

Corso di formazione per Magistrati amministrativi di prima nomina, organizzato dall'Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa il 10 gennaio 2025

La sorte del provvedimento in contrasto con il diritto dell'U.E. o con la Convenzione Edu

Relazione del pres. A. Cacciari

1. La Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo

Il tema che andiamo ad affrontare richiede una ricostruzione del modo di operare, all'interno del nostro ordinamento, delle due fonti internazionali che vengono in rilievo, ossia da un lato la Convenzione Europea sui Diritti dell'Uomo e, dall'altro, la normativa comunitaria.

La prima è una convenzione internazionale che si qualifica in modo particolare rispetto ai numerosi trattati che sono stati siglati dal nostro paese¹. Anzitutto ha un contenuto particolare: i trattati internazionali si occupano infatti di problemi economici o di politica estera, mentre questa ha istituito un sistema di protezione collettiva per diritti e libertà ritenuti fondamentali. Inoltre, per assicurare l'interpretazione e l'applicazione uniforme dei suoi principi è stato creato un organismo, la Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che può essere adito non solo dagli Stati aderenti alla Convenzione stessa ma anche dai cittadini di questi ultimi, precisamente da "una persona fisica, un'organizzazione non governativa o un gruppo di privati" (art. 34 CEDU). L'articolo 46 della Convenzione impone agli Stati contraenti l'obbligo di conformarsi alle sentenze della Corte e se la normativa interna dello Stato inadempiente non contiene meccanismi atti a rimuovere efficacemente le conseguenze della violazione, la Corte può accordare una somma alla parte lesa a titolo di soddisfazione (art. 41 CEDU). Il potere di sorveglianza sull'esecuzione delle sentenze della Corte compete al Comitato dei Ministri che deve valutare le misure adottate dallo Stato contraente, le quali si sostanziano in una modifica dell'ordinamento interno per far cessare la violazione delle norme convenzionali, eventualmente istituendo strumenti di ricorso interno per i danni che ne conseguono. Un esempio è rappresentato dalla legge 24 marzo 2001, n. 89 (cd. "Pinto"), in tema di equa riparazione in caso di violazione del termine ragionevole del processo².

A differenza dei trattati istitutivi dell'Unione Europea la Convenzione, però, non contiene norme sulla produzione normativa e quindi non conosce un "diritto derivato". Ma soprattutto, contrariamente alle norme comunitarie, le disposizioni convenzionali, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, non ricevono attuazione diretta sicché il giudice non può disapplicare la normativa interna contrastante. La Corte Costituzionale, già nelle sentenze 348 e 349 del 2007 aveva stabilito che "la distinzione tra le norme CEDU e le norme comunitarie deve essere ribadita nel senso che le prime, pur rivestendo grande rilevanza, in quanto tutelano e valorizzano i diritti e le libertà fondamentali delle persone, sono pur sempre norme internazionali pattizie, che vincolano lo Stato, ma non producono effetti diretti nell'ordinamento interno, tali da affermare la competenza dei giudici nazionali a darvi applicazione nelle controversie ad essi sottoposte, non applicando nello stesso tempo le norme interne in eventuale contrasto". E questo perché se aderendo ai trattati comunitari l'Italia è entrata a far parte di un ordinamento sovranazionale con cessione parziale della propria sovranità, anche nel potere legislativo, la Convenzione non ha invece creato un ordinamento

¹ V. Lopilato, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino 2024, pp. 205-206; G. Montedoro, *Esecuzione delle pronunce della CEDU e cosa giudicata nelle giurisdizioni nazionali*, 2015 in www.giustizia-amministrativa.it.

² A. di Stasi, *Introduzione alla Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo*, Milano 2022, pp. 73-79; M.T. Trapasso, *Commento all'art. 46 in AA.VV., La Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, commentario*, Torino 2022, pp. 1409-1411.

e non può produrre norme direttamente applicabili negli Stati contraenti. Essa è configurabile come un trattato internazionale multilaterale tra Stati (che restano pienamente) sovrani dal quale derivano specifici obblighi a loro carico, ma senza che il loro ordinamento interno venga incorporato in un ordinamento più vasto.

È stato invero ritenuto, da una parte della dottrina e della giurisprudenza, che a seguito delle modifiche al Trattato sull'Unione Europea e al Trattato che istituisce la Comunità Europea introdotte dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, anche le norme convenzionali oggi possano ricevere applicazione diretta con la stessa forza di quelle comunitarie. Il nuovo testo dell'articolo 6 del Trattato sull'Unione Europea, modificato dal Trattato di Lisbona, in un'ottica di rafforzamento della protezione dei diritti fondamentali stabilisce infatti, al paragrafo 2, che "l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali" e conclude al paragrafo 3 che "i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione [...] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali". Con l'adesione dell'Unione stessa alla Convenzione i diritti da quest'ultima riconosciuti potrebbero quindi essere immediatamente invocati negli Stati membri europei alla stregua del diritto comunitario. In tal senso hanno disposto, ad esempio, le sentenze del Consiglio di Stato n. 1220/2010 e del TAR Lazio Roma II bis n. 11984/2010.

