U N I V E R S I T À D E G L I S T U D I DI C A T A N I A

Dipartimento di Scienze Politiche e Sociali

Dottorato di ricerca internazionale in Diritto amministrativo

- XXV Ciclo -

TESI DI DOTTORATO

"*Il potere di autotutela delle Istituzioni europee e i riflessi sull'ordinamento interno*"

DOTTORANDO

Dott. Gregorio De Vinci

TUTOR SCIENTIFICO

Ch.mo Prof. Francesco Astone

COORDINATORE

Ch.mo Prof. Sebastiano Licciardello

Anno Accademico 2012-2013

INDICE

Considerazioni introduttive

CAPITOLO I

IL POTERE DI AUTOTUTELA DELLE AMMINISTRAZIONI EUROPEE

1. *Il fondamento del potere amministrativo nel diritto europeo dei trattati*

2. *Il fondamento giurisprudenziale del potere di autotutela nell'ordinamento europeo*

3. *I tratti caratteristici del potere di autotutela nell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria: la sentenza Algera*

4. *I principi di portata generale elaborati dalla giurisprudenza comunitaria*

5. *La giurisprudenza successiva alla sentenza Algera*

6. *Condizioni generali di legittimità delle decisioni di revoca*

6.1 *I soggetti titolari del potere di autotutela*

6.2 *Regole di forma e procedura*

6.3 *Obbligo di provvedere e cause legittimanti la revoca*

6.4 *L'elemento temporale*

6.5 *La tutela del legittimo affidamento*

7. *Le fattispecie di revoca disciplinate dal diritto derivato dell'Unione*

8. *Le implicazioni con gli strumenti di tutela giurisdizionale*

CAPITOLO II

IL POTERE DI AUTOTUTELA DELLE AMMINISTRAZIONI NAZIONALI SUI PROVVEDIMENTI ADOTTATI IN FUNZIONE COMUNITARIA E SUGLI ATTI CONFLIGGENTI CON IL DIRITTO COMUNITARIO

PARTE PRIMA

1. *Il sistema dei rapporti di diritto amministrativo tra ordinamento europeo e Stati membri*

2. *Il potere di autotutela esercitato dalle amministrazioni nazionali operanti in funzione comunitaria*

3. *Caratteri peculiari dell'autotutela esercitata nell'ambito dei procedimenti composti*

PARTE SECONDA

4. *La problematica dell'atto amministrativo nazionale confliggente con la normativa dell'Unione europea*

5. *Il perseguimento dell'effetto utile del diritto comunitario mediante l'esercizio del potere di autotutela*

6. *Le conseguenze del mancato esercizio del potere di autotutela: la responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione*

CAPITOLO III

L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO SULLA CONFIGURAZIONE DEL POTERE DI AUTOTUTELA NELL'ORDINAMENTO INTERNO

1. *L'influenza del diritto europeo sul potere di autotutela delle amministrazioni nazionali*

2. *Dismorfismo applicativo e funzione conformatrice dei principi generali del diritto*

3. *Le conseguenze economiche legate all'esercizio del potere di autotutela: indennizzo e risarcimento*

4. *Autotutela e processo*

5. *L'ampliamento delle forme di estrinsecazione del potere di autotutela*

6. *Spunti di diritto positivo per un'evoluzione "europea" dell'autotutela amministrativa*

BIBLIOGRAFIA A PIÈ DI PAGINA

CONSIDERAZIONI INTRODUTTIVE

Il potere delle pubbliche amministrazioni di riesaminare i propri atti è stato considerato per lungo tempo come un privilegio ereditato da quegli stati assoluti, in cui, fino al diciottesimo secolo, l'attività dei pubblici poteri presentava una forte connotazione giurisdizionale, rimasta poi impressa nel noto concetto del "farsi giustizia da sé", che, ancora oggi, identifica comunemente la nozione di autotutela.

In realtà, è pensiero condiviso che l'autotutela sia "frutto della modernità" perchè essa discende dalla centralità della legge, che l'amministrazione è tenuta ad osservare al pari del giudice, eseguendo con la forza i propri atti e scrutinandone i profili di legittimità e di rispondenza all'interesse pubblico. Con l'entrata in vigore della Costituzione, peraltro, la separazione tra amministrazione e giurisdizione si è fatta più netta, divenendo l'operato della prima, compreso l'esercizio del potere di autotutela, soggetto al controllo della seconda. Ed è così emersa la "duplice anima" dell'autotutela amministrativa, intesa come baluardo a sostegno della regola di diritto e come strumento di cura di uno specifico interesse pubblico, iniziando a divenire oggetto di studio anche il rapporto tra l'autotutela e il principio di legalità, che si atteggia ora a fondamento, ora a limite di tale potere.

A partire da queste affermazioni, e per lungo tempo a seguire, sono stati assestati diversi "colpi", a livello di teoria del diritto, contro la configurazione del potere stesso di autotutela. Da un lato, esso è stato ricondotto ad una declinazione del potere di amministrazione attiva, benché di secondo grado, sulla base dell'impossibilità di distinguerlo dal generale potere di provvedere, in assenza di una previsione legislativa espressa che ne sancisse la tipicità. Dall'altro, in discontinuità rispetto all'ampiezza della teorizzazione benvenutiana, si è cercato di delimitarne la nozione, espungendo da essa, in alcuni casi, l'autotutela nella forma decisoria e, in altri, quella esecutiva, arrivando anche a rinnegare del tutto la configurabilità dell'autotutela contenziosa.

A fronte di siffatte elaborazioni dottrinali, la giurisprudenza amministrativa, dal canto suo, si è adagiata sulle teorie più risalenti e consolidate, senza particolari sbalzi interpretativi, fungendo tutt'al più da pungolo nei confronti del legislatore per sollecitarne un intervento chiarificatore.

I tempi per una codificazione del potere di autotutela sono stati maturi solo con la legge 11 febbraio 2005, n. 15, di riforma della normativa sul procedimento amministrativo, che ha attribuito un fondamento positivo al potere in questione, enucleandone diverse tipologie e definendone effetti e presupposti legittimanti.

La novella ha determinato una radicale trasformazione dell'approccio dell'amministrazione e della dottrina all'istituto in esame, innestando nel percorso decisionale preordinato all'autotutela valutazioni di ordine economico-finanziario, derivate dall'analisi economica del diritto e poste accanto a quelle vertenti sulla legittimità e sulla rispondenza dell'atto amministrativo all'interesse pubblico.

Il punto di vista privilegiato nel presente lavoro per lo studio della categoria giuridica dell'autotutela riporta, però, il dibattito ad un livello ordinamentale superiore, partendo dall'assunto che l'autotutela deve garantire l'uniforme applicazione del diritto non solo nell'ordinamento statale, ma anche in quello europeo.

L'Unione, infatti, per garantire l'effettiva rispondenza delle regole e dei principi da essa prodotti al principio di legalità, ricorre, così come le amministrazioni nazionali, all'autotutela, pur mancando una disciplina positiva, attributiva di detto potere, sia nel diritto primario che in quello derivato.

Si deve alla Corte di giustizia la ricostruzione, per via giurisprudenziale, di un abbozzo di regime del potere delle Istituzioni europee di revocare i propri atti, che è stato per gran parte mutuato dalle tradizioni giuridiche degli ordinamenti degli Stati membri e poi in essi nuovamente trasposto, in virtù della forza espansiva del diritto comunitario, supportato dal principio di primazia.

Queste regole, destinate in primo luogo ai settori in cui l'Unione agisce in amministrazione diretta, hanno trovato applicazione anche nei confronti di quelle amministrazioni nazionali operanti in funzione comunitaria e coinvolte nei procedimenti composti, divenendo, più in generale, la disciplina di riferimento per l'intero apparato istituzionale, costretto a misurarsi con il problema dell'atto amministrativo nazionale contrastante con il diritto europeo.

Riaffiora, in tal modo, l'ambivalente vocazione dell'autotutela amministrativa, in cui al perseguimento dell'interesse pubblico si affianca, e a volte lo sovrasta, il ripristino della legalità, intesa, in quest'ultima accezione, come protezione dell'effetto utile del diritto comunitario.

Non sono mancate posizioni dottrinali contrastanti, orientate a disconoscere l'attribuzione in capo all'amministrazione europea di una potestà di autotutela analoga a quella degli Stati membri, sulla base dell'assunto che, per portare ad esecuzione i propri atti, l'Unione non può fare a meno di servirsi delle burocrazie nazionali. Così come sono apparse eccessivamente restrittive le teorie che con riferimento agli atti affetti da anticomunitarietà individuano nella disapplicazione il rimedio più idoneo, non riconoscendo alla illegittimità per violazione del diritto europeo la stessa valenza lesiva di una qualsiasi altra inosservanza del diritto interno.

Eppure è indiscutibile come il diritto comunitario imponga alle amministrazioni nazionali condizioni e limiti nell'esercizio del potere di autotutela, influenzando gli aspetti strutturali e funzionali ad esso sottesi. Infatti, proseguendo sul cammino della teoria dell'integrazione, nella specifica materia trattata, il "punto di fusione" tra i due ordinamenti è rappresentato dall'art. 1 della legge n. 241 del 1990, anch'esso riformato nel 2005, che annovera tra i principi generali dell'attività amministrativa quelli discendenti dall'ordinamento comunitario: il principio di tutela del legittimo affidamento, il principio di certezza del diritto, il principio di leale cooperazione e il principio di proporzionalità, solo per citarne alcuni di stretto interesse, devono, quindi, trovare un'applicazione incondizionata nell'ordinamento interno, ribaltando gli

stereotipi e le pratiche non più ad essi conformi perseguiti dalle amministrazioni nazionali.

A ciò si aggiunga che l'esercizio del potere di autotutela, quale momento spiccatamente autoritativo, com'è stato recentemente evidenziato, impone un'accurata ponderazione dell'interesse pubblico con la tutela del privato e delle situazioni consolidate sulle quali lo stesso ha prestato affidamento, subentrando, in ipotesi sempre più numerose, quale terzo elemento di una siffatta valutazione, il rispetto dei vincoli normativi discendenti dall'appartenenza all'Unione.

Una lettura dell'autotutela nella sua dimensione europea consentirebbe di apprezzarne tutte le insite potenzialità nel contrasto dell'illegittimità, anche comunitaria, dell'azione amministrativa, e di perseguire, al contempo, gli obiettivi del contenimento della spesa pubblica, della deflazione del contenzioso e della tutela del legittimo affidamento serbato dai privati.

Basti pensare alle pressanti istanze provenienti dal diritto comunitario che spingono verso una sempre più decisa rispondenza degli Stati membri alle esigenze di effettività ed equivalenza della tutela, rispetto alle quali il riesame degli atti da parte delle singole amministrazioni potrebbe assurgere se non a pre-condizione della tutela stessa, almeno a sua proficua anticipazione.

Parimenti, le dinamiche della tutela giurisdizionale, anche a seguito della codificazione delle regole del processo amministrativo, risentono di questo pregnante potere dell'amministrazione di riesaminare i propri atti, che, se ragionevolmente esercitato, può deviare, anche repentinamente, il normale corso processuale e influire, addirittura, sul giudicato già formatosi, i cui effetti siano incompatibili con i principi di diritto comunitario in materia di ripartizione delle competenze tra autorità nazionali e istituzioni europee.

CAPITOLO I

IL POTERE DI AUTOTUTELA DELLE AMMINISTRAZIONI EUROPEE

1. *Il fondamento del potere amministrativo di autotutela nel diritto europeo dei trattati*

La concezione, maggiormente assentita, che qualifica l'Unione europea come una forma di potere pubblico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale[1], dotato di un ordinamento autonomo[2] non riconducibile né a una organizzazione internazionale[3], benchè altamente sofisticata[4], né a uno Stato federale, seppur inteso come unione di cittadini oltre che di Stati[5], riesce a fornire solo una immagine transitoria del profondo processo di integrazione europea, tutt'ora in atto, senza cogliere il profilo evolutivo di un soggetto politico e giuridico, che ha trasformato irreversibilmente il complessivo assetto del contesto europeo[6].

Tralasciando di accennare in questa sede al percorso storico-politico dell'Unione, per molti versi ancora incompiuto, soprattutto in termini di superamento del c.d. deficit democratico[7], nonostante il Trattato sull'Unione europea assicuri che il funzionamento dell'Unione "è fondato sulla democrazia rappresentativa"[8], balza, comunque, all'attenzione la persistente presenza al suo interno di organi decisionali del tutto privi di un collegamento elettorale diretto con le comunità di riferimento.

In un siffatto ordinamento, concretamente in divenire e sovraccaricato dalla gestione della crisi finanziaria in atto[9], si pongono ulteriori questioni

---

[1] Corte di giustizia UE, sentenza del 5 febbraio 1963, C-26/62, *Van Gend en Loos,* in *www.eur-lex.europa.eu*

[2] F. POCAR, *Diritto dell'Unione europea,* Milano, Giuffrè, 2010.

[3] U. DRAETTA, *Elementi di diritto dell'Unione europea,* Milano, Giuffrè, 2010.

[4] B. CONFORTI, *Diritto internazionale,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2013.

[5] C. ZANGHÌ, *Istituzioni di diritto dell'Unione europea. Verso una costituzione europea,* Torino, Giappichelli, 2003.

[6] S. BATTINI, *L'Unione europea quale originale potere pubblico,* in *Diritto amministrativo europeo,* a cura di M. P. CHITI, Milano, Giuffrè, 2013, 2; S. CASSESE, *Che tipo di potere pubblico è l'Unione europea?*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno,* 2002, 141 e ss.

[7] Vedi F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione europea e le procedure nazionali per l'esecuzione degli obblighi comunitari,* Torino, Giappichelli, 2007, 48 e ss.; M. GIULIANI, *Il deficit democratico dell'Unione,* Bologna, Il Mulino, 2004.

[8] I. M. MARINO*, Profili giuridici della democrazia nell'Unione Europea dopo il Trattato di Lisbona*, in *Diritto e processo amministrativo,* 2012, 13 e ss.

[9] G. AMATO - R. GUALTIERI, *Prove di Europa unita. Le istituzioni europee di fronte alla crisi,* Firenze, Passigli, 2013.

riguardanti nello specifico il riconoscimento in capo all'Unione di un potere amministrativo, con un grado di definizione almeno equivalente a quello degli Stati membri, nonchè il superamento, tendenzialmente non avvenuto, della dicotomia tra ordinamento sovranazionale e ordinamento interno, che condiziona fortemente tanto il momento normativo, quanto quello funzionale.

Le problematiche citate, per quanto risalenti nella loro percezione da parte della scienza del diritto amministrativo[10], risentono ancora oggi di una teorizzazione troppo slegata dallo studio dei singoli istituti tradizionali a favore di più prolifici filoni dottrinali dediti a ricercare a un livello superiore, prettamente costituzionale[11] e pluristrutturato[12], i tratti distintivi della integrazione europea[13].

La riflessione sulla natura sovraordinata dell'ordinamento europeo[14] e la consacrazione della esistenza di un diritto amministrativo proprio di tale realtà giuridica e politica rappresentano le premesse da cui trae origine questo lavoro, con il preciso intento di rappresentarne gli svolgimenti concreti e comprovarne la tenuta mediante l'analisi del potere di autotutela[15] dell'amministrazione europea.

---

[10] Vedi G. MELIS, *La storia del diritto amministrativo,* in *Trattato di diritto amministrativo,* a cura di S. CASSESE, *Parte generale,* Milano, Giuffrè, 2003, 97 e ss.; M. S. GIANNINI, *Scritti,* Milano, Giuffrè, 2003, 867 e ss.; da ultimo E. CHITI, *La scienza del diritto amministrativo e il diritto pubblico ultrastatale,* in *La scienza del diritto amministrativo nel seconda metà del XX secolo,* a cura di L. TORCHIA, E. CHITI, A. SANDULLI, R. PEREZ, Napoli, Editoriale Scientifica, 2008, 229 e ss. Per una lettura dei primi Autori impegnati nello studio della configurazione di un potere amministrativo europeo, P. DE CATERINI, *L'atto amministrativo delle comunità europee,* Milano, Giuffrè, 1967; G. SACCHI MORSIANI, *Il potere amministrativo delle Comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati,* Milano, Giuffrè, 1965.

[11] E. CHITI, *Le istituzioni europee, la crisi e la trasformazione costituzionale dell'Unione,* in *Giornale dir. amm.,* 2012, 783 e ss.

[12] R. ROLLI, *I caratteri "multilivello" del diritto amministrativo europeo,* in *www.giustamm.it,* 23 aprile 2008, 3 e ss.; S. MANGIAMELI, *L'amministrazione fra integrazione, unificazione e Verflechtung europea,* in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali*, a cura dell'AIC, Padova, CEDAM, 2007.

[13] A. SANDULLI, *La scienza italiana del diritto pubblico e l'integrazione europea,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2005, 859 e ss.

[14] S.CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali,* in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, 8 e ss.

[15] Nell'ordinamento interno, la nozione di autotutela amministrativa, che trova ampie convergenze con l'analogo istituto di matrice privatistica, è stata elaborata dalla dottrina a seguito della emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo (1865) e la creazione del sistema di giustizia amministrativa (1889): in tale intermezzo normativo, alla pubblica amministrazione furono riconosciuti da un lato il potere di curare i propri interessi fino alla più completa realizzazione, in attuazione del principio della pienezza della competenza (autotutela esecutiva), dall'altro lato la tutela delle situazioni giuridiche soggettive dei privati, mediante il ripristino della legalità violata e, se del caso, l'autocensura dei propri errori (autotutela decisoria), oltre alla potestà di revocare o modificare gli atti amministrativi su

Vertendo la presente trattazione su un "potere" deve, preliminarmente, acclararsi, come avviene per ogni altra estrinsecazione di stampo autoritativo, il fondamento normativo del potere stesso[16] e la sua natura giuridica, al fine di procedere a un inquadramento dogmatico che consenta di individuarne presupposti e limiti. Tale analisi si rende necessaria anche in ragione della vigenza nel diritto dell'Unione del principio di attribuzione, di cui all'art. 5, comma 3, del Trattato sull'Unione europea (di seguito TUE), in base al quale «*l'Unione agisce esclusivamente nei limiti delle competenze che le sono attribuite degli Stati membri nei trattati per realizzare gli obiettivi da questi stabiliti. Qualsiasi competenza non attribuita all'Unione nei trattati appartiene agli Stati membri*». Trattandosi, pertanto, di un ordinamento funzionalmente orientato, ne discende che ogni potere amministrativo deve avere come base normativa una disposizione dei trattati[17].

Nel diritto europeo, come in quello nazionale, ad ogni potere corrisponde una propria disciplina procedimentale di esercizio concreto dello stesso da parte delle autorità amministrative, pur potendosi, quasi sempre, rintracciare delle regole generali pressoché uniformemente applicabili, per gran parte frutto di elaborazione giurisprudenziale e di trasposizione dagli ordinamenti degli Stati membri.

Le previsioni del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (di seguito TFUE) dedicate alla qualificazione e regolamentazione del potere amministrativo sono ancora assai esigue e risentono della originaria ritrosia a riconoscere l'ordinamento comunitario come un sistema amministrativo a tutti gli effetti, tanto da arrivare a parlare, in un recente passato, di una vera e propria "questione amministrativa".

---

ricorso degli interessati (autotutela contenziosa), per come previsto dall'art. 4, comma 2, della legge 20 marzo 1865 n. 2248 (all. E).

[16] Sull'analoga difficoltà di individuare un fondamento giuridico del potere di riesame nell'ordinamento interno prima delle leggi n. 15 e n. 80 del 2005 di riforma della legge n. 241 del 1990, vedi F. SAITTA, *L'amministrazione delle decisioni prese: problemi vecchi e nuovi in tema di annullamento e revoca a quattro anni dalla riforma della legge sul procedimento,* in *Dir. soc.*, 2009, 583 e ss.

[17] B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi,* in M. P. CHITI (a cura di), *op. cit.,* 329 e ss.

Queste peculiarità, come è stato osservato, hanno a che fare con la difficoltà di riprodurre un modello europeo di amministrazione pubblica coerente con quello proprio dell'ordinamento nazionale: in effetti, fin dai primi anni di attività delle Comunità europee la dottrina più attenta rilevò come l'ordinamento comunitario mal si prestasse a essere inquadrato secondo il tradizionale schema della divisione dei poteri e delle funzioni, elaborato in riferimento all'assetto statuale[18]; in particolare, il modo peculiare in cui i Trattati disciplinano l'esecuzione del diritto dell'Unione, prevedendo a seconda dei casi poteri di normazione generale e astratta o di incidenza diretta su situazioni giuridiche concrete, determina l'assenza di una chiara distinzione tra funzione normativa e funzione amministrativa[19].

Un primo importante riferimento normativo, seppur indiretto, al potere amministrativo dell'Unione lo si può ricavare dall'art. 114 del TUE ai sensi del quale «*il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria e previa consultazione del Comitato economico e sociale, adottano le misure relative al ravvicinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative degli Stati membri che hanno per oggetto l'instaurazione ed il funzionamento del mercato interno*». Tale previsione, ritenuta da molti Autori la pietra angolare del sistema amministrativo comunitario[20], pur riferendosi principalmente al ravvicinamento delle legislazioni, riconosce anche l'importanza dell'armonizzazione delle disposizione regolamentari e amministrative vigenti negli Stati membri, definendosi di tal guisa un criterio generale di divisione dei compiti di esecuzione tra istituzioni europee e amministrazioni degli Stati membri.

Si tenga presente che l'esecuzione in via regolamentare e amministrativa del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri, i quali, come è noto, non possiedono eguali livelli di maturazione organizzativa delle istituzioni interne e

[18] Si vedano, ad esempio, gli studi di G. SACCHI MORSIANI, *op. cit.*, G. DE VERGOTTINI, *Note sugli atti normativi e amministrativi dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1963, 892 e ss.
[19] Cfr. S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario,* Torino, 2006, 99 e ss.
[20] Vedi F. ASTONE, *op. cit.*, 55 e ss.

della sensibilità amministrativa ad esse sottesa, ha reso necessaria la previsione di cui all'attuale art. 6 del TFUE il quale prevede che l'Unione ha competenza per svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare l'azione degli Stati membri in svariati settori, anche molto importanti come la tutela della salute umana, l'industria, l'istruzione e, appunto, la cooperazione amministrativa.

Si tratta di un'azione introdotta con la recente riforma dei trattati, che accanto alle rilevanti forme di cooperazione doganale, giudiziaria e di polizia, contemplano, all'art. 197 del TFUE, anche un impegno dell'Unione per sostenere gli sforzi degli Stati membri volti a migliorare la loro capacità amministrativa di attuare il diritto europeo. Da tale previsione si può rilevare un'attenzione rinnovata dell'ordinamento sovranazionale per l'attività amministrativa, riconoscendo alla stessa un ruolo essenziale per il buon funzionamento e l'attuazione effettiva del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri[21].

L'affermarsi di una vasta e articolata amministrazione europea, a seguito del progressivo ampliarsi delle competenze dell'Unione, emerge ora nettamente dall'art. 298 del TFUE, in cui si afferma che «*nell'assolvere i loro compiti le istituzioni, organi e organismi dell'Unione si basano su un'amministrazione europea aperta, efficace ed indipendente*»: una previsione sicuramente generica ma che rappresenta una solida base per le singole discipline di dettaglio e può meglio orientare la giurisprudenza[22]. Tale disposizione, come è stato evidenziato in dottrina, pur non fornendo una definizione positiva della nozione europea di amministrazione[23], ne riflette la complessità e la stratificazione, come

[21] Il TFUE istituzionalizza la cooperazione amministrativa, consentendo all'Unione europea di sostenere gli sforzi dei Paesi membri volti a migliorare la "*capacity building*" delle amministrazioni nazionali, in particolare attraverso lo scambio di informazioni e la mobilità di funzionari, nonché mediante programmi di formazione. In particolare, il Trattato prevede espressamente l'adozione di misure volte ad assicurare la cooperazione amministrativa tra i servizi competenti degli Stati membri e la Commissione europea, nei settori rientranti nello "Spazio di libertà, sicurezza e giustizia" (art. 74 TFUE), disponendo che le misure di cui all'articolo 74 TFUE siano adottate su proposta della Commissione, oppure su iniziativa di un quarto degli Stati membri (art. 76 TFUE).

[22] B. G. MATTARELLA, *op. cit.,* 339 e ss.

[23] Sulla multiformità della nozione europea di amministrazione pesa la pluralità di definizioni che ne ha dato la Corte di giustizia, la quale nella propria giurisprudenza – come è noto – ha ampliato e ristretto il perimetro della nozione di "pubblica amministrazione" a seconda dei casi, pervenendo a diverse definizioni, ad esempio, in materia di libera circolazione dei dipendenti pubblici o di individuazione dei soggetti tenuti al rispetto delle regole dell'evidenza pubblica in materia di appalti.

testimoniato dall'inciso per cui la funzione amministrativa è esercitata da "*istituzioni, organi e organismi*", tutti riconducibili all'Unione europea[24].

Bisogna, altresì, considerare quale ulteriore conseguenza della iniziale indistinzione nell'ordinamento europeo tra funzione normativa e funzione amministrativa, il maggiore spazio dedicato dai trattati alla tipizzazione degli atti delle amministrazione europee (artt. 288 e ss. del TFUE), alle procedure per la loro adozione (artt. 293 e ss. del TFUE) e alla portata del sindacato giurisdizionale sugli stessi (artt. 263 e ss. del TFUE)[25], a scapito degli aspetti legati alla disciplina del procedimento amministrativo [26].

Non soccorre a completare il quadro d'insieme il complesso delle previsioni riguardanti l'esercizio del potere amministrativo contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (di seguito CDUE)[27] e, in particolare, il diritto ad una buona amministrazione sancito dall'art. 41, il cui comma 1 afferma espressamente il diritto di ogni persona «*a che le questioni che la riguardano siano trattate in modo imparziale ed equo ed entro un termine ragionevole dalle istituzioni, organi e organismi dell'Unione*»[28].

---

[24] M. P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, in M. P. CHITI (a cura di), *op. cit.*, 177 e ss.

[25] L'art. 263 TFUE recita testualmente: *"La Corte di Giustizia dell'Unione Europea esercita un controllo di legittimità sugli atti legislativi, sugli atti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale europea che non siano raccomandazioni o pareri, nonché sugli atti del Parlamento europeo e del Consiglio europeo destinati a produrre effetti giuridici nei confronti dei terzi. Esercita inoltre un controllo di legittimità sugli atti degli organi o organismi dell'Unione destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi"*. A tal proposito si è, peraltro, espressa la stessa Corte che in alcune importanti pronunce ha chiarito la natura degli atti sui quali esercitare il controllo. Ricordiamo a tal proposito le seguenti sentenze: 31 marzo 1971, *Commissione c/ Consiglio*, causa 22/70, in *Racc.* 263; 23 aprile 1986, *Parti écologiste "Les Verts" c/ Parlamento europeo*, causa 294/83, in *Racc.* 1339; 15 marzo 2005, *Spagna c/ Eurojust*, causa C-160/03, in *Racc.* I-2077. Il fine della procedura è quello pervenire all'annullamento degli atti illegittimi (art. 264 TFUE).

[26] Sul punto F. BIGNAMI - S. CASSESE (a cura di), *Il procedimento amministrativo nel diritto europeo,* Milano, Giuffrè, 2004.

[27] Si badi bene che l'art. 6 del TUE stabilisce che "*l'Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea del 7 dicembre 2000, adattata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati*" ma contestualmente precisa che "l*e disposizioni della Carta non estendono in alcun modo le competenze dell'Unione definite nei trattati. I diritti, le libertà e i principi della Carta sono interpretati in conformità delle disposizioni generali del titolo VII della Carta che disciplinano la sua interpretazione e applicazione e tenendo in debito conto le spiegazioni cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti di tali disposizioni*".

[28] In ordine al concetto di "buona amministrazione", occorre rammentare che esistono, in ambito sovranazionale, almeno due distinte accezioni del medesimo: vi è infatti un *principio* di buona amministrazione, risultante dalla elaborazione della giurisprudenza europea, e vi è un *diritto* ad una buona amministrazione, direttamente ricavabile dal dettato della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, per come sopra riportato. Sul tema si veda fra tutti l'ampio lavoro di F. TRIMARCHI BANFI, *Il*

Dal catalogo delle norme appena passate in rassegna, sicuramente non esaustivo[29], già lacunose nel delineare in maniera compiuta il sistema amministrativo europeo nei suoi aspetti organizzativi e procedimentali, non pare potersi rinvenire alcun riferimento specifico al potere di autotutela delle stesse istituzioni sovranazionali, per come caratterizzato nella delimitazione del campo di indagine effettuata nelle considerazioni introduttive.

Ciò impone, ai fini del presente lavoro, di attingere all'opera di elaborazione di principi generali[30] e sistemazione di singoli istituti effettuata, nel corso dei decenni, dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, proprio per colmare gli inevitabili vuoti regolativi di un ordinamento di nuova costituzione e, tutt'ora, in evoluzione come quello europeo[31].

2. Il fondamento giurisprudenziale del potere di autotutela nell'ordinamento europeo

La disciplina del potere di autotutela nel diritto amministrativo europeo si è delineata, analogamente alla maggior parte degli altri istituti propri di questa branca, in base alla giurisprudenza della Corte di giustizia, la quale, in assenza di espresse disposizioni normative in materia, ha fatto ricorso ai principi generali del diritto[32], applicando il metodo della c.d. "comparazione critica o valutativa"[33].

---

diritto ad una buona amministrazione, in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *op. cit.*, 49 e ss.; M. TRIMARCHI, *The impact of Article 41 of the EU Charter of fundamental Rights on Italian Administrative Law: Some observations,* in *Ius Publicum*, 3/2012, *www.ius-publicum.it*; D. U. GALETTA, *Il diritto ad una buona amministrazione europea come fonte essenziale di garanzie procedimentali nei confronti della Pubblica Amministrazione,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2005, 819 e ss.

[29] Ad esempio per quanto concerne l'incidenza della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (di seguito CEDU) sull'esercizio dei poteri amministrativi, sia consentito rinviare a M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche,* Milano, Giuffrè, 2012.

[30] Sul ruolo di chiusura del sistema svolto dai principi generali del diritto comunitario si veda V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato,* in R. COSIO - R. FOGLIA, *Il diritto europeo nel dialogo delle corti,* Milano, Giuffrè, 2013, 348 e ss.

[31] In generale si veda J. ZILLER, *Diritto delle politiche e delle istituzioni dell'Unione europea,* Bologna, il Mulino, 2013.

[32] La categoria dei principi generali del diritto elaborata dalla Corte di giustizia comprende sia i principi che hanno un valore corrispondente a quelli costituzionali degli ordinamenti nazionali (come il principio di legalità o della certezza del diritto), sia i principi aventi una portata più circoscritta, definiti anche

Ai fini della definizione dei presupposti e i limiti del potere di autotutela delle amministrazioni europee, infatti, la giurisprudenza ha richiamato e combinato principi e regole che, pur non essendo effettivamente comuni a tutti gli ordinamenti, potessero risultare i più adeguati alla struttura e al funzionamento dell'ordinamento europeo.

Il metodo adottato dai giudici è quello che la dottrina designa, appunto, con il nome di comparazione critica o valutativa[34], consistente in una prima fase di indagine comparativa volta a determinare il diritto o l'istituto, sia nella sua portata che nei suoi limiti, ricavandolo dall'osservazione dei sistemi giuridici nazionali e considerando al contempo gli interessi propri dell'Unione. Il successivo approccio metodologico critico-valutativo si esplica in due momenti. Da una parte, l'accertamento dei fattori contenutistici degli ordinamenti nazionali viene condotto non al livello delle regolamentazioni specifiche ma si orienta alla ricerca dei valori che sottostanno alle stesse. Dall'altra parte, la costruzione della sintesi tra i vari ordinamenti e l'individuazione della soluzione da applicare a livello europeo non è condizionata dalla quantità degli ordinamenti convergenti, ma dalla qualità della soluzione da scegliere, in quanto la più adatta per essere

---

"principi generali amministrativi", comuni agli Stati membri (ad es. il principio di non retroattività degli atti amministrativi) o derivanti dalla particolare esperienza giuridica di alcuni di essi (vedi il principio del legittimo affidamento). In alcuni casi (come è avvenuto per il principio di proporzionalità), una volta elaborati dalla Corte, alcuni principi sono poi stati trasposti e fatti propri dai singoli ordinamenti nazionali. Sul punto G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi del diritto amministrativo europeo*, Torino, Giappichelli, 2010; A. MASSERA, *I principi generali,* in M. P. CHITI - G. GRECO (a cura di), *op. cit.*, 285 e ss.; J. SCHWARZE, *Rules and general principles of European Administrative Law*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2004, 1219 e ss.; M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa,* Milano, Giuffrè, 2006, 230 e ss.

[33] Sul punto cfr. M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo,* Milano, Giuffrè, 2012, e in particolare il contributo di D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo,* 50 e ss., che parla di una circolazione non solo in senso verticale dei principi, ma anche inevitabilmente orizzontale, in quanto i principi provenienti dagli ordinamenti nazionali, una volta incorporati nel diritto giuridico comunitario sono di nuovo immessi attraverso di questo negli altri ordinamenti nazionali, in virtù della loro forza espansiva.

[34] Sul metodo della comparazione critica o valutativa, cfr. L. COZZOLINO, *Le tradizioni costituzionali comuni nella giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee,* in *http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/copanello020531/cozzolino.html*; G. FALCON, *Dal diritto amministrativo nazionale al diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 360; M. P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1991, 797 e ss.

fatta propria dall'ordinamento europeo e la più accettabile dai differenti ordinamenti nazionali.

La Corte di giustizia ha fatto ricorso al metodo appena descritto già in una delle sue prime pronunce, la nota sentenza *Algera* del 12 luglio 1957[35].

A seguito dei ricorsi presentati da alcuni dipendenti dell'amministrazione europea contro la revoca dei decreti che avevano concesso loro dei diritti statutari, la Corte è stata chiamata a esaminare se il ritiro di tali atti fosse giuridicamente possibile, dovendo, tuttavia, prendere atto, fin dalle prime righe del provvedimento giurisdizionale, della mancanza nel trattato di una norma giuridica applicabile alla fattispecie, e, decidendo, per non denegare giustizia, di risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei paesi membri.

La pronuncia affermò, infatti, che il principio generale della revocabilità degli atti amministrativi illegittimi era, al tempo, riconosciuto in tutti gli ordinamenti dei sei Stati membri, sebbene le modalità della sua applicazione variassero in ciascuno Stato. In linea generale, i sistemi amministrativi degli Stati membri ammettono che un'amministrazione possa procedere, a prescindere dalla presentazione di istanze o reclami da parte dei soggetti interessati, al riesame e alla eventuale caducazione di propri atti.

Afferma la Corte: "*circa la possibilità di una revoca degli atti, trattasi di un problema di diritto amministrativo ben noto nella giurisprudenza e nella dottrina di tutti i paesi della comunità ma per la cui soluzione il trattato non contiene alcuna norma giuridica. La Corte, per non denegare giustizia, è pertanto tenuta a risolvere tale problema informandosi alle leggi, alla dottrina ed alla giurisprudenza dei paesi membri. Da un esame di diritto comparato risulta che nei sei stati membri un atto amministrativo creatore di diritti*

[35] Corte di giustizia UE, sentenza del 12 luglio 1957, *Algera Dineke ed altri c/ Alta Autorità CECA*, cause riunite 7/56 e 3/57 a 7/57, in *Racc.* 1957, 81 e ss.; cfr. anche Corte di giustizia UE, sentenza 9 marzo 1978, causa 54/77, *Herpels* c/ *Commissione*, in *Racc.* 1978, 585, punto 38; sentenza del 17 aprile 1997, *De Compte* c/ *Parlamento europeo*, causa C-90/95 P, in *Racc*. 1997, pagina I-1999, punto 35; Tribunale di primo grado, sentenza del 10 luglio 1997, *AssiDomän Kraft Products AB* c/ *Commissione*, causa T-227/95, in *Racc*. 1997, II-1185, punti 89 e 90; sentenza del 21 luglio 1998, *Mellet* c/ *Corte di Giustizia*, cause riunite T-66/96 e T-121/97, in *Racc.* 1998, II-1305, punti 120-121.

*soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal caso l'atto in parola fa sorgere un diritto soggettivo, la necessita di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola. Ciò vale in ispecie per la nomina dei funzionari. [...] Va posto in rilievo che se tale principio è generalmente ammesso, le modalità della sua applicazione variano. In diritto francese si richiede che l'atto illegale sia revocato prima della scadenza del termine previsto per l'impugnazione in sede giurisdizionale e, qualora sia stato presentato ricorso, prima dell'emanazione della sentenza; il diritto belga, quello lussemburghese e quello olandese sembrano seguire, tolte lievi varianti, analoghi criteri. Il diritto tedesco non prevede invero alcun termine per l' esercizio del diritto di revoca, salvo nei casi in cui esso sia previsto da una speciale norma. Così la legge federale sul pubblico impiego nel suo art. 13 ammette la revoca della nomina solo nel termine di sei mesi. Tuttavia è generalmente ammesso che il principio del rispetto della buona fede (*treu und glauben*) s'oppone ad una revoca indebitamente tardiva, cioè che abbia luogo ad una data di molto posteriore a quella in cui la revoca avrebbe potuto venir fatta. La giurisprudenza e la dottrina si richiamano in proposito anche alla nozione della rinuncia (*verzicht*) e della preclusione (*verwirkung*) del diritto di revoca. Il diritto italiano è particolarmente preciso in materia. Ogni atto amministrativo viziato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere può venir annullato* ex tunc *dall'amministrazione che l'ha emanato, senza pregiudizio dei diritti soggettivi che esso può aver fatto sorgere. Tale revoca può essere pronunciata in qualsiasi momento; nessun termine per l'esercizio del diritto di revoca è dunque previsto. Tuttavia, secondo la dottrina e la giurisprudenza, una revoca intervenuta con indebito ritardo può configurare un caso di eccesso di potere; è inopportuno annullare fatti avvenuti da lunga data, anche se contrari alla legge, a meno che gravi ragioni di pubblico interesse esigano la revoca. La revocabilità di un atto amministrativo illegale è dunque ammessa in tutti gli Stati membri*".

I giudici del Lussemburgo hanno conseguentemente riconosciuto in capo alle istituzioni europee un potere generale di revisione e di caducazione dei provvedimenti amministrativi, connotando il potere in parola, come vedremo nei paragrafi successivi, di caratteri originali e autonomi rispetto alle esperienze nazionali da cui è stato originariamente mutuato[36].

3. *I tratti caratteristici del potere di autotutela nell'elaborazione della giurisprudenza comunitaria: la sentenza Algera*

Con la sentenza *Algera* la Corte di giustizia non si è limitata a individuare una matrice, seppur giurisprudenziale, al potere di autotutela delle amministrazioni europee, ma, come accennato in conclusione del paragrafo precedente, ha posto le basi per la definizione della disciplina di tale potere, superando, per certi versi, gli approdi cui gli ordinamenti nazionali dell'epoca erano giunti.

Dalla lettura della sentenza emerge la necessità di operare una prima precisazione di stampo letterale. E' di tutta evidenza, infatti, che non vi è una piena corrispondenza tra la terminologia impiegata nel diritto amministrativo europeo e quella in uso nei singoli Stati membri[37]. La Corte si avvale genericamente del termine *revoca* per indicare ogni forma di ritiro di un atto amministrativo, senza ulteriori distinzioni che tengano conto delle diverse categorie di provvedimenti adottabili in sede di autotutela[38]. Ciò richiede, in assenza di una nozione positivizzata, e a fronte di una costruzione giurisprudenziale della stessa, come tale suscettibile di rivisitazione, che

[36] Per una sintetica ricostruzione dell'istituto si veda A. DAMATO, *Revoca di decisione illegittima e legittimo affidamento nel diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2/1999, 299 e ss.

[37] Come ha sottolineato, di recente, autorevole dottrina va abbandonato "*l'approccio nazionale al diritto comunitario, perfino sul piano terminologico*" optando, invece, per un più corretto "*approccio comunitario al diritto*", così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, CEDAM, 2009, XIV.

[38] Nell'ordinamento italiano, in generale, si distingue tra: annullamento di atti amministrativi illegittimi; revoca degli atti divenuti inopportuni o non più rispondenti all'interesse pubblico primario; rimozione (o abrogazione) per la sopravvenienza di circostanze di fatto o di diritto che rendono illegittima la permanenza di un provvedimento; mero ritiro di atti preparatori o non ancora resi esecutivi dall'autorità di controllo, si veda E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, Giuffrè, ult. ed.

l'approccio interpretativo non sia prettamente letterale e sia volto piuttosto ad analizzare la sostanza dei singoli provvedimenti[39].

Effettuata questa doverosa precisazione per non ingenerare confusione a causa dei termini utilizzati nel presente lavoro, occorre mettere in rilievo i tratti distintivi del potere di autotutela, per come evincibili dalla pronuncia in esame.

Il potere di autotutela viene, anzitutto, configurato quale attribuzione che accede alle competenze amministrative sostanziali delle istituzioni europee, senza necessità di una ulteriore disposizione legislativa di conferimento. La Corte, infatti, accogliendo «*il principio della revocabilità degli atti amministrativi illegali*», ha implicitamente ammesso che tale potere accede alla competenza sostanziale già riconosciuta all'Unione[40] e non presuppone, pertanto, una distinta norma attributiva[41].

Proseguendo nell'esame della sentenza, che aderisce alle conclusioni asseritamente formulate dall'Avvocato generale, leggiamo che «*il fatto stesso che un atto amministrativo sia stato emanato fa sorgere la presunzione della sua validità*» e, pertanto, al di fuori dei casi determinati in cui «*l'illegittimità di un atto amministrativo individuale comporta la sua nullità di pieno diritto*», di regola «*tale atto può essere reso inoperante soltanto da revoca o da annullamento in sede giurisdizionale e nei limiti in cui questi siano leciti*».

Per la Corte, affinché un'istituzione dell'Unione possa in maniera legittima «*rendere inoperante un atto amministrativo da cui sorgano diritti soggettivi e che sia stato illegittimamente emanato*», deve farlo*"entro un termine ragionevole"*, evitando, peraltro, nei casi di illegittimità parziale di procedere alla

[39] Dall'analisi della normativa e della giurisprudenza comunitaria può abbozzarsi una distinzione di massima della terminologia utilizzata: il termine riesame è usualmente impiegato riguardo al procedimento di secondo grado che può eventualmente condurre all'adozione di un provvedimento di autotutela; per revoca si intende genericamente il provvedimento amministrativo espressione del potere di autotutela, includente sia l'annullamento per illegittimità che la revoca per inopportunità o per nuovi motivi sopravvenuti; il ritiro indica invece il provvedimento con il quale vengono revocati al privato abilitazioni, permessi, licenze, patenti e altri atti originati da precedenti poteri autorizzatori.

[40] In particolare le competenze dell'Unione possono suddividersi tra competenze orizzontali, che disciplinano la divisione dei poteri tra le Istituzioni europee, e competenze verticali, che attengono al rapporto tra gli Stati membri e l'Unione.

[41] A. ESPOSITO, *La revoca degli atti amministrativi comunitari,* in collana *Europapers,* Università degli Studi Roma Tre, n. 11/2001.

revoca dell'intero atto «*a meno che esso perda la sua ragione d'essere una volta annullatane la parte viziata*».

Sempre con la sentenza *Algera* del 1957, si introduce un ulteriore corollario del principio generale della revocabilità degli atti amministrativi, specificando che solo quelli illegittimi sono revocabili, mentre «*un provvedimento amministrativo legittimo e da cui sorgano diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir reso inoperante mediante atto unilaterale*».

I brevi passaggi del provvedimento giurisdizionale sopra riportati, di cui si approfondiranno gli aspetti più rilevanti nei paragrafi che seguono, anche alla luce della successiva evoluzione giurisprudenziale, mettono in rilievo l'importanza del tema affrontato, che involge, da un lato, l'esigenza di ogni amministrazione, non esclusa quella europea, di assicurare la cura e l'attualità dell'interesse pubblico anche con riferimento a decisione già prese e che necessitano di essere riesaminate; dall'altro, l'indiscutibile valenza di interessi cc.dd. secondari[42] e di diritti soggettivi acquisiti in forza del provvedimento di primo grado che richiedono, quantomeno, un'opera di comparazione e bilanciamento, in alcuni casi, di ristoro per eventuali pregiudizi subiti[43].

4. *I principi di portata generale elaborati dalla giurisprudenza comunitaria*

La giurisprudenza consolidata della Corte di giustizia nell'affermare il principio generale della revocabilità, anche con effetti retroattivi, degli atti amministrativi illegittimi da parte dell'istituzione o dell'organo che li ha emanati ha, tuttavia, assoggettato l'esercizio di tale potere ad una serie di presupposti e

[42] Sul punto la dottrina è divisa. Vi è chi come A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni,* in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento,* Torino, Giappichelli, 2005, 217, e G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa,* Padova, CEDAM, 2004, 93 e ss., attribuiscono una valenza nei procedimenti di riesame anche a tali interessi non presi originariamente in considerazione o manifestatisi successivamente alla emanazione del provvedimento; non riconosce, invece, la valenza nel riesame di un provvedimento amministrativo di interessi ulteriori rispetto a quelli valutati nel procedimento di primo grado M. ALÌ, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi,* in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 527 e ss.

[43] Sul ruolo dell'interesse pubblico si veda F. SAITTA, *op. cit.,* 587 e ss.

condizioni sempre più rigorosi, allo scopo di garantire la certezza del diritto e di tutelare l'affidamento dei destinatari dell'atto[44].

