultimo da G. GRECO, *La Cassazione conferma il risarcimento autonomo dell’interesse legittimo: progresso o regresso del sistema?*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 2, che pongono correttamente in luce la radicale incompatibilità dell’azione risarcitoria diretta con i principi generali del diritto civile. In particolare, l’A. sottolinea come la tesi sposata dalla Cassazione contrasta con la cosiddetta presunzione di legittimità dell’atto amministrativo e la connessa efficacia ed esecutorietà del medesimo, che si consolida in caso di omessa impugnazione o di annullamento d’ufficio (cfr. l. 11 febbraio 2005, n. 15): ne consegue che, premesso che, alla stregua dei tradizionali principi civilistici, un atto illecito non può produrre effetti, un provvedimento che, in quanto non impugnato (e non sospeso/annullato), non solo produce effetti, ma deve essere eseguito non può procurare un danno ingiusto.

Alla effettività della tutela risarcitoria si correla piuttosto il dibattito sulla necessità della prova della colpa dell’Amministrazione. Nell’estendere anche agli interessi legittimi la predetta tutela, la

⁴⁵ Alle Osservazioni conclusive al Convegno sul Ruolo del giudice e alla Relazione di Parigi su *Diritto europeo e processo amministrativo*, citate alle note precedenti, mi sia consentito, da ultimo, richiamare le riflessioni svolte sull’argomento nello scritto *Riti superaccelerati a atti ricorso-resistenti*, cit. e nella note *Pregiudiziale amministrativa: la storia infinita continua*, in www.giustamm.it e in www.federalismi.it.

sentenza n. 500 del 1999 della Corte di Cassazione, ribaltando la precedente regola della c.d. colpa *in re ipsa* nell'adozione di atti illegittimi, affermò l'opposto principio della necessaria verifica della colpa dell'Amministrazione apparato, intesa peraltro come generale inosservanza delle “*regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione che si pongono come limiti esterni alla discrezionalità*”.

La giurisprudenza amministrativa si è quindi orientata nel senso di escludere la sussistenza della responsabilità in ogni caso in cui l'operare illegittimo dell'Amministrazione sia in vario modo suscettibile di essere “scusato” in relazione all'obiettivo incertezza del quadro normativo e/o giurisprudenziale di riferimento (tra le tante, Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 2005 n. 478; Sez. V, 10 gennaio 2005 n. 32; Sez. VI, 9 marzo 2007 n. 1114, 9 giugno 2008 n. 2751 e 21 maggio 2009 n. 3144; CGA, 4 settembre 2007 n. 717). Tale posizione, che fa comunque gravare sull'Amministrazione l'onere della prova della scusabilità del suo errore, non appare in contrasto con la giurisprudenza comunitaria (in particolare si ricorda la sentenza CGCE 14ottobre 2004 in C-275/03, Commissione c. Portogallo), che, come rilevato anche dalla citata sentenza n. 1114/2007 del Consiglio di Stato, si è semplicemente pronunciata in senso negativo rispetto all'ordinamento portoghese, che, diversamente dalla nostra giurisprudenza, riferiva al ricorrente l'onere della prova della colpa autore dell'illecito (v. anche CGCE 10 gennaio 2008 in C-70/06). La stessa CGCE ha infatti chiarito in precedenti occasioni (cfr. per tutte sent. 5 marzo 1996, *Brasserie du Pecheur*, cit., punto 84) che “*per determinare il danno risarcibile il giudice nazionale può verificare se il soggetto leso abbia dato prova di una ragionevole diligenza per evitare il danno o limitarne l'entità e, in particolare, se esso abbia tempestivamente esperito tutti i rimedi giuridici a sua disposizione*”. Nella stessa sentenza c. la Repubblica portoghese (punto 33), la Corte sentì del resto il bisogno di precisare che il disegno di legge che stabiliva la presunzione di colpa dell'Amministrazione autrice della violazione e la conseguente configurabilità in capo alla medesima di una responsabilità extracontrattuale (salvo prova contraria sulla scusabilità dell'errore: parentesi mia) non vale ad escludere la condanna dell'ordinamento portoghese in quanto non ancora vigente. E dunque, argomentando *a contrario*, ne ammetteva la compatibilità comunitaria. Al fine dell'individuazione dei presupposti per invocare l'errore scusabile, è peraltro da segnalare il principio, affermato dalla citata sentenza n. 1114 del Consiglio di Stato, secondo il quale la decisione di primo grado in senso favorevole all'Amministrazione non è comunque idonea ad escludere l'elemento soggettivo della responsabilità di quest'ultima, posto che “*anche il TAR può incorrere in errore e comunque non appare ragionevole dare rilevanza ad un fatto successivo a quello che ha generato l'illecito*”. Il rilievo, se per un verso trova giustificazione nell'esigenza di non lasciare il giudice di primo grado arbitro assoluto del risarcimento, per l'altro finisce evidentemente per contraddire il principio del collegamento incertezza interpretativa – scusabilità dell'errore. Dando infatti per pacifica ed indiscutibile la buona fede del TAR, la diversa soluzione che esso abbia dato della controversia dovrebbe costituire prova più che sufficiente di tale scusabilità.