Questa tesi è però stata smentita dalla Corte Costituzionale con diverse pronunce. Secondo la Corte, le variazioni apportate ai trattati comunitari non sono tali di determinare l'immediata adesione dell'Unione Europea alla Convenzione; tale adesione dovrebbe invece essere specificamente formalizzata secondo le procedure stabilite dell'ordinamento comunitario. Lo stesso articolo 6, al par. 1, comma 2, del Trattato sull'Unione Europea stabilisce che le disposizioni convenzionali "*non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati*". Le norme convenzionali non possono quindi trovare ingresso immediato nel nostro ordinamento per il tramite dell'art. 11 della Costituzione e, tuttavia, il loro valore è superiore a quello della legislazione ordinaria e non si identifica nel valore della legge con cui la Convenzione è stata ratificata. Le norme convenzionali integrano infatti, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost. nella parte in cui impone che la legislazione interna sia conforme ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali: "la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali" (Corte Cost. 80/2011; C.d.S. A.P. 7/2015)³.

A conclusioni non diverse porta la lettura della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea (cd. "Carta di Nizza"), divenuta giuridicamente vincolante a seguito della modifica apportata al Trattato sull'Unione Europea ad opera del Trattato di Lisbona. La Carta, all'art. 51, par. 1, prevede che le sue disposizioni "...si applicano alle istituzioni e agli organi dell'Unione nel rispetto del principio di sussidiarietà come pure agli Stati membri esclusivamente nell'attuazione del diritto dell'Unione. Pertanto, i suddetti soggetti rispettano i diritti, osservano i principi e ne promuovono l'applicazione secondo le rispettive competenze" e al par. 2 stabilisce "la presente Carta non introduce competenze nuove o compiti nuovi per la Comunità e per l'Unione, né modifica le competenze e i compiti definiti dai trattati". Ne segue che le leggi interne contrarie alle norme convenzionali possono essere disapplicate, ex art. 11 e 117 Cost., solo nel caso in cui il contrasto investa quei diritti fondamentali enucleabili dalla Convenzione che coincidono con quelli fondanti l'ordinamento

³ Per una ricostruzione dell'evoluzione giurisprudenziale sul valore da attribuire alle norme convenzionali A. di Stasi, cit., pp. 92-114.

comunitario⁴. In tal caso le norme convenzionali acquisiranno il rango di norme eurounitarie, con le relative conseguenze nei confronti degli ordinamenti degli Stati europei e, in particolare, delle pubbliche amministrazioni e dei giudici, grazie al recepimento delle stesse (e nella misura in cui le stesse vengano recepite) nell'ordinamento comunitario ad opera della Carta di Nizza. In tali fattispecie, a norma dell'articolo 52, paragrafo 3, della Carta gli Stati eurounitari sono obbligati a garantire una protezione di detti diritti in misura non inferiore a quanto stabilito dall'interpretazione della Corte Europea per i Diritti dell'Uomo. Resta salva la facoltà per il diritto comunitario di stabilire livelli di protezione più estesa⁵.

Questo meccanismo è applicabile quindi solo nei casi in cui vi sia coincidenza tra le posizioni giuridiche prese in considerazione dalla Convenzione e quelle protette dalla Carta di Nizza. In caso contrario le leggi nazionali non possono essere disapplicate e il giudice dovrà agire come segue. In primo luogo, nel decidere la controversia (relativa alla legittimità di un atto amministrativo) deve tentare una "interpretazione convenzionalmente orientata" della legge applicabile, verificando se dal testo letterale di quest'ultima è possibile trarre argomenti per farne un'applicazione conforme alle norme convenzionali. Se questo non risulta possibile, la legge nazionale incompatibile con la Convenzione deve essere posta nel nulla mediante il ricorso alla Corte Costituzionale, poiché il mancato rispetto della Convenzione Europea ne determina l'illegittimità costituzionale (C.d.S. V, 21 febbraio 2020 n. 1326).