Anche in presenza di un provvedimento illegittimo, infatti, il principio di legalità dell'azione amministrativa deve essere contemperato con quelli della certezza del diritto[45] e della tutela del legittimo affidamento, secondo criteri di composizione che, per la giurisprudenza più risalente[46], poggiavano sulla distinzione tra provvedimenti che creano situazioni soggettive (c.d. attributivi o costitutivi) e atti meramente dichiarativi (o ricognitivi), prospettata dalla Corte ricorrendo a categorie proprie del diritto e della giurisprudenza amministrativa francese, che distingue, appunto, le *décisions attributives* dalle *décisions récognitives*[47]. Con la prima tipologia di provvedimenti, una istituzione o un organo dell'Unione, nell'esercizio di un potere discrezionale attribuito dai trattati o dal diritto derivato, disciplina un rapporto giuridico con un altro soggetto attribuendo ad esso una posizione di vantaggio, la quale pertanto trova la sua fonte nel provvedimento amministrativo stesso. Con gli atti meramente dichiarativi l'autorità amministrativa si limita, invece, a rendere operative disposizioni di diritto primario o derivato, verificando la sussistenza nel caso concreto dei presupposti, obbiettivamente verificabili, richiesti dalle norma per il prodursi di effetti giuridici. Poiché l'amministrazione non ha alcuna discrezionalità in merito all'adozione dell'atto, la posizione di vantaggio dell'amministrato discende direttamente dal trattato o dal diritto derivato.

---

[44] Corte di giustizia UE , sentenza 13 luglio 1965, *Lemmerz-Werke* c/ *Alta Autorità*, causa 111/63, in *Racc.* 1965, 972; sentenza 3 marzo 1982, *Alpha Steel* c/ *Commissione,* causa 14/81, in *Racc.* 1982, 749; sentenza 26 febbraio 1987, *Consorzio Cooperative D'Abruzzo* c/ *Commissione*, causa 15/85, in *Racc.* 1987, p. 1005, punti 12-17; sentenza 20 giugno 1991, *Cargill* c/ *Commissione,* causa C-248/89, in *Racc.* 1991, p. I-2987, punto 20; sentenza 17 aprile 1997, *De Compte* c/ *Parlamento,* in causa C-90/95, in *Racc.* 1997, p. I-1999, punto 35.

[45] F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria ed interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi ed istituzionali*, Milano, Giuffrè, 2010, 82 e ss.

[46] Infatti, a partire dalla sentenza la distinzione tra le due categorie di atti appare ormai superata dalla giurisprudenza più recente con la costruzione di un regime sostanzialmente unitario del potere di ritiro degli atti illegittimi.

[47] Sul punto G. BRAIBANT - B. STIRN, *Le droit administratif français,* Parigi, Amphi - Dalloz, 2005; D. CORLETTO, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, CEDAM, 2007, 6 e ss.

Una ulteriore distinzione operata dalla giurisprudenza riguarda gli effetti prodotti dalla revoca, secondo le circostanza del caso, ora *ex tunc,* ora *ex nunc*, traendo in questo aspetto particolare ispirazione dalle previsioni dell'ordinamento tedesco[48]. Quanto alla revoca volta ad eliminare retroattivamente gli effetti del provvedimento originario, la giurisprudenza sopranazionale richiede una valutazione comparativa degli interessi in discussione, che dovranno essere puntualmente individuati e scrutinati anche alla luce del fattore tempo, che potrebbe diventare ostativo al ritiro dell'atto, ove sia trascorso, dall'adozione di quest'ultimo, un lasso temporale significativo non ritenuto più "ragionevole" a giustificare una siffatta decisione a fronte di un affidamento del privato ormai stabilizzato[49]. Diversamente, nel caso in cui la revoca dispieghi i propri effetti in maniera irretroattiva, ad essa potrà farsi pacifico ricorso, col supporto di una attività valutativa ridotta, lasciando intatte le situazioni giuridiche già consolidatesi.

Tali effetti, peraltro, avranno differenti esiti nel caso di provvedimenti amministrativi legittimi o illegittimi. Se non sussistono dubbi sulla revocabilità degli atti amministrativi affetti da illegittimità, seppur alle condizioni e con i limiti a cui è stato accennato, la giurisprudenza consolidata esclude tassativamente la revocabilità con effetti retroattivi degli atti amministrativi legittimi che conferiscono diritti soggettivi o altri vantaggi giuridici, a meno che non sussistano alcune circostanze eccezionali quali, ad esempio, quelle in cui il provvedimento sia stato emanato sulla base di false o incomplete informazione fraudolentemente fornite dai soggetti interessati. Sin dalle prime pronunce in materia[50], infatti, è stata affermata, per un verso, la regola generale per cui, ai fini della revoca di un atto, è necessario contemperare il principio di legittimità

[48] M. RAGAZZO, *op. cit.,* 203 e ss.

[49] L. M. CARUSO, *Potere di autotutela, principio di affidamento e discrezionalità della pubblica amministrazione,* in *Giur. merito,* 2010, 1409.

[50] Corte di giustizia UE, sentenza del 22 marzo 1961, *Societé Nouvelle des Usines de Pontlieue-Acieres du Temple* c/ *Alta Autorità CECA,* cause congiunte 42 e 49/59, in *Raccolta* 1961; in particolare, si veda il paragrafo 99, dove si afferma che "*il principio della certezza del diritto, per quanto importante, non va applicato in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità; la decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto*".

dell'azione amministrativa con quello di certezza del diritto, mediante la ponderazione degli interessi pubblici e privati in gioco; per altro verso, è stato specificato che, trattandosi di atti legittimi, «*dal momento che un diritto soggettivo è stato conferito, il bisogno di salvaguardare l'affidamento nella stabilità della situazione così creata prevale sugli interessi di un'amministrazione a revocare la propria decisione*»[51]. In tal caso, l'atto di revoca con efficacia *ex tunc* risulterebbe contrario ai principi giuridici generali e suscettibile, quindi, di annullamento in via giurisdizionale, ai sensi dell'articolo 263 del TFUE, statuendosi, in tal modo, la prevalenza automatica del legittimo affidamento del destinatario di un provvedimento legittimo favorevole rispetto ad ogni interesse, anche pubblico, confliggente.

E ancora, al fine di definire le regole da applicarsi al caso concreto, si dovrà vagliare se trattasi di provvedimenti favorevoli o sfavorevoli per il destinatario. Mentre quanto finora affermato può ben valere per i provvedimenti che attribuiscono posizioni di vantaggio, per quanto riguarda il riesame degli atti che impongono, invece, oneri ai diretti destinatari, la Corte di giustizia ha più volte ribadito che l'amministrazione, nell'esercizio dei suoi generali poteri di autotutela, possa procedere alla rimozione di provvedimenti, legittimi o illegittimi, sfavorevoli per i destinatari in presenza di cause di revoca e ferma restando, in ogni caso, la garanzia della certezza del diritto. In particolare, è stato affermato il dovere generale dell'amministrazione di procedere alla caducazione o alla modifica dei provvedimenti preesistenti, ove occorra «*rettificare qualsiasi errore giuridico o di fatto e qualsiasi valutazione di cui l'esperienza abbia dimostrato l'imprecisione o la lacunosità*»[52].

[51] Corte di giustizia UE, sentenza *Algera* del 12 luglio 1957, *cit. supra*.
[52] Corte di giustizia UE, sentenza 3 marzo 1971, *Acciaierie Riva* c/ *Commissione*, causa 2/70, *Racc.* 1971, 97, paragrafo 7. La giurisprudenza si è, inoltre, pronunciata (ad esempio nella sentenza 22 marzo 1961, *S.N.U.P.A.T.* c/ *Alta Autorità CECA*) sulla revocabilità di provvedimenti produttivi al tempo stesso di effetti favorevoli per alcuni soggetti e sfavorevoli per altri. In tal caso, la Corte di giustizia ha ritenuto di dovere applicare, a tutela dell'affidamento dei beneficiari, i principi elaborati con riguardo alla revoca di provvedimenti favorevoli.

5. *La giurisprudenza successiva alla sentenza Algera*

Il potere di autotutela dei provvedimenti amministrativi nell'ordinamento europeo richiede un'analisi della evoluzione della giurisprudenza, in particolare della Corte di giustizia, la quale, sin dalle sue prime pronunce, ha individuato i principi cardine e i limiti di tale potere per sopperire al silenzio del legislatore, essendo implicati, da un lato la tutela di situazioni giuridiche soggettive, spesso peraltro consolidate, dall'altro esigenze delle autorità amministrative di cura dell'interesse pubblico e di ripristino della legalità.

A pochi anni dalla sua istituzione[53], la Corte ha visto sottoposti al suo sindacato numerosi casi aventi ad oggetto la revoca di decisioni assunte dalle istituzioni comunitarie, e, subito dopo la sentenza *Algera* del 1957, ha avuto modo di pronunciarsi a più riprese, mantenendo un orientamento costante, sulla problematica in esame.

Nella sentenza *S.N.U.P.A.T.*[54], la Corte ha chiarito come una determinazione amministrativa illegittima possa sempre revocarsi con effetti *ex nunc*, mentre una revoca con effetti *ex tunc* deve sempre essere preceduta da un bilanciamento degli interessi sottesi alla caducazione dell'atto ovvero alla sua conservazione. Infatti, l'eliminazione retroattiva di un provvedimento illegittimo può disporsi qualora, tenuto conto delle circostanze, l'interesse pubblico a far salvo il principio di legittimità prevalga sull'interesse dei beneficiari al mantenimento di una situazione giuridica acquisita.

La prevalenza dell'interesse pubblico si ha, dunque, nel caso in cui la decisione illegittima abbia prodotto effetti dannosi per i controinteressati, o sia stata adottata sulla base di inesatte e incomplete indicazioni fornite dai destinatari dell'atto. Il caso riguardava alcuni provvedimenti mediante i quali l'Alta Autorità della CECA aveva ammesso delle deroghe al regime di perequazione dei rottami metallici e la ricorrente aveva lamentato la mancata revoca delle stesse deroghe

[53] Il 18 aprile del 1951, a Parigi, i sei paesi aderenti firmarono il Trattato istitutivo della CECA nonché un Protocollo sui privilegi e le immunità della Comunità, un Protocollo sullo statuto della Corte di giustizia e un Protocollo sulle relazioni con il Consiglio d'Europa: vennero in tal modo gettate le basi dell'Europa comunitaria.

[54] Corte di giustizia UE*, cit. supra.*

nei confronti delle imprese concorrenti, reputate illegittime alla luce della giurisprudenza in materia.

La pronuncia *Hoogovens*[55], in cui la ricorrente era una impresa siderurgica penalizzata dalla revoca *ex tunc* delle deroghe al regime di perequazione dei rottami metallici, emanata a seguito della stessa sentenza *S.N.U.P.A.T.*, precisa l'indirizzo interpretativo della Corte chiarendo, anzitutto, come il bilanciamento di interessi sotteso alla scelta della eliminazione *ex nunc* o *ex tunc* di un provvedimento illegittimo debba farsi in concreto, avuto riguardo agli interessi delle imprese coinvolte e all'interesse ad un corretto funzionamento del mercato concorrenziale. La posizione del soggetto giuridico beneficiario del provvedimento oggetto di revoca ha un rilievo primario ai fini della decisione se attribuire all'intervento in autotutela efficacia retroattiva o meno, considerato che, a fronte di provvedimenti non costitutivi di diritti ma meramente ricognitivi, la revoca può giungere anche dopo un periodo temporale abbastanza ampio.

A conclusioni analoghe la Corte è addivenuta con la pronuncia *Lemmerz-Werke*[56], in cui si sono stati riaffermati i principi sopra esposti e poi ribaditi anche in successive sentenze, fra le quali merita di essere citata quella relativa al caso *Herpels*[57]: il ricorrente, cittadino belga, si trasferiva in Lussemburgo, in quanto impiegato dell'Alta Autorità CECA, godendo, per il periodo di soggiorno all'estero di una indennità di espatrio, che continuava a percepire, anche una volta tornato a lavorare in sede a Bruxelles, per un errore nella interpretazione della normativa di riferimento, finché durante una ispezione contabile venne scoperto l'ammanco e revocata la sovvenzione. La Corte ha confermato la legittimità della suddetta revoca, precisando, tuttavia, come il lungo periodo di tempo decorso dalla emanazione del provvedimento alla sua caducazione

[55] Corte di Giustizia UE, sentenza del 12 luglio 1962, *koninklijje Nederlands Hoogovens* c/ *Alta Autorità CECA,* causa C-14/61, in *www.eur-lex.europa.eu*

[56] Corte di giustizia UE, sentenza del 13 luglio 1965, *Lemmerz Werke GMBH* c/ *Alta Autorità CECA,* C-111/63: la Corte ha escluso che l'amministrazione possa procedere alla revoca dell'atto illegittimo, ove la medesima abbia commesso "*un errore sostanziale nel valutare il diritto dell'interessato di fare affidamento sulla stabilita della situazione ovvero abbia dato prova, nel suo comportamento verso l'interessato, di negligenza o d'imprecisione*".

[57] Corte di giustizia UE, sentenza 8 marzo 1978, *Anton Herpels* c/ *Commissione delle Comunità europee,* C-54/77, in *www.eur-lex.europa.eu*

impedisse di procedere a una revoca *ex tunc*, permettendo soltanto l'eliminazione dell'indennità per il futuro[58].

La giurisprudenza appena descritta conferisce all'amministrazione europea un'ampia discrezionalità in ordine alla emanazione di provvedimenti di revoca sottoponendola, tuttavia, al rispetto di precise regole giuridiche connesse in particolare al decorso del tempo. A partire, infatti, dalla sentenza *Alpha Steel*[59], la Corte di giustizia ha statuito, riferendosi a qualsiasi tipologia di atto illegittimo, sia dichiarativo che costitutivo, che la revoca è subordinata al passaggio di un periodo di tempo ragionevole e al rispetto del legittimo affidamento del destinatario del provvedimento, addirittura ponendo tale limite persino nelle ipotesi in cui gli interessati siano stati coscienti del venir meno dei presupposti di fatto o diritto su cui si fonda il provvedimento che attribuisce ad essi una posizione di vantaggio[60]. Quest'ultimo sviluppo giurisprudenziale assume un particolare rilievo, in quanto fondato sull'acquisita consapevolezza della autonomia della tutela del legittimo affidamento rispetto alla garanzia della certezza e stabilità delle relazioni giuridiche.

Vi sono, però, dei casi eccezionali in cui una revoca retroattiva è stata dichiarata illegittima dalla Corte: si fa riferimento al caso *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*[61] e a quello *De Compte*[62].

---

[58] La pronuncia, in particolare al punto 38, statuisce che "*l'abrogazione per il futuro di un atto viziato o errato risulta sempre possibile*", rilevando (punto 39) che "*in ogni caso nel diritto del pubblico impiego, l'attribuzione o la continuazione irregolare di elementi della retribuzione non possono creare diritti quesiti tali da ostare all'abrogazione*", nonostante tale attribuzione nel caso di specie avesse avuto una durata di circa sette anni. Tale impostazione, come meglio si vedrà, sembra fondata sull'affermazione di una presunzione di conoscenza, da parte dei dipendenti, delle disposizione delle disposizioni dello Statuto del personale (punti 40-41) applicabili al caso concreto, presunzione che impedirebbe appunto la formazione di un legittimo affidamento.

[59] La sentenza *Alpha Steel, cit. supra*, punti 10 e ss., individua, infatti, il regime di revocabilità degli atti illegittimi richiamando sia pronunce relative ad atti costitutivi (*Algera*) che pronunce concernenti atti dichiarativi (*Hoogovens* e *Lemmerz-Werke*). Si veda anche la sentenza 12 novembre 1985, *Ferriere San Carlo* c/ *Commissione,* causa 344/85, in *Racc.* 1987, 4435.

[60] Corte di giustizia UE, sentenza del 17 novembre 1987, *RVS c/ Commissione*, causa 223/85, in *Racc.* 1987, 4617. La giurisprudenza costante ha affermato, tuttavia, che il legittimo affidamento non può essere invocato in caso di violazione manifesta della normativa vigente: Corte di giustizia UE, sentenza 12 dicembre 1985, *Sideradria* c/ *Commissione*, causa 67/84, in *Racc.* 1985, 3983, paragrafo 21; Tribunale di primo grado, sentenza 24 aprile 1996, *Transacciones Maritimas SA* c/ *Commissione*,causa T-551/93, in *Racc.* 1996, p. II-247, paragrafi 59 e 116.

[61] Corte di giustizia UE, sentenza del 26 febbraio 1987, *Consorzio cooperative d'Abruzzo* c/ *Commissione delle Comunità europee*, C-15/85, in *www.eur-lex.europa.eu*

La prima pronuncia ha ad oggetto la richiesta di annullamento di una decisione emessa dalla Commissione nel 1984 mediante la quale veniva revocata e sostituita una precedente decisione del 1978, modificata nel 1982, con la quale il FEAOG erogava a favore del Consorzio un contributo per la realizzazione di un centro regionale di lavorazione mosti e imbottigliamento vini. La Corte di giustizia, pur ritenendo la decisione del 1982 afflitta da meri errori di calcolo e, in quanto tale, semplicemente annullabile, ma non inesistente, si richiamò ai propri precedenti per valutare in che misura la Commissione avrebbe potuto procedere a una revoca *ex tunc*. Fu rilevato in particolare come il Consorzio avesse fatto pieno affidamento sulla decisione del 1982, ritenendo che definisse in maniera corretta l'importo della sovvenzione dovuta. Ciò che, comunque, appariva dirimente ai fini dell'annullamento del provvedimento di revoca era l'eccessivo lasso di tempo intercorso fra la emanazione dell'atto e il suo ritiro in sede amministrativa. La Commissione aveva lasciato decorrere, infatti, due anni senza porre rimedio alla illegittimità del provvedimento del 1982 e non poteva, dunque, revocare retroattivamente il provvedimento con la pretesa di ottenere la restituzione delle somme erogate al Consorzio.

Il secondo caso, invece, traeva origine dalle vicende professionali di un impiegato contabile presso il Parlamento europeo, presunta vittima di vessazioni sul luogo di lavoro e destinatario di sanzioni disciplinari che lo avevano retrocesso a mansioni inferiori. Dopo una lunga controversia in merito alla legittimità della sanzione irrogata tenutasi innanzi al Tribunale di primo grado, l'amministrazione, all'esito di una visita medica, accertò un grave stato di alterazione psicofisica dell'impiegato dovuto allo stress lavorativo ed emanò pertanto una decisione mediante la quale corrispondeva allo stesso una indennità per invalidità permanente. Alcuni mesi dopo, tuttavia, all'esito di un più attento esame della vicenda revocò tale decisione ritenendola illegittima ma la Corte affermò, a favore del ricorrente, che il breve periodo di appena pochi mesi

[62] Corte di giustizia UE, sentenza del 17 aprile 1997, *Henry De Compte* c/ *Parlamento europeo,* C-90/95, in *www.eur-lex.europa.eu*

intercorso dal riconoscimento della invalidità fosse sufficiente ad ingenerare nel signor De Compte un legittimo affidamento in ordine ad una conclusione positiva della vicenda personale e professionale di cui era stato protagonista, senza che venissero peraltro in rilievo interessi pubblici rilevanti e prevalenti. La dottrina[63] ha sottolineato come la Corte abbia, attraverso tale sentenza, adottato un nuovo metodo di valutazione denominato *"two step analysis approach"*, attraverso il quale si attribuisce una tutela alle situazioni giuridiche dei privati a due differenti momenti: una prima indagine (*first step*) è rivolta a verificare in concreto il legittimo e oggettivo affidamento nei confronti del provvedimento amministrativo illegittimo, serbato dai privati, sui quali incombe l'onere della prova; un secondo livello di analisi (*second step*) è finalizzato invece a individuare eventuali interessi pubblici prevalenti, di cui è portatrice l'amministrazione comunitaria. Altri Autori hanno evidenziato il duplice limite di questa impostazione seguita dalla Corte nella sentenza *De Compte*, in cui, oltre alla correttezza del comportamento del beneficiario, assurge a motivo ostativo alla revoca del provvedimento anche l'assenza di interessi di ordine pubblico[64], difettando, peraltro, la pronuncia per il mancato riferimento alla ragionevolezza del termine, inteso quale elemento fondamentale di valutazione della produzione di un legittimo affidamento in capo ai soggetti coinvolti[65].

Nel corso degli anni Novanta la giurisprudenza si è pronunciata in maniera sempre più approfondita sui limiti e sugli effetti degli atti di revoca. Ad esempio, nella pronuncia *Efisol*[66] il Tribunale di primo grado ha chiarito che se l'atto idoneo a fondare il legittimo affidamento in capo a un singolo è revocato dall'amministrazione entro un termine ragionevole, il sorgere del legittimo affidamento non può essere accertato ed è quindi possibile una revoca con effetti

---

[63] P. MENGOZZI, *Da un case by case balance of interest a un two step analysis approach nella giurisprudenza comunitaria in materia di legittimo affidamento*?, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1998, vol. II, 633 e ss.

[64] M. PAVONI, *L'autotutela nel diritto comunitario,* in P. GIANNITI (a cura di), *La disciplina dell'autotutela,* Padova, CEDAM, 2010, 524.

[65] A. DAMATO, *op. cit.,* 299 e ss.

[66] Corte di giustizia UE, sentenza del 16 ottobre 1996, *Efisol SA,* c*/ Commissione delle Comunità europee,* T-336/94, in *www.eur-lex.europa.eu*

retroattivi. E ancora, nel caso *Conserve Italia*[67] si è ribadito che la revoca con effetto retroattivo deve fare salvo il principio della certezza del diritto e quello della tutela del legittimo affidamento nonché di proporzionalità dell'azione amministrativa.

L'analisi dell'evoluzione giurisprudenziale sinora compiuta evidenzia il delinearsi di una disciplina giuridica tendenzialmente unitaria per la revoca dei provvedimenti che attribuiscono posizioni di vantaggio ai destinatari, siano essi costitutivi o dichiarativi, l'esatta portata della quale presuppone un'analisi specifica, compiuta nei paragrafi che seguono, delle ragioni specifiche che legittimano l'esercizio del potere *de quo,* delle condizioni di legittimità attinenti alla forma ed alla procedura, delle condizioni di legittimità procedimentale nonché della tutela del legittimo affidamento e della certezza delle relazioni giuridiche garantita ai privati.

6. *Condizioni generali di legittimità delle decisioni di revoca*

Anche nel diritto europeo gli effetti giuridici, conseguenti allo svolgimento delle funzioni amministrative, il più delle volte non sono direttamente prodotti dalle norme, ma necessitano di un'attività decisionale delle amministrazioni preposte alla cura di determinati interessi pubblici. Il procedimento di formazione di tali decisioni amministrative è soggetto ad un preciso regime giuridico che ne disciplina forme, contenuti ed effetti[68].

Si è già accennato al ritardo con cui si è imposta all'attenzione del legislatore europeo e della scienza giuridica la tematica del procedimento amministrativo, per lungo tempo recessiva rispetto alla disciplina degli atti comunitari, e assurta ad oggetto di studio solo in un recente passato mano a mano che molti Stati membri hanno emanato leggi generali sull'attività amministrativa e si è acquisita una maggiore consapevolezza dell'importanza del momento

[67] Corte di Giustizia UE, sentenza del 24 gennaio 2002, *Conserve Italia Soc. Coop. arl,* c/ *Commissione delle Comunità europee,* C-500/99, in *www.eur-lex.europa.eu*
[68] F. BIGNAMI - S. CASSESE, *op. cit.*, 31 e ss.

procedimentale, soprattutto nelle ipotesi di esecuzione diretta del diritto comunitario.

La disciplina europea dei procedimenti amministrativi si è andata così componendo, anche mediante previsioni di rango primario, non riuscendo, tuttavia, a spogliarsi dei caratteri di frammentarietà e lacunosità che ancora oggi la pervadono, mancando una vera e propria codificazione del procedimento[69], analogamente a quanto avvenuto in molti ordinamenti nazionali. Che i tempi siano maturi per una presa di coscienza da parte delle Istituzioni europee circa l'indifferibilità di un intervento regolativo organico in materia di procedimento amministrativo, è attestato dalla recente risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2013 recante **"***raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi"*.

Il Parlamento europeo, infatti, partendo da alcuni punti fermi, quali il diritto ad una buona amministrazione, il diritto di accesso e l'estesa giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea, che riconosce un insieme di principi generali di diritto amministrativo basato sulle tradizioni costituzionali degli Stati membri, prende atto del fatto che l'assenza di un insieme coerente e completo di norme codificate di diritto amministrativo rende difficile per i cittadini europei comprendere i loro diritti amministrativi a norma del diritto comunitario e ciò produce addirittura una mancanza di fiducia nei confronti dell'Unione da parte dei propri cittadini, che può ripercuotersi sulla legittimità stessa dell'ordinamento sovranazionale[70].

Per l'Assemblea parlamentare dell'Unione europea, considerando che la Corte di giustizia ha elaborato principi procedurali consolidati che si applicano alle procedure degli Stati membri nelle materie europee e che, a maggior ragione, dovrebbero applicarsi all'amministrazione diretta dell'Unione, un diritto

[69] Sul problema della codificazione e le obiezioni mosse dalla dottrina, si veda B. G. MATTARELLA, *op. cit.,* 341 e ss.

[70] Sulla questione della mancanza di *accountability* nell'ordinamento europeo, si veda L. NICOLIA, *La questione dell'accountability nel modello comunitario di governante*, in *www.amministrazioneincammino.luiss.it*; da ultimo, in materia amministrativa, E. CHITI, *L'accountability delle reti di autorità amministrative dell'Unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2012, 29 e ss.

dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi potrebbe favorire una convergenza spontanea dei diritti amministrativi nazionali, per quanto riguarda i principi procedurali generali e i diritti fondamentali dei cittadini nei confronti dell'amministrazione, e in tal modo si rafforzerebbe il processo di integrazione, la cooperazione e lo scambio di migliori prassi fra le amministrazioni nazionali e l'amministrazione dell'Unione, al fine di conseguire gli obiettivi previsti dall'articolo 298 del TFUE.

Alla luce di tali considerazioni, il Parlamento ha impegnato la Commissione a presentare una proposta di regolamento in materia di procedimenti amministrativi, allegando a tale richiesta delle raccomandazioni particolareggiate da porre a base dell'emananda disciplina, comprendenti ambiti applicativi, principi generali e norme procedurali.

Per quanto di stretto interesse per il presente lavoro, merita di essere menzionata la raccomandazione n. 5, sulla revisione e la correzione delle proprie decisioni, ai sensi della quale "*il regolamento dovrebbe includere la possibilità per l'amministrazione dell'Unione di correggere un errore d'ufficio, un errore aritmetico o un altro errore simile in qualsiasi momento, di propria iniziativa o a seguito di una richiesta da parte della persona interessata*"**,** ritenendo, altresì, "*opportuno inserire disposizioni relative alla rettifica delle decisioni amministrative per altri motivi, operando una netta distinzione tra la procedura da seguire per la revisione di decisioni adottate che ledono gli interessi di una persona e di quelle che comportano invece un beneficio per la persona*"[71].

Appare evidente la preoccupazione delle Istituzioni europee di colmare la lacuna normativa riguardante la disciplina dei procedimenti amministrativi, soprattutto, per la funzione di collegamento con i cittadini che, in seno al procedimento, possono rappresentare i propri interessi, fornire informazione e documenti partecipando all'attività amministrativa, e, allo stesso tempo, acquisire maggiore fiducia nel corpo istituzionale dell'Unione, che da ciò ne ricava

[71] Risoluzione del Parlamento europeo del 15 gennaio 2013, recante "*Raccomandazioni alla Commissione sul diritto dell'Unione europea in materia di procedimenti amministrativi*" (2012/2024(INI)), in *www.europarl.europa.eu*

positive ricadute in termini di legittimazione democratica e di spinta propulsiva verso una compiuta integrazione giuridica e politica.

Ciò è vero ancor di più, nell'esercizio del potere di autotutela, sotto forma di riesame o di revisione[72], all'esito del quale il profilo autoritativo si appalesa in tutto il suo vigore, andando ad intaccare situazioni giuridiche sulle quali i cittadini hanno prestato affidamento, in particolare nel caso in cui il provvedimento revocato abbia comportato benefici per il privato.

Nell'attesa che la Commissione dell'Unione europea adotti il regolamento richiesto a gran voce dal Parlamento, in cui troverà di certo un apposito spazio la disciplina dei procedimenti di secondo grado, può tentarsi una ricostruzione degli stessi partendo dall'analisi del dato normativo esistente e di quello giurisprudenziale.

6.1 *I soggetti titolari del potere di autotutela*

Il potere di autotutela è di norma esercitato dallo stesso organo che ha emanato l'atto originario, salvo l'esercizio di poteri sostitutivi o avocativi da parte delle figure apicali della stessa amministrazione. In mancanza di un espresso riferimento normativo, affinché possano individuarsi quali siano, nel diritto dell'Unione, i soggetti titolari del potere di autotutela, può farsi ricorso alle fonti di rango primario e alla giurisprudenza.

Già con la sentenza *Algera*, più volte citata, la Corte di giustizia ha precisato che "*la revoca di un atto di un'istituzione comunitaria può essere determinata soltanto da un atto della medesima istituzione che annulli espressamente la decisione anteriore, ovvero contenga una nuova decisione che sostituisca quella precedente*". In tal modo la revoca è configurabile quale

[72] Sulla nozione di riesame, A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Revoca ed annullamento tra posizioni favorevoli ed interessi sopravvenuti*, Napoli, ESI, 1991; per la nozione di procedimenti di secondo grado, M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 549 e ss.; per la distinzione tra riesame e revisione, V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo,* Torino, Giappichelli, 2001.

esercizio di un potere che accede alla medesima competenza sostanziale esercitata in prima istanza dall'istituzione preposta.

Occorre, pertanto, delimitare la nozione europea di istituzioni[73] nonché quella di amministrazione[74], che alla prima inerisce.

Il TFUE disciplina agli articoli 223 e seguenti le Istituzioni dell'Unione, Parlamento europeo, Consiglio Europeo, Consiglio, Commissione, la Corte di Giustizia, la Banca centrale e la Corte dei Conti. Di queste, escludendo le istituzioni aventi funzioni giurisdizionali, di controllo o finanziarie, nonché il Consiglio europeo, che definisce le priorità e gli orientamenti politici generali dell'Unione europea e dà l'impulso necessario al suo sviluppo, e il Parlamento europeo, al quale è attribuita principalmente una funzione legislativa, possiamo allora ascrivere il potere di autotutela sui propri atti in capo al Consiglio e alla Commissione, seppur con i dovuti distinguo. Infatti, bisogna aver presente l'indistinzione di fondo esistente nell'ordinamento europeo tra atti amministrativi e normativi[75], che, sebbene sia stata attenuata con l'emanazione del Trattato di Lisbona, richiede una breve digressione sulla classificazione degli atti dell'Unione, per la quale si rimanda alla nota a piè di pagina[76].

---

[73] J. ZILLER, *op.cit.,* parte II, cap. V.

[74] M. P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, in M. P. CHITI (a cura di), *op. cit.*, 177 e ss.

[75] S. STICCHI DAMIANI, *L'atto amministrativo nell'ordinamento comunitario. Contributo allo studio della nozione*, Torino, Giappichellli, 2006, 9 e ss.; G. DE VERGOTTINI, *Note sugli atti normativi e amministrativi dell'ordinamento comunitario europeo*, Milano, Giuffrè, 1964.

[76] La normativa in materia si colloca agli artt. 288-299 del TFUE ed è suddivisa in due sezioni, rispettivamente dedicate agli "Atti giuridici dell'Unione" e alle "Procedure di adozione degli atti e altre disposizioni". A riguardo della classificazione degli atti dell'Unione, occorre innanzitutto distinguere tra "atti giuridici" e "atti non giuridici" a carattere atipico, i quali non vengono menzionati nel Trattato. Si tratta prevalentemente di risoluzioni, comunicazioni, dichiarazioni, conclusioni di natura interna alle istituzioni, che non hanno immediato effetto giuridico, ma incidono a livello politico e amministrativo sul funzionamento dell'Unione e sull'interpretazione degli atti giuridici veri e propri. Gli atti giuridici, inoltre, si distinguono in "atti giuridicamente vincolanti" e "atti non giuridicamente vincolanti", ossia raccomandazioni e pareri. Gli atti giuridicamente vincolanti si distinguono, a loro volta, in "atti legislativi" (art. 288), e "atti non legislativi", che possono essere "atti delegati" (art. 290) o "atti di esecuzione" (art. 291). Gli atti legislativi sono "gli atti giuridici adottati mediante procedura legislativa" (art. 289), che può essere "ordinaria", consistente cioè nell'adozione congiunta dell'atto proposto dalla Commissione ad opera di Consiglio e Parlamento europeo (come specificato all'art. 294), o "speciale", laddove l'atto venga adottato dal Consiglio con la partecipazione del Parlamento europeo o viceversa (art. 289, par. 2), distinguendosi così propriamente un organo deliberante ed uno partecipante, contrariamente alla procedura ordinaria. Gli atti non legislativi sono, viceversa, gli atti giuridicamente vincolanti che non vengono adottati mediante procedura legislativa e si tratta, in particolare, di "atti delegati" e "atti di esecuzione". Gli atti delegati sono adottati della Commissione su delega di un atto legislativo. L'art. 290 prevede, infatti, che "un atto legislativo può delegare alla Commissione il potere di adottare atti non

Bisogna aggiungere che a supporto delle istituzioni, organi e organismi[77] dell'Unione per l'assolvimento dei loro compiti, l'art. 298 del TFUE pone "*un'amministrazione europea aperta, efficace e indipendente*", ovverosia un apparato burocratico, destinato a svolgere in concreto l'attività amministrativa, anche di riesame e revisione di precedenti decisioni, che dovrà essere poi formalizzata in uno degli atti propri dell'Unione.

6.2 *Regole di forma e procedura*

La forma che devono assumere i provvedimenti di autotutela, può meglio definirsi ove vengano, preliminarmente, affrontate le peculiarità che contraddistinguono la sistematica degli atti amministrati comunitario rispetto a quelli nazionali.

Nell'ordinamento europeo è difficile la stessa individuazione di un atto amministrativo essendo incompleta, a monte, la stessa distinzione tra normazione e amministrazione. Tale fenomeno era particolarmente evidente nella prima fase di vita delle Comunità nel quale, a fianco ad un chiaro e riconoscibile potere giurisdizionale attribuito alla Corte di giustizia, non si riscontrava un titolare

---

legislativi di portata generale che integrano o modificano determinati elementi non essenziali dell'atto legislativo". Al tempo stesso si specifica che "gli atti legislativi delimitano esplicitamente gli obiettivi, il contenuto, la portata e la durata del potere di delega". Gli atti di esecuzione del diritto dell'Unione sono generalmente emanati dagli Stati membri, che "adottano tutte le misure di diritto interno necessarie per l'attuazione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione" (art. 291, par. 1). Tuttavia, "allorché sono necessarie condizioni uniformi di esecuzione degli atti giuridicamente vincolanti dell'Unione, questi [i.e. gli Stati membri] conferiscono competenze di esecuzione alla Commissione o, in casi specificamente motivati e nelle circostanze previste agli articoli 24 e 26 del trattato sull'Unione europea [i.e. politica estera e di sicurezza comune], al Consiglio". Sia gli atti legislativi, che non legislativi (delegati o di esecuzione) possono assumere la forma di regolamenti, direttive o decisioni. Le ben note caratteristiche di tali atti vengono ribadite all'art. 288 TFUE, che ripete l'art. 249 TCE: "… Il regolamento ha portata generale. Esso è obbligatorio in tutti i suoi elementi e direttamente applicabile in ciascuno degli Stati membri. La direttiva vincola lo Stato membro cui è rivolta per quanto riguarda il risultato da raggiungere, salva restando la competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi. La decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi. Se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi". La scelta di adozione di un regolamento, di una direttiva o di una decisione, pertanto, riflette la diversa funzione dai medesimi, sulla base degli obiettivi di volta in volta perseguiti dall'Unione.

[77] Dalla lettura della disposizione emerge che l'Unione ha una propria amministrazione diretta (gli organi) e indiretta (gli organismi come le agenzie), si veda M. P. CHITI, *La pubblica amministrazione*, in M. P. CHITI (a cura di), *op. cit.*, 178 e ss.

unico del potere esecutivo e di quello normativo e, soprattutto, non si riscontrava una linea di demarcazione tra gli atti normativi e quelli esecutivi[78]. Ciò era addebitato ad una serie di fattori, tra i quali il timore degli Stati membri di creare un potere esecutivo troppo forte capace di offuscare i singoli governi nazionali.

In quest'ottica va letta l'originaria volontà di costruire una Comunità Europea con fini limitati e apparati amministrativi snellissimi che, per il loro funzionamento, necessitavano dell'apporto delle amministrazioni nazionali[79].

In una prima fase nell'ordinamento comunitario ha avuto, infatti, una particolare importanza un modello di amministrazione cd. indiretta[80], caratterizzato dalla mediazione delle amministrazioni nazionali per l'attuazione del diritto europeo, mentre erano rari i casi di amministrazione cd. diretta, caratterizzata dalla cura degli interesse comunitari ad un livello sopranazionale, in quanto tale procedura necessitava di un'organizzazione amministrativa compiuta, che al tempo era invece ancora limitata.

Acuta dottrina[81], peraltro, ha osservato che un'altra causa dell'indistinzione tutta europea[82] tra funzione normativa e amministrativa è da rinvenire nell'assenza "*a livello comunitario di un potere legislativo che possa, al pari di quello statale, disporre direttamente di un residuo di sovranità, nel*

---

[78] G. SACCHI MORSIANI, *op. cit.*, 108 e ss, osserva che l'indifferenziazione dei poteri e dei relativi atti porta ad affacciarsi alla coscienza dei giuristi un fenomeno che riflette lo sviluppo di figure che mettono in crisi taluni canoni propri del metodo classico degli studi giuridici; canoni derivanti dai concetti di astrattezza e generalità della norma in contrapposto alla concreta operatività che è propria dell'atto amministrativo.

[79] Si veda E. CHITI - C. FRANCHINI, *Le figura organizzative*, in G. DELLA CANANEA (a cura di), *Diritto amministrativo europeo, Principi ed istituti*, Milano, Giuffrè, 20, 73, dove si osserva che "*l'assetto strutturale degli uffici europei favorisce l'integrazione amministrativa tra il livello sovranazionale e quello interno, perché determina una serie di relazioni e di intersezioni tra i sistemi che sviluppano un rapporto non di autonomia, ma di complementarietà*".

[80] Questo modulo organizzativo appare la coerente applicazione dei principi di sussidiarietà e di leale collaborazione. In particolare, per il rispetto del principio di sussidiarietà, l'amministrazione europea ha il potere di eseguire il diritto comunitario solo se l'ampiezza o gli effetti dell'azione proposta rendono i poteri statali insufficienti.

[81] G. SACCHI MORSIANI, *op. cit.*, 124 e ss.

[82] Nella Dichiarazione di Laeken del 14 e 15 dicembre 2001, con la quale si è convocata la Convenzione per l'Europa, è individuata tra le "*sfide le riforme in un'Unione rinnovata*" l'esigenza di "*una semplificazione degli strumenti dell'Unione"* ed è anche segnalata la necessità di verificare se *"gli strumenti dell'Unione non possano essere circoscritti meglio e se il loro numero non possa essere ridotto*" e, infine, se occorre "*introdurre una distinzione tra misure legislative e misure di attuazione*", così in B. DE MARIA, *Legge europea e sistema delle fonti*, in *Il Trattato costituzionale nel processo di integrazione europea*, (a cura di) M. SCUDIERO, tomo I, Napoli, 2005, 572.

senso che sia libero di determinarsi nei soli limiti fissati dalla Costituzione". In sostanza, non esisterebbe un rapporto Trattati - diritto derivato assimilabile al rapporto Costituzione - leggi ordinarie, tipico dei sistemi nazionali.

In un ordinamento così strutturato, il concetto di funzione esecutiva, pertanto, si amplia e diviene capace di inglobare la funzione normativa e quella amministrativa. Si comprende, dunque, la scelta del legislatore comunitario di elencare all'art. 263 par. 2 del TFUE una serie di vizi riferiti a provvedimenti (regolamenti, direttive, decisioni, raccomandazioni e pareri) dei quali non è sempre agevole scorgerne la natura normativa o amministrativa: l'indistinzione tra funzioni normative e funzioni esecutive si ripercuote inevitabilmente, quindi, sulla disciplina degli atti giuridici.

Non è senz'altro possibile, del resto, distinguere gli atti normativi da quelli amministrativi facendo affidamento sul solo criterio "soggettivo", ossia riferendosi all'Istituzione emanante.

In primo luogo non è possibile attribuire a una sola istituzione europea la qualifica di organo legislativo o di organo esecutivo; infatti, a ben vedere, la funzione esecutiva è attribuita al Consiglio (art. 202 del TFUE)[83]; quest'ultimo, peraltro, può (ed entro certi limiti deve) sottoporre tali competenze, determinandone le modalità, alla Commissione (art. 211 del TFUE). La compartecipazione soggettiva delle medesime istituzioni all'interno di funzioni differenti continua, dunque, nonostante i descritti cambiamenti, ad essere un tratto caratterizzante del sistema comunitario che impedisce di qualificare nettamente le singole istituzioni come legislative o come esecutive[84].

Gli atti esecutivi, infatti, che sono gli atti più facilmente assimilabili agli atti amministrativi di diritto nazionale, sono emanati tanto dal Consiglio quanto dalla Commissione; al fine di enuclearne un criterio discretivo non è, quindi, dirimente un criterio che faccia esclusivo riferimento al soggetto che ha emanato l'atto.

---

[83] R. BARATTA, *Le principali novità del trattato di Lisbona*, in *Dir. Unione eur.* 1/08, 21 e ss.
[84] S. STICCHI DAMIANI, *op.cit.*, 151.

Anche se, ed è questa una prima conclusione cui si può giungere, gli atti emanati dalla Commissione sono senz'altro riconducibili a funzioni di carattere essenzialmente esecutivo.

E' evidente, allora, come tutto il quadro sistematico così delineato sia dotato di un'originale complessità: tale complessità risulterà ancora più articolata ove si consideri che gli atti comunitari hanno una natura di per sé stessa "ibrida": il regolamento comunitario, infatti, potrà essere utilizzato tanto per l'esercizio di una funzione normativa, quanto per l'esercizio di una funzione esecutiva; la stessa decisione avrà normalmente una natura esecutiva ma, non di rado, assume la veste tipica dell'atto normativo.

Altra dottrina[85] evidenzia come, in seguito, tale "indistinzione" di funzioni sia stata, almeno in parte, attenuata dall'accresciuto ruolo del Parlamento europeo che, da organo avente funzioni meramente consultive e mai vincolanti, è divenuto, protagonista della fase normativa attraverso le procedure della cooperazione, del parere conforme e, soprattutto, della codecisione, oggi procedura legislativa ordinaria, risultando così più facilmente individuabile il potere normativo secondario o esecutivo delle leggi.

Parallelamente, l'accresciuto "peso" delle procedure in amministrazione diretta, di pari passo con l'aumento dell'apparato burocratico comunitario, ha stimolato in modo sensibile la produzione di atti propriamente amministrativi[86]. Più che ai soggetti, allora, bisogno avere riguardo al criterio procedurale: infatti, nella funzione "legislativa" si applicano le procedure del parere conforme, della cooperazione o della codecisione; nella funzione esecutiva[87] in via normativa si

[85] S. STICCHI DAMIANI, *op. cit.,* 132.

[86] Sul punto C. FRANCHINI, *L'impatto dell'integrazione comunitaria sulle relazioni al vertice dell'amministrazione. Poteri governativi e poteri amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl.*, 1991, 777 e ss.

[87] Nella funzione esecutiva in via "amministrativa" la diversità di procedimento utilizzato (esecuzione diretta, procedimenti composti, procedimenti "in funzione comunitaria") rileva, come si vedrà nel secondo capitolo del presente lavoro, ai fini dell'individuazione della "anticomunitarietà" di un atto e dei rimedi esperibili.

applicano le procedure previste dai regolamenti sulla c.d. comitatologia[88]; mentre, a nulla servirà il criterio "formale", ossia del tipo di atto utilizzato[89].

Venendo al profilo di nostro stretto interesse, possiamo affermare che i provvedimenti di ritiro assumono, generalmente, la stessa forma dell'atto revocato, compresi i casi in cui si tratti di una decisione o di un regolamento espressione delle competenze di esecuzione che, ai sensi dell'art. 291 del TFUE, gli Stati membri hanno conferito alla Commissione o, in casi specifici, al Consiglio. In tali ipotesi, al fine di assicurare condizioni uniformi di esecuzione, si avranno decisioni[90] o regolamenti[91] della Commissione piuttosto che del Consiglio, che revocano una precedente deliberazione, di prassi, della stessa istituzione e adottata con la stessa forma di atto.

Per quanto riguarda il procedimento di revoca in senso stretto, si ritiene che ad esso siano applicabili le regole valide per i procedimenti amministrativi in generale, con l'aggiunta di ulteriori cautele dovute alla necessaria ponderazione dell'interesse pubblico con il principio di tutela del legittimo affidamento del privato[92].

Le decisioni amministrative possono essere adottate dall'amministrazione dell'Unione di propria iniziativa o su richiesta di una parte interessata, la quale deve essere destinataria di un avviso di ricevimento in cui viene indicato il

---

[88] In dottrina sulla c.d. "comitatologia", si veda M. SAVINO, *I comitati dell'Unione europea: la collegialità amministrativa negli ordinamenti compositi,* Milano, Giuffrè, 2005; sempre dello stesso autore, *I comitati europei e il* procedural supranationalism: *il "terzo" carattere della sopranazionalità europea,* in BATTINI – VESPERINI, *Lezioni di diritto amministrativo europeo,* Milano, Giuffrè, 2006, 31; G. DELLA CANANEA, *Cooperazione e integrazione nel sistema amministrativo delle Comunità Europee: la questione della comitologia*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, 655 e ss.

[89] Sulla natura "anomala" e "asistematica" degli atti e delle fonti del diritto europeo, si veda A. D'ATENA, *L'anomalo assetto delle fonti comunitarie*, in A. D'ATENA – P. GROSSI (a cura di), *Diritto, diritti e autonomie tra Unione Europea e riforme costituzionali*, Milano, Giuffrè, 2003, 3 e ss.

[90] Ad esempio, Decisione di esecuzione 2013/469/PESC del Consiglio del 23 settembre 2013 che revoca le misure restrittive nei confronti della *Zimbabwe Mining Development Corporation*, precedentemente imposte con la decisione 2011/101/PESC.

[91] Ad esempio, il Regolamento di esecuzione (UE) n. 767/2013 della Commissione, dell'8 agosto 2013, revoca l'approvazione della sostanza attiva bitertanolo, come prodotto fitosanitario, che era stata concessa con il Regolamento di esecuzione (UE) n. 1278/2011 sempre della Commissione.