La giurisprudenza comunitaria dovrà infine costituire un importante punto di riferimento per la determinazione della misura del risarcimento, che, come chiarito dalla Corte di Giustizia, deve essere “adeguato” al danno subito e non può evidentemente non tenere conto anche del lucro cessante (cfr. tra le altre, la richiamata sent. 5 marzo 1996, *Brasserie du Pecheur*, cit., punto 87 e sent. 10 luglio 1997, Maso e a. c. INPS, in C-373/95, punto 35 ss. e precedenti ivi citati; in tal senso appare del resto correttamente orientata anche la giurisprudenza del Consiglio di Stato⁴⁶).

⁴⁶ Cfr. tra le più recenti, Sez. V, 12 febbraio 2008 n. 491 e 6 aprile 2009 n. 2143 e soprattutto Sez. VI, 21 maggio 2009 n. 3144, che, nel ribadire che “*Nel caso di annullamento in sede giurisdizionale dell'aggiudicazione di una gara di appalto, va riconosciuto a titolo di lucro cessante il profitto che l'impresa avrebbe ricavato dall'esecuzione dell'appalto*”, ha precisato che “*La quantificazione di tale danno non può essere effettuata applicando, in maniera automatica e indifferenziata, il criterio (spesso utilizzato dalla giurisprudenza amministrativa) del 10% del prezzo a base d'asta, ai sensi dell'art. 345, l. n. 2248 del 1865 All. F. In tal modo, infatti, il ricorrente non ha più interesse a provare in modo puntuale il danno subito quanto al lucro cessante, perché presumibilmente otterrebbe di meno. Appare allora preferibile l'indirizzo che esige la prova rigorosa, a carico dell'impresa, della percentuale di utile effettivo che avrebbe conseguito se fosse risultata aggiudicataria dell'appalto; prova desumibile, in primis, dall'esibizione*

All'effettività della tutela contro la violazione delle norme in materia di affidamento di contratti pubblici si correla evidentemente anche la *vexata quaestio* sul giudice competente a valutare gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sulla sorte del contratto. Il tema sarà affrontato dal prof. Cardarelli: mi limiterò quindi sul punto ad osservare che, come già rilevato in sede di commento alla citata sentenza delle Sezioni Unite n. 24883 del 2008 in tema di giudicato implicito sulla giurisdizione⁴⁷, la posizione assunta dalla Corte di Cassazione a favore della giurisdizione ordinaria si pone in evidente contrasto con i principi, da essa stessa in altre occasioni (come appunto nelle ricordate pronunce sulla *translatio iudicii* e sul giudicato implicito) affermati sull'unitarietà e sulla concentrazione della tutela. In ogni caso, essa si pone poi in evidente contrasto con i richiamati principi comunitari, tradotti da ultimo nella direttiva ricorsi, che coerentemente impongono di rimettere l'affidamento della decisione sulla cessazione degli effetti del contratto al medesimo giudice che ha – eventualmente - disposto l'annullamento dell'aggiudicazione. La gravità e inaccettabilità della contraria posizione (contraddittoriamente) assunta dalla Corte di Cassazione (e accettata dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato con il “paracadute” del giudizio di ottemperanza) alla stregua dei principi costituzionali e comunitari in tema di effettività della tutela appare ancora più evidente quando si consideri che essa si traduce in una sostanziale preclusione della tutela cautelare⁴⁸, nei cui confronti non è evidentemente invocabile la soluzione compromissoria dell'ordine di ottemperanza (a sua volta peraltro di dubbia efficacia).

Il discorso sull'influenza del diritto comunitario sull'impianto della responsabilità civile della pubblica Amministrazione per danni derivanti agli operatori da violazioni del diritto comunitario porta l'accento su un'altra delicatissima questione: i limiti alla responsabilità dello Stato per errori commessi dai propri giudici. Il profilo ha, come noto, formato oggetto di un'importantissima decisione della Corte di Giustizia (Grande Sezione) del 13 giugno 2006, che, riprendendo e sviluppando quanto affermato nella sentenza *Kobler* (30 settembre 2003, in C-224/01), ha affermato l'incompatibilità comunitaria della normativa italiana che, nel disciplinare la responsabilità dello Stato per danni derivanti da errori del giudice di ultimo grado, per un verso escludeva tale responsabilità in relazione all'interpretazione delle norme di diritto e valutazione del fatto e delle prove rese nell'ambito dell'attività giudiziaria e per l'altro la limitava ai soli casi di danno o colpa grave del giudice. Adottando il medesimo criterio interpretativo accolto per la colpa della p.A., la Corte ha in sostanza ribadito che “*considerate la specificità della funzione giurisdizionale, nonché le legittime esigenze della certezza del diritto, la responsabilità dello Stato, in un caso del genere, non è mai illimitata. Come la Corte ha affermato, tale responsabilità può sussistere solo nel caso*