Orbene, il provvedimento amministrativo emesso in applicazione di una legge interna che non rispetta la Convenzione segue quindi l'ordinario regime di invalidità di tutti i provvedimenti i quali rispettano norme legislative che però, a loro volta, contrastano con la Costituzione: essi devono essere impugnati nel termine decadenziale con proposizione della questione di legittimità costituzionale e, in caso di accoglimento di quest'ultima, saranno annullati. La loro illegittimità consegue quindi al mancato allineamento della norma interna ad una disposizione costituzionale identificabile, nel caso di specie, con il primo comma dell'articolo 117 laddove impone che la potestà legislativa venga esercitata (sia dallo Stato che dalle Regioni) rispettando i vincoli derivanti dagli obblighi internazionali, tra cui rientrano appunto quelli imposti dalle norme convenzionali così come interpretate dalla Corte Europea sui Diritti dell'Uomo.

Non tutte le norme convenzionali, però, necessitano di un recepimento in atti legislativi degli Stati aderenti. Possiamo ricordare il Protocollo addizionale n. 1 in tema di protezione del diritto di proprietà, la cui applicazione (diretta) ha cancellato l'occupazione acquisitiva creata dalla nostra giurisprudenza. Trattandosi, in quel caso, di un istituto creato in sede ermeneutica la giurisprudenza ha potuto intervenire direttamente sulla tematica qualificando l'occupazione della pubblica amministrazione non assistita da titolo (per mancanza originaria o annullamento del medesimo), ove si fosse determinata la trasformazione del terreno occupato, quale illecito permanente e interrogandosi poi sulle conseguenze che ne derivassero. Non approfondisco ulteriormente questo argomento per non fuoriuscire dai limiti dell'intervento; ricordo solo che la giurisprudenza elaborò diverse soluzioni (l'opera resta all'amministrazione in applicazione dell'istituto della specificazione; restituzione del fondo al proprietario previa rimessione in pristino quale effetto ripristinatorio della sentenza; applicazione dell'accessione civilistica) nessuna delle quali, tuttavia, apparve risolutiva. Il problema

⁴ V. Lopilato, cit., p. 211.

⁵ Art. 52, par. 3, della Carta di Nizza: *Laddove la presente Carta contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, il significato e la portata degli stessi sono uguali a quelli conferiti dalla suddetta convenzione. La presente disposizione non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa.*

venne infine risolto con l'intervento del legislatore che creò istituto dell'acquisizione sanante disciplinato dall'art. 42 bis del d.P.R. 327/2001.

Notevole interesse ha rivestito per il diritto amministrativo l'articolo 6 della Convenzione, che sancisce il diritto ad un processo equo e che viene ritenuto applicabile, dalla giurisprudenza convenzionale, anche al procedimento amministrativo, laddove questo abbia ad oggetto l'irrogazione di sanzioni che (sempre secondo la giurisprudenza convenzionale) rientrano nel novero di quelle "penali", anche se diversamente qualificate negli ordinamenti degli Stati aderenti. La questione in Italia si è posta con riferimento alle sanzioni irrogate dalle autorità indipendenti, in particolare dalla CONSOB per fatti che oltre a costituire illecito amministrativo, costituiscono anche reato e i cui responsabili erano quindi sottoposti a sanzioni sia amministrative, che penali. La Corte Europea, nel ritenere che le prime abbiano anch'esse carattere penale (secondo l'ottica convenzionale) in quanto sono applicate non per ripristinare interessi pubblici lesi ma a scopo afflittivo e, inoltre, incidono particolarmente nel patrimonio giuridico dei destinatari, ha sancito che le garanzie previste dal citato articolo in tema di processo equo devono trovare applicazione nel procedimento amministrativo; a tal fine tuttavia non è necessario che il procedimento segua pedissequamente tali garanzie essendo sufficiente che il provvedimento esitato al suo termine possa essere sottoposto al controllo di un organo giudiziario il cui procedimento, questo sì, deve essere rispettoso delle garanzie convenzionali e assicurare al giudice una piena giurisdizione ("full jurisdiction"), che sia cioè tale da consentirgli un sindacato pieno di legittimità con accesso ad ogni questione di fatto e di diritto, per verificare la legittimità del provvedimento e, se necessario, annullarlo per rimettere la decisione di nuovo all'amministrazione (C.E.D.U. 4 marzo 2014, n. 18640; C.d.S. VI 26 marzo 2015, n. 1596; T.A.R. Campania-Napoli 18 dicembre 2020, n. 6255).