[92] Cfr. G. DELLA CANANEA, *La disciplina dei procedimenti amministrativi: nuove prospettive nei rapporti tra ordinamenti giuridici,* in S. STICCHI DAMIANI - F. VETRÒ, *Lezioni di diritto amministrativo europeo,* Torino, Giappichelli, 2010.

termine ragionevole per l'adozione della decisione in questione e le conseguenze di un'eventuale mancata adozione della decisione entro tale termine[93].

I diritti di partecipazione del privato devono essere rispettati in ciascuna fase del procedimento[94], in quanto, considerate le ripercussioni che il provvedimento di autotutela ha direttamente sui diritti o sugli interessi di singole persone, quest'ultime hanno la possibilità di esprimere il loro parere per iscritto o a voce prima che la decisione venga adottata. La parte interessata deve poter avere, inoltre, pieno accesso al proprio fascicolo[95].

Le decisioni amministrative sono comunicate per iscritto e sono formulate in modo chiaro, semplice e comprensibile nella lingua scelta dal destinatario, ma soprattutto devono essere motivate[96], come peraltro stabilito dall'art. 296 del TFUE ai sensi del quale "*gli atti giuridici sono motivati e fanno riferimento alle proposte, iniziative, raccomandazioni, richieste o pareri previsti dai trattati"*. Infatti, ciascun provvedimento amministrativo deve indicare chiaramente i motivi sui quali si fonda nonché devono essere specificati gli elementi pertinenti e la loro base giuridica.

La motivazione acquista un rilievo peculiare in quanto consente sia alle parti che al giudice, di conoscere e ricostruire il *reasoning* delle decisioni di ritiro, con particolare riferimento alla acquisizione e alla ponderazione da parte

---

[93] Sulla tempestività nella conclusione del procedimento, si veda A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato nell'analisi giurisprudenziale*, Padova, CEDAM, 2009, 239 e ss.

[94] F. BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei*, in F. BIGNAMI - S. CASSESE, *op. cit.*, 87 e ss.

[95] Sul diritto di accesso agli atti e più in generale sul procedimento amministrativo europeo si veda B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi,* in M. P. CHITI (a cura di), *op. cit.,* 329 e ss.

[96] Bisogna specificare che nell'ordinamento comunitario l'obbligo di motivazione riguarda sia i provvedimenti amministrativi che quelli normativi. La giurisprudenza ritiene, altresì, ammissibile anche la motivazione *per relationem*, configurabile allorché, nell'ambito di un procedimento amministrativo composto, l'autorità comunitaria che adotta l'atto finale rinvii ad un atto delle amministrazioni che hanno seguito il segmento nazionale del procedimento misto, o viceversa; sul punto v. Trib. I grado, sent. 12 gennaio 1995, causa T-85/94, commentata da M. VERONELLI, *Il procedimento,* nel volume collettaneo *Diritto amministrativo europeo – Casi e materiali,* Milano, 2005, 143 e ss. Sull'obbligo di motivazione degli atti comunitari esistono molte pronunce della Corte di giustizia UE, ad esempio sent. 21 gennaio 2003 in causa C-378/00 *Commissione* c/ *Parlamento europeo e Consiglio dell'Unione europea,* con nota di C. TACCOLA in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.,* cit., 1578; Trib. I grado, 12 dicembre 2006, causa T-228/02 e Corte di giustizia UE, sent. 24 giugno 2004, causa C-42/01, *Portogallo* cC *Commissione,* entrambe in *www.eur-lex.europa.eu*

dell'amministrazione degli interessi generalmente confliggenti[97]. In altri termini, la motivazione si pone come strumento imprescindibile di controllo dell'esercizio del potere discrezionale di riesame dell'amministrazione e, conseguentemente, di tutela individuale[98].

6.3 *Obbligo di provvedere e cause legittimanti la revoca*

Il riconoscimento, almeno in via giurisprudenziale, di un generale potere di autotutela in capo alle istituzioni europee e l'esistenza di previsioni normative che attribuiscono tale potere alle medesime in materie specifiche, come la concorrenza, il pubblico impiego o l'ambiente, nelle quali l'Unione opera secondo il modello dell'amministrazione diretta, conferma che l'amministrazione europea può procedere, in conformità ai principi e ai criteri elaborati dalla giurisprudenza, alla revoca di un atto anche per cause e con modalità non espressamente codificate.

Da questo assunto, coerente con le considerazioni fin qui riportate, discende la domanda se, in generale, nell'ordinamento europeo sussista un obbligo di provvedere in autotutela, al verificarsi di determinati presupposti, o se l'esercizio di tale potere sia affidato a valutazioni del tutto discrezionali dell'istituzione interessata.

Peraltro, la questione dei rapporti tra le disposizioni scritte con i principi e le regole non scritte in materia di revoca/autotutela non è stata sinora affrontata direttamente dai giudici europei. Alcune interessanti considerazioni sul punto sono state formulate nelle conclusioni dell'Avvocato generale Roemer nella causa *Sorema*[99], il quale ha fatto notare alla Corte che, pur in presenza di una espressa disciplina delle cause di revoca, di cui all'articolo 65, paragrafo 2 del Trattato CECA, l'Alta Autorità potesse procedere alla revoca dell'autorizzazione di

[97] In tal senso le conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange nella causa *Hoogovens, cit. supra*; si veda, inoltre, la sentenza *Consorzio Coop. D'Abruzzo, cit. supra.*
[98] Sulla motivazione delle decisioni individuali, si rimanda sempre ad A. SIMONATI, *op. cit.*, 87 ss.
[99] Conclusioni dell'11 marzo 1965, causa 36/64, *Sorema* c/ *Alta Autorità,* in *Racc.* 1965, 408.

un'intesa tra imprese, sulla base di presupposti distinti da quelli fissati dal medesimo articolo, in coerenza con i principi generali affermati dalla giurisprudenza.

Un distinto rilievo assume l'ipotesi in cui il provvedimento amministrativo, in assenza di una specifica disposizione normativa, contenga l'indicazione della propria revocabilità, a determinate condizioni. In tal caso, una volta riconosciuta dal prevalente orientamento giurisprudenziale la portata generale del potere di autotutela, può confermarsi una siffatta ipotesi, non mancando, peraltro, nella prassi decisioni recanti una clausola espressa di revocabilità[100]. Tale qualificazione espressa dovrebbe escludere o, quanto meno, limitare la formazione di diritti acquisiti o di legittime aspettative in merito al mantenimento dell'assetto creato dal provvedimento. E' stato, tuttavia, rilevato che, al di là della configurabilità del legittimo affidamento, nell'ipotesi in discussione il potere di revoca deve ritenersi, comunque, soggetto al rispetto del principio generale della certezza delle relazioni giuridiche, stante la sua ormai acquista distinzione rispetto alla tutela del legittimo affidamento stesso, e, conseguentemente, il ritiro del provvedimento, nonostante la sua espressa revocabilità, dovrebbe avvenire in un periodo di tempo ragionevole dalla sua emanazione[101].

Ulteriori ipotesi da cui dovrebbe discendere un obbligo di provvedere in autotutela da parte delle istituzioni europee riguardano il caso di false o incomplete informazioni, le modifiche legislative e il mutamento delle situazioni di fatto.

Quanto al primo punto, la giurisprudenza consolidata ha affermato il principio della revocabilità *ex tunc* degli atti amministrativi, sebbene abbiano

[100] Non risultano prese di posizione da parte della giurisprudenza comunitaria in merito all'ammissibilità dell'apposizione direttamente nel testo dei provvedimenti amministrativi di clausole espresse revocabilità, mentre in dottrina (J. SCHWARZE, *European Administrative Law,* Londra, Sweet and Maxwell, 2006, 1011) è stato autorevolmente osservato che, ove il potere di emanare un provvedimento favorevole sia vincolato, l'amministrazione non può legittimamente dichiararlo revocabile, in assenza di una apposita disposizione legislativa in tal senso. Al contrario, se l'adozione del provvedimento è discrezionale, l'amministrazione può qualificare le proprie determinazioni come revocabili.

[101] A. ESPOSITO, *op. cit.*, par. 6, lett. A).

dato luogo a posizioni soggettive favorevoli, ove tali atti siano stati emessi sulla base di false o incomplete informazioni fornite fraudolentemente dalle parti interessate, essendo venuti meno i presupposti per la formazione di un legittimo affidamento dei destinatari del provvedimento[102]. Nell'ipotesi in cui le informazioni siano state fornite senza un intento fraudolento deve invece ritenersi che la revoca retroattiva sia subordinata alla previa valutazione dell'affidamento legittimo dei privati in buona fede.

Anche la successione nel tempo di leggi o la loro abrogazione, ad esempio per una sentenza di annullamento del giudice europeo, rendono necessario individuare i limiti al potere dell'amministrazione di ritirare *ex tunc* le decisioni, comunque legittime, che erano state emanate sulla base di tale disciplina. La questione in esame è strettamente connessa a quella dell'ammissibilità di norme comunitarie con efficacia retroattiva[103], relativamente alla quale possiamo affermare che quando la nuova norma è intesa a disciplinare fatti che si sono già esauriti prima della sua entrata in vigore, e, nel rispetto dei principi della certezza giuridica e della tutela del legittimo affidamento, la revoca è ammessa solo in circostanze eccezionali. Nei riguardi del legislatore, pertanto, il principio del legittimo affidamento si esprime, innanzitutto, quale limite alla retroattività della legge[104]. D'altra parte, ove occorra applicare le nuove disposizioni legislative a rapporti giuridici che hanno origine anteriore alla loro entrata in vigore, ma che

[102] Corte di giustizia UE, sentenza *SNUPAT, cit. supra,* in cui la Corte dichiara espressamente di avere ricostruito il principio in questione richiamandosi agli ordinamenti degli Stati membri.

[103] Generalmente i regolamenti comunitari entrano in vigore dopo un periodo di *vacatio legis* di 20 giorni a decorrere dalla data di pubblicazione sulla Gazzetta ufficiale, a meno che nel regolamento stesso non venga indicato un termine diverso (art. 297 TFUE). Per quanto concerne la retroattività, il trattato non la consente né la esclude: è possibile che determinati regolamenti (applicativi, esplicativi o di contenuto meramente tecnico) pur entrando in vigore solo in seguito a pubblicazione, si applichino a decorrere da un termine precedente, ove ciò sia imposto dall'obiettivo da realizzare e sia, comunque, adeguatamente salvaguardato il legittimo affidamento degli interessati.

[104] Secondo la Corte Costituzionale (*ex multis*: Corte Cost., 26 luglio 1995, n. 390, in *Giust. civ*., 1995, I, 326; in *Orient. giur. lav*., 1995, I, 1084; Corte Cost., 11 giugno 1999, n. 229, in *Giust. civ*., 1999, I, 2919; in *Cons. Stato*, 1999, II, 823; Corte Cost., 4 novembre 1999, n. 416, in *Giust. civ*., 2000, I, 973; in *Giur. it*., 2000, 678; Corte Cost., 22 novembre 2000, n. 525, in *Rass. trib*., 2000, 1889; in *Foro it*., 2000, I, 3397), l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica è principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto, non può essere leso da norme con effetto retroattivo che incidano irragionevolmente su situazioni regolate da leggi precedenti.

non si sono ancora esauriti, ciò potrà avvenire pacificamente, rientrando nell'ambito della discrezionalità del legislatore.

Nell'ordinamento europeo, al pari di quello interno[105], anche il mutamento delle circostanze di fatto rilevanti ai fini dell'adozione di un determinato provvedimento amministrativo è considerato, in linea generale, quale causa legittima di rimozione, con effetti non retroattivi, del provvedimento stesso. Sul punto, la Corte di giustizia ha affermato la legittimità della revoca non retroattiva di un atto, anche favorevole al destinatario, allorquando, per effetto della modificazione delle circostanze di fatto, esso divenga incompatibile con la fattispecie normativa fondante[106].

Diversamente, per i procedimenti a iniziativa d'ufficio, per quanto riguarda le richieste con le quali i privati, persone fisiche o giuridiche, sollecitano un intervento in autotutela da parte di un'istituzione, un organo o un organismo dell'Unione, e tali autorità si astengano dal pronunciarsi, in aperta violazione dei trattati, possiamo ritenere applicabile l'art. 265 del TFUE, che consente di adire la Corte di giustizia con un ricorso in carenza per far constatare la suddetta violazione.

6.4 *L'elemento temporale*

Il tempo nell'autotutela ha un ruolo chiave poichè agisce quale fattore di condizionamento del potere amministrativo[107] e finisce per rispecchiare la diversa posizione in cui si trovano l'amministrazione e il privato

[105] Si veda l'art. 21-quinquies (*Revoca del provvedimento*) della legge n. 241 del 1990, il quale recita al comma 1: "*Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge*".

[106] Corte di giustizia UE, sentenza 1 giugno 1961, *Simon* c*/. Corte di giustizia,* causa 15/60, in *Racc.* 1961, 239.

[107] Così F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia,* in *Il diritto amministrativo a parole,* Roma, 2007, 111 e ss., per il quale, con la sentenza *Algera,* si è realizzato *"il passaggio, ora sublimato dal testo dell'art. 21 nonies, dall'idea cavouriana della perpetuità del potere di ritiro a quella europea della temporaneità (meglio, della condizionabilità temporale) del potere di autotutela decisoria*".

nell'ordinamento giuridico, nonostante la diffusione di modelli consensuali e partecipativi[108].

L'importanza del rapporto tra tempo e autotutela era stato già avvertito da autorevole dottrina che ha notato come il procedimento di riesame, in base alle regole del sistema, dovrebbe svolgersi immediatamente dopo il procedimento di primo grado, ma, nella pratica, ciò avviene a distanza di molto tempo[109], tanto che altri autori hanno suggerito di assoggettarlo all'istituto della prescrizione[110].

Sul punto, la giurisprudenza comunitaria, richiamata in precedenza, ha costantemente subordinato la legittimità delle decisioni di revoca al fatto che esse siano intervenute entro un periodo di "tempo ragionevole". Il rispetto di tale condizione risulta, infatti, essenziale ai fini dell'osservanza dei principi della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento, individuati sin dalle prime pronunce in materia, quali limiti generali al potere di revoca.

Il sindacato sulla legittimità della decisione di revoca sotto il profilo temporale sembra avere invece acquisito, soprattutto nella giurisprudenza più recente, una sostanziale autonomia rispetto al legittimo affidamento, di talchè la ragionevolezza del primo non per forza comporta che sia assicurata la piena tutela del secondo. Al riguardo, infatti l'orientamento consolidato della Corte di giustizia prevede che la decisione di revoca di un provvedimento illegittimo, pur intervenuta in un termine ragionevole, e quindi conforme al principio della certezza del diritto, può risultare illegittima se abbia leso il legittimo affidamento del destinatario dell'atto.

Questa visione, che prefigura il decorso del tempo come fattore che trasforma l'affidamento in fattore rigidamente ostativo, non convince la diversa e più robusta teoria che considera invece il tempo come fattore di condizionamento piuttosto che di preclusione del potere. Secondo siffatta filosofia ermeneutica, il decorso del tempo consolida progressivamente l'affidamento e rende in

[108] G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 4/2002.
[109] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* vol. II, Milano, Giuffrè, 1993, 583 e ss.
[110] V. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo,* Milano, Giuffrè, 2000, 129 e ss.

proporzione necessario, al fine di giustificarne la lesione, l'esistenza di un interesse pubblico proporzionalmente mente più rilevante[111].

L'attribuzione all'affidamento del ruolo di fattore astrattamente ostativo, sembra confortata anche dall'indagine sui casi in cui la giurisprudenza comunitaria non solo facultizza l'autotutela nonostante l'affidamento, ma addirittura impone l'autotutela a dispetto dell'affidamento[112].

D'altra parte, il passaggio del tempo costituisce uno degli elementi essenziali di cui tenere conto nell'accertamento della formazione di legittime aspettative alla conservazione della posizione derivante da un provvedimento amministrativo, come ribadito dalla Corte in numerose pronunce[113]. Tuttavia, i criteri di valutazione della ragionevolezza del lasso di tempo entro il quale è intervenuta la revoca e l'individuazione del relativo *dies a quo* non sono oggetto di un apprezzamento univoco. Con riguardo al primo profilo, la Corte, respingendo il suggerimento di fissare, *praeter legem,* un preciso termine per la revoca di provvedimenti amministrativi, analogo a quello di decadenza per l'esercizio dei relativi ricorsi amministrativi o giurisdizionali, ha proceduto ad una valutazione, caso per caso, della ragionevolezza del tempo trascorso[114].

A tal fine, i giudici del Lussemburgo hanno fatto ricorso ad alcuni parametri di carattere essenzialmente oggettivo, quali:

---

[111] Si veda Corte di giustizia UE, sentenza del 22 marzo 1961, cause riunite C-42/59 e C- 39/59, in *www.eur-lex.europa.eu*

[112] Corte di giustizia UE (Grande Sezione), sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Ministero dell'Industria, del Commercio e dell'Artigianato c/ Lucchini SpA*, in *www.eur-lex.europa.eu*

[113] G. BARONE, *op. cit.*, 695, evidenzia che l'amministrazione "*deve dedicare un segmento dell'iter logico, che la porta a decidere se annullare o revocare d'ufficio un determinato atto, all'elemento tempo, con una valutazione che acquista autonomia non solo logica ma anche giuridica e della quale deve rimanere traccia nella motivazione della sua decisione*"; si veda anche T.A.R. Veneto, sez. III, sentenza del 31 agosto 2000, n. 1506 a tenore della quale "*è doveroso per la pubblica amministrazione, che provvede a distanza di tempo, dare il giusto peso a detto elemento*".

[114] In questo senso le conclusioni dell'Avvocato generale Lagrange nella causa *Hoogovens, cit. supra,* secondo le quali la fissazione di termini perentori per il ritiro degli atti amministrativi sarebbe stato l'unico mezzo per assicurare la certezza delle relazioni giuridiche. Nella sentenza relativa alla medesima causa, la Corte statuì invece che il concetto di periodo di tempo ragionevole assumeva contenuto ed estensione differenti a seconda delle circostanze del caso concreto.

a) la complessità della raccolta e della ponderazione delle informazioni e degli interessi rilevanti nel procedimento di riesame del provvedimento, che incidono sui tempi della decisione revocatoria;

b) l'eventuale atteggiamento ostruzionistico delle parti, quando sia idoneo a determinare almeno in parte il ritardo nell'adozione dell'atto di ritiro;

c) il fatto che la revoca sia intervenuta entro un lasso di tempo inferiore al termine previsto per la presentazione da parte dei destinatari di un reclamo in via amministrativa contro lo stesso atto;

d) la presenza di un errore manifesto che non poteva essere ignorato dagli operatori interessati.

Per quanto attiene alla determinazione del *dies a quo,* la giurisprudenza ritiene che il periodo ragionevole debba essere accertato avendo riguardo al momento dell'adozione dell'atto. Anche sotto quest'ultimo profilo emerge con evidenza l'acquisita differenziazione tra il principio della certezza del diritto e quello del legittimo affidamento[115]. La Corte di giustizia, infatti, ha affermato con la sentenza *De Compte* che "*il momento determinante per stabilire quando nasce il legittimo affidamento del destinatario di un atto amministrativo è la notifica dell'atto e non la data dell'adozione*".

6.5 *La tutela del legittimo affidamento*

Il principio della protezione del legittimo affidamento costituisce il criterio regolativo del rapporto fra due contrapposti interessi: da un lato l'interesse individuale del singolo alla persistenza di un quadro giuridico sul quale ha contato e che ha assunto a base delle sue valutazioni e delle sue scelte, e,

[115] Secondo CANNADA-BARTOLI, *Annullabilità e annullamento*, in *Enc. dir*., vol II, Milano, Giuffrè, 1958, 489, la decisione se annullare o meno un atto illegittimo "*non consiste tanto nella bizantina determinazione dei rapporti fra l'osservanza della legge e i vari interessi pubblici, quanto nello stabilire se il vizio de quo risulti sanato da quel che può essere avvenuto medio tempore*".

dall'altro, la necessità di mantenere l'azione dell'organo amministrativo aderente al principio di legalità e a quello di buon andamento[116].

Nel corso della trattazione è stato più volte rilevato come il principio in questione sia stato configurato dalla Corte di giustizia quale principale limite all'esplicazione del potere revocatorio delle amministrazioni comunitarie. In questa sede, appare, pertanto, opportuno procedere ad un'indagine specifica dei presupposti, dei contenuti e dei mezzi di tutela che il legittimo affidamento ha acquisito nell'evoluzione della giurisprudenza relativa alla revoca degli atti amministrativi comunitari[117].

Non è qui possibile chiedersi quale sia il fondamento concettuale della nozione, e in particolare se essa sia da vedersi come una derivazione, o una specificazione, del più generale principio di certezza del diritto, o se sia invece un principio avente una propria specificità, ricollegabile piuttosto alla regola della buona fede[118]. La stessa dottrina ha analizzato il principio cercando di fornire una nozione sufficientemente elastica da potersi applicare a qualsiasi situazione di fatto[119], ma è la giurisprudenza che ha fornito, con numerose pronunce, la versione più consolidata.

In generale, le aspettative del singolo nei confronti dell'amministrazione sono configurabili come legittime quando egli "*sia in una situazione nella quale appare che la condotta dell'amministrazione lo abbia indotto a concepire*

---

[116] D. CORLETTO (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, CEDAM, 2007, 1 e ss., per il quale *"come la si voglia chiamare, quale sia il punto di vista sotto il quale si voglia vedere questa situazione, quello della protezione della buona fede, delle legittime aspettative, dell'affidamento, della prevedibilità e stabilità delle decisioni dell'amministrazione, al cuore della cosa vi è sempre la contrapposizione di interessi diversi"*.

[117] Il legittimo affidamento è stato consacrato come "principio fondamentale della comunità" già con la pronuncia della Corte di giustizia UE, 5 maggio 1981, D*ürbeck* c/ *Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen*, causa C-112/80, in *www.eur-lex.europa.eu*.

[118] F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico: dagli anni trenta all'alternanza,* Milano, Giuffrè, 2001; F. CAPELLI, *La tutela del legittimo affidamento nel diritto comunitario e nel diritto italiano,* in *Dir. com. sc. int.*, 1988; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche,* Napoli, 1995.

[119] Tra tutti J. SCHWARZE, *op. cit.*, 949 e ss.

ragionevoli aspettative"[120]. La giurisprudenza sembra, peraltro, avere definito in maniera più restrittiva e rigorosa i presupposti per la formazione del legittimo affidamento dei dipendenti delle istituzioni e degli organi comunitari, il quale sorgerebbe esclusivamente in presenza "*di assicurazioni precise fornite al dipendente dall'amministrazione*"[121].

L'oggetto dell'aspettativa consiste nella stabilità della posizione derivante dall'adozione di un determinato atto amministrativo, che discende, anzitutto, dall'affidamento nella legittimità della disciplina provvedimentale, determinato dal comportamento dell'amministrazione e, in particolare, dalla costante e regolare esecuzione dell'atto stesso.

Secondo la Corte di giustizia, l'affidamento del destinatario si fonda proprio sul fatto che "*così come nei diritti nazionali dei diversi Stati membri, un atto amministrativo, anche se irregolare, gode in diritto comunitario di una presunzione di validità, sino a quando non sia stato annullato o ritualmente revocato dall'istituzione da cui emana*"[122]. In tal modo, la tradizionale presunzione di legittimità del provvedimento amministrativo viene a configurarsi non più come un arcaico privilegio dell'amministrazione, ma, al contrario, come una garanzia per l'amministrato[123].

Nessun dubbio in merito alla sussistenza del legittimo affidamento sussiste poi, nell'ipotesi in cui l'amministrazione non abbia proceduto al ritiro del provvedimento nonostante fosse a conoscenza di cause che ne avrebbero

---

[120] Corte di giustizia UE, sentenza 19 maggio 1983, *Mavrides* c/ *Parlamento,* causa C 289/81, in *Racc.* 1983, p. 1731, paragrafo 21; Tribunale di primo grado, sentenza 27 marzo 1990, *Chomel* c/ *Commissione*, causa T-123/89, in *Racc.*1990, II-131, paragrafi 25 e 26.

[121] Corte di giustizia UE, sentenza *Chomel, cit*., paragrafi 26 e ss.; Tribunale di primo grado, 23 ottobre 1990, *Pitrone c/ Commissione*, causa T- 46/89, in *Raccolta*, II-577, paragrafo 42; Tribunale di primo grado, sentenza del 22 gennaio 1998, *Costacurta c/ Commissione*, causa T-98/96, in *Raccolta*, II-49, paragrafo 72; Tribunale di primo grado, sentenza del 21 luglio 1998, *Mellett* c/ C*our de justice*, T-66/96 e T-221/97. In particolare, la sentenza *Chomel*, al paragrafo 27, rileva che il silenzio serbato dalla Commissione dopo la richiesta del dipendente di confermare i suoi diritti, "*per quanto deplorevole, non equivale a una conferma di tali diritti in capo al ricorrente né può considerarsi assicurazione precisa fornita dall'amministrazione*".

[122] Corte di giustizia UE, sentenza del 27 febbraio 1987, causa 15/1985, in *www.eur-lex.europa.eu*

[123] A. ESPOSITO, *op. cit.*, per il quale "*l'aspettativa meritevole di protezione può, inoltre, sorgere ed essere rafforzata da una prassi amministrativa consolidata, dalle informazioni fornite dall'amministrazione nel corso del procedimento e nella fase dell'esecuzione, ovvero da impegni assunti dall'organo cui spetta l'emanazione e l'eventuale revoca dell'atto*".

legittimato la caducazione. In tal caso, peraltro, deve ritenersi che il potere di revoca venga meno per acquiescenza.

Il legittimo affidamento non può invece trovare la propria fonte in atti o comportamenti dell'amministrazione posti in essere successivamente all'emanazione del provvedimento oggetto di riesame, i quali non siano conformi alla normativa comunitaria primaria o derivata.

Perché l'aspettativa sia meritevole di protezione occorre, inoltre, che la parte interessata non abbia agito in modo incompatibile con la formazione di un affidamento legittimo, come nel caso, già esaminato, dell'allegazione di informazioni false ed incomplete o di infrazione manifesta della normativa vigente da parte del destinatario del provvedimento[124].

L'affidamento deve, altresì, ritenersi escluso nelle ipotesi in cui l'interessato abbia potuto ragionevolmente prevedere la modificazione della propria posizione giuridica sulla base di elementi oggettivi, conosciuti o agevolmente conoscibili. Dall'esame della giurisprudenza, emergono alcune fattispecie rilevanti al riguardo:

a) l'errore manifesto dell'amministrazione risultante dal provvedimento;

b) l'esistenza di difficoltà di esecuzione del provvedimento, poi revocato, determinate da dubbi sulla sua legittimità, delle quali il destinatario sia stato informato dall'autorità amministrativa;

c) la consapevolezza da parte del destinatario della natura illegittima dell'atto;

d) l'espressa qualificazione del provvedimento come revocabile.

Il momento a partire dal quale va valutata la tutela dell'affidamento decorre, secondo la giurisprudenza dominante, dalla data in cui l'atto comincia a produrre i suoi effetti.

A tal fine, occorre avere riguardo generalmente non alla data dell'emanazione, bensì a quella della notifica al destinatario posto che le decisioni individuali, nel novero delle quali rientrano i provvedimenti

[124] G. PEPE, *op.cit.*, 163 e ss.

amministrativi, producono effetti, appunto, dal momento della notifica. Si intende, in tal modo, garantire un'esigenza di certezza, in quanto solo da tale data l'atto produce effetti giuridici certi, tali da poter generare un affidamento in ordine alla sua validità.

L'affidamento è, dunque, nella giurisprudenza comunitaria, un contrappeso necessario alla ponderazione dell'interesse del privato con l'interesse pubblici[125]. In concreto, nel giudizio dinanzi alle Corti comunitarie, il ricorrente dovrà provare l'esistenza a suo favore di un legittimo affidamento nella legittimità dell'atto, mentre l'amministrazione dovrà eventualmente dimostrare di aver ragionevolmente ponderato gli interessi pubblici che l'hanno indotta alla revoca con le aspettative del privato[126].

7. *Le fattispecie di revoca disciplinate dal diritto derivato dell'Unione*

La mancanza di una disciplina organica del procedimento amministrativo a livello di diritto primario dell'Unione, oltre a comportare un *surplus* di attività giurisdizionale creatrice in capo alla Corte di giustizia al fine di colmare tale lacuna, ha altresì favorito il proliferare di svariate discipline di settore, affidate alla regolazione del diritto derivato, che sono aumentate nel tempo, di pari passo con l'allargamento delle competenze dell'Unione stessa.

In pratica, l'Unione ha adottato per ogni settore, dall'ambiente ai contratti pubblici, dalla tutela della concorrenza alla politica agricola, per citarne solo alcuni, discipline specifiche, adeguate alle peculiarità della materia trattata, che hanno finito per frammentare ulteriormente la già precaria sistematica del procedimento amministrativo europeo[127].

---

[125] D. CORLETTO (a cura di), *op. cit.*, 1 e ss.

[126] P. MENGOZZI, *op. cit.*, 633 e ss.; per L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario,* Torino, Giappichelli, 1998, anche nel nostro ordinamento il principio in esame "*nei rapporti con il soggetto pubblico ha assunto la veste tanto di un parametro di giudizio della condotta, quanto di un criterio di comportamento, quanto ancora di una regola che l'amministrazione deve porre alla base delle sue decisioni*".

[127] Per un quadro generale dei poteri di revoca tipici, si rinvia a J. SCHWARZE, *op.cit.,* 980 e ss.

Si ritiene utile illustrare a titolo esemplificativo la disciplina di due settori, ambiente e concorrenza, in cui la problematica legata al potere delle amministrazioni comunitarie di rivedere le proprie decisioni in autotutela, si presenta particolarmente sentita.

Con specifico riferimento al riesame delle decisioni amministrative in ambito ambientale, occorre menzionare il Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 settembre 2006[128], sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus, in attuazione del quale è stata adottata la Decisione della Commissione, del 13 dicembre 2007, che si è resa necessaria per definire norme dettagliate riguardo al contenuto e alle modalità di presentazione delle richieste di cui all'articolo 11, paragrafo 1, del Regolamento (CE) n. 1367/2006, ai sensi del quale le organizzazioni non governative sono legittimate a livello comunitario alla formulazione di una richiesta di riesame interno nei confronti delle istituzioni e degli organi comunitari.

La convenzione di Aarhus, del giugno 1998, ratificata in Italia dalla legge n. 108 del 2001 in tema di "*partecipazione del pubblico nell'elaborazione di taluni piani e programmi in materia ambientale*", consente infatti all'interessato di contestare la legittimità sostanziale o procedurale di decisioni, atti od omissioni riconducibili nell'alveo della partecipazione procedimentale, dotati di pregnanza ed autonomia, e rispetto alle quali la regolamentazione interna, in materia di vizi di legittimità, dovrebbe recedere.

Il titolo IV del Regolamento in questione, rubricato "*Riesame interno e accesso alla giustizia*", disciplina all'art. 10 le richieste, motivate, di riesame interno di atti e omissioni di natura amministrativa[129], che l'istituzione o l'organo comunitario deve esaminare, a meno che esse siano chiaramente infondate e alle

[128] Regolamento (CE) n. 1367/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 settembre 2006 sull'applicazione alle istituzioni e agli organi comunitari delle disposizioni della convenzione di Aarhus sull'accesso alle informazioni, la partecipazione del pubblico ai processi decisionali e l'accesso alla giustizia in materia ambientale, in *www.eur-lex.europa.eu*

[129] Il Regolamento definisce "atto amministrativo" qualsiasi provvedimento di portata individuale nell'ambito del diritto ambientale adottato da un'istituzione o da un organo comunitari e avente effetti esterni e giuridicamente vincolanti.

quali, non appena possibile, e comunque entro massimo diciotto settimane dal ricevimento della richiesta, deve rispondere per iscritto adducendo le sue motivazioni.

Quanto sopra riportato non esclude che l'organizzazione non governativa, che ha formulato la richiesta di riesame interno ai sensi dell'articolo 10, possa proporre ricorso dinanzi alla Corte di giustizia a norma delle pertinenti disposizioni del trattato; "facoltà" che, si badi bene, diventa "diritto", in base al disposto dell'art. 12 del Regolamento, nel caso in cui l'amministrazione europea ometta di pronunciarsi sulla richiesta.

Viene, quindi, tratteggiato un disciplinare del potere di riesame delle istituzioni comunitarie, anche se limitatamente alla materia ambientale, precisando i soggetti legittimati alla richiesta, quelli preposti ad evaderla e la tempistica da osservare nella presentazione della richiesta e nell'adozione della deliberazione motivata di riscontro, favorevole o meno, della stessa.

In base alla disciplina appena illustrata, possiamo affermare che l'amministrazione europea è tenuta a esercitare, anche su istanza di parte, il potere di riesame delle proprie decisioni in materia ambientale, potendosi, peraltro, profilare l'esistenza di un obbligo a concludere tale scrutinio con un provvedimento espresso e motivato, la cui inosservanza aziona il diritto delle organizzazioni interessate ad adire la Corte di giustizia con un ricorso giurisdizionale.

Poteri tipizzati di revoca sono previsti soprattutto da disposizioni in materia di concorrenza, le quali attribuiscono alla Commissione la facoltà di revocare esenzioni dal divieto di pratiche restrittive da essa stessa accordate.

Esemplare al riguardo è il Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002[130], che disegna un nuovo regime di applicazione delle procedure antitrust con lo scopo di garantire un'osservanza più effettiva delle regole comunitarie della concorrenza nell'interesse dei consumatori e delle

[130] Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 101 e 102 del trattato TFUE (*ex* articoli 81 e 82 del trattato CE) pubblicato nella GUCE L1 del 4 ottobre 2003, 1.

imprese. Prendendo le mosse dall'applicazione decentrata delle regole della concorrenza e dal rafforzamento del controllo *ex post*, il presente regolamento alleggerisce il carico di competenze della Commissione, che continua ad occuparsi delle violazioni più gravi in materia di concorrenza. Allo stesso tempo, accresce il ruolo delle autorità e giurisdizioni nazionali nell'attuazione del diritto comunitario della concorrenza, garantendone l'applicazione effettiva e uniforme.

Per controllare l'applicazione delle regole di concorrenza in materia di accordi, decisioni di associazioni di imprese e pratiche concordate (art. 101 del TFUE) e di abusi di posizione dominante (art. 102 del TFUE) che possano imporre restrizioni alla concorrenza, la Commissione è dotata di diversi poteri, come quello di prendere decisioni, svolgere indagini e irrogare sanzioni.

In particolare l'art. 29 del predetto Regolamento stabilisce dei casi specifici in cui la Commissione, agendo d'ufficio o in seguito a denuncia, può revocare il beneficio concesso con un regolamento d'esenzione qualora constati che in uno specifico caso un accordo, una decisione o una pratica concordata ha effetti incompatibili con le disposizioni del trattato in materia.

Stesso potere è riconosciuto all'autorità garante della concorrenza di ciascun Stato membro che può revocare il beneficio disposto da un regolamento d'esenzione sul territorio di tale Stato qualora, in uno specifico caso, taluni accordi, decisioni di associazioni di imprese o pratiche concordate producano effetti incompatibili con il trattato, anche se solo sul territorio di uno Stato membro o in una parte di esso avente tutte le caratteristiche di un mercato geografico distinto.

Si tratta di disposizioni che già ad una prima lettura, senza poter scendere nel merito della peculiare disciplina trattata, sanciscono non solo il riconoscimento in capo ad una istituzione dell'Unione del potere di revocare proprie precedenti decisioni, in presenza di determinati presupposti, operando in amministrazione diretta, ma riconoscendo tale potere anche alle autorità amministrative nazionali preposte al governo dello specifico settore della concorrenza, fanno emergere la stretta connessione giuridica tra i due

ordinamenti, con tutto ciò che ne deriva in termini di influenza del diritto comunitario sui procedimenti e sull'organizzazione delle amministrazioni nazionali.

Ulteriori discipline particolari, che confermano, *a contrario*, la sussistenza di un potere generale delle istituzioni comunitarie di procedere al ritiro dei propri atti a prescindere dall'esistenza di previsioni espresse in tal senso, sono contenute nello Statuto del personale comunitario[131] e, soprattutto, nel Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95[132], relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, il quale dispone che "*gli atti per i quali si stabilisce che hanno per scopo il conseguimento di un vantaggio contrario agli obiettivi del diritto comunitario applicabile nella fattispecie, creando artificialmente le condizioni necessarie per ottenere detto vantaggio, comportano, a seconda dei casi, il mancato conseguimento oppure la revoca del vantaggio stesso*".

Ciascuna regolamentazione del potere di revoca seppur specifica non esclude, tra l'altro, la contemporanea piena operatività, anche in tali settori, dei principi generali elaborati dalla giurisprudenza comunitaria e, primo fra tutti, quello del legittimo affidamento[133].

8. *Le implicazioni con gli strumenti di tutela giurisdizionale*

L'evoluzione dell'istituto della revoca degli atti amministrativi nell'ordinamento comunitario costituisce un significativo indicatore dell'avanzamento del processo di costruzione di un diritto amministrativo europeo.

La disciplina del potere di riesame delle amministrazioni comunitarie è stata, per un verso, definita dalla giurisprudenza essenzialmente in base ai

[131] Da ultimo modificato con Regolamento del Consiglio del 22 marzo 2004, n. 723, pubblicato in GUCE, L124 del 27 aprile 2004.
[132] Regolamento (CE, Euratom) n. 2988/95 del Consiglio, del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità, pubblicato in GUCE, L312, del 23 dicembre 1995.
[133] A. SIMONATI, *op. cit.*, 118 e ss.

principi affermatisi nei sistemi amministrativi degli Stati membri. Per altro verso, la Corte di giustizia non si è limitata, ad una mera ricognizione e alla conseguente adozione dei principi presenti negli ordinamenti degli Stati membri, ma ha applicato, di volta in volta, secondo il metodo della "valutazione comparativa", le regole che, seppur riconosciute soltanto da un numero minoritario di ordinamenti nazionali, sono state da essa ritenute più adeguate alla natura del sistema amministrativo comunitario.

A quest'ultima esigenza si è aggiunta, nella giurisprudenza più recente, una crescente attenzione per la tutela delle posizioni soggettive degli amministrati destinatari dei provvedimenti oggetto di riesame, che ha portato al progressivo superamento della distinzione tra il regime degli atti costitutivi e quello degli atti dichiarativi e all'evoluzione degli strumenti di accertamento e di tutela del legittimo affidamento.

Dal punto di vista delle implicazioni con la tutela giurisdizionale, allorché un' istituzione comunitaria revoca in corso di causa, prima di darvi esecuzione, la decisione oggetto di un ricorso d'annullamento in quanto il procedimento seguito, alla luce di una sentenza del Tribunale pronunciata in un'altra causa, è illegittimo, tale revoca rende il ricorso privo di oggetto e giustifica pertanto, ove il ricorrente non sia in grado di dimostrare un interesse ad ottenere una sentenza d'annullamento, una pronuncia di non luogo a provvedere.

Pur non essendo escluso che, nell' ambito di un ricorso d'annullamento, conclusioni nuove siano, in via eccezionale, ricevibili allorché riguardano l'annullamento di una seconda decisione che, in corso di causa, viene a sostituire la decisione originaria, questa possibilità non autorizza il controllo, da parte del giudice, della legittimità di una seconda decisione ipotetica non ancora adottata[134].

Per quanto riguarda il riesame e l'annullamento degli atti che impongono esclusivamente oneri ai destinatari, i giudici del Lussemburgo hanno avuto modo

[134] Ordinanza del Tribunale di primo grado (Seconda Sezione) del 18 settembre 1996, *J. Langdon Ltd* c/ *Commissione delle Comunità europee*, causa T-22/96, in *www.eur-lex.europa.eu*

di pronunciarsi in un numero esiguo di casi, relativi soprattutto all'obbligo dell'amministrazione di procedere alla rimozione di decisioni in esecuzione di sentenze di annullamento. L'annullamento delle decisioni di revoca determina, in linea generale, la caducazione con effetti retroattivi del provvedimento di ritiro e il conseguente obbligo per l'amministrazione di procedere alla *restitutio in integrum*, anche mediante la ripetizione di somme indebitamente riscosse. Casi particolari di ottemperanza al giudicato si hanno qualora è il cittadino a richiedere un risarcimento dei danni alla luce del mancato riconoscimento di un suo diritto a causa del provvedimento legittimo di revoca e della responsabilità extracontrattuale delle istituzioni europee *ex* art. 340 del TFUE. Il cittadino dovrà, quindi, dimostrare il carattere grave e manifesto della violazione commessa dall'amministrazione nel rimuovere il provvedimento che attribuiva effetti favorevoli, l'attribuzione di diritti da parte della norma violata con la revoca e, infine, il nesso di causalità tra tale atto e il danno subito[135].

Una menzione a parte merita il rimedio del ricorso in carenza previsto dall'art. 265 del TFUE[136], che consente agli interessati di far constatare dai giudici comunitari l'illegittimità di un'omissione di un'Istituzione europea in contrasto con un obbligo di provvedere previsto dai trattati.

Con la recente estensione dell'ambito dei soggetti legittimati passivamente a tutti gli organi e organismi dell'Unione, l'azione in carenza diviene uno strumento per colpire l'inerzia di tali soggetti pubblici nell'assumere decisioni amministrative[137], risultando così un rimedio speculare all'azione di annullamento.

In altre parole, i presupposti per il ricorso in carenza sono l'esistenza di un obbligo ad agire in capo all'istituzione in causa e la violazione dell'obbligo stesso, per cui, sulla scorta del riconoscimento di un potere generale di autotutela in capo alle istituzioni, organi e organismi dell'Unione, ben si può predicare

[135] M. PAVONI, *op. cit.*, 525 e ss.
[136] Cfr. M. P. CHITI, *La tutela giurisdizionale,* in *Diritto amministrativo europeo,* op. cit., 435 e ss.
[137] L'art. 265 del TUE esclude infatti il ricorso in carenza per raccomandazioni e pareri dovendosi trattare di atti destinati a produrre effetti vincolanti nei confronti dei soggetti agenti.

l'azionabilità in sede giurisdizionale di tutte quelle richieste dei privati volte a sollecitare un intervento di riesame da parte dei menzionati soggetti pubblici sulle decisioni già assunte, alle condizioni e nelle ipotesi previste per quanto riguarda i procedimenti che potremmo definire impropriamente "di prima istanza", accedendo entrambi i momenti autoritativi alla medesima competenza sostanziale[138].

[138] In particolare il Tribunale è competente in primo grado per i ricorsi in carenza: proposti da persone fisiche o giuridiche in qualunque caso; proposti da uno Stato membro contro un'astensione dal pronunciarsi del Consiglio: a) relativa a una decisione richiesta da tale Stato membro ai sensi dell'articolo 108, paragrafo 2, comma 3 del TFUE in merito alla compatibilità con il mercato interno di un aiuto istituito o da istituirsi da parte del suddetto Stato; b) relativa ad atti di tale istituzione in forza di un regolamento concernente misure di difesa commerciale ex articolo 207 del TFUE; c) relativa ad atti di esercizio di competenze di esecuzione da parte del Consiglio ex articolo 291, paragrafo 2 del TFUE; n proposti da uno Stato membro contro un'astensione dal pronunciarsi della Commissione diversa da quelle in materia di cooperazioni rafforzate ai sensi dell'articolo 331, paragrafo 1 del TFUE. Per converso, la Corte di Giustizia è competente in primo grado per i ricorsi in carenza: proposti da un'istituzione dell'Unione contro un'astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo, del Consiglio o di entrambe le istituzioni nei casi in cui avrebbero dovuto statuire congiuntamente, della Commissione o della Banca centrale europea; proposti da uno Stato membro contro un'astensione dal pronunciarsi del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione.

CAPITOLO II

IL POTERE DI AUTOTUTELA DELLE AMMINISTRAZIONI NAZIONALI SUI PROVVEDIMENTI ADOTTATI IN FUNZIONE COMUNITARIA E SUGLI ATTI CONFLIGGENTI CON IL DIRITTO COMUNITARIO

PARTE PRIMA

1. *Il sistema dei rapporti di diritto amministrativo tra ordinamento europeo e Stati membri*

Nella originaria visione dei "padri fondatori" delle Comunità europee, J. Monnet e R. Schumann, l'ordinamento comunitario era concepito come un potere pubblico avente compiti di regolazione e destinato essenzialmente a prendere decisioni[139].

Ne è derivato un sistema in cui la realizzazione delle politiche comunitarie è stata, perlopiù, affidata alle amministrazioni nazionali, secondo il principio della esecuzione indiretta, detta anche federalismo di esecuzione[140]. Questo iniziale orientamento spiega d'altra parte la scelta di dotare la Comunità di una struttura burocratica ridotta all'essenziale[141], nonché la mancanza, nei Trattati istitutivi e negli accordi successivi, di disposizioni recanti una disciplina organica del fenomeno amministrativo[142], al pari di quella dettata per il potere legislativo e per quello giurisdizionale. A ciò si aggiunga, come accennato nel capitolo precedente, che la conformazione non statuale dell'Unione[143] ha portato a negare

---

[139] Cfr. sul punto, G. DELLA CANANEA, *L'Unione europea. Un ordinamento giuridico composito,* Roma-Bari, Laterza, 2003, 43; E. CHITI, C. FRANCHINI, *Le figure organizzative,* in *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti,* (a cura di) G. DELLA CANANEA, Milano, 2011, 57.

[140] M. P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria,* in *Trattato di diritto amministrativo europeo,* II ed., (diretto da) M. P. CHITI, G. GRECO, Milano, 2007, Parte generale, I, 418.

[141] Sul punto vedi lo scritto di J. MONNET, *Memoires,* Parigi, 1976, 546, in cui è ben chiara l'idea che la Comunità dovesse avere un apparato amministrativo leggero. Nel tempo, il numero dei funzionari è costantemente aumentato, a seguito dell'ampliamento delle competenze dell'Unione e dell'ingresso di nuovi Stati membri. Tuttavia, la funzione pubblica europea rimane sempre numericamente modesta se rapportata a quella di qualsiasi amministrazione nazionale; sul punto, cfr. lo studio di M. INNAMORATO, *La burocrazia nell'Unione europea,* in *Riv. trim. sc. amm.,* 3/2003, 105.