dell'offerta economica presentata al seggio di gara”. La medesima sentenza ha poi evidenziato che “*in sede di risarcimento del danno derivante da mancata aggiudicazione di una gara di appalto, l'onere di provare (l'assenza del) l'aliunde perceptum grava non sull'Amministrazione, ma sull'impresa. In sede di quantificazione del danno, pertanto, spetterà all'impresa dimostrare, anche mediante l'esibizione all'Amministrazione di libri contabili, di non aver eseguito, nel periodo che sarebbe stato impegnato dall'appalto in questione, altre attività lucrative incompatibili con quella per la cui mancata esecuzione chiede il risarcimento del danno*”, che “*in sede di risarcimento del danno derivante da illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, può riconoscersi anche il c.d. danno curriculare; infatti, il fatto stesso di eseguire un appalto pubblico (anche a prescindere dal lucro che l'impresa ne ricava grazie al corrispettivo pagato dalla stazione appaltante), può essere comunque fonte per l'impresa di un vantaggio economicamente valutabile, perché accresce la capacità di competere sul mercato e, quindi, la chance di aggiudicarsi ulteriori e futuri appalti*” e che, in ogni caso, “*le somme liquidate a titolo di risarcimento del danno derivante da illegittima aggiudicazione di una gara di appalto, costituendo debito di valore, vanno rivalutate tenendo conto della rivalutazione monetaria dal giorno in cui è stato stipulato il contratto con l'impresa illegittima aggiudicataria, sino alla pubblicazione della sentenza che liquida il danno (a decorrere da tale momento, in conseguenza della liquidazione giudiziale, il debito di valore si trasforma in debito di valuta). Non spettano, invece, i c.d. interessi compensativi (dalla data della stipula del contratto fino alla pubblicazione della sentenza) sulla somma via via rivalutata, atteso che, come più volte chiarito dalla Corte di Cassazione, nei debiti di valore gli interessi compensativi costituiscono una mera modalità liquidatoria dell'eventuale, solo possibile - e non già certamente sussistente - danno da ritardo nella corresponsione dell'equivalente monetario attuale della somma dovuta all'epoca della produzione del danno.*

⁴⁷ Cfr. *supra*, alla nota 4.

⁴⁸ Cfr. tra le altre significativamente ord. Cons. Stato, sez. V, 26 agosto 2008 n. 4532, in www.giustizia-amministrativa.it.

eccezionale in cui l'organo giurisdizionale che ha statuito in ultimo grado abbia violato in modo manifesto il diritto vigente. Al fine di determinare se questa condizione sia soddisfatta, il giudice nazionale investito di una domanda di risarcimento danni deve, a tal riguardo, tener conto di tutti gli elementi che caratterizzano la situazione sottoposta al suo sindacato, e, in particolare, del grado di chiarezza e di precisione della norma violata, del carattere intenzionale della violazione, della scusabilità o inescusabilità dell'errore di diritto, della posizione adottata eventualmente da un'istituzione comunitaria nonché della mancata osservanza, da parte dell'organo giurisdizionale di cui trattasi, del suo obbligo di rinvio pregiudiziale ai sensi dell'art. 234, terzo comma, CE (sentenza Köbler, cit., punti 53-55).”(punto 32).

8. La vincolatività del giudicato di “legittimità” sui provvedimenti assunti nei confronti delle violazioni delle norme comunitarie

Prima di concludere questa rapida panoramica sui più importanti principi espressi dagli organi comunitari in materia di processo amministrativo merita infine un sintetico accenno alla posizione della Corte di Giustizia sulla non intangibilità del giudicato: con la sentenza *Kobler*⁴⁹, la Corte pur rilevando l'importanza del giudicato, ha osservato che le considerazioni collegate al rispetto del principio dell'autorità della cosa giudicata “*possono avere ispirato ai sistemi giuridici nazionali restrizioni, talvolta severe, alla possibilità di far dichiarare la responsabilità dello Stato per danni causati da decisioni giurisdizionali erranee..*”. Più esplicite sul punto appaiono le successive decisioni *Kapferer*⁵⁰, *Lucchini*⁵¹. Si ricorda, in particolare, che quest'ultima ha affermato che “*il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art. 2909 c.c., volta a sancire il principio dell'autorità di cosa giudicata, nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione, divenuta definitiva*”.

⁴⁹ CGCE, 30 settembre 2003, in C-224/2001.

⁵⁰ CGCE, 16 marzo 2006, in C-234/2004.

⁵¹ CGCE, 18 luglio 2007, in C-119/2005. Per una più ampia disamina delle decisioni sul punto, si invia a D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009.