E' spinosa la questione del giudicato formatosi in contrasto con il diritto convenzionale⁶. La Raccomandazione R(2000)2 del 19 gennaio 2000, sulla riapertura dei processi, adottata dal Comitato dei Ministri, incoraggia gli Stati, anche nelle giurisdizioni diverse da quella penale, a prevedere questa misura se "la Corte Edu abbia riconosciuto la sentenza domestica quale fonte di una violazione degli obblighi convenzionali per ragioni sostanziali o procedurali" e "la parte lesa continui a soffrire conseguenze negative molto serie a causa della decisione interna, che non possono essere adeguatamente rimosse attraverso l'equa soddisfazione prevista dall'art. 41 della Cedu". La Corte europea, con riferimento a violazioni causate da provvedimenti giurisdizionali civili e amministrativi, pur stimolando gli Stati contraenti ad adottare le misure necessarie a consentire la revisione del giudizio afferma che la Convenzione non obbliga in generale gli Stati contraenti ad adottare la misura ripristinatoria della riapertura del processo. Questo strumento si rivela, però, opportuno in quei casi in cui l'equa soddisfazione non è in grado di porre la parte in una situazione equivalente a quella in cui si troverebbe se non vi fosse stata la violazione accertata e non è idonea a rimuovere in modo perfetto gli effetti della violazione. Spetta comunque agli Stati contraenti individuare il modo più efficace per dare attuazione alle sentenze della Corte europea; la scelta circa i rimedi da adottare è quindi nella loro discrezionalità.

Fino all'emanazione del d.lgs. 10 ottobre 2022, n. 149 (cd. "riforma Cartabia"), mancava uno specifico strumento di tutela nell'ambito del processo civile. Quanto a quello amministrativo, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato aveva sollevato questione di legittimità costituzionale dell'art. 106 del codice del processo amministrativo e degli artt. 395 e 396 del codice di procedura civile, nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò è necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione, per conformarsi ad una sentenza definitiva

⁶ Lopilato, cit., pp. 231-236.

della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. La Corte Costituzionale, con sentenza n. 123/2017, diversamente da quanto statuito in relazione al processo penale⁷ ha ritenuto non fondata la questione poiché dalla giurisprudenza convenzionale non emerge un obbligo generale, con riferimento a tali tipologie di processo, di adottare la misura della riapertura del processo per conseguire la conformazione alle norme CEDU, essendo invece rimesso agli Stati contraenti la scelta del mezzo migliore da adottare a tale scopo tenendo conto dei principi della res iudicata e della certezza del diritto.

La riforma Cartabia ha introdotto l'articolo 391 quater nel codice di procedura civile disciplinando uno specifico caso di revocazione della sentenza civile, il cui contenuto sia stato dichiarato dalla Corte Europea contrastante con la Convenzione. Il rimedio è attivabile solo nei casi in cui la violazione delle norme convenzionali ha pregiudicato un diritto di stato della persona. Un rimedio specifico non è stato invece previsto con riguardo alle sentenze pronunciate dai giudici amministrativi e ci si deve allora interrogare se tale disposizione processualcivile sia applicabile anche al processo amministrativo.

In senso negativo milita un argomento testuale posto che l'articolo 106 del codice del processo amministrativo, al comma 1, disciplina la revocazione con espresso rimando solo agli articoli 395 e 396 del codice di procedura civile, senza menzionare l'articolo 391 quater testé citato: si può quindi ritenere che il mancato intervento della riforma Cartabia su tale disposizione del codice di rito amministrativo sia espressione della volontà del legislatore di escluderne l'applicabilità anche al processo amministrativo.

In senso affermativo, al contrario, si può ritenere che in base all'articolo 39, comma 1, c.p.a. secondo cui *“per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali”*, l'articolo 391 quater c.p.c. trovi piena applicazione anche nel processo amministrativo poiché nel codice di rito la caducazione della sentenza definitiva che contrasti con norme convenzionali è istituito *“non disciplinato”* e pertanto ben può essere richiamato il corrispondente articolo del codice di rito civile, che costituisce certamente espressione di un principio generale⁸.

Contrariamente a quest'ultima opinione si può però pensare che la revocazione del processo amministrativo sia interamente e compiutamente disciplinata dall'articolo 106 c.p.a. e dai richiamati articoli 395 e 396 c.p.c., con esclusione quindi della possibilità di effettuare richiami ad ulteriori articoli di quest'ultimo. Si tratterebbe, in questa prospettiva, di una disciplina compiutamente esaustiva dell'istituto. In tal caso tuttavia temo che potrebbero nascere dubbi di costituzionalità dell'articolo 106 del nostro codice di rito, anche sotto il profilo della disparità di trattamento tra processo amministrativo e civile nella materia in esame. Sarà compito della prossima giurisprudenza sciogliere questo nodo.

⁷ La Corte, con sentenza 7 aprile 2011, n. 113, ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'articolo 630 del codice di procedura penale nella parte in cui non prevedeva la revisione della sentenza di condanna quando fosse necessaria per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Il d.lgs. 150/2022 ha previsto un rimedio specifico disciplinato dal nuovo articolo 628 bis del codice di procedura penale.

⁸ In tal senso Lopilato, cit., p. 236; C.d.S. VII n. 9308/2024.