[142] *"[…] la collocazione del potere amministrativo nei trattati istitutivi appare assai incerta: l'amministrazione è relegata al rango di apparato servente delle varie istituzioni",* così S. CASSESE, *La Costituzione europea,* in *Quad. Cost.,* 1991, 590.

[143] Corte di giustizia UE, sent. *Costa* c/ *Enel* del 1963*,* causa 26/62, in *www.eur-lex.europa.eu*. Da ultimo, vedi Tribunale di I grado, sez. V, del 25 ottobre 2007 n. 4515, in *Guida al diritto*, 2007, 47 a tenore del quale "*i Trattati comunitari hanno instaurato un ordinamento giuridico di nuovo genere a favore del quale gli stati membri hanno limitato, in determinati settori, la loro sovranità. Nell'ambito di tale ordinamento giuridico comunitario le istituzioni dispongono esclusivamente di competenze di attribuzione*".

autonoma rilevanza al diritto amministrativo europeo[144], sulla base dell'assunto che se non c'è uno Stato non può parlarsi di un diritto da esso prodotto, che è essenzialmente quello amministrativo[145].

Dopo un primo momento, in cui si è percepita, con riferimento all'azione della Comunità europea del carbone e dell'acciaio, la formazione di una "atmosfera amministrativa"[146] - espressione con la quale si è voluto sottolineare il carattere essenzialmente amministrativo della CECA quale organizzazione sovranazionale specializzata - è seguito un lungo periodo, protrattosi fino a buona parte degli anni Ottanta, che ha visto l'attenzione degli operatori del diritto e delle Istituzioni incentrata sui caratteri "costituzionali" dell'ordinamento giuridico comunitario[147], ed in particolare sullo sviluppo del potere normativo[148].

L'Atto Unico Europeo del 1986 e il successivo impulso dato al processo di integrazione con l'espansione delle competenze e dei settori di intervento comunitari, in un'ottica non più limitata alla sola dimensione funzionale della integrazione economica dei mercati, hanno messo in crisi il modello di una Comunità disinteressata, in linea di principio, alla esecuzione delle proprie norme[149] e alle problematiche dell'organizzazione amministrativa[150].

---

[144] Sulle origini del diritto amministrativo europeo, v. *ex multis* M. S. GIANNINI, *Profili di un diritto amministrativo delle Comunità europee,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2003, 980; S. CASSESE, *Il diritto amministrativo europeo presenta caratteri originali?,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1/2003, 35 e ss.; ripercorre le diverse fasi che hanno segnato l'evoluzione dell'amministrazione europea, G. VILELLA, *Le reforme de l'administration de l'Union europèenne,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2004, 729;

[145] M. P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo,* Milano, Giuffrè, 2004, in *Presentazione* così osserva: "*si reputa che il diritto amministrativo sia ineluttabilmente connesso alla dimensione giuridico-istituzionale dello Stato e che quindi non abbia condizione di essere al di fuori di esso*"; cfr. anche E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario,* Torino, Giappichelli, 2004.

[146] L'espressione è di C. F. OPHULS, *Les Réglements et les directives dans les Traités de Rome*, in *C.D.E.,* 1966, 3, 10.

[147] Per S. CASSESE, *Le basi del diritto amministrativo,* Torino, Giappichelli, 1995, 318, "*sugli studi di diritto comunitario pesa l'ipoteca dell'impostazione internazionalistica, più attenta a quello che potremmo definire il diritto costituzionale comunitario, che a quello amministrativo*".

[148] Una caratteristica peculiare del diritto amministrativo europeo è proprio la incompleta distinzione tra normazione e amministrazione, tra posizione della norma ed esecuzione della stessa; sul punto S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali,* in *Trattato di diritto amministrativo europeo,* op. cit., 3.

[149] M. P. CHITI, *Le forme di azione dell'amministrazione europea,* in (a cura di) F. BIGNAMI, S. CASSESE, *op.cit.,* Milano, Giuffrè, 2004, 58.

[150] Osserva in dottrina, R. FERRARA, *Il "posto" del diritto amministrativo: fra tradizione e globalizzazione*, in AA.VV, a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE, *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale,* Milano, Giuffrè, 2005, 11 e ss., come la stessa Unione contribuisca "*in modo determinante, a ben vedere, ad avallare e fondare siffatto processo di ri-*

E' utile ricordare che, tradizionalmente, l'attività amministrativa europea è stata distinta in strumentale e finale[151]. L'attività strumentale è posta in essere direttamente dalla Commissione[152], mentre per quella finale, fatta eccezione per i pochi casi di amministrazione diretta[153], la regola è costituita dal modello della esecuzione indiretta, in cui la Commissione, nel perseguimento dei fini propri dell'Unione, si avvale delle amministrazioni degli Stati membri, i quali sono tenuti ad attuare il diritto comunitario nel rispetto del principio di leale cooperazione[154]. Tale principio ha la sua base giuridica nell'art. 4, comma 3, del

---

legittimazione del diritto amministrativo […]. Al punto che il diritto amministrativo comunitario appare, ormai, come uno straordinario e non eliminabile fattore di costruzione dell'integrazione europea, come quel fattore capace di tenere insieme, innovandole e svecchiando le tradizioni politiche e amministrative degli Stati nazionali, sia dei sistemi di civil Law *che di* common Law".

[151] Si veda S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali,* in *Trattato di diritto amministrativo europeo,* op. cit., 5.

[152] Per F. ASTONE, *op. cit.*, 62, "*la Commissione costituisce il simbolo dell'originalità del sistema, istituzione a metà strada tra un'amministrazione e un esecutivo*" e "*le disposizioni del Trattato che si occupano della Commissione configurano l'istituzione essenzialmente quale governo del nuovo ordinamento, minimizzandone le attribuzioni amministrative ed accentuandone il carattere collegiale ed orizzontale. Si tratta di un'interpretazione funzionalmente complementare al principio di esecuzione indiretta, poiché in entrambi i casi l'obiettivo consiste nel tutelare l'indipendenza di due ordini di autorità: delle amministrazioni nazionali dalle autorità comunitarie, nel primo caso; della Commissione dalle incursioni dei governi e delle Istituzioni interne degli Stati membri, nel secondo*"; sempre sulla Commissione ed il ruolo del collegio dei commissari, si veda ancora M. INNAMORATO, *op. cit.,* 2003, 101; in giurisprudenza, Corte di giustizia UE, sentenza del 18 gennaio 2005, causa C-257/01, *Commissione* c/ *Consiglio,* con nota di M. SAVINO, *Commissione o Consiglio: chi detiene il potere esecutivo nell'Unione europea?,* in *Gior. dir. amm.,* 2005, 636, per il quale la sentenza confermerebbe il carattere condiviso (c.d. sistema bicefalo) del potere esecutivo europeo, ripartito tra Commissione e Consiglio. Di "amministrativizzazione" della Commissione parlano, altresì, E. CHITI e C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea*, Bologna, Il Mulino, 2003, 21, un processo rispetto al quale hanno svolto un ruolo chiave l'istituto della *habilitation*, che permette in presenza di condizioni particolari di delegare poteri dal collegio al commissario competente, o anche ad un alto funzionario della direzione generale, e l'introduzione dei comitati della c.d. comitologia. Secondo T. CHRISTIANSEN, *La Commissione europea,* in S. FABBRINI (a cura di), *L'Unione europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sopranazionale*, Roma-Bari, 2002, 126, è riscontrabile una "*contraddizione intrinseca alla Commissione nella misura in cui essa garantisce sia la leadership politica, che un servizio di amministrazione pubblica al sistema della UE*", che la pone "*tra la Scilla della burocratizzazione e il Cariddi della politicizzazione*".

[153] Il disegno originario dei rapporti amministrativi tra l'ordinamento sopranazionale e quelli nazionali prevede, da un lato, una divisione dei compiti tra le istituzioni europee e quelle degli Stati membri, per cui esecuzione e legislazione sono nettamente divise e ognuna di esse è affidata a soggetti diversi ed autonomi; dall'altro lato, l'amministrazione indiretta non ridefinisce o ridimensiona il ruolo delle amministrazioni nazionali, che mantengono, comunque, una certa autonomia nell'attuazione del diritto dell'Unione.

[154] Sul punto cfr. F. G. PIZZETTI, *Riflessioni sul principio di leale cooperazione nell'ordinamento comunitario*, in P. BILANCIA - F. G. PIZZETTI, *Aspetti e problemi del costituzionalismo multilivello,* Torino, Giappichelli, 2004, 109 e ss. Il versante amministrativo costituisce una importante esplicazione del principio in questione, come riconosciuto anche dalla Corte di giustizia UE, sentenza del 26 novembre 2002, causa C-275/00, *First e Franex* c/ *Commissione*, in *www.eur-lex.europa.eu.* Esso opera in diverse direzioni (tra Istituzioni comunitarie e Stati membri, tra le sole Istituzioni o tra gli stessi Stati), come dimostra la copiosa giurisprudenza in argomento, tra cui Corte di giustizia UE, sentenza del 4 dicembre

TUE, a norma del quale "*l'Unione e gli Stati membri si rispettano e si assistono reciprocamente nell'adempimento dei compiti derivanti dai trattati. Gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione. Gli Stati membri facilitano all'Unione l'adempimento dei suoi compiti e si astengono da qualsiasi misura che rischi di mettere in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione*": ad esso è ascrivibile, dunque, una rilevanza non solo costituzionale, ma anche, e soprattutto, amministrativa, sotto un duplice profilo: per un verso, pone a carico degli Stati membri una serie di obblighi di natura amministrativa, ai fini del perseguimento degli obiettivi comuni e, per l'altro, diviene il fondamento della pretesa degli stessi Stati di adottare i provvedimenti che essi ritengono più opportuni, al fine di assicurare l'applicazione degli atti normativi dell'Unione, qualora non sia prevista una specifica modalità di esecuzione.

Le disposizioni e i principi, fin qui, richiamati definiscono, seppur sommariamente, un criterio generale di suddivisione dei compiti amministrativi tra ordinamento europeo e ordinamenti nazionali: tale criterio presuppone, per un verso, che l'esecuzione abbia inizio precisamente là dove finisce l'attività legislativa in modo da poter distinguere le due sfere di azione, riservandole a due ordini di soggetti diversi e autonomi; per altro verso, agli Stati membri, nonostante la loro autonomia amministrativa[155], rimane la possibilità di dettare le regole per i procedimenti nazionali solo in mancanza di una disciplina europea in materia, e sempre nel rispetto dei principi di equivalenza ed effettività[156].

2003, causa C-448/01, *EVN AG* c/ *Republik Osterreich,* in *Dir. pubbl. comp. eu.,* 2004, 883; Corte di giustizia UE, sentenza del 10 dicembre 2002, causa C-29/99, *Commissione* c/ *Consiglio*, in Racc., I-11221; Corte di giustizia UE, sentenza del 9 settembre 2003, causa C-198-01, *Consorzio Industriale Fiammiferi* c/ *Autorità garante della concorrenza e del mercato*, su *www.curia.eu.int*; da ultima, v. Corte di giustizia UE, Grande Sezione, sentenza del 12 febbraio 2008, in *www.giustamm.it*.

[155] Cfr. sul punto F. ASTONE, *op. cit.*, 58 e ss., secondo il quale il principio di esecuzione indiretta non comporta alcun ridimensionamento dell'autonomia procedurale delle amministrazioni nazionali rispetto all'Unione nel processo di attuazione del diritto comunitario: il modello prescelto, infatti, garantisce gli Stati membri da un ordinamento sovranazionale forte, ma sotto controllo.

[156] Sul punto in giurisprudenza Corte di giustizia UE, sentenza del 21 gennaio 1999, causa C-120/97, *Upjohn Ltd.* c/ *The Licensing Authority established by the Medicines Act 1968,* in *Racc*. 1999, I-223;

I brevi tratti, appena accennati, permettono di delineare un modello di attuazione delle decisioni delle istituzioni europee, fondato sul binomio amministrazione diretta/esecuzione indiretta, che, a seguito del progressivo sviluppo delle competenze e del processo di allargamento dell'Unione[157], non rappresenta più in maniera adeguata le molteplici forme che il potere pubblico europeo, e nella specie il suo apparato amministrativo, assumono nel loro svolgersi[158].

La terminologia usata per indicare le procedure amministrative è variegata: *multi-level governance*[159], reti di amministrazioni[160], *regulatory process*[161], sono tutte espressioni che hanno in comune il riferimento ad un sistema policentrico, non monista, non ordinato gerarchicamente, in cui assumono un ruolo prevalente ora le istituzioni comunitarie, ora le amministrazioni nazionali, secondo le interazioni che di volta in volta si innescano tra di esse[162].

Corte di giustizia UE, *Charalampos Dounias* c/ *Ypourgos Oikonomikon,* causa C-228/98, in *Racc.* 2000, I-577.

[157] Cfr. F. ASTONE, *L'integrazione amministrativa nell'Unione a venticinque,* in *Funz. Pubbl.,* 3/2005, 13.

[158] Ha constatato il superamento delle procedure di esecuzione diretta e indiretta, operando un primo tentativo di classificazione dottrinale delle diverse modalità integrate di esecuzione, C. FRANCHINI, *Amministrazione nazionale e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario,* Padova, CEDAM, 1993.

[159] La nozione di *governance* descrive e spiega i fenomeni di coordinamento e decisione insiti nel governare in assenza di un governo inteso come istituzione; al riguardo F. BASILICA, *La* public governance *in Europa,* in *Funz. pubbl.,* 3/2004; A. LIPPI, *Il* policy making *europeo come "rete"*, in *L'Europa delle reti*, a cura di A. PREDIERI e M. MORISI, Torino, 2001, 1 e ss.; A. DAMONTE, *La* governance *europea,* in *URGE Working Paper,* n. 6/2006. In tale ambito assistiamo allo sviluppo di un'amministrazione pubblica flessibile, fortemente integrata nei suoi vari livelli verticali (amministrazione europea, statale e infrastatale) e nelle forme orizzontali (le amministrazioni degli Stati membri congiunte o coordinate tra loro), che consente altre forme di intervento differenziato appropriate alle particolari esigenze della *governance* europea", così M. P. CHITI, *Una costituzione rigida per un'amministrazione flessibile: nuove forme di* governance *nella Costituzione europea*, in AA.VV., *Dalla cittadinanza amministrativa alla cittadinanza globale*, (a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE), *op. cit.*, 52.

[160] Cfr. per una ricostruzione in chiave strutturale e funzionale dei sistemi reticolari di amministrazioni, D. IELO, *Amministrazioni a rete e reti di amministrazioni: nuovi paradigmi della* global governance, in *Amministrare,* 2003, 373.

[161] E. CHITI, C. FRANCHINI, *Diritto amministrativo europeo – Casi e materiali,* Milano, 2005, 191 e ss.

[162] La nozione di pubblica amministrazione che si ricava da alcune norme dei Trattati e dall'elaborazione della giurisprudenza può qualificarsi a geometria variabile, in quanto muta di settore in settore. Il problema riguarda, soprattutto, in materia di pubblici appalti, la controversa nozione comunitaria di organismo di diritto pubblico, trasfusa di recente nel nostro ordinamento, nell'art. 2, comma 26 del decreto legislativo n. 163 del 2006, (Codice degli Appalti), nonché la nozione di società a partecipazione

Il risultato di quanto sopra descritto è un coacervo di rapporti tra amministrazioni nazionali ed europee, che si esplicano mediante collegamenti compositi e variabili in base al c.d. *sector by sector approach*[163], che tiene conto, di volta in volta, dei fini perseguiti dall'ordinamento europeo, valorizzando il dato settoriale e plasmando intorno ad esso i diversi moduli procedimentali[164].

A livello comunitario si va, dunque, definendo un'amministrazione che opera secondo una pluralità di tipi organizzativi e procedurali, in cui accanto alle istituzioni, agli organi e agli organismi, quali i comitati della comitologia, le agenzie europee, le autorità indipendenti e i soggetti privati che concorrono allo svolgimento delle funzioni amministrative dell'Unione, si pongono, sul versante nazionale, sia amministrazioni nazionali, direttamente operanti in "funzione comunitaria"[165] e preposte alla cura e tutela di interessi sovranazionali, sia assistiamo al coinvolgimento dell'intero apparato amministrativo, che anche a livello decentrato, risente della primazia del diritto europeo dal punto di vista organizzativo e procedimentale[166].

Il concetto di integrazione[167] amministrativa ha, conseguentemente, subito una profonda trasformazione[168], divenendo fondamentale per la sua

---

pubblica locale, connessa alla questione dell'affidamento *in house,* sul punto cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, cap. VIII, ultima edizione.

[163] Si veda S. CASSESE, *Il procedimento amministrativo europeo,* in F. BIGNAMI, S. CASSESE (a cura di), *op. cit.*, 34.

[164] Per R. ROLLI, *I caratteri multilivello del diritto amministrativo europeo,* in *www.giustamm.it*, in un modello pluriorganizzativo, come è venuto a conformarsi quello comunitario, "*risulta indispensabile stabilire modalità di decisione più elaborate, in funzione della molteplicità degli obiettivi pubblici e del loro intreccio. Ciò determina la differenziazione delle procedure e lo sviluppo della relativa disciplina. Per tale motivo il procedimento, anche nell'ambito comunitario, presenta oggi una forte rilevanza*".

[165] La terminologia è di L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria,* Milano, Giuffrè, 2007, cui si rimanda per un approfondimento.

[166] Per una ricognizione sul ruolo svolto dalle regioni d'Europa, nell'ambito del sistema comunitario di *governance*, si vedano gli atti del convegno, *The role of the regions in the new European governance* (Barcellona, 28/29 gennaio 2003), pubblicati in *Istituzioni del federalismo,* 2004, fasc. 1; vedi in proposito anche, *Regioni e dinamiche di integrazione europea,* a cura di L. CHIEFFI, Torino, 2003, 360 ss., il quale prospetta, al contrario, una funzione ancora marginale degli enti in questione nel sistema di *multi-level governante.* E ancora, da ultimo, G. IURATO, *Le regioni italiane e il processo decisionale europeo: un'analisi neo-istituzionalista della partecipazione,* Milano, 2005.

[167] Secondo S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?,* in *Riv. ital. dir. pubbl. com.,* 2004, 1141, "*definire integrazione [amministrativa] questo mondo variegato di raccordi in senso orizzontale e in senso verticale, rappresenta certamente una forzatura*".

[168] L. AZOULAI, *Gli sviluppi recenti dell'integrazione amministrativa europea attraverso la giurisprudenza della Corte di giustizia,* in S. BATTINI e G. VESPERINI (a cura di), *op. cit.*, 99 e ss.

comprensione analizzare l'attività svolta dalle amministrazioni nazionali che partecipano a procedimenti amministrativi di rilevanza comunitaria e secondo quali modelli avviene il raccordo tra le amministrazioni degli Stati membri e quelle europee.

Si tratta di tematiche la cui esaustiva trattazione non può affidarsi al presente lavoro, rendendosi, pertanto, utile e necessario circoscrivere l'indagine alle dinamiche che interessano il potere di autotutela esercitato dalle amministrazioni nazionali deputate, per fini istituzionali o normativi a dare esecuzione al diritto dell'Unione, mediante sequenze procedimentali particolarmente complesse[169].

2. *Il potere di autotutela esercitato dalle amministrazioni nazionali operanti in funzione comunitaria*

L'inadeguatezza sopravvenuta del modulo organizzativo dell'esecuzione indiretta nel sistema composito della *governance* europea, ha reso necessario imprimere un nuovo impulso al processo di integrazione amministrativa, sia attraverso i Trattati che per il tramite del diritto derivato, con la creazione di una fitta e cangiante rete di connessioni tra i diversi sistemi amministrativi, in cui il ruolo svolto dalla amministrazioni nazionali, preordinate allo svolgimento di compiti prescritti dal diritto europeo, è diventato produttivo di importanti ricadute anche sugli aspetti organizzativi e strutturali delle amministrazioni stesse. Infatti, il sistema amministrativo nazionale si è evoluto[170], adeguandosi ai dettami imposti dall'integrazione amministrativa tra i due ordinamenti: può accadere da un lato, che gli apparati amministrativi nazionali collaborino nello svolgimento di attività proprie delle istituzioni europee; dall'altro, che apparati nazionali svolgano in via autonoma i compiti connessi alla funzione comunitaria ad essi attribuita. A tal riguardo, si è parlato, come si accennava in precedenza, di

[169] Sui procedimenti amministrativi misti e le forme di tutela, si veda M. RAGAZZO, *op. cit.,* 310 e ss.
[170] Sul punto le osservazioni di S. CASSESE, *Le trasformazioni dell'organizzazione amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl*. 1988, 374 e ss.

"amministrazioni nazionali in funzione comunitaria"[171]: tuttavia, questa espressione non deve lasciar pensare alle amministrazioni nazionali come mere esecutrici delle decisioni amministrative europee, e a queste legate solo dal rispetto di vincoli; né, tanto meno, le attività espletate dalle amministrazioni interne possono considerarsi quali ultime e ininfluenti propaggini di un procedimento amministrativo, che vede lo svolgersi delle sue fasi più rilevanti in ambito esclusivamente sovranazionale.

Tale fenomeno investe ambiti sempre più ampi, incrementando l'attività di matrice comunitaria delle amministrazioni nazionali e favorendo il sorgere di raccordi, anche di tipo organizzativo, oltre che procedimentale, quale riflesso di una articolazione delle funzioni che sono sempre più condivise e sempre meno esclusive[172]. La distribuzione delle funzioni tra l'amministrazione europea e quelle nazionali si attua sia in forma differenziata ricadendo, rispettivamente, sulla prima l'adozione delle decisioni e sulle altre la loro esecuzione, sia in forma paritetica, mediante una partecipazione contestuale dei diversi soggetti alle varie fasi del processo decisionale.

In realtà, il ruolo svolto dalle amministrazioni nazionali presenta alcuni tratti particolarmente caratterizzanti[173]. In primo luogo, esse svolgono funzioni amministrative in contitolarità con le amministrazioni poste sul piano sovranazionale[174], attraverso una ripartizione dei compiti tra sedi di potere

---

[171] E. CHITI – C. FRANCHINI, *Le figure organizzative,* in *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti,* op. cit.,79.

[172] Per L. SALTARI, *Amministrazioni nazionali in funzione comunitaria,* Milano, Giuffrè, 2007, 5, la comunione delle funzioni ha come conseguenza che "*le amministrazioni, nella cura concreta degli interessi di cui sono portatrici, sono spinte a considerare anche altri interessi la cui matrice non è solo nazionale ma anche comunitaria oppure riconducibile ad un altro Stato appartenente all'Unione europea"*.

[173] *La compenetrazione all'interno del livello di governo sopranazionale determina l'acquisizione, da parte delle amministrazioni statali, di una "natura anfibia di organi nazionali ma, al contempo, posti in un'unica istituzione amministrativa europea che ha il suo vertice nella Commissione*", si veda R. MANFRELLOTTI, *Sistema delle fonti e indirizzo politico nelle dinamiche dell'integrazione europea,* Torino, Giappichelli, 2004, 44.

[174] L. SALTARI, *op. cit.,* 6, distingue tra "comunitarizzazione" e "comunione" delle funzioni: nel primo caso, si hanno funzioni rette dal diritto comunitario ed eseguite direttamente dagli stessi apparati sovranazionali; nel secondo caso, invece, la funzione ha una prevalente disciplina europea, ma la sua cura concreta è affidata ad apparati nazionali, che agiscono in concerto con altri Stati membri e con le istituzioni dell'Unione. In quest'ultima ipotesi le amministrazioni nazionali sono in rapporto di "doppia agenzia" rispondendo sia all'ordinamento europeo che a quello interno in cui sono strutturate.

distinte, ma complementari, e, sovente, indispensabili[175] le une per le altre, seppure la normativa applicata sia prevalentemente di origine europea.

Un ulteriore aspetto peculiare si rinviene nella circostanza che il diritto europeo influenza le autorità interne non solo sul piano funzionale della suddivisione di poteri e attività, ma condiziona anche gli aspetti strutturali, prevedendo modelli organizzativi, rispetto ai quali lo Stato membro possiede limitati spazi di esercizio della propria potestà[176]. In tal modo viene a cadere ogni distinzione tra i due sistemi amministrativi, nazionale e comunitario, spettando, in particolare, al primo compiti esecutivi e al secondo funzioni di coordinamento e vigilanza[177].

Si può affermare che, ove vi sia già all'interno dello Stato un'amministrazione, preposta al governo di un determinato settore pubblico, essa potrà assommare su di sé la quota di funzioni delegate dall'Unione, mentre, in caso contrario, lo Stato membro dovrà addirittura procedere alla costituzione di un organismo *ad hoc*[178].

L'accentuata "funzionalizzazione dell'attività delle amministrazioni degli Stati membri all'interesse comunitario"[179] ha dato luogo alla elaborazione di una serie di modelli organizzativi, oltre che procedimentali, la cui funzione è quella di comporre, e, quindi, agevolare, l'esercizio condiviso delle funzioni ripartite tra i diversi livelli di governo, determinando un intreccio sempre più intenso, sia in

---

[175] E' ciò che avviene con l'Agenzia per le erogazioni in agricoltura, che esercita sul piano nazionale importanti compiti in materia di contributi per l'agricoltura, secondo uno schema "di imputazione globale sul piano funzionale e di imputazione diretta sul piano operativo", cfr. E. CHITI – C. FRANCHINI, *Le figure organizzative,* in *op. cit*.,79.

[176] S. CASSESE, *L'influenza del diritto amministrativo comunitario sui diritti amministrativi nazionali,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1993, 329 e ss.

[177] Ad esempio, la materia dei finanziamenti europei a sostegno della politica agricola comune, risponde ad un modello di integrazione parzialmente accentrato nella sfera di poteri dell'Unione, affinché le risorse comuni non vadano sperperate dagli Stati membri.

[178] Secondo L. SALTARI, *op. cit.,*72, queste amministrazioni concorrono in una logica di condivisione del lavoro alla cura concreta della funzione comune, in modo tale che esse sono necessarie, in quanto gli Stati membri sono tenuti a istituire o designare una propria amministrazione responsabile, e allo stesso tempo non sono autosufficienti.

[179] C. FRANCHINI, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Quaderni del Consiglio di Stato*, 1999, 15.

senso verticale, tra amministrazione europee e amministrazioni nazionali, ma anche in senso orizzontale, tra le stesse autorità interne.

L'esercizio dell'azione amministrativa prevede, dunque, una coesistenza e interdipendenza di organismi nazionali, sovranazionali e, talora, di organismi misti[180], integrati in "sistemi comuni" di amministrazione[181], in cui l'obiettivo dell'interdipendenza è realizzato attraverso una costruzione più elaborata, in cui le diverse amministrazioni titolari di attribuzioni hanno tra loro rapporti di equiordinazione, che portano i pubblici poteri nazionali a svolgere un duplice ruolo, come coautori dell'attività amministrativa, e come parti interessate, rappresentando uno Stato membro dell'Unione.

Questo modello di esercizio congiunto delle funzioni comunitarie[182] può assumere diverse forme: la coamministrazione, modello elaborato, intorno alla metà degli anni Ottanta, in quanto tipico della normativa europee relativa al settore dell'agricoltura[183]; l'integrazione decentrata, legata al processo di

---

[180] Il riferimento è, anzitutto, ai comitati, organi specializzati a composizione mista, di cui fanno parte funzionari comunitari ed esperti delle burocrazie nazionali, ma anche soggetti espressione di interessi privati, che svolgono funzioni latamente amministrative, concretizzantesi in attività preparatorie (gruppi di lavoro), ovvero in attività di controllo (comitati consultivi, di gestione e di regolazione) delle decisioni assunte dalla Commissione.

[181] E. CHITI, *Diritto europeo e diritto amministrativo nazionale nella disciplina procedurale dei "sistemi comuni",* in G. FALCON (a cura di), *Tendenze del diritto amministrativo e dei diritti amministrativi dell'Unione europea,* Padova, 2005; M. P. CHITI, *L'organizzazione amministrativa comunitaria,* in *op. cit.,* 461, parla di "moduli relazionali elastici" e "formule organizzatorie più complesse" che definiscono un sistema di "amministrazione a rete"; e ancora sul concetto di "amministrazione integrata", vedi F. PIZZETTI, *Sistema comunitario e amministrazioni nazionali,* in AIC - Annuario 1999, *La Costituzione europea, Atti del XIV Convegno Annuale, Perugia 7-8-9 ottobre 1999,* Padova, 2000, 200.

[182] Cfr. F. LAZZARO, *Il modello di esecuzione indiretta e lo sviluppo del diritto amministrativo comunitario,* in *www.cahiers.org*; sul modello della *coamministrazione,* Corte di giustizia UE, sentenza del 25 gennaio 2001, *DAFSE* c/ *Frota Azul-Transportes e Turismo Lda,* causa C-413/98, in *Racc.,* 2001, I-673, e sentenza del 10 gennaio 2002, *The Queen* c/ *Intervention Board for Agricultural Produce,* causa C-101-99, in *Racc.,* 2002, I-205.

[183] Un esempio si può ritrovare nel settore degli aiuti all'agricoltura. In Italia l'amministrazione a esso preposta era l'AIMA, l'Azienda di Stato per gli interventi nel mercato agricolo, che aveva assunto la fisionomia di organismo d'intervento a natura mista, proprio in virtù della riconducibilità degli atti emanati sia alla tradizionale sfera nazionale, sia all'acquisita vocazione comunitaria: in entrambe le situazioni tali atti venivano imputati all'Azienda e non alla Commissione, come si verifica, invece, nell'esecuzione diretta. L'AIMA era un'azienda autonoma dotata di personalità giuridica e di autonomia organizzativa e contabile. Oggi l'AIMA, a seguito del d.lgs. 27/5/1999, n. 165, è stata soppressa e sostituita dall'AGEA, Agenzia per le erogazioni in agricoltura. L'AGEA, ente di diritto pubblico, è organismo di coordinamento con la Comunità, rispetto alla quale è responsabile degli adempimenti connessi alla gestione degli aiuti. In tale sua attività principale, l'AGEA va distinta dagli organismi pagatori regionali, istituiti nelle singole regioni e province autonome al fine di erogare, sotto la propria responsabilità, le risorse dei fondi FEAGA e FEASR.

agencification che inizia ad affermarsi nei primi anni Novanta[184]; il concerto regolamentare europeo, emerso di recente[185]; e, infine, le reti di autorità indipendenti, ancora in corso di consolidamento[186].

Il modello della coamministrazione, ad esempio, presuppone la contitolarità della medesima funzione in capo a soggetti distinti, operanti in stretta connessione tra loro, la presenza dei quali è reciprocamente necessaria. Lo scopo perseguito è unitario, ma la normativa europea affida, in modo formale e cogente, a un'autorità nazionale, spesso appositamente istituita, la titolarità del compito di svolgere una determinata azione, indispensabile per la realizzazione degli obiettivi propri dell'Unione, che vigila affinché gli interessi particolari che si determinano in sede locale, non prevarichino gli interessi sopranazionali.

In tale modello, l'elemento funzionale assume rilievo maggiore rispetto a quello soggettivo e, a fronte di una funzione unica, il dato organico risulta, in pratica, moltiplicato: ciò accade sia per esigenze di reciproco controllo tra le amministrazioni nazionali e la Commissione, sia in virtù della localizzazione territoriale degli interessi e delle funzioni.

Un ulteriore aspetto caratterizzante il modello della coamministrazione riguarda i rapporti che intercorrono tra le istituzioni europee e gli organismi nazionali, dai quali deriva la necessarietà del trasferimento delle funzioni, quale normale modello di esplicazione del potere dell'Unione, secondo un assetto alquanto articolato dell'azione amministrativa, orientato verso lo svolgimento di

---

[184] E. CHITI, *European Agencies' Rule-Making: Powers, Procedures and Assessment*, in *European Law Journal*, 2013, 93 e ss.; ad esempio, l'Istituto Superiore per la Protezione e la Ricerca Ambientale, ISPRA, istituito con la legge 133/2008 di conversione, con modificazioni, del decreto Legge 25 giugno 2008, n. 112, unitamente alle Agenzie regionali per la protezione ambientale, fanno parte di una rete di amministrazioni nazionali e infrastatali che trovano il loro corrispettivo in ambito sovranazionale nell'EEA, l'Agenzia europea per l'ambiente.

[185] S. CASSESE, *Il concerto regolamentare europeo delle telecomunicazioni*, in *Giorn. dir. amm.*, 2002, 689 e ss.

[186] Cfr. C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione nazionale. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, op. cit., 221; si pensi ai Garanti, europeo e nazionali, per la protezione dei dati personali.

attività facenti capo ad una funzione unica, ma realizzabile solo con un intervento congiunto di amministrazioni comunitarie e nazionali[187].

Verso la fine del secolo scorso, le collaborazioni tra le amministrazioni nazionali e tra quest'ultime e quella comunitaria si sono intensificate ed articolate ulteriormente. Ciò è stata la premessa per la creazione di un nuovo modello di esercizio congiunto delle funzioni comunitarie, definito "amministrazione o integrazione decentrata"[188]. Si tratta di un modello più avanzato ed elaborato di quello della coamministrazione, e si differenzia da quest'ultima poichè non comporta soltanto la condivisione della competenza tra l'amministrazione sovranazionale e quella degli Stati membri, ma richiede, altresì, che alla materia sia dato ordinamento decentrato, mediante l'istituzione di un ente sovranazionale (di solito un'agenzia europea, ente con propria personalità giuridica ed un elevato grado di autonomia nei confronti delle altre istituzioni comunitarie), integrato sul piano nazionale da apparati amministrativi, anche appositamente istituiti[189].

L'integrazione decentrata, in altri termini, implica l'attribuzione di una funzione regolativa, di natura tecnico-specialistica, alle "agenzie europee", facenti parte, a loro volta, di una rete o *network* insieme alle amministrazioni nazionali, che operano come loro corrispondente interfaccia operativa. Oltre all'attribuzione della titolarità della funzione a soggetti diversi e alla loro integrazione in un'amministrazione unitaria, in rapporto di ausiliarietà rispetto all'ente istituzionale, le agenzie sono chiamate a governare il settore di

---

[187] Come fa notare C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione nazionale. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, op. cit., 220, la crisi della concezione soggettiva della pubblica amministrazione, per cui un'autorità amministrativa si definisce in relazione al soggetto cui perviene, trova ulteriore conferma in questa caratteristica degli organismi di intervento del modello della coamministrazione: infatti è il criterio funzionale quello che deve essere seguito nella determinazione di cosa debba intendersi per pubblica amministrazione.

[188] E. CHITI E C. FRANCHINI, *L'integrazione amministrativa europea,* op. cit., 72.

[189] Sono riconducibili al modello dell'integrazione decentrata l'Ufficio per l'armonizzazione del mercato interno, l'Ufficio comunitario delle varietà vegetali, l'Agenzia europea di valutazione dei medicinali, l'Agenzia europea per l'ambiente, l'Osservatorio europeo delle droghe e delle tossicodipendenze, l'Agenzia europea per la sicurezza e la salute sul lavoro e la Fondazione europea per il miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro. Sul ruolo delle agenzie si rimanda a E. CHITI, *Le agenzie europee. Unità e decentramento nelle amministrazioni comunitarie*, Padova, CEDAM, 2002; G. MAJONE, *Le agenzie regolative europee*, in S. FABBRINI (a cura di), *L'Unione europea. Le istituzioni e gli attori di un sistema sopranazionale*, Roma-Bari, 2002, 192; D. LIAKOPOULOS - G. MANCINI, *Il fenomeno della* agencification *nel diritto comunitario amministrativo,* in *www.diritto.it*

competenza in modo decentrato, garantendo la collaborazione tra i governi nazionali e l'amministrazione europea.

I tipi summenzionati non esauriscono il novero delle differenti combinazioni organizzative tra i diversi livelli di governo, così come devono registrarsi le ricadute anche sul fronte del potere di autotutela che le amministrazioni, coinvolte in tale flusso decisionale, si trovano a dover esercitare, secondo schemi e fondamenti normativi comunitari, differenti rispetto a quelli positivizzati dal diritto nazionale.

Una particolare evidenza di quanto appena affermato si può ricavare dall'esame di alcune discipline comunitarie specifiche, la cui attuazione è condivisa dalle amministrazioni europee e da quelle nazionali, come avviene per l'erogazione dei contributi comunitari nell'ambito della Politica Agricola Comune[190].

In tale settore d'intervento dell'Unione, il modello gestionale improntato alla coamministrazione, prevede che le disposizioni di diritto derivato, emanate nell'ambito della politica agricola dalle Istituzioni europee, vengano attuate dalle amministrazioni nazionali appositamente preposte a tale scopo, la cui organizzazione e presenza sul territorio dello Stato membro è appunto regolata dal diritto sovranazionale. In altre parole, viene a verificarsi che le autorità nazionali debbano osservare e, contestualmente, garantire l'osservanza della normativa comunitaria, procedendo alla revoca delle sovvenzioni e dei finanziamenti che dovessero risultare in contrasto con la stessa.

Si pensi ad esempio al Regolamento (CE) n. 73/2009 che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto nell'ambito della Politica Agricola Comune[191]. Detto regolamento prevede, tra l'altro, che il rispetto dell'insieme dei

---

[190] Cfr. L. COSTATO, *Corso di diritto agrario italiano e comunitario*, Milano, 2008; F. GENCARELLI, *La politica agricola comune nella giurisprudenza comunitaria,* Padova, 2000; A. FIORITTO, *L'agricoltura,* in CHITI - GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo,* op. cit., parte speciale, 25 e ss.; M. B. BASTIONI, *L'Agea: fra politica comunitaria e riordino nazionale della pubblica amministrazione,* in *Giorn. dir. amm.,* 2001, 2000 e ss.

[191] Regolamento (CE) n. 73/2009 del Consiglio del 19 gennaio 2009 che stabilisce norme comuni relative ai regimi di sostegno diretto agli agricoltori nell'ambito della politica agricola comune e istituisce taluni regimi di sostegno a favore degli agricoltori, e che modifica i regolamenti (CE) n. 1290/2005, (CE) n.

requisiti di condizionalità, in materia di sanità pubblica, salute degli animali e delle piante, ambiente e benessere degli animali, nonché dell'insieme degli obblighi relativi al mantenimento in buone condizioni agronomiche e ambientali dei terreni agricoli, compresi quelli non più destinati a fini produttivi, sia condizione necessaria per il completo pagamento degli aiuti diretti alle aziende agricole.

Occorre far notare che l'art. 22 del Regolamento in esame prevede che i controlli per la verifica dell'adempimento degli obblighi appena citati, sono svolti dalle autorità amministrative degli Stati membri; le stesse autorità che, ai sensi del successivo art. 23, ove rilevino che i criteri di gestione obbligatorio le buone condizioni agronomiche e ambientali non siano rispettati a causa di atti od omissioni direttamente imputabili all'agricoltore che ha presentato la domanda di aiuto, potranno procedere, sulla scorte della predetta normativa comunitaria, riducendo l'importo totale dei pagamenti da erogare o, nei casi più gravi, revocando ai soggetti privati il beneficio economico, che se già corrisposto, dovrà essere recuperato sempre dalle amministrazioni nazionali.

I poteri riconosciuti alle autorità dello Stato membro dalla regolamentazione europea possono, agevolmente, ricondursi al potere di autotutela che si manifesterà nella forma decisoria allorchè le amministrazioni, a seguito dei controlli, dovranno riesaminare la domanda di aiuto del beneficiario, riducendo o revocando integralmente il contributo concesso; del pari l'attività di recupero sempre da parte delle autorità interne di eventuali somme indebite già corrisposte dovranno essere assistite dall'esercizio dei poteri di autotutela esecutiva ad esse riconosciuti, che consentono di portare a piena realizzazione la pretesa restitutoria, garantendo l'effettività del diritto comunitario e la tutela degli interessi finanziari dell'Unione europea[192].

247/2006, (CE) n. 378/2007 e abroga il regolamento (CE) n. 1782/2003, pubblicato nella GU dell'Unione europea, L 30/16, del 31 gennaio 2009.

[192] Sul tema dell'autotutela in materia di erogazione di finanziamenti pubblici, si veda Cons. St., sentenza del 3 ottobre 2012, n. 5199, in *Giur. It.,* n. 4/2013, con nota di commento.

Da qui la particolarità di un'amministrazione nazionale chiamata ad esercitare un potere proprio, sulla base di presupposti e modalità fissate dalla normativa sovrananzionale, nel rispetto del principio di legalità non solo interna ma anche, e soprattutto, europea.

3. *Caratteri peculiari dell'autotutela esercitata nell'ambito dei procedimenti composti*

Il titolo del presente paragrafo, volutamente declinato al plurale, permette di partire da un dato empirico: non esiste un unico procedimento amministrativo europeo[193]. Le istituzioni europee hanno optato per una prospettiva del procedimento amministrativo "*sector specific*", che dà origine a procedimenti di natura e caratteristiche diverse, a seconda delle finalità da perseguire e degli interessi coinvolti, connotando tali procedimenti di una spiccata atipicità, che non permette di effettuare in maniera soddisfacente una ricostruzione del fenomeno in chiave tipologica [194].

Già si è accennato al ritardo con cui la scienza giuridica ha avviato gli studi sul procedimento amministrativo di matrice europea[195], nonostante l'Unione, al pari degli ordinamenti nazionali, nel perseguimento dei suoi obiettivi, si avvalga in larga misura, oltre che della legislazione e della giurisdizione, anche dell'amministrazione, come dimostrano gli innumerevoli interessi pubblici (ad esempio, la concorrenza, l'agricoltura, la sicurezza degli alimenti, solo per citarne alcuni) curati, in ambito comunitario, mediante forme procedurali amministrative.

Le cause risiedono in diversi ordini di ragioni. In particolare, bisogna ribadire che nel diritto europeo, sia originario che derivato, non esiste una

---

[193] J. SCHWARZE, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo,* in (a cura di) F. BIGNAMI - S. CASSESE, *op. cit.*, 127.

[194] S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?,* op. cit., 1140.

[195] G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea,* in *Trattato di diritto amministrativo europeo,* op. cit., 500 e ss.; E. PICOZZA**,** *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 321.

disciplina unitaria per l'adozione degli atti amministrativi: manca, in altre parole, un normativa che funga da "canovaccio"[196] per tutti i procedimenti amministrativi. A fronte, quindi, delle numerose regole riguardanti specifici procedimenti, la normativa di portata generale è scarna, e ancor di più lo sono le disposizioni recanti i principi generali della materia. Differenti le spiegazioni di questa lacuna nella codificazione: vi è chi nega, in maniera radicale, una competenza comunitaria in materia procedimentale, non potendosi rintracciare un fondamento costituzionale univoco sul punto[197]; altri giustificano la mancanza di riferimenti normativi organici, adducendo che a livello sovranazionale non vi sarebbe necessità alcuna di limitare la discrezionalità amministrativa[198].

A tale stato di cose hanno cercato di porre rimedio la Corte di giustizia e la scienza giuridica: la prima attraverso l'elaborazione di un nucleo di principi e regole generali applicabili a tutti i procedimenti amministrativi[199]; la seconda mediante uno sforzo di classificazione e di riconduzione a sistema della casistica procedimentale[200].

A seguito del riconoscimento dell'esistenza di uno stretto collegamento tra i vizi riguardanti la sequenza procedurale e la validità dell'atto finale, la giurisprudenza, ha ricavato il c.d. principio di articolazione[201], secondo il quale

---

[196] Così L. CUOCOLO, *I processi decisionali nell'amministrazione comunitaria,* in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 1/2006, 296.

[197] Cfr. J. SCHWARZE, *I principi dello stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione europea,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2004, 1281.

[198] La teoria è di C. FRANCHINI, *I procedimenti applicabili ai procedimenti amministrativi europei,* in (a cura di) F. BIGNAMI - S. CASSESE, *op. cit.*, 281 e ss.

[199] Tra gli altri ricordiamo: il principio di legalità, di sussidiarietà, di leale cooperazione, di buona amministrazione, di proporzionalità, di trasparenza e pubblicità.

[200] Sui principi generali del diritto comunitario, cfr. R. SAVINO, *Da un constitution-making ad un constitution-making process? Principi generali del diritto comunitario, principi costituzionali comuni agli Stati membri e Costituzione europea,* in *Riv. dir. pubbl. comp. eu.,* 2004, 57; nonché J. SCHWARZE, *I principi dello Stato di diritto per l'azione amministrativa nella "vecchia" e nella "nuova" Unione europea,* op. cit., 1279, il quale definisce tali principi "…the core and the point of crystallisation of European administrative law today ". E ancora A. VON BOGDANDY, *I principi costituzionali dell'Unione europea,* in *Dir. pubbl. comp. eu.,* 2005, 597 e ss., che vi annovera, tra gli altri, la libertà, la democrazia e il principio di non discriminazione; C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei,* in (a cura di) F. BIGNAMI - S. CASSESE, *op. cit.*, 285; A. MASSERA, *I principi generali,* in *Trattato di diritto amministrativo europeo,* op. cit., 285 e ss.; per un approfondimento completo sui principi, si veda D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo*, in M. RENNA - F. SAITTA (a cura di), *op.cit.*, 41 e ss.

[201] Cfr. C. FRANCHINI, *I principi applicabili ai procedimenti amministrativi europei,* in (a cura di) F. BIGNAMI - S. CASSESE, *op. cit.*, 282..

ogni fase, atto e attività dell'*iter* amministrativo, anche endoprocedimentale, hanno una propria valenza, delle proprie regole, e ove, compromettano in maniera definitiva i diritti delle parti e non siano meri atti preparatori, sono impugnabili con gli ordinari rimedi giurisdizionali[202].

In assenza di una legge organica sul procedimento amministrativo, è stata sempre la giurisprudenza ad elaborare un insieme di regole applicabili a ciascuna fase della sequenza procedurale, dall'iniziativa[203] alla partecipazione[204], dall'accesso[205] fino al momento prettamente decisionale[206].

---

[202] J. SCHWARZE, *Il controllo giurisdizionale sul procedimento amministrativo europeo,* in (a cura di) F. BIGNAMI - S. CASSESE, *op. cit.*, 132.