2. Il diritto comunitario

2.1 *Principi generali*

Venendo al diritto comunitario, la posizione di vertice nella gerarchia delle fonti eurounitarie spetta ai trattati istitutivi della Comunità che possono essere definiti come il diritto comunitario “primario”. Questi però presentano una peculiarità che li rende diversi dagli altri “tradizionali” trattati (compresa la Convenzione Europea) poiché non contengono solo norme, ma anche disposizioni sulla produzione di norme di diritto “derivato”. Quello comunitario cioè è un ordinamento al cui interno esistono organismi deputati a produrre norme applicabili, in modo diversificato e a certe condizioni, direttamente all’interno degli Stati membri. In linea generale spetta comunque agli ordinamenti di questi ultimi individuare le modalità con cui garantire l’applicazione del diritto eurounitario al loro interno, secondo i principi di **equivalenza** e di **effettività**.

In base al primo gli individui che fanno valere diritti conferiti dall’ordinamento dell’Unione non devono essere svantaggiati rispetto a quelli che invocano situazioni giuridiche nazionali. Tale principio richiede un accertamento interno per verificare se esista discriminazione tra i rimedi apprestati dalla normativa dello Stato membro nei casi di violazione della normativa nazionale e quelli previsti a tutela di prerogative europee, per evitare che posizioni soggettive comunitarie siano tutelate secondo forme e modalità meno efficaci rispetto a ricorsi analoghi di natura interna. Ciò non significa, tuttavia, che gli Stati siano obbligati ad estendere le proprie disposizioni processuali più favorevoli a tutte le azioni volte a tutelare situazioni giuridiche fondate sul diritto eurounitario ma solo che una norma processuale interna vada applicata, qualora ne sussistano le condizioni, indifferentemente tanto ad azioni fondate sul diritto dell’Unione quanto a reclami che tutelino posizioni di diritto interno. Tale principio si risolve, in sostanza, nella dimensione processuale del più generale canone di non discriminazione.

Il principio di effettività comporta che le norme di diritto interno, rilevanti sul piano processuale, non devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile la tutela dei diritti spettanti in forza del diritto comunitario, assicurando una garanzia minima ed adeguata. Questo, a differenza del principio precedente, richiede una comparazione tra il livello di tutela offerto dall’ordinamento nazionale e lo standard minimo di tutela da garantire in maniera uniforme sul piano europeo. Ove si riscontrassero difformità al riguardo occorre sempre assicurare un sindacato giurisdizionale dei diritti conferiti da norme europee, anche quando non è previsto alcun rimedio nell’ordinamento nazionale. Mentre nelle ipotesi in cui sia violato il principio di equivalenza, il compito del giudice nazionale consiste nel tutelare i diritti vantati dai singoli in funzione dell’ordinamento europeo facendo ricorso a disposizioni giuridiche interne, nei casi in cui si prospetti, invece, una violazione del principio di effettività il giudice svolge un’azione più complessa, procedendo alla disapplicazione della norma processuale interna⁹.

Quali sono i rapporti tra il diritto comunitario e l’ordinamento interno, alla luce di questi principi?

È da tempo superata l’opinione secondo cui il Trattato europeo possiede la stessa efficacia della legge ordinaria di recepimento. Questa tesi porta infatti a ritenere la prevalenza del diritto interno che recepisce le norme comunitarie, con la conseguenza che una norma interna posteriore può prevalere su una norma comunitaria recepita in legge interna. Oggi prevale inequivocabilmente il concetto di primazia del diritto eurounitario su quello nazionale, elaborato dalla giurisprudenza sulla base dell’art. 11 della Costituzione che consente di disporre limitazioni alla sovranità nazionale per costituire un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni. La tesi è stata criticata

⁹ S. Sticchi Damiani, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo*, Torino 2012, pp. 1-10.

poiché quella norma era stata concepita per consentire l'adesione dell'Italia all'ONU e non potrebbe essere applicata per giustificare limitazioni di sovranità volte ad aderire ad un ordinamento avente scopi di carattere economico, quale l'istituzione di un mercato unico europeo.

La dialettica si muove attualmente tra una posizione *monista*, cosiddetta "dell'integrazione", e una tesi *dualista* secondo cui quello interno e quello comunitario sono ordinamenti distinti tra loro. Aderendo alla prima tesi, che postula un'integrazione degli ordinamenti degli Stati membri con quello eurounitario, ne deriva che le norme comunitarie costituiscono anch'esse un parametro di legittimità dei provvedimenti amministrativi, al pari delle norme nazionali. Secondo la tesi dualista, invece, quello interno e quello comunitario sono due ordinamenti diversi caratterizzati da un reciproco coordinamento tra loro. Quest'ultima è la tesi accettata dalla giurisprudenza costituzionale e poggia sulla ricostruzione dei rapporti tra i due ordinamenti in termini di separazione. Essi cioè sono ordinamenti autonomi e distinti, che si coordinano tra loro in base al criterio della competenza per materie, così come fissato dai trattati comunitari. In base a questo, laddove una materia viene regolata dal secondo, il primo si "ritira" e le sue norme contrastanti devono essere disapplicate sia dal giudice che dall'amministrazione pubblica. Resta tuttavia fermo il rispetto dei principi fondamentali stabiliti nella Carta Costituzionale, che costituiscono un limite invalicabile all'insindacabilità delle norme comunitarie.

La Corte Costituzionale (fin dalla sentenza n. 384/1994) ha comunque affermato la necessità di eliminare dall'ordinamento interno le disposizioni incompatibili con quelle comunitarie, per assicurare chiarezza normativa e certezza del diritto. Il caso riguardava l'impugnazione diretta di una legge regionale da parte del Governo.

Più recentemente la Corte ha rivendicato la supremazia del proprio ruolo anche in ipotesi diverse, laddove cioè norme statali contrastino con il diritto dell'Unione, in particolare con la Carta dei diritti fondamentali, e al tempo stesso violino diritti fondamentali tutelati a livello costituzionale: in questo caso spetterà al giudice non disapplicare la normativa statale, ma sollevare questione di costituzionalità sulla norma statale (Corte Cost. nn. 269/2017; 20/2019; 63/2019). Va infatti preservata l'opportunità di un intervento con effetti erga omnes della Corte in base al principio che situa il sindacato accentrato di legittimità costituzionale a fondamento dell'architettura costituzionale (art. 134 Cost.); in tali fattispecie la Corte giudicherà alla luce dei parametri costituzionali interni ed eventualmente anche di quelli europei (ex artt. 11 e 117, primo comma, Cost.).

2.2 La sorte dei provvedimenti amministrativi contrastanti

Se questa è la sorte delle leggi interne contrastanti con la normativa comunitaria, che ne è degli atti amministrativi contrari al diritto comunitario? Occorre distinguere tra i casi di *contrasto diretto* e *contrasto indiretto* dell'atto con la normativa comunitaria. Nel primo caso l'atto collide con una norma eurounitaria di diretta applicazione; nel secondo invece l'atto si presenta conforme ad una norma interna la quale, tuttavia, è contraria ad una disposizione comunitaria.

Nel primo caso allora, trattandosi di contrasto tra il provvedimento e una norma comunitaria direttamente applicabile, il regime di invalidità del primo è quello ordinariamente connesso alla violazione di legge, ovvero l'annullabilità.

Nel secondo caso il discorso è più complesso poiché occorre distinguere a seconda che la norma interna, incompatibile col diritto comunitario, fondi il potere esercitato dall'amministrazione nel caso concreto o ne disciplini, invece, le modalità di esercizio. La disapplicazione della legge interna nel primo caso conduce al difetto di attribuzione poiché la sua eliminazione nella fattispecie concreta porta alla carenza di potere, con conseguente **nullità** e non mera annullabilità del provvedimento

amministrativo. Se l'atto è stato adottato sulla base di una norma interna di attribuzione del potere, la disapplicazione di questa fa infatti venir meno il potere medesimo con la conseguenza che l'atto deve essere considerato non semplicemente illegittimo, ma nullo.

Nel secondo caso invece, laddove la legge interna disciplini le modalità di esercizio del potere e non sia elemento fondante dello stesso, la sua disapplicazione condurrà alla **annullabilità** del provvedimento (C.d.S. n. 3072/2009) con la conseguenza, sul piano processuale, che l'interessato ha l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo entro il termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità; sul piano sostanziale, l'amministrazione è obbligata ad applicare l'atto fatto salvo l'esercizio del potere di autotutela (ex multis, C.d.S. VI n. 9351/2024).

La giurisprudenza è ormai consolidata su questi principi, essendo stata respinta la tesi secondo cui l'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario sarebbe sempre nullo poiché l'art. 21 septies l. 241/90 ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità, senza includervi la violazione del diritto comunitario, salva l'ipotesi suddetta in cui ad essere in contrasto con il precetto del diritto dell'Unione sia la norma attributiva del potere, e non le modalità di applicazione di essa.

Esempi recenti di disapplicazione sono in C.d.S. III, 23 dicembre 2022 n. 11277 (richiedente protezione internazionale che traffica in stupefacenti); C.d.S. III, 15 dicembre 2022 n. 10999 (allontanamento non autorizzato del richiedente protezione internazionale dalla struttura di assegnazione); C.G.A 21 febbraio 2024, n. 119 (proroga automatica ex lege di concessioni demaniali).