[203] L'iniziativa del procedimento è lasciata, perlopiù, ai privati, mentre quando spetta d'ufficio all'amministrazione e questa rimanga inerte, bisogna distinguere se si tratti di una amministrazione comunitaria o nazionale. Nella prima ipotesi, sarà esperibile un ricorso in carenza da parte dei privati che vantino un interesse giuridicamente rilevante alla emanazione dell'atto, purché quest'ultimo non sia un regolamento. Nel secondo caso, invece, i privati interessati a che l'amministrazione nazionale avvii un procedimento di rilevanza comunitaria potranno segnalare l'inadempienza alla Commissione, che deciderà se aprire o meno una procedura di infrazione: la distinzione è di G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea,* in *Trattato di diritto amministrativo europeo,* op. cit., 516.

[204] Il principio di partecipazione al procedimento, assimilabile nella sua formulazione a quello del contraddittorio, assurge a principio fondamentale dell'ordinamento comunitario. In particolare, nei procedimenti amministrativi composti possono intervenire anche le amministrazioni nazionali, v. M. VERONELLI, *Il procedimento,* op. cit., 128 e ss.; S. ANTONAZZI, *Procedimenti amministrativi comunitari composti e principio del contraddittorio,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 2007, 641 e ss., in cui l'Autrice affronta il tema del rispetto e della evoluzione del principio in esame attraverso il prisma della giurisprudenza, soprattutto con riferimento ai procedimenti composti, nel confronto con la normativa nazionale. Per un'approfondita analisi, con numerosi riferimenti giurisprudenziali, sul diritto ad essere sentiti e su altri diritti come quello alla trasparenza dell'azione amministrativa, v. F. BIGNAMI, *Tre generazioni di diritti di partecipazione nei procedimenti amministrativi europei,* in (a cura di) F. BIGNAMI - S. CASSESE, *op. cit.*, 87 e ss.

[205] Da ultimo si rimanda al lavoro monografico di A. SIMONATI, *op.cit.*; si veda anche il Regolamento (CE) n. 1049/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 maggio 2001, relativo all'accesso del pubblico ai documenti del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione, per il quale la politica di trasparenza sancita dall'art. 1, n. 2, del TUE deve garantire una maggiore legittimità, efficienza e responsabilità dell'amministrazione.

[206] Quanto al termine di conclusione del procedimento, non è previsto in generale per tutti i tipi di procedimenti, ma vale il principio del termine ragionevole, in base al quale la durata dell'attività amministrativa deve essere, di volta in volta, rapportata al tipo di procedimento posto in essere. Per quel che riguarda l'adozione del provvedimento amministrativo, si specifica che quest'ultimo deve essere espresso, deve recare un'adeguata motivazione ed essere comunicato tempestivamente ai destinatari. Manca nel diritto europeo una previsione che dia rilevanza al silenzio della pubblica amministrazione e, in ogni caso, l'inerzia che quest'ultima dovesse mantenere, al momento dell'adozione dell'atto finale, viene vista con un certo disfavore dall'Unione, non essendo previsti ipotesi di silenzio significativo a differenza dell'ordinamenti interno.

Resta fermo il punto che la nozione di procedimento amministrativo tradizionalmente intesa, a parere di alcuni studiosi[207], non può essere utilizzata con riferimento ai procedimenti composti[208], nonostante si tratti di modelli prettamente procedimentali, più che organizzativi, in quanto gli stessi presentano alcune evidenti peculiarità che li distinguono dagli altri procedimenti amministrativi: in primo luogo rileva il dato strutturale in quanto essi presentano una scansione variabile della sequenza procedimentale, che non si esaurisce né nella sfera comunitaria né in quella nazionale, anzi si articola in più fasi e atti intermedi, che precedono l'atto finale e si pongono rispetto ad esso in relazione funzionale, ma non necessariamente servente; essi rappresentano, inoltre, un prezioso strumento di composizione dei vari interessi pubblici e privati implicati nel processo decisionale e, quindi, la loro strutturazione è consequenziale ai fini specifici che sono volti a curare.

Il passaggio dai procedimenti semplici a quelli composti, che costituiscono uno dei principali fattori di crisi del principio dell'autonomia procedimentale degli Stati membri[209], è avvenuto a seguito del superamento del modello originario di esecuzione indiretta, basato sullo schema decisione comunitaria – esecuzione nazionale, ormai non più rispondente alle esigenze di una Comunità che, nel corso del tempo, ha incrementato i suoi ambiti d'intervento e, parallelamente, le proprie funzioni amministrative[210]. Ne è

---

[207] Critico sul punto E. PICOZZA, *Il regime giuridico del procedimento amministrativo comunitario*, op. cit., 312.

[208] Sulla'argomento, M. P. CHITI, *I procedimenti composti nel diritto comunitario e nel diritto italiano,* in *Attività amministrativa e tutela degli interessati. L'influenza del diritto comunitario,* Torino, 1997; per F. MANETTO, *I procedimenti compositi nazionali e comunitari,* in *www.diritto.it,* "i procedimenti composti sono procedimenti che si articolano in fasi nazionali e comunitarie, aperti a combinazioni d'interessi di vario genere, e si concludono con provvedimenti finali in certi casi della Comunità, in altri dello Stato membro".

[209] F. ZAMMARTINO*, Autonomia procedimentale ed autonomia processuale degli Stati membri nel processo d'integrazione in Europa. Le esperienze italiana e francese*, in *opar.unior.it*

[210] Per S. CASSESE, *Il diritto amministrativo comunitario e la sua influenza sulle amministrazioni pubbliche nazionali*, in L. VANDELLI – C. BOTTARI – D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Quaderni della Spisa – Università di Bologna, n. 1, 1994, 17, "*l'amministrazione europea nasce come un corpo amministrativo retto dal principio della enumerazione delle materie. Tuttavia, questo principio è stato successivamente superato in diversi modi. In primo luogo attraverso l'uso dei "poteri impliciti"; in secondo luogo, attraverso la "comunitarizzazione" di materie prima nazionali e il loro "inquadramento" nell'attività comunitaria. […] In terzo luogo, le comunità hanno ampliato i loro*

derivato un sistema decisionale complesso e policentrico[211], in cui intervengono, a diverso titolo e in diversi tempi, secondo dinamiche che non sono quelle tipiche della divisione dei poteri, bensì dell'interazione e della commistione degli stessi, sia amministrazioni nazionali sia comunitarie, le quali contribuiscono a realizzare strutture decisionali mutevoli (quanto a soggetti, articolazione della sequenza procedurale ed esiti cui la stessa perviene), astrattamente riconducibili all'idea dell'*arena pubblica*[212].

Una prima classificazione, diffusa tra gli studiosi della materia[213], distingue, sotto un profilo logico e temporale, tra procedimenti *top-down*, in cui l'atto finale è emanato dalle amministrazioni nazionali; *bottom-up*, in cui, al contrario dei precedenti, la prima fase si svolge in sede nazionale, mentre l'organo decidente è un'amministrazione comunitaria; e, infine, procedimenti misti, caratterizzati da una compresenza di elementi del primo e del secondo tipo e, in tal caso, la procedura va divisa in due parti: nella prima parte l'organo decidente è l'amministrazione nazionale, mentre quella comunitaria svolge un ruolo di organo interveniente; nella seconda fase le parti si invertono: l'Unione diviene organo decidente e le amministrazioni nazionali svolgono un ruolo di interventori.

Tuttavia, i raccordi tra i diversi livelli di governo, che partecipano al *policy making* comunitario[214], non si dipanano soltanto verticalmente, ma anche in linea orizzontale, dando vita a momenti di attività comuni, che culminano con

---

compiti estendendoli, con il Trattato di Maastricht, alle competences régaliennes, quali la moneta, la difesa, i rapporti con l'estero, l'ordine pubblico e la giustizia".

[211] Al riguardo F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione europea*..., op. cit., 24, parla di un'autorità decisionale "diffusa e frammentata".

[212] S. CASSESE, *L'arena pubblica. Nuovi paradigmi per lo Stato,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2001, 601 e ss.

[213] L. CUOCOLO, *I processi decisionali nell'amministrazione comunitaria,* in *Dir. pubbl. comp. eu.*, 1/2006, 297 e ss.

[214] S. CASSESE, *Diritto amministrativo europeo e diritto amministrativo nazionale: signoria o integrazione?,* op. cit., 1139, individua sette differenti tipologie di procedimenti amministrativi composti: i procedimenti strettamente nazionali, ma interamente disciplinati dalla norma comunitaria; i procedimenti nazionali, di cui l'ordinamento comunitario fissa solo i criteri di svolgimento; i procedimenti in cui la fase istruttoria è condivisa, ma la decisione spetta alle autorità comunitarie; i procedimenti in cui, oltre la fase istruttoria, anche quella decisionale è comune ai due livelli di amministrazione; i procedimenti per i quali l'istruttoria è nazionale, mentre la decisione è comunitaria; i procedimenti che si svolgono a livello comunitario, eccezion fatta per l'esecuzione strumentale; infine, i procedimenti amministrativi comunitari la cui attivazione interrompe quelli nazionali.

la definizione di intese e negoziazioni multilaterali, di cui spesso sono parte anche attori privati, e che costituiscono il tratto caratteristico del modello europeo di *governance*[215].

In dottrina[216], vi è ancora chi individua, ulteriori tipologie di procedimenti, che presentano alcuni tratti di differenziazione rispetto a quelli composti: i procedimenti incidentali, che si aprono nel corso di un altro procedimento, ma senza avere con questo un nesso giuridico o curare i medesimi interessi; i procedimenti collegati, aventi, a differenza dei procedimenti composti, uno svolgimento autonomo e, perciò, non unitario, pur essendo legati tra loro nel perseguimento delle stesse finalità; da ultimi, i procedimenti complessi, rivolti a comporre una pluralità di interessi pubblici, che si avvicinano molto alla figura dei procedimenti composti, perlomeno sotto il profilo funzionale.

I procedimenti composti[217], che a una prima valutazione possono rivelarsi quali indicatori di una pregiudizievole frammentazione procedurale[218], finiscono per agevolare il coordinamento tra le singole fasi che compongono la procedura, e, al tempo stesso, favoriscono la cooperazione tra le diverse amministrazioni coinvolte nel processo decisionale per lo svolgimento armonizzato e fluido della sequenza procedimentale.

Tali modelli interessano anche i c.d. procedimenti di secondo grado, espressione del potere di autotutela della pubblica amministrazione, che nel loro concreto svolgimento vengono assoggettati alle dinamiche appena descritte,

---

[215] La pluralità degli interessi pubblici, privati e collettivi in gioco rendono necessario, nei casi più delicati il ricorso a forme di negoziazione multilaterali, volte al raggiungimento di un accordo, cui si perviene sia in seno al Consiglio, che all'interno dei comitati. Ed è proprio l'utilizzo dei comitati, come luogo di conciliazione dei contrapposti interessi delle parti coinvolte nel processo decisionale, che costituisce una peculiarità comune ai diversi tipi di procedimenti composti.

[216] G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi composti dell'Unione europea,* in (a cura di) F. BIGNAMI - S. CASSESE, *op. cit.*, 324.

[217] Secondo alcuni autori, i procedimenti amministrativi composti assumono nell'ordinamento comunitario anche una valenza organizzativa, cfr. sul punto G. DELLA CANANEA, *I procedimenti amministrativi dell'Unione europea,* in *Trattato di diritto amministrativo europeo,* op. cit., 525; e ancora si consenta di rinviare a L. SALTARI, *I procedimenti comunitari composti: il caso delle telecomunicazioni,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 2/2005, 389 e ss.

[218] R. ROLLI, *I caratteri multilivello del diritto amministrativo europeo,* op. cit., 28.

subendo, conseguentemente, alterazioni agli elementi portanti della loro struttura, per come definita dall'ordinamento nazionale[219].

Una disciplina esemplare e dimostrativa di quanto affermato si rinviene nella materia degli aiuti di stato[220], espressione tipica dell'intervento dell'Unione nell'economia, volta a tutelare il mantenimento dell'assetto concorrenziale del mercato, per come definito dalle norme dei trattati[221].

In particolare, "*gli Stati membri non emanano né mantengono, nei confronti delle imprese pubbliche e delle imprese cui riconoscono diritti speciali o esclusivi, alcuna misura contraria alle norme dei trattati*" (art. 106 del TFUE), e salvo deroghe contemplate dai trattati, "*sono incompatibili con il mercato interno, nella misura in cui incidano sugli scambi tra Stati membri, gli aiuti concessi dagli Stati, ovvero mediante risorse statali, sotto qualsiasi forma che, favorendo talune imprese o talune produzioni, falsino o minaccino di falsare la concorrenza*" (art. 107 del TFUE).

---

[219] Per P. DE LISE, *I procedimenti amministrativi di rilevanza comunitaria,* Relazione introduttiva al XXV Congresso UAE, *La tutela delle situazioni giuridiche nel diritto europeo,* Pescara, 17 giugno 2011, "*è innegabile, peraltro, che la questione della autonomia procedimentale e delle connesse forme di tutela delle posizioni giuridiche soggettive abbia assunto, negli ultimi tempi, una rilevanza pratica minore. Si sta, infatti, assistendo ad una sempre maggiore diffusione di regole sostanzialmente omogenee che assicurano altrettanto uniformi modalità di protezione dei diritti. Ciò, come già sottolineato, è dipeso – soprattutto a seguito di una più compiuta elaborazione della nozione di procedimento amministrativo europeo – da un progressivo processo di imitazione e di influenza reciproca dei modelli procedimentali comunitari e nazionali. [...]Tra i due poli, comunitario e nazionale, si colloca il fenomeno, di recente emersione e sempre più diffuso, dei procedimenti amministrativi composti che, come già rilevato, dovrebbero essere oggetto di una apposita disciplina in grado eliminare alcune difficoltà applicative. Tale tipologia di procedimenti costituisce la dimostrazione di come si stiano sviluppando in maniera sempre più intensa processi di integrazione europea che coinvolgono non soltanto il piano sostanziale ma anche quello procedimentale, organizzativo e giurisdizionale*".

[220] Corte di giustizia UE, sentenza del 20 settembre 1990, C*ommissione delle Comunità europee* c/ *Repubblica federale di Germania,* causa C-5/89, in *Racc*. 1990, I-03437, in cui si legge che *"come affermato dalla Corte in particolare nella sentenza 21 marzo 1990, Belgio / Commissione (causa C-142/87, Racc . pag . I-959), il recupero di un aiuto illegittimamente concesso deve avvenire nel rispetto delle pertinenti norme procedurali dell' ordinamento nazionale, a patto però che dette norme vengano applicate in modo da non rendere praticamente impossibile il recupero prescritto dal diritto comunitario La Corte ha dichiarato inoltre che, rientrando il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento giuridico comunitario, non può, quindi, considerarsi contrario a questo stesso ordinamento il fatto che una legislazione nazionale garantisca la tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto in un settore come quello della ripetizione di aiuti comunitari indebitamente versati (sentenza 21 settembre 1983, Deutsche Milchkontor, punto 30 della motivazione, cause riunite 205-215/82, Racc. pag. 2633)*".

[221] G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa,* in *Dir. pubbl.*, 2002, 990 e ss.

Il successivo art. 108 del TFUE stabilisce che "*la Commissione procede con gli Stati membri all'esame permanente dei regimi di aiuti esistenti in questi Stati*" e "*dopo aver intimato agli interessati di presentare le loro osservazioni, constati che un aiuto concesso da uno Stato, o mediante fondi statali, non è compatibile con il mercato interno a norma dell'articolo 107, oppure che tale aiuto è attuato in modo abusivo, decide che lo Stato interessato deve sopprimerlo o modificarlo nel termine da essa fissato*"[222].

In questo settore, assistiamo, pertanto, ad un modello procedimentale composto in cui la decisione della Commissione di incompatibilità dell'aiuto con il mercato interno, deve essere attuata dallo Stato membro, per il tramite del suo apparato amministrativo, che dovrà provvedere in autotutela, revocando o modificando l'aiuto concesso[223].

Ma vi è di più. Infatti, qualora l'aiuto sia stato in tutto in parte eseguito, si pone il problema del suo recupero, la cui procedura è disciplinata dall'art. 14 del Regolamento (CE) del Consiglio del 22 marzo 1999[224], ai sensi del quale è sempre lo Stato membro a dover porre in essere tutte le misure necessarie per recuperare l'aiuto dal beneficiario, eseguendo la decisione di un'autorità di un diverso ordinamento, qual è appunto la Commissione europea[225].

E' chiaro che in siffatte ipotesi viene in rilievo la questione dell'affidamento del privato circa il mantenimento dei provvedimenti favorevoli di concessione dell'aiuto, a proposito dei quali la giurisprudenza comunitaria ha avuto modo di pronunciarsi in diversi casi sottoposti al suo sindacato[226]. In specie, è stata esclusa la formazione di un legittimo affidamento in capo

[222] Sulla procedura di verifica della compatibilità degli aiuti di Stato con il mercato comune, cfr. F. GALLO, *L'inosservanza delle norme comunitarie sugli aiuti di Stato e sue conseguenze nell'ordinamento fiscale interno*, in *Rass. trib.*, 2003, 6 e ss.

[223] Cfr. Corte di giustizia UE, Grande sezione, sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, in *Racc*. I-6199, in *www.eur-lex.europa.eu*, che si è pronunciata su una domanda pregiudiziale del Consiglio di Stato, relativa ai principi di diritto comunitario applicabili alla revoca di un atto nazionale di concessione di aiuti di Stato incompatibili con il diritto comunitario, adottato in applicazione di una pronuncia giurisdizionale nazionale che aveva già acquistato autorità di cosa giudicata.

[224] Pubblicato in Gazzetta ufficiale dell'Unione europea, L 83, del 27 marzo 1999, 1 e ss.

[225] Sul punto si veda diffusamente, A. AULETTA, *Gli ausili pubblici tra autorità e consenso,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, 190 e ss.

[226] A. SIMONATI, *op.cit.*, 131 e ss. che evidenzia i profili peculiari del legittimo affidamento in relazione al mantenimento di aiuti statali illegittimi.

all'operatore economico, il quale, applicando la media diligenza, fosse in grado di prevedere la revoca del provvedimento favorevole[227].

Discende da questa breve disamina che, nel settore in esame, il procedimento composto, avente ad oggetto la verifica della compatibilità degli aiuti statali con le norme previste dal trattato, in caso decisione negativa della Commissione, vede il coinvolgimento, sulla base della normativa europea, delle autorità amministrative dello Stato membro, impegnate nei segmenti procedurali della revoca e del recupero dell'aiuto concesso, mediante l'esercizio dei poteri di autotutela ad esse riconosciuti[228].

[227] Da ultima Corte di giustizia UE, sentenza del 22 giugno 2006, *Regno del Belgio, Forum 187 ASBL* c*/ Commissione*, cause riunite C-182/03 e C-217/03, in *www.eur-lex.europa.eu*; e ancora Corte di giustizia UE, sentenza del 23 febbraio 2006, *Atzeni e altri c/ Regione Sardegna*, cause riunite C-346/03 e C-529/03, in *Racc.* I-2006, 1875 e ss., in cui si legge che "*le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal trattato. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata*".

[228] Emblematica a tal riguardo è la decisione della Corte di giustizia UE, 20 marzo 1997, *Alcan II,* causa C-24/95, in *Racc.* 1997, 1591, in cui si legge che "*l'autorità competente è tenuta, in forza del diritto comunitario, a revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva con cui la Commissione dichiari l'incompatibilità dell'aiuto e ne ordini il recupero, anche quando l'illegittimità della decisione sia imputabile alla detta autorità in una misura tale che la revoca appare, nei confronti del beneficiario dell'aiuto contraria al principio di buona fede, poiché il beneficiario dell'aiuto non può aver riposto, a casua dellinosservanza della procedura prevista dal trattato, alcun legittimo affidamento nella regolarità dell'aiuto*".

PARTE SECONDA

4. *La problematica dell'atto amministrativo nazionale confliggente con la normativa dell'Unione europea*

La violazione del diritto comunitario può essere prodotta non soltanto per mezzo di atti statali generali e astratti ma anche per mezzo di atti statali particolari e concreti, potendo rilevarsi una anti-comunitarietà nell'esercizio della funzione pubblica e quindi una particolare illegittimità comunitaria del provvedimento che concretizza la funzione[229]. Attraverso lo studio di tale vizio sembra potersi attribuire una maggiore concretizzazione alle teorie sugli ordinamenti; l'anticomunitarietà dell'atto amministrativo rappresenta infatti un banco di prova stringente per la reale tenuta della logica duale di separazione tra ordinamento comunitario e ordinamento statale, così come congegnata dalla giurisprudenza costituzionale[230].

La penetrante invasione del diritto comunitario negli ordinamenti degli Stati membri e l'estensione dei campi di intervento della disciplina di origine europea hanno portato alla ribalta il tema della c.d. illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo. Al riguardo, deve innanzitutto essere sottolineato che l'individuazione del regime giuridico del provvedimento amministrativo in contrasto con il diritto comunitario è fortemente influenzata dalla soluzione che si accoglie in ordine alla questione dei rapporti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario. Il problema assume, infatti, connotati diversi a seconda che si accolga la tesi, sostenuta dalla Corte costituzionale, dell'appartenenza delle disposizioni comunitarie ad un ordinamento separato e autonomo, anche se coordinato con quello nazionale, ovvero la tesi, seguita dalla Corte di giustizia, secondo cui le disposizioni comunitarie concorrerebbero a

[229] Sul punto F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo,* Soveria Mannelli, Rubbettino, 2009, 242 e ss.
[230] Si veda lo studio monografico di R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario,* in *Quaderni di Diritto e processo amministrativo* 2, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, *passim.*

comporre lo stesso ordinamento giuridico di cui fanno parte anche le norme di diritto interno.

Aderendo alla tesi della separatezza degli ordinamenti, si dovrebbe, infatti, coerentemente ritenere che le norme comunitarie non si inseriscono nell'ordinamento interno[231]. Ciò comporta, da un lato, che il contrasto tra le norme comunitarie e le norme di diritto interno non determina l'invalidità di queste ultime, comportandone solo ed esclusivamente la disapplicazione; dall'altro, che la stessa norma comunitaria, in quanto estranea all'ordinamento, non può essere assunta né come parametro di legittimità dell'azione amministrativa, né come fonte del potere che l'autorità amministrativa ha esercitato con l'emanazione dell'atto.

Accogliendo la tesi dell'integrazione dei due ordinamenti, si giunge, invece, a conclusioni opposte e più condivisibili, sia per quanto riguarda il regime della norma di diritto interno, da ritenersi invalida e non semplicemente disapplicabile, sia per quanto concerne la possibilità di rinvenire nella stessa norma comunitaria il parametro di legittimità dell'atto amministrativo e la fonte attributiva del potere di emanarlo.

Si tratta di un problema di coordinamento complesso perché riguardante qualunque articolazione interna dello Stato e qualunque decisione o provvedimento con cui si esplicano le funzioni fondamentali di esso. Il diritto comunitario non si impone soltanto all'attenzione del legislatore nazionale quale parametro di sindacabilità degli atti legislativi. Gli effetti del principio di effettività e primazia del diritto comunitario sono ben più estesi, tali da ricadere anche sull'attività del potere esecutivo: se il principio di prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno può influenzare l'operato del legislatore e degli organi giurisdizionali, a maggior ragione di esso occorre tener conto in sede amministrativa, ove qualunque determinazione contraria a detto principio

[231] Per N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo,* in *Giur. cost.*, n. 4, 2008, 3635 e ss., la teoria della separatezza degli ordinamenti giuridici, portata alle sue estreme conseguenze, è in grado di mortificare la primazia del diritto comunitario sul piano dell'attività amministrativa, negando alle norme comunitarie, in quanto appartenenti ad un *altro* ordinamento, sia la funzione attributiva di un potere amministrativo, sia la funzione di regolamentazione del *quomodo* di esercizio del potere.

comporterebbe un'ingiustificata disparità di applicazione del principio di effettività legata al tipo di strumento di tutela utilizzato, e vanificherebbe, altresì, il lavoro di adattamento condotto dagli altri poteri dello Stato[232].

Un primo allineamento delle posizioni della Corte costituzionale all'orientamento della Corte di giustizia, segnato dal celebre caso *Granital*[233], pur pervenendo a identità di risultati, muove da premesse profondamente diverse: l'ordinamento comunitario e quello nazionale vanno configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati e comunicanti, secondo il riparto di competenza definito dal Trattato; i regolamenti comunitari operano per forza propria, con carattere d'immediatezza, avendo la stessa forza e valore di legge di cui è provvisto nell'ordinamento di origine; in caso di contrasto con il diritto comunitario, la legge nazionale non risulta né abrogata, né caducata, bensì "impedita" nel suo venire in rilievo nella specifica controversia, restando, al di fuori di tale ambito, pienamente applicabile ed efficace[234].

Lo strumento disapplicativo diviene rimedio da imporre agli organi giudiziari e legislativi[235], riconoscendosi, in seguito, anche in capo alle amministrazioni nazionali[236], a partire dalla pronuncia *Fratelli Costanzo* della

---

[232] G. GRECO, *Effettività del diritto amministrativo nel sistema comunitario (e recessività nell'ordinamento nazionale?)*, in *Dir. amm.*, 2003, 277 e ss.

[233] Corte costituzionale, sentenza 8 giugno 1984, *Granital c/ Ministero delle Finanze*, n. 170, in *Foro it.*, 1984, I, 2062, ove si riconosce che il principio di disapplicazione opera se e solo fino a quando il potere trasferito alla Comunità si estrinsechi con una normazione compiuta e direttamente applicabile dal giudice interno. Per contro, al di fuori dell'ambito temporale e materiale in cui vige la disciplina comunitaria così configurata, la regola nazionale serba integro il proprio valore la propria portata applicativa.

[234] Un primo esplicito punto di svolta nella diatriba fra tesi monista e dualista appare segnato dalla novella alla legge n. 241/1990 recata dalla l. n. 15/2005, in particolare dall'aggiunta del comma 1-*ter* all'art.1, che annovera fra i principi generali dell'azione amministrativa i principi dell'ordinamento comunitario, assunti quindi come parametri diretti, pienamente integrati nel sistema delle fonti interne. Il rinvio sembra peraltro destinato ad operare non solo per le materie di stretta derivazione comunitaria, ma per l'attività amministrativa in genere, nelle sue più vaste estrinsecazioni. In alcuni disegni di legge precedenti, il Legislatore aveva dimostrato maggiore coraggio nell'affermare che la violazione delle disposizioni di fonte comunitaria comporta l'invalidità del provvedimento nella forma dell'annullabilità (articolo 13-*sexies*, comma 1, ddl n. 1281 della XIV legislatura).

[235] L'obbligo dei primi di disapplicare la norma nazionale confliggente con quella comunitaria fu esplicitamente affermato, per la prima volta, nella storica sentenza *Simmenthal* del 9 marzo 1978, C-106/77 (e, successivamente, ribadito nella sentenza *Factortame*, sentenza del 19 giugno 1990, C-213/89), in *www.eur-lex.europa.eu*.

[236] Cfr. M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 1999, 355, secondo cui "*va richiamato il principio di disapplicabilità anche nel contesto del regime di invalidità degli atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario. In tal senso, la disapplicabilità risulta un potere/dovere generale esercitabile nei confronti degli atti amministrativi nazionali contrastanti con*

Corte di giustizia[237]: la Corte comunitaria ha infatti affermato che il principio della preminenza del diritto comunitario "*impone non solo alle giurisdizioni, ma a tutte le istanze dello Stato membro di dare pieno effetto alla norma comunitaria"*[238], per cui *"tale obbligo di disapplicare una normativa nazionale in contrasto con il diritto comunitario incombe non solo al giudice nazionale, ma anche su tutti gli organi dello Stato, comprese le autorità amministrative*"[239]. Tra queste, la Corte ha incluso gli enti territoriali[240], le amministrazioni fiscali[241], le amministrazioni che prestano servizi di sanità pubblica[242], le amministrazioni

---

qualsiasi atto comunitario immediatamente applicabile [...]. Se tali effetti, rapportati ai caratteri degli atti normativi, sono oramai pacificamente accolti per le leggi malgrado lo stravolgimento che ciò comporta per il sistema costituzionale delle fonti ed il relativo processo costituzionale, per coerenza deve riconoscersi che lo stesso regime non può non valere anche per gli atti amministrativi"; V. STIGLIANI, *Atti amministrativi e norme comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1999, 1413, secondo cui «l'atto amministrativo configgente» con il diritto comunitario «non è né nullo né inesistente né annullabile, bensì va disapplicato, in modo da consentire massima espansione ed applicazione della normativa comunitaria […]. L'obbligo per il giudice nazionale di disapplicare le norme di legge interna contrastanti con il diritto comunitario e l'aver precisato che analogo obbligo incombe su tutti gli organi della pubblica amministrazione, non poteva non comportare l'assoggettamento dei provvedimenti amministrativi alle stesse regole previste per la disapplicazione da parte del giudice nazionale della norma di legge interna di cui tali provvedimenti costituiscono applicazione». *Contra* N. PIGNATELLI, *op. cit.*, secondo il quale « la disapplicazione amministrativa dell'atto anticomunitario rappresenta un rimedio assolutamente "abnorme" rispetto alle forme di tutela del nostro ordinamento; configurerebbe infatti una eccezionale ipotesi di disapplicazione "in via principale" dell'oggetto del processo, ossia dell'atto impugnato».

[237] Corte di giustizia UE, sentenza del 22 giugno 1989, *Fratelli Costanzo c. Comune di Milano e Impresa Ing. Lodigiani*, causa C-103/88, in *Racc*.1989, 1839.

[238] Corte di giustizia UE, sentenza del 28 giugno 2001, in causa C-118/00, *Larsy*, punto 52.

[239] Corte di giustizia UE, sentenza del 22 giugno 1989, in causa C-103/88, *Fratelli Costanzo S.p.A.* c/ *Comune di Milano*, punti 30-31, statuisce che "*il motivo per cui i singoli possono far valere le disposizioni di una direttiva dinanzi ai giudici nazionali ove sussistano i presupposti richiesti è che gli obblighi derivanti da tali disposizioni valgono per tutte le autorità degli Stati membri [...]; sarebbe peraltro contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopramenzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non sia tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i Comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni*".

[240] Corte di giustizia UE, sentenza del 29 aprile 1999, C-224/97, *Ciola*; cfr. altresì Corte di giustizia UE, sentenza del 4 dicembre 1997, Cause riunite C-258/96 e C-253/96, *Kampelmann,* specie punto 46; Corte di giustizia UE, sentenza del 12 giugno 2005, Cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, *Fratelli Martini e Cargill*, specie punto 101.

[241] Corte di giustizia UE, sentenza del 19 gennaio 1982, C-8/81, *Ursula Becker Contro Finanzamt Muenster-Innenstadt*, punto 25; analogamente, Corte di giustizia UE, sentenza del 22 febbraio 1990, C-221/88, *CECA c. Fallimento Acciaierie e Ferriere Busseni*.

[242] Corte di giustizia UE, sentenza del 26 febbraio 1986, C-152/84, *M. H. Marshall c. Southampton and South West Hampshire Area Health Authority,* punto 49.

deputate al controllo e alla tutela dell'ordine e della sicurezza pubblica[243], l'Autorità garante della concorrenza e del mercato[244] nonché qualsiasi organo incaricato di pubblico servizio[245].

Sul versante nazionale, nella giurisprudenza amministrativa dell'ultimo decennio, si è consolidato invece uno specifico modello di giustiziabilità dell'illegittimità comunitaria alla stregua del quale il Consiglio di Stato ha affermato che l'atto amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario è annullabile alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto, prospettando "*l'onere d'impugnazione dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità*"[246]; questa ipotesi è analoga, come hanno precisato i giudici di Palazzo Spada, al caso in cui l'atto amministrativo violi una norma statale di derivazione comunitaria, ossia quando il parametro di legalità dell'atto sia rappresentato da un blocco normativo in cui la norma statale vive in diretta attuazione della norma comunitaria[247]. Da tale giurisprudenza si desume come il regime dell'annullabilità, soprattutto nell'ipotesi di violazione "diretta" delle norme comunitarie in cui si assiste a una estensione del parametro di legalità oltre i confini dell'ordinamento interno[248], propende per un rapporto di "*integrazione tra i due ordinamenti*, *da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza e autonomia* (per come suffragato dalla Corte costituzionale)"[249].

---

[243] Corte di giustizia UE, sentenza del 15 maggio 1986, C-222/84, *Marguerite Johnston c. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary,* punto 57.
[244] Corte di giustizia UE, sentenza del 9 marzo 2003, C-198/01, *Consorzio Industrie Fiammiferi (CIF) e Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato* punti 45/50.
[245] Corte di giustizia UE, sentenza del 12 luglio 1990, C-188/89, *Foster c. British Gas Plc.,* punto 20.
[246] Cons. St., sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, in *Foro it*., 2006, III, 269 ss.; cfr. anche Cons. St., sez. VI, 20 maggio 2005, n. 2566, in *Foro amm.-Cons. St*., 2005, 1563.
[247] Per G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali,* in M. P. CHITI - G. GRECO, *op. cit.*, 934 e ss., l'illegittimità comunitaria del provvedimento amministrativo può manifestarsi come vizio direttamente imputabile all'atto, nelle ipotesi in cui sia il contenuto dell'atto stesso ad essere autonomamente in contrasto con una norma comunitaria, o come vizio soltanto mediato, nell'ipotesi in cui un atto sia emanato sulla base di una norma statale, a sua volta in contrasto con il diritto comunitario. In quest'ultima ipotesi potrà così parlarsi di una illegittimità comunitaria soltanto "indiretta".
[248] F. SICILIANO, *op.cit*, 82 e ss.
[249] Cons. St., sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Cons. St*., 2003, 25 e ss.

Le ipotesi di invalidità del provvedimento amministrativo per contrasto con la normativa europea, rilevabili e sanzionabili dal giudice nazionale, sono perlopiù note e possono concretizzarsi in una difformità rispetto a quelli che sono gli atti tipici del diritto derivato: direttive, regolamenti, decisioni, pareri, comunicazioni e raccomandazioni.

In un primo gruppo coesistono le violazioni dirette, non mediate da fonti interne, ravvisabili quando l'amministrazione adotti un atto immediatamente confliggente con la norma sovraordinata, come nel caso della violazione di un regolamento, in quanto direttamente applicabile e vincolante in ogni suo elemento, oppure per contrasto con direttive auto-esecutive, equiparabili sotto questo aspetto alle direttive non *self-executing* o non ancora attuate[250], atteso che l'autorità amministrativa potrebbe aver operato a prescindere da una direttiva non tempestivamente attuata, assumendo atti che da essa si discostano[251].

Altro profilo di possibile contrasto attiene al rapporto tra atti amministrativi nazionali e decisioni delle istituzioni europee. L'orientamento prevalente, sulla base del rilievo secondo cui la decisione è obbligatoria in tutti i suoi elementi e se designa i destinatari è obbligatoria soltanto nei confronti di questi (art. 288 del TFUE), ritiene che essa sia vincolante anche a livello di successiva attività amministrativa: l'atto da essa difforme dovrà quindi considerarsi illegittimo, non diversamente da quanto accade per l'atto amministrativo adottato in violazione di un regolamento[252].

Un ulteriore conflitto può aversi tra atto amministrativo e raccomandazioni, comunicazioni e pareri, che non costituiscono atti vincolanti impugnabili davanti alla Corte di giustizia. Secondo la dottrina comunque anche tali atti producono un effetto utile, rappresentato dalla garanzia di liceità (dal

[250] In tali ipotesi le direttive devono comunque ritenersi parametri di riferimento diretto per l'esercizio della discrezionalità in capo all'amministrazione nel caso specifico e una loro ipotetica violazione, pertanto, pur non integrando il vizio di violazione di legge, potrà rilevare in termini di eccesso di potere.

[251] R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE* self-executing, in *Urb. app.*, 1997, n. 3, 340 e ss.

[252] Rispetto alle decisioni, la causa più frequente di conflitti è riconducibile alla dichiarata incompatibilità di alcuni aiuti di Stato con il mercato comune, con specifico riguardo alle misure esecutive di diritto interno: queste sono state ritenute annullabili dalla più rigorosa giurisprudenza, che ha fatto leva sul carattere vincolante e sulla diretta applicabilità delle decisioni di cui recavano attuazione.

punto di vista comunitario) dei comportamenti conformi ad essi[253]. Tra l'altro la stessa Corte ha precisato che anche se si tratta di atti non vincolanti, questi non sono privi d'effetto, con la conseguenza che i giudici nazionali debbano tenerne conto nell'interpretazione delle norme nazionali e nell'interpretazione degli atti comunitari. Secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia, ad esempio, le comunicazioni possono avere una funzione di interpretazione del quadro normativo esistente, specificando i confini della azione della Commissione (cd. comunicazioni autolimitative), o ampliando gli obblighi degli Stati membri (comunicazioni additive o accrescitive), anche se in tale ultimo caso potrebbero svolgere una limitata funzione, perché prive di una solida "base legale"[254]. Pertanto, l'autorità amministrativa nell'emanazione dei propri atti dovrebbe tenere conto, prudenzialmente, anche di quanto disposto da raccomandazioni, pareri e comunicazioni delle Istituzioni europee, che ad essa si applicano[255].

Maggiore problematicità, per la portata del dibattito che impegna dottrina e giurisprudenza, presenta il profilo della patologia dell'atto amministrativo anticomunitario e della relativa forma d'invalidità, rispetto alla quale si discute se sia incasellabile nella categoria già nota al diritto interno tradizionale, venendo a mutare solo il parametro di riferimento normativo, oppure se si tratti di una categoria nuova e autonoma[256].

Al riguardo, possono essere individuati tre principali orientamenti.

Secondo una prima tesi, condivisa anche dalla prevalente giurisprudenza amministrativa, la violazione del diritto comunitario produce conseguenze analoghe alla violazione del diritto interno, dovendo, quindi, inquadrarsi nella nozione d'invalidità, sotto forma di annullabilità[257]. Partendo da tale

---

[253] P. MENGOZZI, *Il diritto comunitario e dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 1997, 164.
[254] Corte di giustizia UE, sentenza del 13 dicembre 1989, C-322/88, in *Racc.*, 1989, 4407, punto 13.
[255] G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali,* in M. P. CHITI - G. GRECO, *op. cit.*, 957 e ss.
[256] A tal proposito N. PIGNATELLI, *op. cit.*, ipotizza, a tal proposito, la configurabilità di "*una sorta di quarta specie rispetto alla trilogia classica dei vizi dell'atto*".
[257] Un argomento a favore della tesi dell'invalidità-annullabilità fa leva proprio su considerazioni di natura processuale, in particolare sulla circostanza che la Corte di giustizia (sentenza del 29 aprile 1999, *Ciola,* C-224/97, in *Racc.* 1999, 2517; sentenza del 27 febbraio 2003, *Santex,* C-327/2000, in *Racc.* I-

inquadramento, si conclude nel senso che l'atto amministrativo, allorché risulti inficiato da un vizio scaturente dall'inapplicabilità della legge nazionale, presenta una patologia valutabile alla stregua dei comuni canoni della illegittimità-annullabilità, come si reputa avvenga nel caso di applicazione di legge incostituzionale[258].

Una seconda tesi, muovendo dall'assunto che la legge italiana anticomunitaria debba considerarsi nulla, sostiene invece che l'atto amministrativo configgente con il diritto comunitario vada ritenuto a sua volta nullo o inesistente per carenza di potere[259]. Tale tesi, pur se suscettibile in astratto di riscontri[260], in concreto si mostra inadeguata per il nostro ordinamento, considerando che le norme attributive del potere sono per lo più di esclusivo diritto interno, e il diritto comunitario raramente vi interferisce. Un'opzione intermedia cercando di coniugare i due precedenti indirizzi, distingue invece l'ipotesi in cui la noma interna si limiti solo a disciplinare le modalità di esercizio del potere rispetto da quella in cui la norma medesima sia l'unica ad attribuire il medesimo potere. Mentre nel primo caso si avrebbe una semplice annullabilità, nel secondo, per alcuni, la nullità, della norma interna fondante in via esclusiva la potestà di emanare l'atto non potrebbe che risolversi nell'inesistenza dell'atto stesso perché adottato in situazione di carenza di potere[261].

Una quarta linea ermeneutica, infine, ha ritenuto di qualificare l'atto amministrativo né nullo né annullabile, ma viceversa, al pari della legge contrastante con il diritto comunitario, disapplicabile, anche dal giudice amministrativo e anche oltre il termine di decadenza[262]. Nel paradigma

---

1877). ha ritenuto compatibile il regime di decadenza, cui soggiace l'azione di annullamento dell'atto illegittimo, con la tutela delle posizioni giuridiche conferite dall'ordinamento comunitario.

[258] Cfr. ancora G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali,* in M. P. CHITI - G. GRECO, *op. cit.*, 934 e ss.

[259] R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?,* in *Giur. it.,* III, 1989, 284 e ss.

[260] V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, fra Stato e Regioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 873.

[261] Cfr. G. COCCO, "Le liasons dangereuses" *tra norme comunitarie, norme interne e atti amministrativi,* in *Riv. it. dir. pubbl. com.,* 1995, 698 e ss.

[262] F. CINTIOLI, *Disapplicazione del provvedimento amministrativo e giurisdizione amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2003,.43 e ss.

dell'illegittimità comunitaria degli atti amministrativi, la norma interna fa dunque da diaframma: da una sua qualificazione in termini di "inesistenza" deriverebbe un'analoga considerazione per il provvedimento amministrativo che l'avesse assunta a paradigma di azione[263]. Si sottolinea, inoltre, come il principio di disapplicazione degli atti nazionali in contrasto con il diritto comunitario abbia per gli atti amministrativi un'efficacia ben maggiore che per gli atti normativi: l'atto normativo, infatti, anche dopo la disapplicazione, conserva integra la sua generale efficacia per ogni caso diverso da quello esaminato, mentre per gli atti amministrativi, normalmente destinati alla disciplina di situazioni particolari, la disapplicazione consente di risolvere la questione nella sua integrità, rendendo una mera formalità l'annullamento dell'atto[264].

Se sul piano sostanziale risulta difficile propendere per una delle posizioni appena illustrate, è sul fronte della tutela processuale che può rinvenirsi una soluzione ragionevolmente sostenibile[265]. Qualora il ricorso alla disapplicazione divenisse una regola piuttosto che l'eccezione, almeno in materia d'illegittimità comunitaria, addirittura tutto il processo amministrativo potrebbe essere destinato in breve tempo a cambiare faccia e salterebbe il normale sistema delle impugnazioni[266].

D'altro canto, dall'applicazione della teoria della nullità discenderebbe un diverso regime processuale degli atti anticomunitari e incostituzionali: infatti, la stessa Corte costituzionale nella nota sentenza *Granital* ha affermato che il diritto comunitario tende a impedire che la norma statale «*venga in rilievo per la definizione della controversia innanzi al giudice nazionale*», ma, fino a tale

---

[263] M. P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo,* in *Riv. trim. dir. pubbl.,* 1991, 824 e ss.

[264] R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *www.giustamm.it*, 2003.

[265] M. P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie ed il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.,* 2003, 687 e ss.

[266] S. GIACCHETTI, Relazione presentata al XXXVIII convegno di studi amministrativi, svoltosi a Varenna il 17-19 settembre 1992, sul tema *Potere discrezionale e interesse legittimo nella realtà italiana e nella prospettiva europea*, in *Giur. amm. sic.*, 1992, 879 e ss.; fa eccezione una isolata pronuncia del TAR Sardegna, 29 marzo 2007, n. 549, in *Urb. app*., 2007, 1023 ss., commentata da M. MACCHIA, *La violazione del diritto comunitario e l'"eccezione disapplicativa"*, in *Giorn. dir. amm*., 2007, 861 ss.; si veda anche M. DELSIGNORE, *La disapplicazione dell'atto in violazione del diritto comunitario non impugnato*, in *Dir. proc. amm*., 2008, 271 e ss.

sviluppo processuale, essa produce effetti, non essendo una norma affetta da alcuna nullità. Secondo questo ragionamento, l'atto adottato sulla base di una norma poi rivelatasi anticomunitaria, in realtà, al momento della sua emanazione, era fondato su una norma attributiva del potere stesso, per cui non si verte in un caso di carenza assoluta di potere[267].

Diversamente, il regime di annullabilità dell'atto amministrativo, che è proprio, secondo la giurisprudenza comunitaria, della tradizione costituzionale comune degli Stati membri, risulta il più coerente con i modelli processuali di questi ordinamenti, entro i cui limiti il primato del diritto comunitario deve estrinsecarsi[268]. E nel caso del nostro schema processuale impugnatorio, tale soluzione appare ancor più idonea a garantire l'effettività della tutela giurisdizionale[269].

Se allora gli atti amministrativi direttamente o mediatamente contrastanti con la normativa europea non sono nulli o, comunque, privi di effetti fino alla

---

[267] Tra l'altro lo stesso Cons. St., sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, in *www.giustizia-amministrativa.it* ha affermato che "*l'entrata in vigore dell'art. 21 septies della legge n. 241/1990, introdotto dalla legge n. 15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono quindi un numero chiuso e all'interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario*".

[268] Una volta stabilito che l'atto amministrativo anticomunitario è annullabile con conseguente applicazione delle regole processuali ordinarie, è necessario verificare se il regime processuale previsto dalla normativa italiana risulti compatibile con i principi di prevalenza ed effetto utile del diritto comunitario. S. CORNELLA, *Il Consiglio di Stato torna sulla questione dell'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo di diritto interno*, in *www.giustamm.it*, richiamandosi alla giurisprudenza del Conseil d'Etat, sentenza 8 febbraio 2007, *Societè Arcelor Atlantique et Lorraine*, per cui le regole procedurali di controllo dell'atto non possono essere modificate in ragione della natura comunitaria dei profili di illegittimità del provvedimento dedotti dal ricorrente, evidenzia la compatibilità del termine breve di decadenza con l'effettività del diritto comunitario, dovendosi limitare la possibilità di disapplicare la relativa regola processuale interna, e quindi anche l'atto amministrativo, all'accertamento della circostanza per cui l'autorità amministrativa ha, con il proprio comportamento, "*reso impossibile o eccessivamente difficile*" la tutela della situazione giuridica soggettiva di matrice comunitaria.