2.3 I provvedimenti definitivi e il giudicato

Dobbiamo chiederci se il principio di effettività del diritto comunitario, in base al quale gli ordinamenti degli Stati membri non devono rendere eccessivamente difficile l'esercizio delle posizioni giuridiche nascenti dal diritto eurounitario, implichi anche che i provvedimenti contrari a quest'ultimo, per i quali sia decorso inutilmente il termine di impugnazione o, addirittura, una sentenza ne abbia acclarato la legittimità, debbano egualmente essere ritenuti invalidi e si prospetti quindi per l'amministrazione un dovere di agire in autotutela. Tale obbligo non sussiste, poiché il principio di effettività deve essere bilanciato con quello di certezza delle situazioni giuridiche. A questo proposito, secondo la sentenza della Corte di giustizia 19 settembre 2006, C-392/2004 e C-422/2004, ove siano scaduti i termini dell'impugnazione, la contrarietà dell'atto al diritto comunitario non implica l'obbligatorietà della sua rimozione perché esigere l'obbligo di riesame di una decisione amministrativa definitiva dopo la scadenza di termini ragionevoli di ricorso o l'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale significherebbe ledere il principio di certezza del diritto. Il diritto comunitario rimette agli Stati membri il compito di stabilire le modalità procedurali del ricorso giurisdizionale inteso a garantire la tutela dei diritti assicurati dalle norme comunitarie; l'importante è che vengano rispettati i suddetti principi di equivalenza e di effettività.

Questi concetti sono stati ribaditi recentemente in sede comunitaria dalla sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, sezione I, sentenza 4 marzo 2020, C-34/19, secondo cui "il diritto dell'Unione dev'essere interpretato nel senso che esso non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme di procedura interne che riconoscono autorità di cosa giudicata a una pronuncia di un organo giurisdizionale, anche qualora ciò consenta di porre rimedio a una violazione di una disposizione del diritto dell'Unione, senza con ciò escludere la possibilità per gli interessati di far valere la responsabilità dello Stato al fine di ottenere in tal modo una tutela giuridica dei loro diritti riconosciuti dal diritto dell'Unione".

Va ricordata, in proposito, anche la sentenza della Corte di Giustizia dell'Unione Europea sez. VI, 16 luglio 2020, n. 424, secondo cui “22.... al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze del 3 settembre 2009, Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, punto 22; dell'11 settembre 2019, Calin, C-676/17, EU:C:2019:700, punto 26, e del 4 marzo 2020, Telecom Italia, C-34/19, EU:C:2020:148, punto 64).

23. Pertanto, il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto (sentenza dell'11 settembre 2019, Calin, C-676/17, EU:C:2019:700, punto 27 e giurisprudenza citata)”.

Sul piano interno, di recente si è espresso il Consiglio di Stato con sentenza della Sez. III, n. 3910/2022.

E' stato poi sancito (C.d.S. VI, n. 9338/2024) che il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, costituisce corollario del principio di certezza delle situazioni giuridiche e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo. Il principio della certezza nei rapporti giuridici non determina che questi, una volta esauriti, debbano essere messi nuovamente e continuamente in discussione per effetto di una sentenza della Corte di Giustizia che sancisca l'incompatibilità di un determinato atto con la normativa europea.

La recente sentenza di C.d.S. VII n. 9308/2024 (sia pure con un obiter dictum) ammette l'applicazione dell'art. 391 quater c.p.c. per la revocazione delle sentenze contrastanti con norme della Convenzione Europea per i Diritti dell'Uomo in virtù del richiamo di cui all'art. 39, comma 1, del codice del processo amministrativo, ma la esclude per il giudicato contrastante con una sentenza della Corte di Giustizia, in primo luogo perché il dato letterale della disposizione contenuta nel codice di procedura civile è riferita solo ai contrasti del giudicato con norme convenzionali; inoltre, mentre con riguardo alle violazioni della Convenzione l'interessato può azionare la propria pretesa dinanzi alla Corte Europea solo dopo aver esperito tutte le possibili vie di tutela giurisdizionale previste dall'ordinamento interno, viceversa con riguardo alle violazioni del diritto eurounitario la Corte di Giustizia può essere adita in ogni grado con il rinvio pregiudiziale e, per di più, l'efficace tutela delle posizioni unionali può essere garantita con la disapplicazione delle norme di legge statali contrastanti. La radicale diversità dei meccanismi di tutela dei due sistemi esclude dunque che, anche con riferimento a quello eurounitario, sia riscontrabile una lacuna simile a quella riscontrata in relazione all'ordinamento convenzionale il che, secondo tale sentenza, mostra la mancanza di *eadem ratio* che giustificerebbe un'applicazione analogica dell'art. 391 quater c.p.c.