[269] N. PIGNATELLI, *op. cit.,* 3635 e ss.; in realtà, oltre al naturale fenomeno di dilatazione del parametro di legalità, si assiste anche all'emergere di una ulteriore problematica che riguarda più direttamente l'oggetto del processo e l'effettività della tutela giurisdizionale. E' noto come negli ultimi anni si siano sviluppati modelli di azione amministrativa integrata, caratterizzata dalla partecipazione di amministrazioni nazionali e sovranazionali che agiscono congiuntamente per la realizzazione di finalità comunitarie; una medesima funzione assistita da una moltiplicazione degli elementi personali, organici e *sub* procedimentali (cfr. L. SEGNI, *I controlli sui fondi strutturali comunitari*, in *Giorn. dir. amm.*, 2001, 1017 e ss.). Certamente il mutamento del modello dell'attività amministrativa (coamministrazione) sembra poter generare delle incertezze sulle forme della tutela giurisdizionale; si pone infatti il problema, nell'intreccio delle competenze, della individuazione dell'atto amministrativo lesivo (statale o comunitario), dell'interesse a ricorrere, più in generale del riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo statale e giudice comunitario. Cfr., ad esempio, Corte di giustizia UE, sentenza del 3 dicembre 1992, C-97/91, *Oleificio Borrelli*, in *www.eur-lex.europa.eu*

loro impugnazione o disapplicazione da parte dell'autorità giudiziaria, nei termini e nei modi processualmente previsti, resta il problema fondamentale di assicurare l'utile dispiegarsi del principio di effettività del diritto comunitario. Ad esso l'amministrazione può dare piena applicazione anche facendo ricorso ai suoi ordinari poteri di autotutela, che, come vedremo nel paragrafo seguente, consentono di anticipare l'intervento del giudice o, comunque, di rimediare all'impossibilità di ottenere una pronuncia rispettosa del dato normativo sovranazionale[270], a piena garanzia dei diritti dei singoli cittadini europei.

5. *Il perseguimento dell'effetto utile del diritto comunitario mediante l'esercizio del potere di autotutela*

Come si può ben notare, la tematica appena esposta involge diversi aspetti legati al rapporto tra ordinamenti giuridici, alla gerarchia delle fonti e alla tutela giurisdizionale: tutte questioni al centro di una copiosa elaborazione giurisprudenziale e dottrinale, che non è qui possibile affrontare per economia di trattazione e, soprattutto, per rimanere aderenti al punto focale del presente lavoro incentrato sul ruolo di strumento "stabilizzatore" di questo complesso sistema che può essere riconosciuto al potere di autotutela, una volta ricollocato nel quadro ordinamentale.

Il potere di autotutela risulta, infatti, strettamente connesso al problema dei provvedimenti amministrativi anticomunitari, consistendo in una forma di

[270] La sentenza del 27 febbraio 2003 della Corte di giustizia, relativa al caso *Santex,* cit. *supra,* stabilisce che la *primauté* del diritto comunitario - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento abbia reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, disapplicando, se del caso, le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, una volta decorso il termine per impugnare il bando di gara, non sia più possibile invocare una tale incompatibilità. Per Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, cit.,"*non va enfatizzata oltremodo la parte della suddetta sentenza 27 febbraio 2003 C-327/00, nel punto in cui consente eccezionalmente l'elusione del principio di decadenza, e la possibilità di disapplicazione di bandi in contrasto con il diritto comunitario, in quanto, come è stato in modo condivisibile osservato, la fattispecie all'esame di quel giudice era del tutto particolare, non suscettibile di assurgere a principio generale"*.

tutela più diretta rispetto ai tradizionali rimedi giurisdizionali[271], in particolare ove gli stessi non siano esperibili e gli atti adottati siano ormai divenuti definitivi.

La Corte di giustizia è stata chiamata in diversi giudizi a risolvere il contrasto tra un provvedimento amministrativo nazionale definitivo e una norma comunitaria, utilizzando nelle sue prime pronunce[272], come criterio dirimente, il primato del diritto comunitario, senza svolgere una più complessa opera di contemperamento tra principi. A questo proposito, ci pare di poter condividere, in proposito, l'opinione secondo la quale il primato del diritto comunitario, concepito per risolvere antinomie tra norme nazionali e norme comunitarie, non si presta a essere applicato ai contrasti che sorgono tra quest'ultime e i provvedimenti amministrativi nazionali[273]. Infatti, non trattandosi di un problema di coordinamento tra fonti, esso deve essere risolto utilizzando il principio di legalità e certezza del diritto[274].

Il primato del diritto comunitario non si presta, inoltre, a essere ponderato con i principi generali, poichè è formulato alla stregua di una regola da applicare

---

[271] In generale sull'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo nazionale e sul regime di autotutela esperibile dalla pubblica amministrazione a fronte di un atto amministrativo illegittimo per lesione del diritto comunitario, cfr. G. GRÜNER, *L'annullamento di ufficio in bilico fra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, e di principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli stati membri, dall'altro*, in *Dir. Proc. Amm.* 2007, 2, 240 e ss.; P. DE LUCA, *Sull'obbligo di riesame delle decisioni amministrative contrarie al diritto comunitario*", in *Giustizia amministrativa*, 2009, 2, 177 ss.

[272] Corte di giustizia UE, sentenza del 29 aprile 1999, causa C-224/97, *Ciola*, in *Racc*. p. I-2517 e ss.: la sentenza, in particolare, origina da una decisione amministrativa austriaca, divenuta definitiva, con la quale era imposto al gestore di un porto turistico nel Lago di Costanza un contingente di posti barca da concedere ai proprietari di imbarcazioni residenti all'estero.

[273] In tal senso L. RAIMONDI, *Atti inoppugnabili e diritto comunitario tra principio di effettività e competenze di attribuzione,* in *Dir. Un. eu. (Il),* 4/2008, 773 e ss.; E. M. BARBIERI, *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario,* in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2000, 149 e ss.; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa),* in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 518, il quale esattamente rileva che la tesi della disapplicabilità dell'atto amministrativo nazionale "*trascura (...) le profonde differenze tra atto normativo e atto provvedimentale e la circostanza che per il primo (ma non per il secondo) la disapplicazione è una forma ordinaria della risoluzione di antinomie tra fonti*".

[274] Cfr. B. G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa,* Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi su *"Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*", Varenna, 20-22 settembre 2007, in *www.astrid-online.*it, Rassegna n. 58/2007, che fa notare come l'autotutela sia uno strumento di affermazione della legalità e viceversa la legalità costituisce un limite all'esercizio dell'autotutela. Per M.. P. CHITI, *La peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 477 e ss., il diritto comunitario, essendo prevalente sul diritto interno, non può essere essere fatto rientrare "*indistintamente nella generica nozione di legge*".

in automatico, come peraltro ribadito dalla stessa giurisprudenza sovranazionale[275]. Appare in proposito accoglibile l'opinione secondo la quale il primato sarebbe una delle svariate specificazioni di un più generale principio di effettività del diritto comunitario[276]. Con l'espressione "effettività" o "effetto utile" si allude all'esigenza che le norme di diritto comunitario siano interpretate e applicate in modo che gli scopi a cui sono dirette possano essere raggiunti nel modo più compiuto possibile, senza che le norme procedurali interne rendano "*praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario*"[277].

E proprio nell'opera giurisprudenziale della Corte di giustizia volta a contemperare l'effettività del diritto comunitario, che spinge verso la disapplicazione delle regole nazionali che ne ostacolano il pieno dispiegamento, con i principi sul riparto di competenze tra Unione e Stati membri, che protendono invece verso la salvaguardia dell'integrità delle regole procedurali nazionali, l'esercizio del potere di riesame diviene un banco di prova per verificare a quale esito possono condurre i rapporti "di forza" tra i due ordinamenti.

A tal proposito è particolarmente significativa la nota sentenza *Kuhne & Heitz* della Corte di giustizia[278] che, al pari della sentenza *Ciola*, è originata da un

---

[275] Corte di giustizia UE, sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, in *Racc*., 629, punto 24, "*il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni del diritto comunitario, ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore*".

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

[277] La formula giurisprudenziale da ultimo citata venne inizialmente enunciata dalla Corte in relazione al diritto processuale nazionale, ma trova applicazione anche alle norme nazionali che regolano il procedimento amministrativo, com'è suffragato, tra l'altro, dalla sentenza del 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany*, in *Racc*. p. I-8559 e ss.

[278] Corte di giustizia UE, sentenza del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kuhne & Heitz* in *Racc*. p. I-837 ss., su cui si rinvia a D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005/1, 35 e ss.

provvedimento amministrativo definitivo, essendo stati percorsi dal ricorrente tutti i gradi di giudizio, e divenuto confliggente con il diritto comunitario[279] in seguito ad una pronuncia della Corte di giustizia che ha fornito un'interpretazione della normativa comunitaria applicabile contrastante con quella posta a base della decisione dei giudici nazionali.

La principale questione affrontata nella predetta pronuncia attiene alla doverosità o meno dell'esercizio del potere di riesame di un atto amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario, e se siano applicabili le stesse regole che vincolano ordinariamente l'esercizio del potere di autotutela della pubblica amministrazione[280].

Sul punto si sono registrati diverse posizioni. In una prima fase, il Consiglio di Stato era giunto ad affermare che l'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo anticomunitario dovesse configurarsi come un potere vincolato[281], sul presupposto che l'unico limite alla forza espansiva del diritto comunitario nel nostro ordinamento fosse rappresentato dai principi fondamentali e dai diritti inviolabili della persona umana[282]. Ne discendeva che i principi relativi all'annullamento d'ufficio, non avendo il medesimo rango costituzionale, avrebbero dovuto così soccombere. L'annullamento in autotutela dinanzi all'illegittimità comunitaria costituiva, in quest'ottica, l'adempimento di un preciso obbligo internazionale legittimamente assunto dallo Stato italiano alla stregua dell'art. 11 Cost. rispetto al quale le eventuali implicazioni correlate a situazioni interne di diritto non potevano assumere rilevanza[283].

---

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

[280] C. DI SERI, *L'annullamento d'ufficio "doveroso". Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, in *www.giustamm.it*, 2/2010.

[281] Cons. St., sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918, in *Urb. app*., 1998, 1342 e ss.

[282] Cfr. E. KLEIN, *L'influenza del diritto comunitario sul diritto amministrativo degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubb. com*., 1993, 690 e ss.

[283] Cons. St., sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, in *Cons. St.*, 1996, I, 43, secondo cui "*l'eliminazione del contrasto normativo e le connesse conseguenze amministrative costituiscono quindi adempimento di un obbligo internazionale dello Stato la cui legittimità costituzionale è stata ampiamente riconosciuta e di fronte a quale non può recedere ogni altro interesse pubblico o privato*". In dottrina nel senso della

L'orientamento discordante emerso nella giurisprudenza amministrativa riteneva che l'esercizio del potere di autotutela dovesse mantenersi discrezionale e non azionabile giustizialmente, consentendo all'atto amministrativo nazionale, pur se anticomunitario, di rimanere soggetto all'ordinario regime di tempestiva impugnazione, senza alterare l'assetto normativo interno[284]. D'altronde l'orientamento in base al quale l'illegittimità comunitaria non può da sola giustificare la rimozione in autotutela del provvedimento invalido appare in linea anche con le recenti modifiche legislative apportate alla legge n. 241/1990, che ribadisce l'obbligo per l'amministrazione di esaminare sempre la sussistenza di un pubblico interesse, attuale e prevalente, su cui fondare la rimozione dell'atto illegittimo, non essendo bastevole, nel silenzio del legislatore, la mera anticomunitarietà dello stesso[285]. Inoltre, la normativa italiana in tema di autotutela non fa dei distinguo in ordine alla fonte dalla cui violazione derivi l'illegittimità dell'atto soggetto a ritiro e di "doverosità" può semmai parlarsi rispetto all'avvio del procedimento di riesame[286], in ossequio al principio di leale

---

obbligatorietà dell'autotutela dinanzi all'illegittimità comunitaria cfr. A. TIZZANO, *La tutela dei privati nei confronti degli Stati membri dell'Unione europea*, in *Foro it*., 1995, IV, 13 e ss.

[284] "*Non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su istanze volte a provocare interventi autoritativi in autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio rifiuto e lo strumento di tutela oggi offerto dall'art. 117 c.p.a.; invero, il potere di autotutela si esercita discrezionalmente d'ufficio e non su istanza di parte e, pertanto, sulle eventuali istanze di parte, aventi valore di mera sollecitazione, non c'è alcun obbligo giuridico di provvedere*" (Cons. di Stato, sez. V, 3 maggio 2012, n. 2548; Cons. giust. amm. Sicilia, sez. giurisd., 13 febbraio 2012, n. 160; Cons. di Stato, sez. V, 30 dicembre 2011, n. 6995, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*).

[285] Si segnala sul punto l'avviso interpretativo sviluppato dal Consiglio di Stato, V sezione, 8 settembre 2008 n. 4263, che, con specifico riguardo al tema della illegittimità dell'atto amministrativo per contrasto con il diritto comunitario, ha affermato che un provvedimento amministrativo il cui contenuto sia appunto in contrasto con norme o principi comunitari, non può essere disapplicato dall'amministrazione, *sic et simpliciter*, dovendosi fare ricorso al potere di autotutela. L'esercizio di tali poteri, peraltro, deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell'atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dalla osservanza delle garanzie che l'ordinamento appresta per i soggetti incisi dall'atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento. Si veda sul punto, S. MEZZACAPO in *Guida al Diritto*, 10/2008, 84 e ss.

[286] Si cfr. sul punto D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, 537 e ss., che distingue l'obbligo di "presa in considerazione", connesso ad una richiesta di riesame del provvedimento formulata dal privato, dall'obbligo di "provvedere" nel senso dell'annullamento, proponendo una puntuale analisi delle opposte

cooperazione, lasciando nella piena discrezionalità dell'amministrazione procedente gli esiti decisionali[287].

Anche la Corte di giustizia nella sentenza *Kuhne & Heitz* giunge alla conclusione che il principio di certezza del diritto, incluso tra i principi generali del diritto comunitario, comporta che un organo amministrativo interno non è tenuto, di regola, a riesaminare una decisione definitiva che ha acquisito carattere definitivo, salvo intervenga il suddetto principio di cooperazione che impone, ove vi sia una richiesta in tal senso, di procedere al riesame tenendo conto dell'interpretazione fornita da una successiva pronuncia della stessa Corte, alle seguenti condizioni:

- l'amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione;

- la decisione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza;

- tale sentenza risulti fondata su un'interpretazione del diritto comunitario non conforme alla sopravvenuta giurisprudenza della Corte di giustizia;

- l'interessato abbia richiesto un riesame del provvedimento.

La Corte di giustizia ha cercato, dunque, un punto di equilibrio tra diversi principi, precisando, per quanto d'interesse in questo lavoro, che l'obbligo di riesame della decisione incompatibile con il diritto comunitario sorge soltanto nei

---

tesi sulla "doverosità" dell'avvio del procedimento di annullamento d'ufficio su istanza di parte. E ancora C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite,* Nota a Cons. St. sez. V, sentenza del 3 maggio 2012, n. 2549, in *Foro amm. CDS,* 2012, 2946 e ss, ritiene che "*si può dare ascolto alle suggestioni dottrinali che militano per la generalizzazione dell'obbligo di provvedere (qui inteso come semplice obbligo di rispondere al privato istante) e a quelle che, più in generale, leggono il principio di legalità come la «determinazione positiva delle funzioni da svolgere e degli interessi da tutelare» (quasi a dire che non basta che la p.a. emani il provvedimento di secondo grado a sua discrezione, ma con esso deve sostanzialmente perseguire al meglio l'interesse pubblico). [...] Non appaia troppo ardito, allora, sostenere la doverosità dell'azione amministrativa in via di autotutela, se almeno letta in termini di attivazione necessaria del procedimento e di sua conclusione con provvedimento espresso: il quale diviene sostanzialmente vincolato in senso cassatorio nel caso in cui il mantenimento in vita dell'atto scrutinato sia «semplicemente insopportabile»*".

[287] Per N. PIGNATELLI, *op. cit.,* la continua ricerca da parte della Corte di giustizia di un punto di equilibrio tra l'autonomia dei sistemi giustiziali (giurisdizionali e amministrativi) degli Stati membri ed il primato del diritto comunitario. Un primato che si *affievolisce* nel "momento amministrativo", autonomo rispetto a quello "normativo", per poi riemergere nelle "deroghe" (obbligatorietà dell'autotutela e disapplicazione normativa), quando la Corte, *in casi limite*, ritiene non tollerabile la sopravvivenza della illegittimità comunitaria.

confronti delle amministrazioni dotate del potere di autotutela, per salvaguardare l'autonomia procedurale degli Stati membri e non attribuire una nuova funzione ad amministrazioni nazionali che, sulla base delle regole interne, non ne dispongono[288].

A parere di attenta dottrina[289], tale orientamento della Corte appare anche eccessivamente cauto e rispettoso delle regole procedurali nazionali a discapito del principio di effettività, determinando una disparità di tutela nell'ordinamento europeo, tra Stati in cui l'amministrazione dispone della facoltà di riesaminare un atto definitivo, e ordinamenti nazionali che non consentono alla pubblica amministrazione il riesame dell'atto[290]. In altre parole, nella sentenza *Kuhne & Heitz,* la Corte di giustizia impone all'amministrazione nazionale l'obbligo di aprire un procedimento volto al riesame della decisione amministrativa definitiva incompatibile con il diritto comunitario, ma la stessa amministrazione mantiene una quota di discrezionalità quanto all'esito di tale procedimento[291].

Di recente la Corte di giustizia[292], con una sentenza in materia di libera circolazione dei cittadini, è tornata a ribadire che "*qualora uno Stato membro abbia previsto nel suo diritto nazionale un procedimento di riesame di un atto amministrativo [...], l'autorità amministrativa competente è obbligata, su istanza del destinatario dell'atto in questione, a riesaminarlo e a verificarne la*

---

[288] Si veda A. SCALCIONE, *Riflessioni in tema di obbligo di autotutela su provvedimenti anticomunitari,* in in S. STICCHI DAMIANI - F. VETRÒ, *op. cit.*

[289] L. RAIMONDI, *op. cit.*, 786 e ss.

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

[291] Il dibattito sui poteri di riesame della pubblica amministrazione e le sue implicazioni col diritto comunitario si è di recente sui rapporti con il principio nazionale del giudicato. La Corte di giustizia si è pronunciata su una domanda pregiudiziale del Consiglio di Stato, relativa ai principi di diritto comunitario applicabili alla revoca di un atto nazionale di concessione di aiuti di Stato incompatibili con il diritto comunitario, adottato in applicazione di una pronuncia giurisdizionale nazionale che aveva già acquistato autorità di cosa giudicata. Per i giudici del Lussemburgo l'effettività del diritto comunitario osta all'applicazione di una norma italiana posta a baluardo dell'autorità di cosa giudicata, laddove, in via mediata attraverso la sua applicazione, si possa inibire il recupero di un aiuto di Stato illegittimo, perché erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità con il mercato comune sia già stata dichiarata in virtù di decisione definitiva della Commissione europea; cfr. Corte di giustizia UE Grande sezione, sentenza del 18 luglio 2007, *Lucchini,* causa C-119/05 in *Racc.* I-6199, con nota di Consolo G., *La sentenza Lucchini della Corte di Giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. Dir. Proc,* 2008, 1, 225 e ss.

[292] Corte di giustizia UE, sentenza del 4 ottobre 2012, causa C-249/11, *Hristo Byankov* c/ *Glaven sekretar na Ministerstvo na vatreshnite raboti*, in *www.eur-lex.europa.eu*

legittimità, tenendo conto anche della giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea relativa all'interpretazione delle pertinenti disposizioni del diritto dell'Unione che disciplinano le condizioni e le limitazioni di esercizio di tale diritto, per garantire che la limitazione applicata al diritto stesso non sia sproporzionata al momento dell'adozione della decisione sul riesame, quando l'atto amministrativo che ha imposto la limitazione sia, in tale momento, già divenuto definitivo".

La Corte ha, pertanto, consolidato il suo orientamento, inaugurato con la sentenza *Kuhne & Heitz*, sostanzialmente statuendo che particolari circostanze possono, in forza del principio di leale cooperazione derivante dall'articolo 4, paragrafo 3 del TUE, imporre ad un organo amministrativo nazionale il riesame di una decisione amministrativa divenuta definitiva per tener conto, in particolare, dell'interpretazione di una pertinente disposizione del diritto dell'Unione nel frattempo accolta dalla Corte.

Dall'esame della giurisprudenza[293] risulta, infatti, che la Corte ha tenuto conto delle particolarità delle situazioni e degli interessi in questione per trovare un equilibrio tra l'esigenza di certezza del diritto e quella della legittimità nei confronti del diritto dell'Unione. Nel caso di specie, il diritto dell'Unione è stato interpretato nel senso che ove il procedimento amministrativo, che ha portato all'adozione di un divieto di lasciare il territorio, sia divenuto definitivo perchè non impugnato in sede giudiziaria, può essere riesaminato dall'amministrazione con i suoi poteri di autotutela, nel caso in cui detto divieto sia manifestamente contrario al diritto dell'Unione.

La ricostruzione in via esclusivamente dottrinale e giurisprudenziale di un istituto relativamente nuovo quale è la patologia dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario permette di formulare alcune considerazioni. Il vizio dell'atto anticomunitario, inquadrato dalla tesi pressoché dominante nello

[293] Si vedano, in particolare, le sentenze *Kühne & Heitz*, cit., punti 25 e 26; *i-21 Germany e Arcor*, cit., punti 53, 63 e 64; *Kempte*r, cit., punti 46, 55 e 60, nonché sentenza del 3 settembre 2009, causa C-2/08 *Amministrazione dell'Economia e delle Finanze e Agenzia delle Entrate c/ Fallimento Olimpiclub Srl*, punti 22, 26 e 31, in *www.eur-lex.europa.eu*

schema dell'annullabilità, permette allo Stato, in virtù del principio di autonomia procedurale, di andare immune da censure sotto il profilo dei principi di effettività ed equivalenza nella tutela delle posizioni soggettive di derivazione comunitaria.

Nello studio dei rimedi disponibili per reagire alla lesione del diritto comunitario, può senza dubbio farsi rientrare il potere di autotutela, tradizionalmente utilizzato dalle amministrazioni nazionali per riesaminare gli effetti dei propri provvedimenti: esigenza che diventa ancora più pressante ove si tratti di atti amministrativi anticomunitari rispetto ai quali l'autotutela diviene un prezioso strumento di garanzia dell'effettività del diritto comunitario, ponendo, al contempo, lo Stato membro al riparo dalle molteplici forme in cui si può esplicare la responsabilità per il mancato adempimento degli obblighi discendenti dall'appartenenza all'Unione europea.

6. *Le conseguenze del mancato esercizio del potere di autotutela: la responsabilità dello Stato membro per violazione del diritto dell'Unione*

La lesione del primato comunitario da parte degli apparati amministrativi degli Stati membri è particolarmente frequente in ordinamenti come quello italiano in cui l'azione amministrativa è articolata su più livelli di governo e si fonda su una normativa complessa, condizionata dalla forte influenza comunitaria: ne sono un esempio le discipline in materia di contratti e servizi pubblici, dell'ambiente e dei diritti in genere[294].

La responsabilità statale per invalidità comunitaria degli atti amministrativi può farsi rientrare nel novero dei mezzi di tutela a disposizione del privato per reagire di fronte al mancato rispetto del principio di effettiva applicazione del diritto sovranazionale, originando dalla sovrapposizione degli

[294] Cfr. F. FRACCHIA, *Diritto comunitario e sviluppo del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1142 e ss., rileva che gli operatori giuridici ed in particolare le amministrazioni incontrano spesso difficoltà nell'applicare il diritto al caso concreto, data la non univocità dei modelli di riferimento, a volte ricollegabile alla stessa, scarsa chiarezza sul profilo della diretta applicabilità delle norme comunitarie.

elementi delineati dalla Corte di giustizia con quelli appartenenti all'ordinamento interno[295]. Infatti, la circostanza, per cui l'illecito statale può diversamente atteggiarsi, ha reso necessario l'intervento della giurisprudenza nazionale che ricostruito l'illecito comunitario, secondo schemi e categorie proprie del diritto interno, riconducendolo al paradigma aquiliano.

Come rilevato già diversi anni fa dalla giurisprudenza di legittimità, il sistema di responsabilità extracontrattuale appare il più idoneo ad esprime il rapporto fra potere autoritativo e cittadini[296]. Una volta equiparata la violazione del diritto nazionale a quella del diritto comunitario, ciò consente, infatti, di rispondere alle illegittimità compiute dagli organi amministrativi, nelle forme e nelle sedi proprie della giustizia amministrativa, a prescindere dalla fonte della norma violata.

Un ulteriore apporto sotto tale aspetto può ricavarsi dall'esame dalla giurisprudenza comunitaria maggiormente rilevante. La Corte di giustizia ha fornito numerose precisazioni sulla responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario, oltre che nella sentenza *Francovich,* anche nelle pronunce relative alle cause *Brasserie du pêcheur* e *Factortame*[297]. Queste due cause erano

---

[295] Sugli elementi costitutivi dell'illecito, come noto, per la giurisprudenza comunitaria (Corte di giustizia UE, sentenza del 19 novembre 1991, *Francovich* c/ *Repubblica Italiana,* cause riunite C-6/90 e C-9/90, in *Racc.,*1991 p. I-05357) ha statuito che "*la piena efficacia delle norme comunitarie sarebbe messa a repentaglio e la tutela dei diritti da esse riconosciuti sarebbe infirmata se i singoli non avessero la possibilità di ottenere un risarcimento ove i loro diritti siano lesi da una violazione del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro. La possibilità di risarcimento a carico dello Stato membro è particolarmente indispensabile qualora la piena efficacia delle norme comunitarie sia subordinata alla condizione di un' azione da parte dello Stato e, di conseguenza, i singoli, in mancanza di tale azione, non possano far valere dinanzi ai giudici nazionali i diritti loro riconosciuti dal diritto comunitario"*.

[296] R. ALESSI, *L'illecito e la responsabilità civile della pubblica Amministrazione*, Milano, 1964; V. AZZONI, *La responsabilità per danni della pubblica Amministrazione alla luce della più recente giurisprudenza*, in *Nuova Rassegna*, 2009, n. 3; E. CANNADA BARTOLI, *La responsabilità della pubblica Amministrazione*, Torino, 1976; R. CARANTA, *La responsabilità extracontrattuale della pubblica Amministrazione. Sistemi e tecniche*, Milano, 1993; E. CASETTA, *L'illecito degli enti pubblici*, Torino, 1953; M. CLARICH, *La responsabilità civile della pubblica Amministrazione nel Diritto italiano*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1989,1085 e ss., E. FOLLIERI, *Risarcimento dei danni per lesione di interessi legittimi*, Chieti, 1984; F. SATTA, *Responsabilità della pubblica Amministrazione*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1988; F. SCOCA, *Risarcibilità e interesse legittimo*, in *Dir. Pubbl.*, 2000, 13; A. TRAVI, *Tutela risarcitoria e giudice amministrativo*, in *Dir. Amm.*, 2001, 7 e ss.

[297] Corte di giustizia UE, sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA* c/ *Bundesrepublik Deutschland e The Queen* c/ *Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, in *Racc. 1996, pagina I-01029;* L. TRIFONE, *La responsabilità degli Stati in diritto comunitario: le sentenze nelle cause "Brasserie du Pêcheur", "Factortame III" e "Hedley Lomas"*, in *Dir. com. scamb. int.*, 1997, 63 e ss.

direttе a stabilire se il principio di responsabilità dello Stato dovesse applicarsi in maniera generale e a quali condizioni, in particolare nel caso di violazione, da parte di una legge nazionale, di disposizioni direttamente applicabili. La sentenza ha rafforzato i mezzi di cui i singoli dispongono per imporre alle autorità nazionali il rispetto del diritto comunitario, stabilendo due importanti principi.

Anzitutto, il principio della responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario è stato riconosciuto in via generale, in presenza di determinate condizioni, qualunque sia l'organo dello Stato autore della violazione ovvero la natura della norma comunitaria violata, in quanto il diritto al risarcimento costituisce un corollario dell'effetto diretto riconosciuto alle norme comunitarie la cui violazione ha dato origine al danno subito.

Inoltre, la Corte ha affermato che le condizioni che determinano il diritto al risarcimento sono determinate dal principio dell'effettività del diritto comunitario, che si sostanzia nell'assicurare la piena efficacia di tale diritto nonché la tutela effettiva dei diritti che esso conferisce ai singoli e, dall'altro, il principio della coerenza tra il regime della responsabilità extracontrattuale dell'Unione europea, disciplinata dall'art. 340 del TFUE, e il regime della responsabilità previsto a livello nazionale. Ne consegue che i presupposti per determinare la responsabilità dello Stato possono rintracciarsi nella norma giuridica violata che deve conferire diritti ai singoli; nella violazione di tale norma che deve essere sufficientemente qualificata; nel nesso di causalità diretto tra la violazione dell'obbligo che incombe allo Stato e il danno subito dalle persone lese.

La violazione può dirsi qualificata in base ad una serie di elementi individuati dalla Corte nelle cause che hanno dato origine alla sentenza *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*, ossia: "*il grado di chiarezza e di precisione della norma violata, l'ampiezza del potere discrezionale che tale norma riserva alle autorità nazionali o comunitarie, il carattere intenzionale o involontario della trasgressione commessa o del danno causato, la scusabilità o l'inescusabilità di un eventuale errore di diritto, la circostanza che i*

comportamenti adottati da un'istituzione comunitaria abbiano potuto concorrere all'omissione, all'adozione o al mantenimento in vigore di provvedimenti o di prassi nazionali contrari al diritto comunitario". E ancora si ha una violazione qualificata quando la stessa persiste "*nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia*"[298].

Peraltro, a partire dalla sentenza *Brasserie du Pêcheur* e *Factortame*, la Corte ha precisato che il principio della responsabilità dello Stato membro è valido in riferimento a "*qualsiasi ipotesi di violazione del diritto comunitario commessa da uno Stato membro, qualunque sia l'organo di quest'ultimo la cui azione o omissione ha dato origine alla trasgressione*", ricomprendendosi in tale insieme le pubbliche amministrazioni, senza che lo Stato membro possa fare valere la ripartizione delle competenze e delle responsabilità tra gli enti locali esistenti nel proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi alla propria responsabilità al riguardo[299].

Con ancor maggiore chiarezza, nella sentenza *Haim*[300], la Corte ha affermato che negli Stati membri che non hanno una struttura federale, ma nei quali talune funzioni amministrative sono assunte in maniera decentrata da enti locali dotati di una certa autonomia o da qualsiasi altro ente di diritto pubblico giuridicamente diverso dallo Stato "*il diritto comunitario non osta [...] alla sussistenza della responsabilità di un ente di diritto pubblico di risarcire i danni provocati ai singoli da provvedimenti da esso adottati in violazione del diritto comunitario accanto a quella dello Stato membro stesso*".

---

[298] Ordinanza della Corte (Quarta Sezione) del 23 aprile 2008, *The Test Claimants in the CFC and Dividend Group Litigation* c/ *Commissioners of Inland Revenue*, causa C-201/05, in *Racc*. 2008, I-02875.
[299] Corte di giustizia UE, sentenza del 1 giugno 1999, *Klaus Konle* c/ *Repubblica d'Austria*, causa C-302/97, in *Racc.* I - 3122.
[300] Corte di giustizia UE, sentenza del 4 luglio 2000, *Salomone Haim* c/ *Kassenzahnärztliche Vereinigung Nordrhein*, causa C-424/97, in *Racc. 2000, I-05123*.

Ne discende che ogni pubblica amministrazione[301], anche ad un livello regionale o locale[302], ben può incorrere, mediante l'adozione di provvedimenti che ledono i diritti dei singoli, in una violazione, come sopra qualificata, del diritto comunitario, tale da incorrere in una responsabilità, in solido con quella dello Stato membro, comportante l'obbligo di risarcimento[303], azionabile davanti al giudice nazionale[304], sempre che le regole processuali di diritto interno non prevedano un trattamento peggiorativo[305] rispetto a quello contemplato per analoghe situazioni di rilevanza nazionale[306].

L'autotutela assurge allora a strumento nella disponibilità dell'amministrazione, atto a prevenire o riparare ad una siffatta violazione, evitando o attenuando le conseguenze lesive di un provvedimento amministrativo contrario al diritto comunitario, dal quale possono scaturire esiti risarcitori nei confronti del privato leso e, contestualmente, forme di responsabilità nei confronti della stessa Unione europea[307].

---

[301] Corte di giustizia UE, sentenza del 23 maggio 1996, *The Queen* c/ *Ministry of Agricolture, Fisheries and Food, ex parte: Hedley Lomas*, causa C-5/94, in *Racc.* 1996, I-2604, con nota di R. CARANTA, *Illegittimo diniego di autorizzazione all'esportazione e responsabilità della pubblica amministrazione alla luce del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 1008.

[302] Per l'Italia, devono ritenersi incluse a tutti gli effetti le Regioni, cui compete un importante ruolo nelle fasi cosiddette ascendente e discendente di attuazione del diritto comunitario (cfr. legge 4 febbraio 2005, n. 11), e nell'adozione di atti amministrativi di rilievo comunitario, alla luce dell'art. 117 Cost.; vedi sul punto F. ASTONE, *Il processo normativo dell'Unione europea*..., op. cit., cap. VI.

[303] Di recente Corte di giustizia UE, sentenza del 17 aprile 2007, causa C-470/03, in *Racc.*, I-274, ha richiesto che il risarcimento sia "*effettivo, adeguato al danno subito e non ammissibile alcuna condizione aggiuntiva, che possa rendere eccessivamente oneroso il conseguimento di tale rimedio*".

[304] R. CARANTA., *Diritto comunitario e tutela giuridica di fronte al giudice amministrativo italiano*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 81 e ss., rileva come in assenza di specifiche misure di armonizzazione, rivolgendosi il diritto comunitario non solo agli Stati ma anche ai cittadini di questi, "*i giudici, ordinari, amministrativi e speciali nazionali sono divenuti i "giudici ordinari" del diritto comunitario, quelli cioè cui è demandato in via normale l'enforcement della disciplina prodotta dalle istituzioni europee*".

[305] La giurisprudenza di Lussemburgo ha ribadito più volte che gli Stati "*non possono rendere eccessivamente difficile l'esercizio dell'azione risarcitoria, né esigere il previo esperimento di altre forme di tutela, quale condizione di accesso al risarcimento del danno*" (sentenza *Hedley Lomas*, in causa C-5/94, cit. *supra*).

[306] Così nella sentenza *Rewe–Zentralfinanz*, 16 dicembre 1976, causa C-33/76, in *Racc.* 1976, I-1989, la Corte sembra suggerire al legislatore comunitario l'opportunità di implementare misure di armonizzazione in campo processuale al fine di ovviare alle divergenze fra disposizioni di leggi, regolamenti o atti amministrativi negli Stati membri, suscettibili di ripercuotersi su un cattivo funzionamento del mercato comune.

[307] G. PEPE, *Principi generali dell'ordinamento comunitario e attività amministrativa,* Roma, Eurilink, 2012, 285 e ss., qualifica come "una fattispecie spinosa" l'autotutela della pubblica amministrazione avverso un atto confliggente con l'ordinamento comunitario, conferendo, anche mediante la terminologia usata, particolare rilevanza alla tematica.

Rappresentativa di quanto appena asserito è la materia dei fondi comunitari, per i quali è prevista una peculiare ripartizione delle funzioni tra amministrazioni nazionali e istituzioni europee nell'ambito di procedimenti c.d. composti. In tale settore, possono rilevarsi, all'esito dei controlli di primo e secondo livello, specifiche irregolarità, intendendosi con tale termine, ai sensi della normativa europea vigente[308], "*qualsiasi violazione di una disposizione del diritto comunitario derivante da un'azione od omissione di un operatore economico che abbia o possa avere come conseguenza un pregiudizio al bilancio generale delle Comunità, attraverso la diminuzione o la soppressione di entrate provenienti da risorse proprie percepite direttamente per conto della Comunità, ovvero attraverso l'imputazione al bilancio comunitario di una spesa indebita*".

L'irregolarità presuppone, dunque, la violazione di una norma comunitaria, da intendersi sia come violazione di norme adottate in sede comunitaria, sia come norme adottate all'interno degli Stati membri in attuazione delle medesime; l'imputabilità ad un operatore economico di tale violazione compiuta mediante qualsiasi azione od omissione intenzionale relativa all'utilizzo o alla presentazione di dichiarazioni o di documenti falsi, inesatti o incompleti, cui consegua il percepimento o la ritenzione illecita di fondi provenienti dal bilancio dell'Unione europea; un danno effettivo o potenziale al bilancio sovranazionale.

La concretizzazione di indebite percezioni conseguenti alla commissione di un'irregolarità, pur essendo imputabile tale violazione della normativa comunitaria al privato beneficiario, non lascia indenne l'apparato amministrativo dello Stato membro, dalle conseguenze giuridico-economiche relativamente ai profili di propria competenza.

A fronte di una siffatta situazione, lo Stato membro rischia che la Commissione disponga una rettifica finanziaria sopprimendo in tutto o in parte il

[308] Regolamento (CE, EURATOM) n. 2988/95 del Consiglio del 18 dicembre 1995, relativo alla tutela degli interessi finanziari delle Comunità.

contributo, in termini di risorse economiche, destinato a un programma operativo nazionale[309], addossando al bilancio nazionale la spesa irregolarmente eseguita.

Pertanto, al fine di porre rimedio, o meglio prevenire una così drastica sanzione di natura finanziaria accompagnata dall'ulteriore limite di non poter riutilizzare le somme eventualmente soggette a rettifica per altre azioni positive, il nostro ordinamento pone a disposizione delle amministrazioni nazionali coinvolte, quale *instrumentum principis,* il potere di autotutela[310].

Ogni irregolarità comporta, in linea generale, la decadenza dal vantaggio indebitamente ottenuto, cui l'amministrazione nazionale dovrà procedere revocando, mediante il potere di autotutela decisoria, il provvedimento amministrativo per mezzo del quale quel premio era stato originariamente concesso[311]. In altre parole, una volta accertata l'irregolarità, l'amministrazione nazionale dovrà avviare tempestivamente un procedimento di revoca del contributo indebitamente erogato, che dovrà, pertanto, essere recuperato e restituito al bilancio dell'Unione, a pena delle conseguenze sopra illustrate.

Nel caso in cui tale recupero non debba essere spontaneamente eseguito dal beneficiario autore dell'irregolarità, l'amministrazione sarà costretta a procedere al recupero coattivo dell'indebito, ricorrendo ancora una volta al suo potere di autotutela, ad esempio nella forma esecutiva dell'ingiunzione fiscale, *ex* R.D. n. 639/1910, che la giurisprudenza pacificamente considera "*manifestazione del potere di autotutela della Pubblica Amministrazione*"[312].

Solo dopo aver esperito tutte le azioni possibili, nel caso in cui i costi già sostenuti ed i costi prevedibili del recupero sono globalmente superiori all'importo da recuperare oppure se il recupero si riveli impossibile per insolvenza del debitore o delle persone che hanno commesso l'irregolarità, lo

[309] Regolamento (CE) n. 1083/2006 del Consiglio, dell'11 luglio 2006, recante disposizioni generali sul Fondo europeo di sviluppo regionale, sul Fondo sociale europeo e sul Fondo di coesione e che abroga il regolamento (CE) n. 1260/1999.
[310] Sul rapporto tra il diritto sopranazionale di origine comunitaria e la pregiudizialità, in ipotesi di mancato intervento in autotutela da parte dell'amministrazione, si veda A. LIBERATI, *L'autotutela amministrativa,* Milano, Giuffrè, 2005, 68 e ss.
[311] Si veda l'art. 4 del Regolamento (CE, EURATOM) n. 2988/95, cit. *supra.*
[312] *Ex multis* Cassazione Civile, sentenza del 31 luglio 2002, n. 11368, in *Giust. Civ.*, 2003, I, 2838 e ss.

Stato membro interessato potrà ritenersi sollevato dalla propria responsabilità o vederne comunque attenuate le conseguenze[313].

Resta ferma la considerazione per cui il potere di autotutela, nelle sue diverse estrinsecazioni, si appalesa come il rimedio più immediato contro l'illegittimità comunitaria dei provvedimenti amministrativi nazionali e, più in generale, quale strumento di garanzia dell'effettività del diritto comunitario rispetto alle violazioni dello stesso compiute dallo Stato membro e dai suoi cittadini, in un'ottica di allineamento del principio di legalità interna con quello sovranazionale[314].

[313] Articoli 32, par. 6, lett. a) e b) e 33, par. 7, Reg. (CE) n. 1290/2005.
[314] A. ADINOLFI, *Il principio di legalità nel diritto comunitario*, in *Dir. com. scamb. int.*, 2008, 1 e ss.

CAPITOLO III

L'INFLUENZA DEL DIRITTO EUROPEO SULLA CONFIGURAZIONE DEL POTERE DI AUTOTUTELA NELL'ORDINAMENTO INTERNO

1. *L'influenza del diritto europeo sul potere di autotutela delle amministrazioni nazionali*

Dalla trattazione appena affrontata, emerge chiaramente il tentativo in atto di rafforzare l'effettività del diritto comunitario mediante l'adozione di provvedimenti amministrativi direttamente attuativi delle disposizioni sovranazionali, riconoscendo, al contempo, in capo alle amministrazioni nazionali un potere di autotutela sui propri atti contrastanti con tali disposizioni[315].

Si assiste, pertanto, ad un "ritorno" agli ordinamenti nazionali, con una notevole forza espansiva, di quei principi generali che la giurisprudenza comunitaria ha mutuato dagli ordinamenti dei singoli Stati membri[316]. Il movimento circolare di recepimento e trasposizione di cui sopra ha interessato anche l'istituto dell'autotutela che la Corte di giustizia ha introdotto nell'ordinamento comunitario assumendo le tradizioni giuridiche degli Stati membri[317], rafforzandola nell'applicazione da parte delle proprie Istituzioni con i principi di certezza del diritto, proporzionalità e legittimo affidamento[318], per poi riversare tale istituto negli ordinamenti degli stessi Stati, quale strumento di affermazione della primazia del principio di legalità europea[319].

Com'è noto, le autorità amministrative degli Stati membri dell'Unione europea si trovano a dover applicare in maniera diretta il diritto comunitario, perché operanti quali bracci esecutivi delle Istituzioni comunitarie, o, più in

---

[315] F. SICILIANO, *op. cit.,* 147 e ss., parla a tal proposito di "*bifrontismo*" dei principi del diritto.
[316] D. DE PRETIS, *I principi del diritto amministrativo europeo,* in *op. cit.*, 55 e ss.
[317] Corte di giustizia UE, *Algera Dineke ed altri* c/ *Alta Autorità CECA*, cit. *supra*.
[318] Corte di giustizia UE, sentenza del 24 gennaio 2002, *Conserve Italia soc. coop. arl* c/ *Commissione delle Comunità europee*, causa C-500/99, in *Racc.* I - 947, a tenore della quale "*l'amministrazione può revocare con effetto retroattivo un atto amministrativo favorevole viziato da illegittimità, a condizione che non venga violato né il principio della certezza del diritto, né quello della tutela del legittimo affidamento. [...]Per quanto riguarda, in primo luogo, l'asserita violazione del principio di proporzionalità, occorre rilevare come per il buon funzionamento del sistema, così da permettere il controllo circa l'adeguata utilizzazione dei fondi comunitari, sia indispensabile che i richiedenti un contributo forniscano alla Commissione informazioni attendibili e non tali da indurre quest'ultima in errore*".
[319] Per B. G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa,* op. cit., l'aggettivo "europea" deve intendersi "*nel senso più pieno, perché si tratta di regole che non derivano solo dal diritto positivo comunitario, ma in buona parte dal diritto nazionale*".

generale, sono tenute a conformarvisi, in virtù dei vincoli derivanti dall'appartenenza all'Unione; a ciò si aggiunga che le stesse amministrazioni sono oramai organizzativamente frammentate, derivandone un conseguente policentrismo dei processi decisionali.

Tale assetto condiziona in maniera rilevante il potere di autotutela delle amministrazioni nazionali chiamate a ripristinare la legalità violata; tant'è che, a parere di autorevole dottrina[320], nonostante la Corte di giustizia si sia dimostrata prudente nell'inoculare nei singoli ordinamenti una disciplina comunitariamente orientata dell'autotutela, circoscrivendo però l'impatto delle proprie pronunce in maniera quasi "chirurgica", tuttavia, il diritto europeo ha portato a "snaturare" il fine dell'istituto, rappresentato da una ponderazione non di meri interessi ma di principi[321], determinando così una "rivitalizzazione" dell'istituto, volto, da sempre, ad affermare la legalità, ora non più solo interna, ma anche europea[322].

Peraltro, dall'esame delle sentenze *Ciola* e *Kuhne & Heitz*, si evince come la Corte non prenda una posizione in merito alla presunta conformazione in termini di doverosità dell'autotutela esercitata dalle amministrazioni nazionali sugli atti contrastanti con il diritto comunitario, richiamando di frequente, quale argomentazione a supporto di questa sua reticenza, il principio di autonomia

---

[320] B. G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa,* op. cit., par. 4.1.

[321] Corte di giustizia UE, sentenza del 7 gennaio 2004, *Delena Wells* c/ *Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, causa C-201/02, in *www.eur-lex.europa.eu*, in cui si legge che "*le autorità competenti di uno Stato membro hanno l'obbligo di adottare, nell'ambito delle loro attribuzioni, tutti i provvedimenti, generali o particolari, atti a rimediare alla mancata valutazione dell'impatto ambientale di un progetto [...], purché, tuttavia, (*tali modalità*) non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)*".

[322] L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto,* in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 477 e ss. di commento a Corte di giustizia UE, sentenza del 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, in *www.eur-lex.europa.eu*

procedurale degli Stati membri[323] e preferendo, per altro verso, individuare soluzioni giuridiche "sartoriali", particolarmente aderenti al caso concreto[324].

Ne discende che il potere di autotutela delle amministrazioni nazionali, sottoposto ad un sistema di fonti giuridiche così complesso, in cui vi rientrano oltre al diritto interno anche le norme del diritto comunitario, primario e derivato, nonché i principi generali del diritto elaborati dalla Corte di giustizia[325], difficilmente può rimanere uguale a sé stesso nella dimensione applicativa, andando addirittura ad intaccare il rapporto tra poteri dello Stato[326].

Ma il dibattito appena accennato non può esaurirsi intorno al tema della doverosità o meno dell'esercizio del potere di riesame della pubblica amministrazione al cospetto di un'illegittimità comunitaria[327]: i confini interpretativi del diritto dell'Unione appaiono, infatti, molto più ampi e sfumati, dimostrando, ad un'attenta analisi, una capacità espansiva e condizionante l'istituto dell'autotutela, per come configurato nell'ordinamento nazionale a seguito della recente codificazione, avvenuta con la novella del 2005 alla legge 241 del 1990[328].

---

[323] Si cfr. G. GRUNER, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi di certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro,* in *Dir. proc. amm.*, 2007, 243 e ss.; per una ricostruzione di questo dibattito anche nel contesto della dottrina degli altri Stati membri dell'Unione europea si rinvia a D. U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, Giappichelli, 2009, *passim*.

[324] Secondo F. SICILIANO, *op. cit.*, 165, operando in tal modo "*la Corte di giustizia sta, in realtà, cercando la strada più diplomatica per imporre gradualmente il ritiro automatico*". Conferma tale circostanza anche con riferimento alla giurisprudenza amministrativa M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento,* in M. RENNA - F. SAITTA, *op. cit.*, 176, alla quale "*non sembra che le riflessioni del giudice amministrativo in tema di doverosità dell'esercizio dell'autotutela siano giunte alla individuazione di una regola univoca, posto che spesso si procede sul tema seguendo un metodo* case by case".

[325] A tale elencazione ben può aggiungersi il sostrato normativo della Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per la quale si rimanda a F. SPITALERI (a cura di), *L'incidenza del diritto comunitario e della CEDU sugli atti nazionali definitivi,* Milano, Giuffrè, 2009.

[326] Sul punto L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto,* op. cit., 482, evidenzia come l'obbligo di ritiro dell'atto interno contrario al diritto comunitario legittima il giudice amministrativo ad entrare nella sfera di attribuzioni della pubblica amministrazione, alterando gli equilibri tra potere legislativo interno (scavalcato da quello comunitario), esecutivo (limitato nell'esercizio del proprio potere discrezionale) e giudiziario (ancorato al dettato giurisprudenziale della Corte di giustizia).

[327] Si cfr. C. NAPOLITANO, *op. cit.*, per la quale l'istituto dell'autotutela "*pare vivere in una sorta di equilibrio precario tra la declinazione del potere e quella del dovere*".

[328] Si vedano tra gli altri V. CERULLI IRELLI, *Osservazioni generali sulla legge di modifica della L. n. 241/90*; F. ASTONE, *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela*

Non può negarsi la pervasività dei principi del diritto comunitario, ormai divenuti, in base all'art. 1 della riformata legge 241 del 1990, quali principi generali dell'attività amministrativa[329], e, in particolare, tra questi il radicamento del legittimo affidamento a tutela dei privati[330], la rilevanza dell'elemento indennitario[331] accanto a quello risarcitorio[332], per arrivare alla configurazione del potere di autotutela nella forma decisoria[333] ed esecutiva[334], e concludere con il riconoscimento all'istituto di un ruolo, se non alternativo, almeno preliminare e con finalità preventive rispetto alla fase contenziosa[335]: tutti aspetti fondamentali per lo sviluppo della nozione di cui si cercherà di dare conto nei paragrafi che seguono.

2. *Dismorfismo applicativo e funzione conformatrice dei principi generali del diritto*

La ricostruzione del potere di autotutela nell'ordinamento europeo ad opera della elaborazione giurisprudenziale della Corte di giustizia muove, come già ricordato, dalla ricognizione comparata delle tradizioni giuridiche degli allora

---

giurisdizionale, Soveria Mannelli, Rubettino, 2009, 287 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della L. n. 241/1990*; F. SATTA, *La riforma della legge 241/90: dubbi e perplessità*, tutti in *www.giustamm.it*, 5/2005; e ancora M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado,* in F. G. SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo,* Torino, Giappichelli, 2008, 314 e ss.; F. SAITTA, *L'amministrazione delle decisioni prese: problemi vecchi e nuovi in tema di annullamento e revoca a quattro anni dalla riforma della legge sul procedimento,* in *Dir. soc.*, 2009, 583 e ss.

[329] A. MASSERA, *I principi generali dell'azione amministrativa tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, in *Dir. amm.*, 2005, 707 e ss.

[330] A. SIMONATI, *op. cit.*, 111 e ss.

[331] A. TRAVI, *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005 e l'analisi economica del diritto,* in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli,* 2007, Padova, CEDAM, vol. II, 207 e ss.

[332] C. DEODATO, *Autotutela e risarcimento,* in *www.giustizia-amministrativa.it*

[333] Di contrario avviso G. LIGUGNANA, *op. cit.*, che riconduce l'autotutela alla sola forma esecutiva.

[334] Cfr. F. SAITTA, *Un abbozzo di codificazione per l'esecuzione amministrativa (Note a margine dell'art. 21-ter della "nuova" 241)*, in *La pubblica Amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO, Torino, Giappichelli, 2005, par. 3.

[335] Il riferimento è al Decreto legislativo del 20 marzo 2010 n. 53 con cui è stata recepita la Direttiva 2007/66/CE del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 dicembre 2007, che modifica le direttive 89/665/CEE e 92/13/CEE del Consiglio per quanto riguarda il miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici.

sei Stati membri[336] al fine di colmare l'assenza nel trattato di puntuali norme in tema di revoca di provvedimenti illegittimi. Proprio il metodo di comparazione valutativa utilizzato ha portato alla definizione di una disciplina di sintesi e, allo stesso tempo, originale rispetto a quella dei singoli ordinamenti nazionali, che presentano ciascuno le proprie peculiarità normative e un diverso grado di maturazione dell'opera di sistemazione dell'istituto da parte della scienza giuridica e della dottrina[337].

Le differenze tra la disciplina comunitaria e quella nazionale dell'autotutela possono ricondursi a pochi aspetti, ma fondamentali.

Il primo riguarda il profilo dell'efficacia: al contrario del nostro ordinamento, l'amministrazione europea può modulare gli effetti dei provvedimenti di autotutela, a seconda dell'intensità dell'affidamento legittimamente serbato dal privato. Ciò significa, ad esempio, che si procederà ad una revoca *ex tunc*, solo previa ponderazione degli interessi in gioco e dell'incidenza del decorso del tempo sulle situazioni giuridiche soggettive; mentre per la revoca non retroattiva diviene superfluo effettuare un simile bilanciamento, considerato che l'affidamento non vale certo per il futuro. L'autotutela diviene, pertanto, uno strumento flessibile che, pur in presenza di un affidamento importante, non impedisce radicalmente il ritiro dell'atto illegittimo, graduandone piuttosto gli effetti e la portata[338].

Si ritiene, allora, di dover rivedere le regole interne relative all'efficacia, in particolare dell'annullamento d'ufficio, richiamando l'indirizzo dottrinale[339], che si pone in linea con il corrispondente orientamento comunitario, a tenore del quale la modulazione del potere di annullamento, in deroga alla sua natura

---

[336] Gli Stati membri al tempo della sentenza *Algera* erano Belgio, Francia, Germania, Italia, Lussemburgo e Paesi Bassi.

[337] Per una rassegna in termini comparatistici del potere di revoca, si veda A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi,* Milano, Giuffrè, 2013, 125 e ss.

[338] Discorre di "naturale" retroattività dell'annullamento d'ufficio M. RAGAZZO, *L'autotutela amministrativa,* Milano, Giuffrè, 2006, 262, per cui nel diritto interno tale potere è maggiormente ingessato, in quanto "*la presenza di un affidamento significativo, prevalente rispetto all'interesse pubblico, impedisce totalmente il ritiro del provvedimento amministrativo*".

[339] Si veda A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 128, che conferma tale orientamento nel 2005 in *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, op. cit., 220 e ss.

retroattiva, anche in ipotesi tassativamente determinate[340], consentirebbe di fare salvi gli effetti, già consolidati, dell'atto viziato, contemperando al meglio gli interessi contrapposti. In tal senso depongono sia il dato letterale della nuova formulazione dell'articolo 21-*nonies*, che al contrario di quanto previsto per la revoca, non attribuisce una valenza retroattiva o meno agli effetti dell'annullamento d'ufficio[341], sia la connotazione discrezionale di tale potere che, ove consente all'amministrazione di non procedere proprio all'annullamento, ragionevolmente, finisce per riconoscere ad essa un margine di apprezzamento nel decidere, invece, di provvedere, ma con effetti *ex nunc*[342].

Un ulteriore aspetto che potrebbe rendere maggiormente flessibile lo strumento dell'autotutela ad uso delle amministrazioni nazionali, avvicinandole alla sensibilità comunitaria, è rinvenibile nella distinzione di trattamento, presente in quell'ordinamento, per i casi in cui il ritiro abbia ad oggetto provvedimenti favorevoli o sfavorevoli[343]. In particolare, per quanto riguarda il riesame e l'annullamento degli atti che impongono esclusivamente oneri ai destinatari, si tratterebbe, ad esempio, di imporre alle amministrazioni una modalità, univoca e tempestiva, di esecuzione delle sentenze di annullamento del giudice amministrativo, senza costringere il cittadino a richiedere l'ottemperanza al giudicato[344] oppure di attivare procedimenti di ufficio per annullare i provvedimenti sfavorevoli anche nei confronti di coloro che non hanno presentato impugnativa[345]. Così come la suddivisione tra ritiro di atti sfavorevoli

---

[340] Così G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo,* op. cit., 689 e ss., che pone il problema se l'amministrazione possa procedere all'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo e contemporaneamente limitarne gli effetti retroattivi, nonostante sia universalmente affermato che l'annullamento travolge l'atto dal momento in cui è stato emanato. Lo stesso Autore rileva che l'amministrazione dovrebbe procedere ad una valutazione dell'attualità dell'interesse sotteso all'annullamento e del rispetto del principio di proporzionalità.

[341] F. SAITTA, *L'amministrazione delle decisioni prese[...],* op. cit., 598.

[342] Sul punto si veda R. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.),* in *Enc. dir.,* Milano, 2008, 910 e ss., per il quale il più (non annullamento) comprende il meno (annullamento *ex nunc*).

[343] T.A.R. Puglia, Bari, sez. I, 9 maggio 2011 n. 688; T.A.R. Calabria, Catanzaro, sez. II, n.149/2012.

[344] Sulla revoca dei provvedimenti sfavorevoli e il ruolo del privato, si veda G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, Giuffrè, 2013, 315 e ss.

[345] In senso contrario, Corte di giustizia UE, sentenza del 14 settembre 1999, causa C-310/97 P, *Commissione delle Comunità europee* c/ *AssiDomän Kraft Products AB e altri*, in *Racc.* I - 5398, in cui si legge che "*il principio della certezza del diritto osta a che, nell'ipotesi in cui più decisioni individuali*

e ritiro di atti ampliativi, sarebbe utile a determinare le conseguenze dell'adozione di tali provvedimenti sulle controversie in corso di causa, contribuendo a definire le sorti processuali della vicenda, anche sotto il profilo risarcitorio[346].

E ancora, lo stesso fattore temporale, dovrebbe rilevare in termini qualitativi, oltre che quantitativi[347], visto che per il diritto comunitario si pone quale elemento ostativo all'esercizio del potere di autotutela allorché assurga a dimensioni importanti o comunque, seppur ridotte, determinanti per un consolidamento dell'affidamento del privato, rendendo intangibile il provvedimento. Diversamente, nel nostro ordinamento, la (s)ragionevolezza del termine entro cui esercitare il potere di autotutela, parrebbe richiedere semplicemente una stima più approfondita dell'affidamento ingenerato a confronto con l'interesse pubblico sotteso, rendendo meno rigorosa la tutela del privato, rispetto a quella apprestata dall'ordinamento comunitario: solo nel caso in cui il lasso di tempo trascorso dalla emanazione del provvedimento è particolarmente significativo, l'amministrazione dovrà decidere se optare per una soluzione conservativa, anziché eliminatoria[348].

Una soluzione alla suesposte criticità può venire da una consapevole e diffusa applicazione dei principi comunitari di maggior rilievo per l'azione amministrativa, nella versione fedele alla elaborazione che di essi ha proposto la Corte di giustizia. Sotto questo profilo, autorevole dottrina[349] ha dimostrato a suo tempo che gli stessi principi hanno una triplice valenza: sostanziale in quanto sono solennemente dichiarati nei trattati sull'Unione europea ed atti ad essi

---

*analoghe che infliggono ammende siano state adottate nell'ambito di un procedimento comune ed in cui solo taluni destinatari abbiano chiesto ed ottenuto l'annullamento in sede giudiziale delle decisioni che li riguardano, l'istituzione da cui esse emanano, su domanda di altri destinatari, sia tenuta a riesaminare (*n.d.r. ma non è escluso che lo possa fare*), alla luce della motivazione della sentenza di annullamento, la legittimità delle decisioni non impugnate e a valutare se, sulla base di tale esame, si debba procedere al rimborso delle ammende versate*".

[346] C. DEODATO, *Autotutela e risarcimento,* in *www.giustizia-amministrativa.it*

[347] G. BARONE, *op. cit.,* 704 e ss, propone di non soffermarsi sul tempo trascorso per determinare il sorgere di un legittimo affidamento, bensì di attenzionare ciò che i soggetti interessati hanno posto in essere in conseguenza della emanazione del provvedimento.

[348] F. SAITTA, *ult. op. cit.*, 597.

[349] E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino, Giappichelli,1997.

collegati; procedimentali, in quanto si ricavano dall'esame della normativa derivata, con la finalità di armonizzazione procedurale della vigente legislazione degli Stati membri; e infine processuale, in quanto dalla loro corretta applicazione, dipende non solo l'esito della controversia, ma anche l'effettiva applicazione da parte del giudice competente del diritto comunitario.

Inoltre, tra i suddetti principi generali[350] debbono iscriversi anche quelli direttamente ricavabili dalle sentenze della Corte di giustizia in quanto ad essa compete, in base all'art. 19 del TUE, assicurare il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione dei trattati[351]. Ciò ha comportato che soprattutto in ordine ai principi di carattere procedimentale, ne sono stati inseriti alcuni di diretta derivazione giurisprudenziale, considerando che le sentenze della Corte di giustizia si pongono allo stesso livello dei trattati.

I principi comunitari penetrano, in questo modo, negli ordinamenti statali, collocandosi al vertice del sistema delle fonti quali parametri della legittimità dei pubblici poteri, tanto legislativi quanto amministrativi.

Infatti, la *primauté* del diritto europeo impone agli Stati membri e ai loro organi, anche amministrativi, di dare piena applicazione alla normativa sovranazionale, avvalendosi di tutti gli strumenti in loro possesso, ivi compreso il potere di autotutela. Ed è proprio il potere amministrativo, intorno al quale si dispiega il dialogo tra le autorità pubbliche e i cittadini, il contesto in cui i principi del diritto comunitario possono avere le ricadute più pervasive e benevole, garantendo la prevedibilità delle scelte pubbliche e la valorizzazione delle pretese dei privati[352].

Ne discende che i principi di legalità, certezza del diritto, legittimo affidamento, proporzionalità, giusto procedimento, effettività della tutela

[350] Per approfondimenti: A. MASSERA, *I principi generali*, in M. P. CHITI E G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffré, 2007; F. TORRIELLO, *I principi generali del diritto comunitario*, Milano, Giuffrè, 2000; C. MARINELLI, *I principi generali del diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 1994; E. PICOZZA, *Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993.

[351] Sul punto si vedano A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com*., 1994; G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010.

[352] G. PEPE, *op. cit.,* 151 e ss.

giurisidizionale, leale cooperazione e autonomia procedurale, per come plasmati dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, dovrebbero rientrare a pieno titolo nello strumentario quotidiano delle amministrazioni[353], quale punto di rafforzamento degli istituti, dei procedimenti amministrativi e dei relativi esiti decisionali, con le connesse responsabilità[354].

Ciò, non soltanto quando si renda necessario dare attuazione, in maniera diretta o indiretta, al diritto comunitario, ma in tutte le situazioni riconducibili ad un conflitto tra autorità e libertà[355], rispetto al quale la "manipolazione" delle norme di diritto amministrativo, lungi dal costituire un *quid* di indefinito e arbitrario, rappresenta invece un metodo di razionalizzazione del sistema[356], in cui far rientrare necessariamente anche la componente comunitaria della singola disciplina.

3. *Le conseguenze economiche legate all'esercizio del potere di autotutela: indennizzo e risarcimento*

La tutela del legittimo affidamento, cui si è fatto più volte riferimento nel corso del presente lavoro, senza poterne approfondire tuttavia le innumerevoli

[353] In merito alle ripercussioni sulla certezza giuridica causata dall'applicazione pratica del diritto, interno e comunitario, da parte della pubblica amministrazione, si veda F. SICILIANO, *op. cit.*, 205 e ss.

[354] A. VETRO, *L'esercizio dell'autotutela da parte della pubblica amministrazione: riflessi sulla responsabilità amministrativa dei pubblici funzionari,* in *www.contablita-pubblica.it*, di commento alla sentenza n. 303/2011 della sez. giurisdizionale della Corte dei conti per la Sardegna, che ha ravvisato nella fattispecie esaminata una manifesta violazione degli obblighi di servizio per il mancato esercizio dell'autotutela da parte della pubblica amministrazione, con conseguente danno erariale posto a carico del funzionario responsabile.

[355] Una recente sentenza del T.A.R. Lazio, sez. II bis, n. 2676 del 20 marzo 2012, applicando le nuove norme appena entrate in vigore in relazione ad un considerevole ritardo di un ente locale nella conclusione di un procedimento amministrativo, ha evidenziato a carico dell'Amministrazione la violazione dei termini, dei principi di imparzialità e buon andamento sanciti dall'articolo 97 Cost. "*e del più generale principio di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento che informa l'intero ordinamento giuridico italiano e che quindi, alla stregua del principio di legalità dell'attività amministrativa, deve conformare anche i rapporti fra amministrazione e cittadino caratterizzati dall'esercizio di poteri autoritativi*".

[356] M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto,* in F. SAITTA - M. RENNA, *op. cit.*, 37 e ss.

implicazioni per le pubbliche amministrazioni[357], costituisce sicuramente il perno del sistema comunitario dell'autotutela.

Nel nostro ordinamento, sino agli inizi degli anni Settanta, il dibattito dottrinario portava a escluderne la rilevanza basandosi sull'assunto di una incompatibilità logica con il pubblico interesse, di per sé governato dalla correttezza e buona fede insita nell'*agere publicus*[358].

Solo con il contributo di un'attenta dottrina[359], fu dimostrata la compatibilità prima negata, aprendo la via alla ricerca di un fondamento costituzionale di tale principio[360] e spostando piuttosto l'attenzione sui limiti e gli effetti connessi alla sua qualificazione[361].

A ben vedere, il legittimo affidamento nel diritto amministrativo non viene menzionato espressamente in alcuna previsione di diritto positivo, eccezion fatta per il richiamo generico ai principi comunitari di cui all'art. 1 della legge. n. 241 del 1990, lasciando all'interpretazione giurisprudenziale e all'opera di sistemazione della dottrina, la definizione del suo effettivo ruolo e (contrap)peso rispetto all'azione dei poteri pubblici: una elaborazione che molto spesso trascura il substrato comunitario del principio e, pur non mettendone in discussione l'esistenza nel diritto amministrativo italiano[362], non arriva a blindarlo da tentativi di indebolimento, come avviene nell'ordinamento sovranazionale.

---

[357] Si vedano per un approfondimento G. GRASSO, *Sul rilievo del principio del legittimo affidamento nei rapporti con la Pubblica Amministrazione,* in www.sspa.it; L. ALLA**,** *Il legittimo affidamento nel diritto europeo e nel diritto interno*, in www.amministrazioneincammino.luiss.it; per la giurisprudenza amministrativa possiamo ricordare le cinque decisioni dell'Adunanza generale del Consiglio di Stato (nn. 20, 21, 22, 23/1992 e n. 11/1993) in cui si afferma che, ai fini del recupero di somme erroneamente pagate al dipendente, l'amministrazione deve prima valutare l'affidamento ingenerato nel lavoratore anche in relazione al tempo trascorso dall'originaria liquidazione degli importi.

[358] F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche,* Napoli, 1995.

[359] F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; ID, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza,* Milano, 2001.

[360] Cfr. L. LORELLO, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e comunitario,* Torino, Giappichelli, 1998; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione,* Torino, Giappichelli, 2005.

[361] F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino,* in *Dir. amm.*, 2005, 853 e ss.

[362] D. U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, 761 e ss.

Un riscontro di segno contrario può ravvisarsi nella nuova disciplina della revoca, di cui all'art. 21-*quinquies*, che prevede l'obbligo per l'amministrazione di provvedere all'indennizzo nei confronti dei soggetti direttamente interessati, che abbiano ricevuto pregiudizi dall'esercizio del potere di revoca. Al comma 1-*bis* dello stesso articolo si precisa che "*ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*".

L'introduzione per via normativa dell'obbligo di indennizzo[363] pone una serie di problemi interpretativi, in particolare riguardanti il rapporto con il legittimo affidamento. Ci si è chiesti, in altre parole, se il regime indennitario costituisca un rafforzamento del predetto principio ovvero rappresenti la comprova della subordinazione delle istanze dei privati all'interesse pubblico[364], incontrando, per di più, quale limite esterno, riferito ai soli rapporti negoziali, la conoscenza e/o conoscibilità da parte dei privati della contrarietà dell'atto da revocare all'interesse pubblico o il loro concorso nell'erronea valutazione compiuta dall'autorità amministrativa[365].

Parte della dottrina ravvisa, infatti, un ispessimento del potere autoritativo della pubblica amministrazione che si dipana lungo tutto il procedimento di revoca e governa anche il momento di determinazione dell'indennizzo, tenuto conto, peraltro, che le relative controversie sono espressamente devolute alla

[363] Si tratta in realtà della codificazione di un principio di carattere generale, già individuato da tempo, cfr. A. M. SANDULLI, *Spunti in tema di indennizzo per atti legittimi della P.A.*, in *Foro it.*, 1947, 940.

[364] Per A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. 241/1990*, in *www.giustamm.it*, 2/2005, "*vi è forse, nella novella, una sola norma nella quale si realizza una netta subordinazione dell'interesse sostanziale del cittadino rispetto all'interesse pubblico: ed è, ancora una volta, la disposizione sulla revoca, nella misura in cui essa venga interpretata come riconoscimento della possibilità di ritirare, perché inopportuni, anche i provvedimenti di carattere autorizzativo*".

[365] Per una rassegna delle diverse posizioni, si veda A. LUPO, *op. cit.*, 227 e ss.

giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, in ossequio ai dettami della sentenza della Corte costituzionale n. 204 del 6 luglio 2004, che ritiene rilevante, ai fini dell'assoggettamento a tale giurisdizione di determinate materie, la circostanza per cui "*la pubblica amministrazione agisce come autorità nei confronti della quale è accordata tutela al cittadino davanti al giudice amministrativo*"[366].

Vi è ancora chi, facendo riferimento all'ipotesi contemplata dal comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies*, ricava la "sensazione" che i principi sottesi all'istituto dell'indennizzo (*i.e.* certezza del diritto e legittimo affidamento) non sono compatibili con questa forma di revoca - sanzione, che , invece, presuppone la consapevolezza del privato circa l'inopportunità dell'atto[367].

A ciò si aggiunga che se da un lato la trasposizione in capo al privato dell'onere di dimostrare il pregiudizio subito a seguito della revoca ha depotenziato la tutela dell'affidamento[368], anche la posizione di segno opposto che, dall'assenza di un riferimento legislativo a tale principio, fa discendere la spettanza dell'indennizzo al privato, a prescindere dalla titolarità di una situazione giuridica soggettiva consolidata[369], finisce per svalutare il ruolo della prestazione indennitaria quale strumento di compensazione della mancata tutela dell'affidamento[370].

---

[366] M. SINISI, *Il "potere" di revoca*, in *Dir. amm.*, 2007, 655.

[367] A. LUPO, *Revocabilità degli atti "oggettivamente" contrari all'interesse pubblico e tutela delle posizioni favorevoli consolidate*, in *Annali della Facoltà di Economia dell'Università di Messina*, 2011, par. 3, suggerisce di fare ricorso al principio di proporzionalità per valutare il rapporto fra risultanze procedimentali e intensità del sacrificio imposto al destinatario del provvedimento di revoca. Diversamente F. SAITTA, *L'amministrazione delle decisioni prese [...]*, op. cit., 607, per il quale "*è obiettivamente difficile ipotizzare la conoscenza o conoscibilità, da parte del privato, di vizi di merito del provvedimento l'eventuale sussistenza di vizi di merito del provvedimento, non potendosi pretendere che egli controlli, oltre ai propri interessi, quelli dell'amministrazione e dei terzi*"; per lo stesso Autore, un cittadino che non sia leale, sincero e non reticente nel fornire all'amministrazione la propria rappresentazione della realtà, sicuramente non può pretendere un indennizzo pieno.

[368] M. IMMORDINO, *Art. 21 quinquies, Revoca del provvedimento,* in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla l. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2006, 509 e ss.

[369] S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli, 2005, 265.

[370] F. SAITTA, *L'amministrazione delle decisioni prese [...]*, op. cit., 607; peraltro, secondo E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005,* in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli,* op. cit. 204, "*se l'indennizzo vale a compensare la mancata tutela dell'affidamento, è evidente che la previsione e la*

Né, tantomeno, può ricondursi la logica indennitaria all'esclusivo punto di vista dell'analisi economica del diritto, per la quale l'operazione giuridica volta alla revoca di un atto amministrativo richiede la sola comparazione tra due distinti interessi pubblici, quello alla rimozione dell'atto e quello all'economicità della gestione[371], dovendosi semmai aderire ad una impostazione tripartita degli interessi coinvolti, in cui, ai primi due citati, si aggiunge quello del privato alla stabilità del provvedimento[372].

Se è vero che, anche a livello comunitario, l'affidamento dei privati viene valutato non in via automatica, ma in relazione al loro effettivo comportamento, imponendosi l'esercizio del potere di autotutela a dispetto dell'affidamento stesso, in alcune ipotesi specifiche, come quella in cui rilevano le false o incomplete informazioni fraudolentemente fornite dai soggetti interessati[373], il rapporto affidamento-indennizzo trova proprio nella giurisprudenza comunitaria una cartina di tornasole per valutare l'efficacia della disciplina indennizzatoria interna. Infatti, pur non risultando molti precedenti giurisprudenziali che riconoscono alla compensazione economica del pregiudizio patito, per effetto del ritiro del provvedimento vantaggioso, un adeguato ruolo di tutela dell'affidamento, è opinabile che tale surrogato economico sia sufficiente al predetto scopo, soprattutto ove non preveda, come nel nostro ordinamento, una *indemnisation* integrale ma una riparazione pari al solo danno emergente, vieppiù eroso dal disposto del comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies*, nel caso in cui la revoca incida su rapporti convenzionali[374].

Ne discende che i principi in tema di revoca enunciati dalla Corte di giustizia dell'Unione europea devono essere rivisitati nella loro incidenza rispetto all'obbligo di indennizzo introdotto nel diritto nazionale, giungendo ad escludere categoricamente la tesi che considera l'obbligo di tutela del legittimo

---

misura dell'indennizzo non possono non entrare nella ponderazione degli interessi che presiede all'esercizio del potere di revoca; e ciò anche se il dato letterale sembra deporre nel senso di un indennizzo non contestuale ma susseguente alla revoca".

[371] G. MANFREDI, *Le indennità di autotutela,* in *Dir. amm.*, 2008, 193.

[372] E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 202.

[373] A. LUPO, *op. ult. cit.*, par. 3.

[374] F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia,* in *op.cit.*, 111 e ss.

affidamento assolto dalla previsione di un indennizzo e quella, altrettanto estrema, che ritiene la revoca sempre illegittima, anche se il privato viene indennizzato per il pregiudizio subito[375].

Di certo, l'indennizzo costituisce il ristoro per il pregiudizio subito dal privato o, comunque, fa parte del *background* decisionale che origina una revoca legittima, espressione del potere di autotutela, rimanendo fermo che, a fronte di una revoca illegittima, integrante un illecito della pubblica amministrazione, il regime indennitario, non risulta satisfattivo, dovendosi invocare l'annullamento dell'atto impugnato e il conseguente risarcimento integrale del danno[376].

Da ultimo anche la giurisprudenza amministrativa ha ravvisato, in una fattispecie sottoposta al suo sindacato e concernente la revoca di un'erogazione pubblica a seguito di informativa prefettizia antimafia interdittiva, l'emersione di un più generale "principio equitativo di tutela dell'affidamento", riscontrabile anche nell'art. 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, legge n. 241/1990, che ne contempera l'applicazione con le esigenze d'interesse pubblico[377]. L'interpretazione data dal

---

[375] E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005,* in *Studi in onore di Leopoldo Mazzarolli,* op. cit. 204.

[376] Sul punto A. LIBERATI, *op. cit.*, 98 e ss.; e ancora C. DEODATO, *op. cit.,* il quale precisa che "n*el caso della revoca, occorre ulteriormente distinguere: se il destinatario intende contestarne l'illegittimità potrà impugnare l'atto di ritiro e domandare contestualmente il risarcimento dei danni eventualmente patiti per effetto della rimozione del provvedimento ampliativo; se, viceversa, il destinatario accetta la revoca, ma intende rivendicare l'indennizzo o contestare la misura eventualmente già determinata dall'amministrazione potrà proporre un ricorso diretto ad ottenere l'accertamento del suo diritto, nell'ambito della giurisdizione esclusiva prevista dall'art.21-quinquies della legge n. 241 del 1990. Merita, infine, di essere precisato che anche la revoca, legittima, di un atto amministrativo può integrare un'ipotesi di responsabilità, quando integra la violazione dei doveri di lealtà e di buona fede, come è stato, ad esempio, recentemente riconosciuto in un caso in cui nella revoca dell'aggiudicazione di un appalto, prima della stipula del contratto, sono stati ravvisati gli estremi della responsabilità extracontrattuale, con conseguente risarcibilità del c.d. interesse negativo (Cons. St., sez. IV, 4 ottobre 2007, n. 5179)*".

[377] T.A.R. Calabria, Reggio Calabria, sentenza del 16 gennaio 2013, n. 119, in *Giur. It.,* 7 / 2013, con nota di A. CRISMANI, *Nuovi spunti giurisprudenziali in tema di indennizzo per attività lecita della pubblica amministrazione*; si segnala anche Consiglio di Giustizia Amministrativa, sez. giurisdizionale, che, con la decisione n. 746 del 13 settembre 2013, prendendo le mosse dal consolidato orientamento della giurisprudenza di legittimità, ripropone una descrizione analitica dell'iter logico-giuridico che deve precedere l'annullamento dell'atto illegittimo, stabilendo che *"ogni qualvolta la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo si sia consolidata, suscitando un affidamento sulla legittimità del titolo stesso, l'esercizio del potere di autotutela rimane subordinato alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento, diverso da quello al mero ripristino della legalità e comunque prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del titolo illegittimo. Quando, invece, alcun legittimo affidamento nel destinatario del titolo abilitativo (perché ad esempio l'annullamento d'ufficio interviene a breve distanza di tempo dal rilascio del titolo illegittimo) non è necessaria una*

giudice si conforma all'evoluzione dell'istituto della revoca confermando che la previsione di un indennizzo per il pregiudizio che l'interessato abbia a subire per effetto della revoca legittima adottata dall'amministrazione, pone un problema di effettività della tutela dell'affidamento strettamente connesso alla rivedibilità degli atti di esercizio della funzione amministrativa[378].

Infatti, nel momento in cui si afferma la rottura del rapporto di necessaria corrispondenza tra obbligo legale e indennizzo si rivaluta ulteriormente il principio del legittimo affidamento che trova inquadramento nei canoni della proporzionalità e della ragionevolezza ed è corollario del principio di uguaglianza[379].

4. *Autotutela e processo*

Nell'ambito dello studio dell'autotutela, risulta particolarmente utile definire ciò che essa non è, richiamando a tal punto la nozione di tutela, generalmente definita come il complesso di istituti giuridici attraverso i quali si dà attuazione al principio costituzionale di difesa giustiziale e giurisdizionale del cittadino[380]. Rispetto ad essa l'autotutela si pone quale mezzo che, seppur ontologicamente e giuridicamente diverso, consente al titolare del relativo potere, a determinati presupposti e con specifiche garanzie, di farsi giustizia da sé, senza l'intervento di un organo giurisdizionale[381].

---

penetrante motivazione sull'interesse pubblico all'annulla-mento, né una comparazione di tale interesse con l'interesse privato sacrificato, perché in tali casi l'interesse pubblico all'annullamento può considerarsi in re ipsa". Ne deriva che *"l'affidamento comporta perciò in capo all'Amministrazione non soltanto una puntuale ricognizione di tutti gli interessi coinvolti, ma soprattutto la ricerca di possibili soluzioni di compatibilità che evitino sacrifici unilaterali, e rispetto alla quale l'annullamento, secondo la logica della disciplina che ne tratta, appare veramente come extrema ratio, soluzione che si giustifica soltanto dopo la prova che nessun'altra soluzione o diversa composizione di interessi potesse essere prodotta* [...]*"*.

[378] M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *op. cit.*, 190 e ss.

[379] Sia rinvia integralmente a A. CRISMANI, *Le indennità nel diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012.

[380] Per il sistema di giustizia amministrativa si vedano M. NIGRO, *Giustizia amministrativa,* Bologna, Il Mulino, 2002; N. SAITTA, *Sistema di giustizia amministrativa,* Milano, Giuffrè, 2012.

[381] A. LIBERATI, *op. cit.*, 206 e ss.

Bisogna notare, tuttavia, come il rapporto autotutela - tutela sia particolarmente stringente, derivando dall'esercizio della prima, conseguenze rilevanti sul piano della seconda.

Se di regola i provvedimenti di autotutela che rimuovono provvedimenti sfavorevoli, in genere, non comportano l'attivazione di strumenti impugnatori, in quanto gli atti eliminati non contemplano controinteressati sostanziali, invece gli atti di autotutela aventi ad oggetto provvedimenti favorevoli, ledono la sfera giuridica degli originari beneficiari e possono costituire, essi stessi, fonte di controversie, se illegittimi.

Anche sotto questo profilo il richiamo al diritto comunitario[382], corroborato dalla primazia e dall'effetto diretto nei confronti dell'ordinamento giuridico interno, è significativo, discendendo da esso l'obbligo per gli organi giudiziari di interpretare il diritto interno in modo conforme a quello comunitario, nonché di disapplicare le norme nazionali contrastanti con quest'ultimo[383].

Nel sistema di controllo giurisdizionale sul diritto europeo la cooperazione tra Corti assume una funzione centrale[384], garantita dallo strumento del rinvio pregiudiziale, regolato dall'articolo 267 del TFUE, volto a preservare l'uniformità dell'applicazione delle norme comunitarie, tramite l'attribuzione al giudice nazionale della facoltà e, se di ultima istanza, dell'obbligo di chiedere alla Corte di giustizia una pronuncia sull'interpretazione ovvero sulla validità di una norma

---

[382] S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo,* Torino, Giappichelli, 2012.

[383] Fra i tanti: A. ADINOLFI, *La tutela giurisdizionale nazionale delle situazioni soggettive individuali conferite dal diritto comunitario*, in *Dir. Un. eu. (Il)*, 2001/1, 41 ss; F. ASTONE, *Integrazione giuridica europea e giustizia amministrativa: contributo allo studio dell'influenza manifestata dal diritto europeo sul sistema di giustizia amministrativa italiano e sui poteri del giudice amministrativo*, Napoli, 1999; A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008; P. BIAVATI, *Diritto comunitario e diritto processuale civile italiano fra attrazione, autonomia e resistenze*, in *Dir. Un. eu. (Il)*, 2000/4, 717 e ss.; E. CANNIZZARO, *Sui rapporti fra sistemi processuali nazionali e diritto dell'Unione europea*, in Il Diritto dell'Unione europea, 2008/3, p. 447 ss.; R. CARANTA, *La tutela giurisdizionale (italiana, sotto l'influenza comunitaria)*, in M. P. CHITI - G. GRECO (diretto da), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2007, tomo II, 1031 e ss.; P. MENGOZZI, *L'applicazione del diritto comunitario e l'evolversi della giurisprudenza della Corte di giustizia nella direzione di una chiamata dei giudici nazionali ad assicurare una efficace tutela dei diritti da esso attribuiti ai cittadini degli stati membri*, in L. VANDELLI - C. BOTTARI - D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, 29 e ss.

[384] R. COSIO - R. FOGLIA, *Il diritto europeo nel dialogo delle corti,* Milano, Giuffrè, 2013.

comunitaria, qualora tale pronuncia sia necessaria al fine di risolvere la controversia posta alla sua cognizione[385].

Tale posizione, espressa sin dalla celebre sentenza *Simmenthal*[386], è stata da ultimo ribadita dalla sentenza *AMIA SpA*[387], in cui la Corte ha sottolineato "*che la questione se una disposizione nazionale che sia contraria al diritto dell'Unione debba essere disapplicata si pone solo se non risulta possibile alcuna interpretazione conforme di tale disposizione (sentenza del 24 gennaio 2012, Dominguez, C-282/10, non ancora pubblicata nella Raccolta, punto 23). L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale attiene infatti al sistema del Trattato FUE, in quanto permette ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte (sentenza Dominguez, cit., punto 24 e giurisprudenza ivi citata). Il principio di interpretazione conforme esige inoltre che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti della loro competenza, prendendo in considerazione il diritto interno nella sua interezza e applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, [...] prima di disapplicare talune disposizioni nazionali in una controversia*".

Emerge chiaramente come il delicato equilibrio tra diritto interno e diritto dell'Unione vada ricostruito attraverso un ragionevole bilanciamento tra le esigenze di uniformità interpretativa sottese al rinvio pregiudiziale ed il principio dell'autonomia processuale degli Stati, riconosciuto dalla stessa Corte di giustizia ed elaborato proprio a seguito di questioni interpretative sollevate dai giudici statali. Gli stessi giudici che, dinanzi alla censura tardiva di provvedimenti amministrativi adottati in violazione di norme comunitarie, avevano chiesto alla Corte se la primazia del diritto comunitario potesse legittimare uno

---

[385] N. PIGNATELLI, *L'obbligatorietà del rinvio pregiudiziale tra primato del diritto comunitario e autonomia processuale degli Stati*, Nota a Cons. St., sez. VI, ord. 5 marzo 2012, n. 1244, in *Foro it*., 2012, III, 350 e ss.

[386] Corte di giustizia UE, sentenza del 9 marzo 1978, *Amministrazione delle Finanze* c/ *Simmenthal*, causa C-106/77, in *Racc.* 1978, 629 e ss.

[387] Corte di giustizia UE, sentenza del 24 maggio 2012, causa C-97/11 *AMIA SpA* c/ *Provincia di Palermo*, in *www.federalismi.it*

scardinamento del principio della domanda (ammettendo così un'azione di accertamento della nullità o una disapplicazione diretta dei provvedimenti anti-comunitari), o se, al contrario, tale supremazia dovesse rimanere recessiva rispetto all'autonomia processuale degli Stati membri, così che il vizio di anticomunitarietà dei provvedimenti amministrativi avrebbe dovuto essere fatto valere esclusivamente nei limiti delle regole del processo amministrativo statale[388].

La Corte di giustizia, non ritenendo di individuare aprioristicamente una soluzione univoca, ha affermato che "*spetta all'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario aventi effetto diretto. Tuttavia dette modalità non possono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna*"[389].

La giurisprudenza comunitaria ha riservato lo stesso trattamento anche alle amministrazioni statali riconoscendo loro un'autonomia piena nell'esercizio dei poteri di autotutela, aventi ad oggetto provvedimenti amministrativi anticomunitari, e prevedendo ulteriori limiti, a tutela del primato del diritto comunitario, soltanto in casi eccezionali di obbligatorietà dell'esercizio del potere stesso di autotutela[390]. Al riguardo, sul fronte dell'ordinamento interno, va rilevato che, con riferimento all'esercizio doveroso del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione, potrebbe invocarsi l'articolo 31, comma 3, del codice del processo amministrativo statuente che "*il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività*

---

[388] G. FRACCASTORO, *Autotutela, processo e diritto comunitario,* in *Il Corriere del Merito,* 3/2013, 237.
[389] Corte di giustizia UE, sentenza del 14 dicembre 1995, causa C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS* c/ *Stato belga*, in *www.eur-lex.europa.eu*
[390] Corte di giustizia UE, sentenza del 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter KG,* sulla quale si legga D. U. GALETTA, *La giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea. Report annuale - 2011 - Italia,* in *www.ius-publicum.com*; nella sentenza *Kempter*, la Corte di Giustizia ha, da un lato, specificato che l'obbligo di riesame e la rettifica di una decisione amministrativa definitiva non dipende dal fatto che il ricorrente abbia sollevato o meno la questione della violazione del diritto comunitario nella causa principale, dall'altro, ha precisato cosa debba intendersi per limite temporale di una domanda di riesame.

vincolata o quando non residuino ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione". Tuttavia, il Consiglio di Stato ha evidenziato che "*la Corte di Giustizia, nelle diverse pronunce finora intervenute sulla materia, lungi dall'affermare, in via generale, il potere di sindacare d'ufficio la legittimità degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario e di disapplicarli, si è limitata ad accertare, in alcune peculiari fattispecie, l'inapplicabilità di norme procedurali interne, preclusive della cognizione di vizi ascrivibili all'illegittimità comunitaria, concretamente contrastanti con i principi di equivalenza e di effettività, risolvendo le questioni sottoposte al suo esame, attraverso la rimozione, se del caso, degli ostacoli al sindacato di annullamento degli atti stessi*"[391].

Peraltro, la stessa Corte di giustizia, di recente, ha espressamente rinviato alle modalità procedurali stabilite dall'ordinamento giuridico interno per la tutela dei diritti e, pertanto, per quanto concerne lo Stato italiano, al termine di decadenza stabilito dalla legge per oggettive ragioni di certezza dei rapporti giuridici[392].

Deve ancora notarsi che il principio di effettività, in ossequio al quale l'Unione europea ha costantemente operato una conformazione dei sistemi nazionali di giustizia a discapito del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri[393], è stato utilizzato sino al punto di mettere in discussione un principio fondamentale del diritto processuale, qual'è quello dell'autorità di cosa giudicata, riconducibile direttamente al quadro costituzionale disegnato dagli articoli 24, 103, 111, 113 della Costituzione[394].

[391] Cons. St. sez. VI, sentenza del 3 marzo 2006, n. 1023, in *www.giustizia-amministrativa.it*.
[392] Corte di giustizia UE, sentenza del 16 febbraio 2012, cause riunite C-72/10 e C-77/10, *Costa - Cifone,* in *www.eur-lex.europa.eu*
[393] Cfr. G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, 295 e ss.
[394] F. SAITTA, *Il principio di giustiziabilità dell'azione amministrativa,* in M. RENNA - F. SAITTA, *op. cit.*, 250 e ss.

Infatti, la Corte di giustizia, in una sua pronuncia recente molto discussa[395], ha affermato che il diritto comunitario osta all'applicazione dell'art. 2909 del codice civile italiano, nei limiti in cui impedisca il recupero di un aiuto di stato erogato in contrasto con il diritto comunitario medesimo e la cui incompatibilità con il mercato comune è stata dichiarata con decisione della Commissione europea divenuta definitiva. Tale sentenza conferma, dunque, l'apposizione, da parte della giurisprudenza sovranazionale, di un ulteriore limite all'autonomia processuale degli Stati membri, consistente nella garanzia di un livello minimo di protezione dei diritti di derivazione comunitaria, da cui discende l'inapplicabilità anche delle disposizioni processuali che minano l'effetto diretto del diritto comunitario[396], anche se tutto questo finisce per ledere la tanto declamata autonomia procedurale degli Stati membri[397].

In tale prospettiva, appare utile, per non dire necessario, valorizzare gli effetti, sul contenzioso, dei provvedimenti di autotutela. In particolare, occorre tenere in considerazione, sul piano processuale, l'intervento in autotutela dell'amministrazione, sia mediante un'applicazione, con finalità deflattive, delle regole sulla procedibilità dei ricorsi[398], sia mediante un corretto apprezzamento delle conseguenze della rimozione dell'atto controverso sulla quantificazione del pregiudizio risarcibile[399].

In ultima analisi, l'esercizio dei poteri di autotutela potrebbe rivelarsi, nell'impostazione del presente lavoro, il rimedio più efficace per fare fronte all'illegittimità, non solo comunitaria, dell'azione amministrativa, consentendo

---

[395] Corte di giustizia UE, Grande Sezione, sentenza del 18 luglio 2007, causa C-119/05, *Lucchini*, commentata tra gli altri da C. CONSOLO, *La sentenza «Lucchini» della Corte di giustizia: quale possibile adattamento degli ordinamenti processuali interni e in specie del nostro?*, in *Riv. dir. proc.*, 2008, 225 e ss.; N. PICARDI, *Eventuali conflitti fra principio del giudicato e principio della superiorità del diritto comunitario*, in *Giust. civ.*, 2008, 559 e ss.

[396] Corte di giustizia UE, sentenza del 3 settembre 2009, causa C-2/08, *Olimpiclub*, in *Racc.*, I, 7501, e 6 ottobre 2009, causa C-40/08, *Asturcom*, in *www.eur-lex.europa.eu*, commentate da G. VITALE, *Il principio dell'autonomia procedurale in due recenti sentenze della Corte di Giustizia: i casi Olimpiclub e Asturcom*, in *Dir. Un. Eu. (Il)*, 2010, 727 e ss.

[397] F. SAITTA, *op. ult. cit.*, 253.

[398] C. DEODATO, *op. cit.,* par. 4.

[399] Si veda Cons. St., sez. IV, sentenza del 10 agosto 2007, n. 4401, con cui è stato decurtato l'importo del danno, proprio al fine di valorizzare la parziale rimozione, da parte dell'amministrazione, degli effetti pregiudizievoli dell'atto lesivo.

alla stessa amministrazione di intervenire sui propri atti per ripristinare la certezza e la legalità dell'ordinamento, e perseguire, al contempo, gli obiettivi di economicità della gestione e di riduzione del contenzioso.