2.4 La rilevanza d'ufficio

Altra problematica è la rilevanza d'ufficio della contrarietà del provvedimento a norme comunitarie, ove la questione non sia specificamente dedotta nei motivi di ricorso. Il principio di corrispondenza tra chiesto e giudicato impedisce al giudice di rilevare d'ufficio la anticomunitarietà di un atto amministrativo, pur se la questione non sia dedotta nel ricorso?

Il processo amministrativo si basa sull'iniziativa e sulla domanda di parte e tuttavia, al suo interno, residuano spazi in cui il giudice può esercitare dei poteri *officiosi*, ossia "al di là" dei motivi di impugnazione. Il giudice, ad esempio, può sollevare d'ufficio una questione di legittimità costituzionale relativa alla norma su cui l'atto si fonda, anche se il ricorrente non abbia dedotto tra i motivi quello di incostituzionalità, a condizione che la norma stessa venga richiamata nei motivi del ricorso come parametro di legittimità dell'atto. Inoltre sono ammissibili questioni di costituzionalità relative a norme non richiamate nei motivi quando siano qualificabili come "attributive" del potere amministrativo esercitato nella fattispecie.

Nell'ipotesi di atto contrario a norme comunitarie, allora, ove esso venga impugnato per violazione di una legge interna o comunque per un vizio diverso da quello di "anticomunitarietà", non è possibile annullare l'atto per violazione di una norma comunitaria ovvero di una norma diversa da quella utilizzata come parametro nei motivi del ricorso, né annullarlo perché conforme ad una norma statale sulle modalità di esercizio del potere diversa da quella utilizzata come parametro e in contrasto con una norma comunitaria.

In via officiosa, se la norma interna viene utilizzata come parametro dal ricorrente e contrasta con una norma comunitaria, il giudice può procedere alla disapplicazione della prima e valutare la legittimità dell'atto alla luce della seconda poiché entrambe, in questo caso, entrano nel processo decisionale, nel senso che costituiscono antecedenti logici della decisione. Inoltre il giudice può annullare l'atto emanato sulla base di una norma statale *attributiva* del potere, anche se diversa da quella utilizzata come parametro dal ricorrente, in contrasto con il diritto comunitario¹⁰.

3. Conclusioni

Venendo alle conclusioni, credo si possa affermare che il processo di adattamento del nostro ordinamento alle due fonti sovranazionali che abbiamo preso in esame, ovvero la Convenzione Europea e il diritto comunitario, pur non essendo stato facile ha tuttavia raggiunto alcuni punti fermi. La contrarietà del provvedimento amministrativo alla prima comporta l'obbligo per il giudice di sollevare questione di costituzionalità della legge sulla base del quale è stato emanato; la sua contrarietà al secondo comporta invece l'obbligo (non solo per il giudice, ma anche per le pubbliche amministrazioni) di disapplicare la legge interna sulla base del quale è stato emanato. Nel primo caso l'invalidità del provvedimento ne comporta la annullabilità; nel secondo ne comporta la nullità ove la legge interna da disapplicare fondi il potere in concreto esercitato dall'amministrazione e la annullabilità, invece, ove la legge interna da disapplicare disciplini le modalità di esercizio di quel potere.

Il regime dell'annullabilità dell'atto contrastante con le norme convenzionali o con il diritto comunitario comporta che la sua mancata impugnazione nel termine decadenziale ne determina il consolidamento, così come l'emanazione di una sentenza che abbia un contenuto contrastante con l'una o l'altra fonte, la quale passi in giudicato, determinerà il consolidamento della situazione giuridica secondo l'ordine, pur contrastante con dette fonti, in essa contenuto. Quest'ultimo effetto è più facile che si verifichi con riferimento alla violazione delle norme convenzionali poiché in base all'articolo 35 della Convenzione, la Corte Europea può essere adita solo dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso interni dello Stato contraente.

¹⁰ N. Pignatelli, L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2008, 3635 ss..

La problematica più attuale nell'ambito della tematica che stiamo trattando credo riguardi queste conseguenze, ovvero se il regime dell'annullabilità del provvedimento contrastante, che deve essere impugnato entro un termine decadenziale a pena di consolidamento, e il regime della cosa giudicata, così come disciplinati dal nostro ordinamento nazionale, siano sufficienti a garantire l'effettiva applicazione delle norme convenzionali e comunitarie. Si tratta, credo, di raggiungere un punto di equilibrio tra l'effettività del diritto convenzionale e comunitario da un lato, e il principio di certezza delle situazioni giuridiche dall'altro. È un problema non meramente giuridico ma che interseca anche esigenze politiche e richiede quindi interventi legislativi adeguati, in assenza dei quali dovrà essere risolto dalla giurisprudenza caso per caso con quel "prudente apprezzamento" che costituisce il sale di tutte le decisioni giudiziarie e che, penso, non potrà che essere espresso da un'intelligenza umana e non artificiale.