5. *L'ampliamento delle forme di estrinsecazione del potere di autotutela*

Il concetto di autotutela amministrativa non ha ricevuto dalla dottrina una costruzione dogmatica unitaria, scontando, peraltro, la difficoltà di individuarne un fondamento giuridico, in mancanza di un puntuale addentellato normativo, codificato solo con l'introduzione nella legge sul procedimento amministrativo del nuovo capo IV-*bis*, a seguito della riforma del 2005. Riforma che recepisce i principi generali elaborati dalla giurisprudenza e dalla scienza giuridica, che, fino ad allora, avevano costituito l'unico riferimento utile alla sistemazione del potere in questione[400].

Lo sforzo ricostruttivo[401], tra i più importanti, che ha elaborato anche una definizione dell'istituto tutt'ora valida, ha ricondotto la nozione nell'alveo di "*quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese*". Si tratterebbe, in altri termini, della possibilità, riconosciuta dall'ordinamento all'amministrazione, senza il coinvolgimento dell'autorità giurisdizionale[402], di rimuovere essa stessa gli ostacoli che si frappongono alla realizzazione dell'interesse pubblico per il quale il provvedimento è stato in concreto emanato.

---

[400] F. SAITTA, *L'amministrazione delle decisioni prese [...]*, op. cit., 584; G. BARONE, *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione,* in *www.giustamm.it*, relazione tenuta al Convegno su "*La nuova disciplina dell'invalidità dei provvedimenti amministrativi e i conseguenti poteri del Giudice*", organizzato dalla Facoltà di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Catania il 2-3 dicembre 2005.

[401] Il riferimento è a F. BENVENNUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, Giuffrè, 1959, 537 e ss.

[402] Per B. G. MATTARELLA, *Il provvedimento,* in *Trattato di diritto amministrativo,* a cura di S. CASSESE, Milano, Giuffrè, tomo I, 2000, 859 e ss., la nozione di autotutela è impiegata anche "*in altri settori del diritto: l'autotutela privata, l'autotutela sindacale, l'autodichia e l'autotutela conosciuta dal diritto internazionale. Tuttavia, si può dire che, indipendentemente da come si intenda ciascuna di queste espressioni, esse sembrano avere almeno un carattere in comune: ciascuna di esse designa il potere di un soggetto di fare a meno del giudice, di esercitare un potere normalmente riservato al giudice*".

Tale potere è stato per lungo tempo considerato un principio insito nel profilo autoritativo che connota la pubblica amministrazione, insieme all'autonomia e all'autarchia, di cui essa dispone per meglio provvedere alla salvaguardia dell'interesse pubblico. Ne deriva che "*nell'impostazione tradizionale, dunque, l'autotutela è tra quegli istituti che, nel loro insieme, si inseriscono e formano il quadro di una pubblica amministrazione che agisce in posizione di preminenza, esercitando poteri di imperio che si ricollegano alla sovranità dello Stato*"[403].

Gli incerti confini dell'autotutela amministrativa sono stati oggetto di autorevoli elaborazioni dottrinali che ne hanno ora ampliato, ora ridotto l'estensione applicativa dell'istituto, anche approfittando della lacuna legislativa in materia. Le tesi proposte sono complesse e degne di approfondimenti maggiori rispetto allo spazio dedicato in questo lavoro, eppure è opportuno farne un breve accenno, onde pervenire a una lettura più consapevole dell'attuale assetto normativo.

Le posizioni più risalenti associano il potere di autotutela alla c.d. esecutorietà[404], quale potere dell'amministrazione di eseguire coattivamente i propri provvedimenti, fino alla più esatta e completa realizzazione dell'interesse pubblico. La dottrina successiva ha, invero, arricchito i contenuti dell'autotutela, offrendone uno schema che comprenderebbe l'autotutela esecutiva e l'autotutela decisoria, espressione del potere di riesame, ulteriormente classificata in spontanea (annullamento d'ufficio e revoca), contenziosa (su ricorso degli

[403] G. GHETTI, voce *Autotutela della pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, vol. II, Torino, 1987, 80 e ss., il quale evidenzia come "*la trasformazione dello Stato da accentrato a regionale e lo sviluppo conseguente delle autonomie locali; il diminuire della qualità e della quantità degli atti della pubbliche amministrazioni nei quali si possa rinvenire, nella sostanza e talora anche nel modo di svolgimento del procedimento di formazione, l'estrinsecazione di poteri di imperio; il parallelo sviluppo di tecniche procedimentali che si fondano sulla ricerca del consenso preventivo del futuri destinatari dell'atto e, quindi, sulla contrattazione; l'estendersi dell'attività amministrativa in settori tradizionalmente riservati ai privati, nei quali l'amministrazione opera per produrre e fornire servizi ai cittadini o per i quali deve ricorrere non ad atti singoli e puntuali, ma bensì a provvedimenti programmatori e di progetto; questo insieme di mutamenti e di circostanze porta a chiedersi quali siano attualmente il valore ed il significato dell'autotutela della pubblica amministrazione*".

[404] Dopo un primo studio di U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi,* Torino, F.lli Bocca, 1901, è con F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo,* vol. III, Padova, 1914, che l'esecutorietà viene ricondotta, insieme al potere di riesame, nell'alveo della nozione di autotutela.

interessati) e necessaria (nella quale rientrano controlli, sospensioni e sanzioni)[405].

Proprio con riferimento all'esecutorietà, se da un lato è stata identificata come la manifestazione originaria dell'autotutela[406], dall'altro vi è chi sostiene che il tratto caratterizzante l'autotutela sia in realtà quello del ritiro di provvedimenti[407], anche perché i poteri collegati all'esecutorietà non sono conferiti all'amministrazione per risolvere i conflitti con i privati, bensì per superare l'inerzia o i comportamenti ostativi che dovessero impedire il perseguimento dell'interesse pubblico, non potendosi, tuttavia, escludere in alcun modo il sindacato del giudice sulla legittimità degli atti di esecuzione[408].

Il progressivo ampliarsi della nozione di autotutela, estesa anche ai nuovi modelli dell'azione amministrativa, come gli accordi tra privati e pubblica amministrazione, il silenzio assenso o la dichiarazione di inizio attività, non trova la dottrina unanimemente concorde, generando diverse posizioni che hanno contribuito a rendere incerta la nozione. Il dibattito ha continuato a vertere sulla capacità della nozione di includere attività amministrative eterogenee e afferenti a diversi momenti della sequenza procedimentale: vi è chi espunge dal concetto di autotutela l'esecutorietà, in quanto quest'ultima discenderebbe direttamente dalla natura delle singole potestà pubbliche di volta in volta esercitate[409]; altre opinioni dottrinali fanno rientrare nell'autotutela l'attività di riesame, distinguendo tra quella demolitoria[410] e quella ad esito conservativo[411]; altre

---

[405] La teoria è stata riproposta dallo stesso F. BENVENUTI, in *Disegno dell'amministrazione italiana,* Padova, CEDAM, 1996, 276 e ss.; propende per una definizione ampia di autotutela, con qualche riserva sui controlli, anche A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo,* Napoli, Jovene, 1989, 197 e ss.

[406] M. S. GIANNINI, *Diritto amministrativo,* Milano, Giuffrè, 1993, 830.

[407] F. BASSI, *Lezioni di diritto amministrativo,* Milano, Giffrè, 200, 123, secondo il quale l'autotutela nascerebbe tra il 1865 (anno di emanazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo) e il 1889 (anno di istituzione della IV sezione del Consiglio di Stato), con la funzione di potere di autocensura dell'amministrazione sui propri atti invalidi, mentre il profilo dell'esecuzione coattiva costituirebbe una successiva implementazione della nozione di autotutela.

[408] G. FALCON, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo,* in *Dig. disc. pubbl.,* VI, Torino, 1991, 147 e ss.

[409] Si cfr. P. VIRGA, *Diritto amministrativo,* vol. II, Milano, Giuffrè, 2001, 104 e ss.

[410] E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo,* Milano, Giuffrè, ult. ed.

[411] B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi,* in *Trattato di diritto amministrativo,* diretto da G. SANTANIELLO, Padova, CEDAM, 1993, 352 e ss.

ancora, infine, allargano la prospettiva configurando l'autotutela come strumento di risoluzione dei conflitti o, comunque, di espresso riscontro ai ricorsi presentati dai privati[412].

Non potendo dare pienamente conto delle posizioni dottrinali appena menzionate[413], risulta però utile richiamare la recente riforma della legga n. 241 del 1990 che, accostando nel Capo IV-*bis* la disciplina del potere di riesame a quella dell'esecutorietà, sembra aderire alla tesi benvenutiana, conferendo un fondamento normativo all'autotutela nella duplice veste di potere di riesame e strumento di esecuzione coattiva dei provvedimenti dell'amministrazione[414].

La possibilità (e talvolta il dovere) del riesame dei provvedimenti amministrativi è, quindi, ascrivibile al potere di autotutela, come si evince, peraltro testualmente, dall'art. 19, comma 3, della citata legge 241, laddove stabilisce in materia di segnalazione certificata di inizio attività che *"è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies*"[415].

La stessa giurisprudenza amministrativa, all'indomani della legge 11 febbraio 2005 n. 15, ha confermato che "*sia l'(auto)annullamento che la revoca costituiscono entrambi esercizio di autotutela, ossia di quel potere generale ed immanente riconosciuto all'Amministrazione di tornare sui propri passi, e, quindi, di modificare la propria azione, avvalendosi di quello che è stato*

---

[412] Diversamente secondo A. QUARANTA, *Lineamenti di diritto amministrativo,* Novara, Edipem, 1987, 317 e ss. l'autotutela può essere definita anche come "*la capacità riconosciuta dall'ordinamento all'amministrazione di riesaminare criticamente la propria attività. in vista dell'esigenza di assicurare il più efficace perseguimento dell'interesse pubblico, ed eventualmente correggerla mediante l'annullamento o la revoca di atti ritenuti illegittimi. Il suo fine è quello di realizzare l'interesse pubblico e non di garantire al cittadino un ulteriore mezzo di difesa oltre a quelli assicurati dal sistema di tutela amministrativa; in nessun caso, quindi, essa può essere confusa con la tutela*".

[413] Si rinvia a G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa,* Padova, CEDAM, 9 e ss.

[414] Sul punto si veda F. SAITTA, *Un abbozzo di codificazione per l'esecuzione amministrativa (Note a margine dell'art. 21-ter della "nuova" 241)*, in *op. cit.*, par. 3.

[415] Cfr. T.A.R. Sicilia, sez. II, 9 luglio 2007, n. 1175: *"In dottrina si riconosce ormai pacificamente che la revoca, al pari dell'annullamento, trova collocazione all'interno della generale categoria dell'autotutela dell'amministrazione: valorizzandosi, tra l'altro il riferimento positivo contenuto negli artt. 19 e 20, l. 241/1990 che, in materia di silenzio-assenso e di dichiarazione di inizio attività, prevedono la possibilità di "assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli* 21-quinquies *e* 21-nonies".

qualificato come una sorta di jus poenitendi di natura pubblica"[416]; e ancora ha precisato che "*con l'introduzione del Capo IV-bis della legge n. 241/90 ad opera della legge n. 15/2005, nella specie con l'art. 21 nonies, il legislatore ha, per la prima volta, dettato norme in tema di autotutela amministrativa, recependo i principi giurisprudenziali e la prassi amministrativa formatisi in assenza di una disciplina normativa*"[417].

Rimangono, tuttavia, inesplorati nelle posizioni finora esposte gli esiti cui si potrebbe pervenire riconsiderando la nozione di autotutela, alla luce dell'influenza del diritto comunitario, quale profilo di indagine preferenziale seguito nel presente scritto.

Se è vero che il diritto europeo non impone, se non in casi eccezionali, il ritiro degli atti a esso contrari, tuttavia, proprio tali casi contribuiscono a conformare l'esercizio dei poteri di autotutela decisoria in modo diverso dall'ordinamento nazionale, imprimendo una più forte connotazione nel senso della tutela della legalità non solo interna, ma anche europea, che in base al principio di equivalenza, non può essere meno forte di quella nazionale e, secondo il principio di effettività, ben può essere più forte di essa[418]. Ne discende che se la legalità nazionale si pone in contrasto oppure ostacola il pieno dispiegamento di quella europea, la prima deve soccombere e i poteri di autotutela devono essere utilizzati dall'amministrazione nazionale a tutela della seconda.

La preoccupazione dell'ordinamento nazionale di non porsi in conflitto con quelle europeo, facendo ricorso ai poteri di autotutela, trova conferma,

---

[416] T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, sentenza del 20 giugno 2006, n. 7085; in tal senso anche T.A.R. Lazio, Roma, sez. II-*bis,* sentenza del 20 giugno 2008, n. 6978, e T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, sentenza del 20 giugno 2006, n. 7085, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*

[417] T.A.R. Veneto, sez. II, sentenza del 30 settembre 2010, n. 5242; Cons. St., sez. IV, sentenza del 31 ottobre 2006, n. 6465, tutte in *www.giustizia-amministrativa.it*

[418] Corte di giustizia UE, sentenza *Delena Wells*, cit. *supra.*; Corte di giustizia UE, sentenza del 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, in *Racc.*, 1990, I, 3437 e ss., in particolare punto 14, in cui si legge che "*uno Stato membro non può eccepire norme, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi all'esecuzione degli obblighi ad esso incombenti in base al diritto comunitario. In particolare, una disposizione che preveda un termine per la revoca di un atto amministrativo che sia fonte di diritti deve essere applicata, al pari di tutte le altre disposizioni pertinenti del diritto nazionale, in modo tale da non rendere praticamente impossibile la ripetizione in forza del diritto comunitario e da tener pienamente conto dell' interesse comunitario*".

secondo autorevole dottrina, anche nel dettato dell'art. 120 della Costituzione, per come riformato dall'art. 6 della legge cost. n. 3 del 2001, a tenore del quale "*il Governo può sostituirsi a organi delle Regioni, delle Città metropolitane, delle Province e dei Comuni nel caso di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria*", nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione.

Questa previsione implica anche un potere di annullamento di atti amministrativi e, quindi, colma il vuoto lasciato dalla sentenza della Corte costituzionale, 21 aprile 1989, n. 229, che aveva dichiarato l'illegittimità della norma attributiva del potere governativo di annullamento straordinario, già menzionato, nella parte in cui prevedeva l'annullamento anche degli atti delle regioni e delle province autonome, esponendo, in tal modo, lo Stato alle conseguenze delle violazioni del diritto comunitario commesse dagli enti di livello inferiore[419].

Ma per l'ordinamento interno la tutela della legalità comunitaria non è assicurata soltanto mediante l'utilizzo dell'autotutela nella forma decisoria, in quanto l'obbligo di conformazione al diritto sovranazionale richiede, sempre più frequentemente, per la sua effettiva realizzazione l'impiego di strumenti riconducibili all'autotutela in modalità esecutiva[420].

Tale evidenza è rinvenibile in diversi settori di intervento dell'Unione, come quello della concorrenza[421], classico esempio di amministrazione diretta, e

[419] Così G. GRECO, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. CHITI e G. GRECO, Milano, Giuffrè, 2007, 983.

[420] La dottrina inizialmente predicava l'indisponibilità di strumenti coercitivi da parte delle istituzioni comunitarie, come G. SACCHI MORSIANI, *Il potere amministrativo delle comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, Milano, Giuffrè, 1965, 70 e ss.; di recente B. G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi,* op. cit., 363 e ss., afferma che come gli atti amministrativi nazionali, quelli europei possono richiedere un'attività di esecuzione, che adegui la realtà materiale a quella giuridica conseguente all'atto. Quello di eseguire l'atto può essere un obbligo dei privati, delle amministrazioni nazionali o della stessa amministrazione dell'Unione.

[421] In materia di concorrenza, vengono in rilievo i poteri ispettivi della Commissione nei confronti delle imprese nazionali. I regolamenti emanati negli ultimi anni hanno reso questi poteri ben più incisivi e hanno anche spostato l'equilibrio tra autorità nazionali e autorità comunitarie, in ordine alla decisione sull'uso della forza.

quello della sicurezza[422], in cui le modalità di esecuzione del diritto europeo sono condivise con gli Stati membri.

La presenza dell'autotutela esecutiva, oltre a quella decisoria, nell'ordinamento nazionale, dunque, è divenuta funzionale all'attuazione del diritto sovranazionale, e non più limitata alla protezione del principio di legalità interno, subendo, peraltro, le inevitabili conseguenze del processo di globalizzazione in corso[423].

Recenti letture dell'autotutela amministrativa tendono a delimitarne la nozione alle sole forme di esecuzione coattiva dei provvedimenti[424], ritenendo che, a fronte di una elaborazione giurisprudenziale acritica e ripetitiva, la funzione di riesame non sarebbe una manifestazione di autotutela, ma afferirebbe piuttosto all'amministrazione attiva vera e propria[425], difettando dei requisiti tipici propri di tale potere che può considerarsi speciale ed eccezionalmente utilizzabile[426].

La marginalità e la tendenza alla recessività dal punto di vista operativo dell'autotutela, ridotta a mero strumento di esecuzione delle pretese dell'amministrazione, in realtà, finirebbero per ridurre il ruolo di tale potere a

---

[422] Si pensi alla Convenzione internazionale di Prüm del 27 maggio 2005, stipulata tra alcuni Stati membri dell'Unione europea, in base alla quale funzionari di uno Stato possano portare armi e munizioni nel territorio di altri Stati, oltrepassare il confine e adottare misure urgenti anche senza il preventivo consenso delle autorità dell'altro Stato.

[423] S. CASSESE, *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato,* Einaudi, 2009;si veda anche B. G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa,* op. cit., per il quale "*sia pure in modo ancora meno evidente, i poteri di autotutela si sviluppano anche al livello globale, e ciò vale sia per l'autotutela decisoria sia per quella esecutiva. Per entrambe, si assiste allo sviluppo di regole e principi propri del diritto amministrativo, che vengono applicati a poteri prima soggetti al regime proprio del diritto internazionale. Per quanto riguarda l'autotutela decisoria, si possono menzionare gli accordi conclusi nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio, in cui si sviluppa una sorta di autotutela assistita o controllata [...]. Per quanto riguarda l'autotutela esecutiva, anche a livello globale l'uso della forza tende sempre più spesso a essere regolato dal diritto amministrativo piuttosto - o oltre - che dal diritto internazionale*".

[424] G. CORAGGIO, voce *Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi,* in *Enc. Giur.*, vol. IV, Roma, 1988.

[425] A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni favorevoli e interessi sopravvenuti,* Napoli, ESI, 1991.

[426] G. LIGUGNANA, *op. cit.*, 175 e ss., che esamina l'istituto anche con riferimento all'autotutela di stampo privatistico e alla luce delle riforme legislative che hanno introdotto in molte materie un rapporto paritario tra amministrazione e cittadini, rispetto alle quali il potere di autotutela decisoria, inteso come potere di farsi giustizia da sé, sarebbe incompatibile poiché mancherebbe la situazione conflittuale cui porre soluzione.

quello di mera comparsa come figura di teoria generale, discostando l'ordinamento interno dalla tendenza comunitaria a valorizzare l'autotutela nelle sue diverse declinazioni e a imprimerne uno stretto collegamento con la protezione della legalità nazionale ed europea[427].

Inoltre, deve per forza notarsi che un siffatto ridimensionamento dell'autotutela e la conseguente esclusione da tale categoria della funzione di riesame, sposterebbe pericolosamente l'esercizio (o la riedizione, secondo alcuni) di un potere innegabilmente autoritativo dall'area del confronto imprescindibile con il legittimo affidamento del cittadino alla stabilità del provvedimento[428], di cui tanto la giurisprudenza comunitaria ha predicato e che, in virtù del riformato art. 1 della legge n. 241 del 1990, rientra ormai tra i principi direttamente applicabili all'azione amministrativa[429].

Né può escludersi la sussistenza di un conflitto, quale presupposto dell'autotutela intesa come "farsi giustizia da sé", per ridurne la porta applicativa, a maggior ragione se non si tiene conto che tale conflitto può concretizzarsi anche in una dimensione sovranazionale, in cui l'interesse proprio dell'amministrazione nazionale è quello di evitare il contrasto con il diritto europeo: contrasto che, lungi dall'essere meramente potenziale, potrebbe essere già insorto e, in ipotesi esaminate nel capitolo precedente, "certificato" da una sentenza della Corte di giustizia.

In direzione opposta si muove, invece, il legislatore nazionale, orientato non solo ad accogliere una nozione ampia di autotutela, comprensiva della funzione decisoria e di quella esecutiva, com'è avvenuto con la più volte citata codificazione del 2005, ma propenso anche a estendere l'impiego degli strumenti di autotutela, su *input* della normativa comunitaria, attribuendo ad essi una

---

[427] Non si vuole perciò arrivare ad affermare che l'autotutela decisoria consente alla pubblica amministrazione di sostituirsi "al giudice nel valutare la validità dell'atto e deciderne l'annullamento", come in D. SORACE*, Diritto delle amministrazioni pubbliche,* Bologna, Il Mulino, 2005, 362; sul punto si veda in particolare G. SILVESTRI, *Relazione di sintesi,* in *Sindacato giurisdizionale e "sostituzione" della pubblica amministrazione,* Atti del Convegno di Copanello 2011, Milano, Giuffrè, 183 e ss.

[428] G. PEPE, *op. cit.,* 273 e ss.

[429] Di contrario avviso G. LIGUGNANA, *op. cit.*, 96 e ss., secondo la quale la tutela delle posizioni favorevoli intaccate dall'attività di riesame dovrebbe ricondursi nell'alveo degli ordinari limiti che condizionano, in genere, tutta l'attività decisionale della pubblica amministrazione.

funzione (pre)contenziosa nella materia dei contratti pubblici[430] nonchè di salvaguardia della economicità di gestione, mediante il conseguimento di risparmi o minori oneri finanziari[431].

6. *Spunti di diritto positivo per un'evoluzione "europea" dell'autotutela amministrativa*

Com'è noto, tutti gli atti di gara, a partire dal bando per finire all'aggiudicazione definitiva, possono formare oggetto di ritiro in via di autotutela decisoria in funzione di riesame. Tale principio è stato consacrato dall'art. 11, comma 9, del D.lgs. n. 163 del 2006, c.d. Codice dei contratti pubblici di lavori, servizi e forniture, che nel disciplinare il termine finale per la stipulazione del contratto fa comunque salvo il potere di autotutela dell'amministrazione. La norma sancita dal citato art. 11 non è tuttavia esaustiva del quadro complessivo dell'autotutela in materia di appalti pubblici, che non riguarda solo l'aggiudicazione, ma anche gli altri atti di gara, e che soggiace alle regole elaborate dalla giurisprudenza ed ora codificate dalla legge n. 15 del 2005[432].

In sintesi, può affermarsi che l'immanenza del potere di autotutela decisoria alla procedure di gara trova fondamento:

a) nel principio costituzionale di buon andamento e imparzialità della funzione pubblica, senza che, a tal fine, occorra una diffusa motivazione sulla sussistenza di un interesse pubblico;

---

[430] F. ASTONE, *IL diritto europeo dei contratti pubblici e la sua trasposizione nell'ordinamento interno*, Aracne editrice, 2010.

[431] Alcune significative novità in materia di autotutela decisoria della pubblica amministrazione sono state previste dall'art. 1, comma 136, della legge n. 311 del 2004 (legge finanziaria per il 2005). Tale norma, da un lato, introduce un'ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa* all'annullamento d'ufficio a fronte di provvedimenti amministrativi che determinano un illegittimo esborso di denaro pubblico; dall'altro, disciplina le conseguenze di tale annullamento sui rapporti contrattuali o convenzionali eventualmente instaurati dall'amministrazione con i privati; cfr. sul punto R. GIOVAGNOLI, *Autotutela e risparmio di spesa,* in *Urb. e app.*, 4/2005.

[432] Già prima della legge n. 15 del 2005 e del codice dei contratti pubblici, si è riconosciuto che nei procedimenti di gara, al di là degli atti tipici finalizzati allo scopo di verificare la legittimità dell'iter di formazione del contratto (quali l'approvazione e l'eventuale controllo), dovesse ritenersi vigente il generale principio dell'autotutela decisoria.

b) nel principio di diritto comune enucleato dall'art. 1328 c.c., in base al quale la proposta di concludere il contratto (qual è l'atto di indizione della gara, ancorché espressa in forma pubblicistica e subordinata all'osservanza delle regole procedimentali per la scelta del contraente), è sempre revocabile fino a che il contratto non sia concluso[433].

Accanto a questa norma di portata generale che riconosce all'autotutela decisoria un ruolo centrale nelle procedure ad evidenza pubblica[434], il legislatore ha inteso ampliare la nozione di autotutela, collocando l'esercizio della funzione di riesame anche in una fase molto delicata della suddetta procedura, quasi a ridosso del momento patologico del contenzioso, quando cioè la stazione appaltante sia stata informata dai soggetti interessati della volontà di proporre un ricorso.

Tale previsione è stata introdotta con il D.lgs. 20 marzo 2010, n. 53, adottato dal Governo in esecuzione della legge delega finalizzata all'attuazione della direttiva 2007/66/CE e al miglioramento dell'efficacia delle procedure di ricorso in materia d'aggiudicazione degli appalti pubblici, che ha aggiunto al D.lgs. n. 163 del 2006 l'art. 243-*bis*[435], a tenore del quale i soggetti che intendono proporre un ricorso giurisdizionale informano la stazione appaltante di tale intenzione, la quale, a fronte di tale informativa, entro quindici giorni comunica le proprie determinazioni, stabilendo se intervenire o meno in autotutela[436].

---

[433] Cons. St., sentenza del 23 febbraio 2012, n. 1054, in *www.astrid-online.it*, che esamina anche il rapporto con il giudicato amministrativo.

[434] Per una disamina completa si rinvia a B. E. G. FUOCO, *Manuale dell'autotutela decisora nei procedimenti ad evidenza pubblica,* Rimini, Maggioli, 2009.

[435] Per il Consiglio di Stato, Commissione speciale - parere del 1° febbraio 2010, n. 368 sullo schema di decreto legislativo di recepimento della direttiva 2007/66/CE (c.d. "direttiva ricorsi"), lo scopo dichiarato della norma è quello di introdurre un meccanismo idoneo, in qualche misura, a ridurre l'area delle controversie sottoposte alla cognizione del giudice, attivando meccanismi preventivi di risoluzione delle controversie, incentrati sull'esercizio del potere di autotutela.

[436] I problemi che si pongono sono diversi e perlopiù noti: dalla opportunità di intervenire in autotutela a fronte di incertezze interpretative su questioni di diritto per le quali è determinante il pronunciamento di un'autorità giurisdizionale, al rischio di elusione del termine decadenziale, attraverso la richiesta di riesame del provvedimento, con i conseguenti rischi per la certezza delle situazioni giuridiche. Su quest'ultimo punto la giurisprudenza amministrativa (T.A.R. Piemonte, sez. I, sentenza del 30 settembre 2009, n. 2125 in *www.giustizia-amministrativa.it*) ha rassicurato che rientra nell'obbligo di provvedere della pubblica amministrazione il riesame di un provvedimento a seguito di istanza motivata presentata dall'interessato anteriormente alla scadenza del termine per il ricorso giurisdizionale. In tal caso viene superato il noto orientamento giurisprudenziale, conformato al principio della perentorietà del termine a

Al fine di meglio comprendere il citato dettato normativo, si deve, innanzitutto, osservare che le direttive ricorsi 89/665 e 92/13 non escludevano la possibilità di rimedi non giurisdizionali, come i ricorsi amministrativi, fissando però precisi criteri di forma per gli stessi ed esigendo garanzie sull'indipendenza degli organi decidenti, ferma restando, comunque, la possibilità del ricorso giurisdizionale.

La direttiva 2007/66, dedicata alle procedure di ricorso esperibili in materia di appalti pubblici, si inserisce, invece, in una strategia europea più ampia diretta al riordino complessivo della materia e volta ad adeguare l'assetto normativo esistente alla giurisprudenza della Corte di giustizia, assicurando, al contempo, un'attuazione trasparente e non discriminatoria delle direttive 2004/17 e della 2004/18[437], partendo dall'assunto che la predisposizione di mezzi di ricorso rapidi ed efficaci nonché conformi ai principi dei trattati è strumentale ad una più effettiva tutela.

Sul punto di stretto interesse, la direttiva ricorsi aveva lasciato alla scelta degli Stati membri la possibilità di prevedere strumenti di precontenzioso in via amministrativa e in particolare la possibilità di esigere che il soggetto interessato proponesse, in primo luogo, un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice.

La legge delega n. 88 del 7 luglio 2009 ha demandato al Governo il recepimento integrale di queste disposizioni, specificando che la stazione appaltante, tempestivamente informata dell'imminente proposizione di un ricorso giurisdizionale, debba pronunciarsi valutando se intervenire o meno in autotutela[438].

---

ricorrere, secondo non sussiste in capo all'amministrazione alcun obbligo di provvedere in tal senso a fronte dell'ampia discrezionalità di cui dispone.

[437] Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, e Direttiva 2004/17/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, che coordina le procedure di appalto degli enti erogatori di acqua e di energia, degli enti che forniscono servizi di trasporto e servizi postali, in *www.eur-lex.europa.eu*

[438] In argomento si veda uno dei primi commenti di F. ASTONE, *Il preavviso di ricorso (ovvero dell'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale)*, in *Dir. e proc. amm.,* 1/2010, 103 e ss.

La differente soluzione di prevedere un ricorso amministrativo, per come peraltro ipotizzato dalla stessa direttiva, avrebbe trovato svariati ostacoli[439]. Infatti, in una logica di coerenza acceleratoria, il ricorso amministrativo doveva porsi, infatti, come del tutto alternativo al ricorso giurisdizionale, ma contro l'assolutezza di una siffatta scelta si ergono gli articoli 24 e 113 della Costituzione che sanciscono il diritto di difesa e impugnabilità in sede giurisdizionale dei provvedimenti amministrativi: il ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ad esempio, non avrebbe consentito il rispetto dei tempi "europei" di ottenimento della pronuncia perseguiti dalla direttiva, in quanto non sarebbero stati rispettati i principi di celerità ed effettività della tutela, andando, pertanto, incontro ad una palese incompatibilità comunitaria[440].

Il legislatore nazionale ha, dunque, preferito attribuire all'informazione preventiva la funzione di "stimolo" per l'esercizio del potere di autotutela da parte della stazione appaltante[441], laddove per la normativa comunitaria lo scopo di tale preavviso qualificato era più semplicemente quello di invitare gli Stati membri a esigere che il soggetto interessato proponesse, in primo luogo, un ricorso presso l'amministrazione aggiudicatrice, mentre la scelta di obbligare la stazione appaltante a valutare se esercitare o meno l'autotutela si inserisce nella tendenza dell'ordinamento nazionale, consacrata in diversi provvedimenti normativi, che ha fatto divenire tale strumento un usuale meccanismo correttivo e riparatore volto a perseguire la piena legittimità dell'azione amministrativa e a rimuovere effetti dannosi sotto il profilo economico-finanziario per

---

[439] Per F. ASTONE, *op. ult. cit.,* 105, "*già in sede di legge delega, l'opzione del ricorso amministrativo in opposizione, offerta dalla direttiva n. 66, era stata esclusa in quanto ritenuta inattuabile alle nostre latitudini, alla luce dei ristrettissimi tempi che sarebbero disponibili in materia per la decisione dell'amministrazione su questa peculiare tipologia di ricorso in opposizione; ed in ragione di ciò, alla luce della esigenza di non precludere la possibilità di ricorrere al giudice*".
icostruisce invece l'informativa in termini di ricorso in opposizione, B. RAGANELLI, *Il volti della giustizia: brevi riflessioni in tema di alternative alla tutela giurisdizionale amministrativa,* in *Amministrazione in cammino,* 2012, 17.

[440] R. DE NICTOLIS, *Il recepimento della direttiva ricorsi nel codice appalti e nel nuovo codice del processo amministrativo,* in *www.giustizia-amministrativa.it*

[441] A. LINGUITI, *Oneri di informazione e stand-still nei contratti per lavori pubblici,* in F. SAITTA (a cura di), *Il contenzioso sui contratti pubblici un anno dopo il recepimento della direttiva ricorsi,* Atti del Convegno di Catanzaro del 29-30 aprile 2011, Milano, Giuffrè, 2013, 43 e ss.

l'amministrazione, realizzando quella "*giustizia nell'amministrazione*"[442], di per sé risolutiva, senza dover attendere l'intervento demolitorio del giudice.

Il potere della stazione appaltante di riesaminare il procedimento di gara già espletato, anche riaprendolo, per emendarlo da errori commessi e da illegittimità in esso verificatesi, riconsiderando, ad esempio, l'eventuale illegittima ammissione o esclusione dalla gara di un'impresa concorrente, costituisce concreta attuazione dei principi costituzionali di legalità, imparzialità e buon andamento, sanciti dall'articolo 97 della Costituzione, che devono informare l'*agere* amministrativo e impongono l'adozione di atti il più rispondenti possibile ai fini da perseguire[443].

Vengono, altresì, specificati, con due ulteriori disposizioni, un profilo sanzionatorio e un profilo impugnatorio della norma.

Quanto al primo, si riconosce una connotazione negativa all'inerzia della stazione appaltante che, al pari dell'omissione dell'informativa da parte dell'interessato, costituisce comportamento valutabile dal giudice ai fini della decisione sulle spese del giudizio e la quantificazione del risarcimento, ai sensi dell'articolo 1227 del codice civile[444].

Sotto il secondo aspetto, viene posta la regola secondo la quale il diniego totale o parziale di autotutela, espresso o tacito, è impugnabile solo unitamente all'atto cui si riferisce, ovvero, se quest'ultimo è già stato impugnato, con motivi aggiunti. Se a seguito dell'informativa, la stazione appaltante resta inerte per oltre quindici giorni, si configura un diniego impugnabile, però, solo unitamente all'atto lesivo oggetto della richiesta di autotutela; anche qualora l'istanza sia

[442] S. SPAVENTA, *Giustizia nell'amministrazione,* Discorso pronunciato nell'Associazione costituzionale di Bergamo il 7 maggio 1880 (secondo alcune fonti il 6 maggio 1880), in *www.giustizia-amministrativa.it*

[443] T.A.R. Lazio Roma, sez. II ter, sentenza del 26 giugno 2008, n. 6218, in *www.giustizia-amministrativa.it,* rileva che la disciplina dell'informativa impatta sull'area della correttezza e della buona fede, disincentivando i comportamenti forieri di danni: l'impresa, infatti, deve porre in essere le iniziative anche solo partecipative in modo tale da far comprendere alla pubblica amministrazione l'errore in cui è incorsa e il danno che la reiterazione della condotta provoca all'impresa.

[444] Fa notare F. ASTONE, *op. ult. cit.*, 105, citando T.A.R. Piemonte, sentenza del 30 luglio 2009, n. 2125, che a fronte della presentazione di una siffatta informativa "*non trova applicazione la preclusione secondo cui non sussiste l'obbligo di provvedere sulle istanze di autotutela, a fronte dell'ampia responsabilità e discrezionalità dell'amministrazione, in quanto una siffatta preclusione è comunque correlata alla definitività dei provvedimenti ed è dettata dalla esigenza di non consentire elusioni del principio della perentorietà del termine a ricorrere*".

riscontrata con un atto nel quale l'amministrazione si limita a escludere l'avvio di un procedimento di autotutela, tale atto non è autonomamente impugnabile[445].

Occorre far notare che l'art. 243-*bis* disciplinante l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso giurisdizionale, dal punto di vista della collocazione sistematica, si pone dopo gli articoli relativi agli strumenti stragiudiziali e prima di quelli attinenti le norme sul processo, avendo come ambito applicativo le procedure di affidamento ed escludendo quindi la fase esecutiva del contratto, in coerenza con quanto stabilito dalla direttiva comunitaria e per non prendere posizione sulla sorte del contratto già stipulato a seguito della revoca in autotutela dell'aggiudicazione[446].

La funzione dell'informativa è senza dubbio quella di introdurre un meccanismo deflattivo del contenzioso, idoneo cioè a ridurre l'area delle controversie sottoposte alla cognizione del giudice amministrativo[447]. Infatti, la circostanza che, prima della proposizione del ricorso, il soggetto interessato debba indicare alla stazione appaltante le ragioni di presunta illegittimità del provvedimento sfavorevole pone la stessa in grado di rimediare *sua sponte* agli errori più evidenti, ovvero, in alternativa, di fornire spiegazioni sufficienti a sostenere la legittimità del provvedimento oggetto di contestazione. La finalità di ridurre il carico di controversie spettanti al giudice amministrativo è perseguita in

---

[445] M. LIPARI, *IL recepimento della 'direttiva ricorsi': il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia 'flessibile' del contratto*, in *www.federalismi.it*

[446] Sul punto bisogna rinviare da ultimo ad A. CORPACI, *Ambito e connotati della funzione di autotutela delle stazioni appaltanti nel sistema dell'amministrazione pubblica dei contratti,* in D. SORACE, *Amministrazione pubblica dei contratti,* Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, che esclude il ricorso all'autotutela in presenza di un contratto già stipulato; in giurisprudenza si veda T.A.R. Lazio, sentenza del 6 marzo, 2013, n. 2432, in cui si legge che "*l'aggiudicazione è un provvedimento amministrativo privo di qualunque connotazione privatistica e i poteri di autotutela possono essere senz'altro esercitati fino alla stipulazione del contratto. Ne consegue che l'aggiudicazione definitiva è un provvedimento amministrativo che, al pari di ogni altro, può essere oggetto sia di annullamento sia di revoca, ma la cui efficacia - essendo l'atto con cui, in esito ad una procedura ad evidenza pubblica, la stazione appaltante individua l'operatore economico con cui contrarre - è destinata ad esaurirsi con la stipulazione del contratto e l'avvio dell'esecuzione delle relative prestazioni.*".

[447] In argomento, si vedano AA.VV., *Arbitrato, ADR, conciliazione*, RUBINO-SAMMARTANO (diretto da), Torino, Giappichelli, 2009; CHITI-MASTRAGOSTINO (a cura di), *Forme alternative di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione ed effettività della tutela*, Bologna, Il Mulino, 2009; S. STICCHI DAMIANI, *Sistemi alternativi alla giurisdizione (Adr) nel diritto dell'Unione europea. L'incidenza del network europeo di Adr sull'organizzazione amministrativa degli Stati membri ed il recente sviluppo delle "Adr amministrative"*, Milano, Giuffrè, 2004; CARINGELLA-DE NICTOLIS-POLI, *Le Adr (alternative dispute resolutions). Accordo bonario, arbitrato, conciliazione, transazione*, Roma, 2008.

questo caso mediante l'instaurazione di un contraddittorio pregiurisdizionale tra la stazione appaltante e i soggetti che intendono proporre ricorso[448].

Se ne ricava agevolmente che i procedimenti di autotutela che consentono all'amministrazione di dirimere i conflitti nascenti, in particolare, dalla violazione del principio di legalità: la fase amministrativa del tentativo di definizione della controversia assume pertanto una valenza pre-giudiziale, nel senso che anticipa tale fase e la condiziona, visto che i suoi esiti entreranno a far parte almeno documentalmente, e non solo, del successivo momento processuale.

Nella prospettiva dell'analisi economica del diritto[449] non vi è dubbio che, in generale, la corretta applicazione degli istituti analizzati possa consentire una notevole riduzione di costi e il conseguimento di benefici speculari non altrimenti realizzabili in sede giurisdizionale. Quanto ai costi, la riduzione non riguarda solamente quelli economici, naturalmente collegati all'instaurazione, allo svolgimento e alla conclusione di un giudizio, ma anche quelli temporali, in considerazione della durata dei processi, specialmente di quelli pendenti dinanzi al giudice ordinario per la declaratoria della inefficacia del contratto già stipulato[450].

Di conseguenza, le parti conseguono il beneficio di raggiungere una definizione di liti potenziali in modo celere e consensuale, quindi, in linea generale, maggiormente satisfattivo delle ragioni vantate, rispetto a quanto

---

[448] Sui rapporti dell'informativa in esame con il procedimento precontenzioso di fronte all'Autorità di Vigilanza dei Contratti Pubblici, si veda L. GIAMPAOLINO, *In arrivo la Direttiva ricorsi*, in *Diritto e Pratica Amministrativa*, n. 4/2010, 42 e ss.

[449] Sulle origini, il metodo e i più recenti sviluppi dell'analisi economica del diritto, si vedano G. NAPOLITANO, *Analisi economica del diritto*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, vol. I, Milano, Giuffrè, 2006, 299 e ss.; F. MERUSI, *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm*., 2007, 427 e ss.; A. ROMANO TASSONE, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm*., 2007, 63 e ss.

[450] Per Cons. St., sez. V, ordinanze di rimessione all'Adunanza Plenaria del 14 ottobre 2013, n. 4998 e 4999, in generale, l'annullamento a seguito di autotutela della procedura amministrativa per l'affidamento di lavori, servizi e forniture, finalizzata alla scelta del contraente migliore per l'amministrazione, comporta la caducazione automatica degli effetti negoziali del contratto successivamente stipulato, stante la preordinazione funzionale tra tali atti, con attribuzione delle relative controversie alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo. Qualora, invece, si verta in casi di accertamento delle condizioni di validità e di efficacia del contratto per ottenerne la conseguente declaratoria, essa spetta al giudice ordinario, posto che ha ad oggetto non già i provvedimenti riguardanti la scelta del contraente, ma sostanzialmente il rapporto privatistico discendente dal negozio.

potrebbero realizzare con l'intervento di un soggetto terzo ed imparziale, cui viene affidato il compito di offrire un assetto di interessi fondato su una soluzione imperniata alla logica bipolare del torto e della ragione[451].

Tuttavia se si passa dal piano dell'astratta previsione a quello della concreta praticabilità, certa dottrina ha rilevato che le considerazioni che precedono rischiano di trovare uno scarso riscontro[452], specialmente per quanto riguarda l'istituto dell'informativa, il quale presenta, nonostante l'obbligatorietà dell'iniziativa[453], una limitata attitudine a proporsi come una valida alternativa allo strumento giurisdizionale e agli altri mezzi di risoluzione stragiudiziale delle controversie[454]. Vi è chi, d'altra parte, ha più condivisibilmente notato che a fronte dell'informativa in esame, che funge da istanza di riesame di un provvedimento presentata dall'interessato anteriormente alla scadenza del termine decadenziale a ricorrere, dovrebbe porsi un obbligo dell'amministrazione di pronunciarsi tempestivamente, per prevenire, nello stesso termine di impugnativa giurisdizionale tutt'ora aperto, un contenzioso che può essere evitato attraverso il corretto esercizio del potere di autotutela[455].

Resta indiscusso il dato, cui tale lavoro voleva giungere, di una concezione del potere di autotutela, condivisa dal legislatore e parte della

---

[451] Così S. OGGIANU, *La composizione stragiudiziale e deflattiva del contenzioso in materia di appalti pubblici: l'informativa in ordine all'intento di proporre ricorso ex art. 243 bis D. Lgs. n. 163/2006 e il parere dell'Autorità di vigilanza sui contratti pubblici per la soluzione extragiudiziale delle controversie ex articolo 6, comma 7, lettera n) del D.lgs. n. 163/2006*, in *www.giustamm.it,* del 5 gennaio 2011.

[452] Sul punto S. TARULLO, *L'art. 243-bis del codice dei contratti pubblici e le incertezze di una disciplina tra effettività della tutela giurisdizionale e sovraccarico fiscale,* in *www.giustizia-amministrativa.it*, polemicamente afferma che "*forse il Legislatore del 2010 aveva in mente un modello di amministrazione pubblica ideale, almeno nel senso di recettiva e "amichevole" verso i privati, che nell'odierno tessuto istituzionale italiano è ben lungi dalla realizzazione*".

[453] Come sostenuto da autorevole dottrina (M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado,* in *op. cit.*, 338), nel sistema delineatosi dopo la legge n. 15 del 2005 che ha rafforzato il carattere collaborativo e partecipativo dei rapporti tra cittadino e amministrazione, si assume con un dato incontestabile il dovere dell'amministrazione di aprire un procedimento di riesame su richiesta dell'interessato al fine di rimuovere un assetto di interessi non più adeguato alla cura dell'interesse pubblico sotteso.

[454] Da parte di M. RAMAJOLI, *Provvedimenti amministrativi di secondo grado,* Report annuale 2011, in *www.ius-publicum.com* è stata messa in evidenza la debolezza dell'impatto deflattivo del contenzioso considerato il brevissimo tempo per la proposizione del ricorso (le stazioni appaltanti non sono tutte all'altezza di affrontare un breve tempo un "ricorso interno") e la mancanza di effetti sospensivi derivanti dalla proposizione dell'informativa, tranne il caso in cui l'amministrazione non abbia commesso illegittimità evidenti e dunque facilmente eliminabili.

[455] F. ASTONE, *op. ult. cit.*, 105.

giurisprudenza, tendente a riconoscere alla nozione una portata quanto più ampia possibile, che consenta alle amministrazioni di riesaminare le proprie decisioni anche quando i destinatari delle stesse hanno manifestato l'intenzione di proporre ricorso giurisdizionale e persino nei casi in cui lo stesso sia già pendente, stante il principio d'inesauribilità del potere pubblico.

Una concezione che risente fortemente dell'influenza del diritto europeo e della sistemazione che all'istituto è stata impressa dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, mediante l'enucleazione di una serie di principi generali, pacificamente applicabili nel nostro ordinamento.

Restringere la categoria dell'autotutela, sottraendovi la funzione di riesame e annettendola al potere di amministrazione attiva, lascerebbe il privato, che ha prestato legittimo affidamento nel consolidamento della situazione di fatto e di diritto costituita con il provvedimento originario, privo di una tutela e di tutte le correlate guarentigie, proprio nel momento in cui l'amministrazione si eleva dal punto di vista autoritativo[456], potendo rivedere le proprie decisioni sulla base di vizi di legittimità, di fatti sopravvenuti o di una nuova valutazione dell'interesse pubblico.

Sarebbe auspicabile che il connubio tra il principio di buon andamento e la buona fede, giunto al culmine della propria complessità, trovasse nell'esercizio del potere di autotutela una stanza di compensazione, in cui le pretese del privato, ormai da considerarsi cittadino dell'Unione europea e non del solo Stato membro, fossero recepite da un'amministrazione attenta ai valori e ai dettami dell'ordinamento sovranazionale, il cui effettivo e consapevole accoglimento rappresenta un passaggio obbligato nel tortuoso processo di integrazione europea.

[456] A. ROMANO TASSONE, *Brevi note sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1991, 372 e ss.