All'Adunanza plenaria le questioni dell'affidamento dell'incarico di direttore di polo museale a candidato non cittadino italiano, della disapplicazione regolamentare e del regime giuridico delle norme interne in contrasto con la CEDU

Cons. St., sez. VI, sentenza 2 febbraio 2018, n. 677 – Pres. Maruotti, Est. Gambato Spisani

Impiegato dello Stato e pubblico – Direttore istituti museali di livello dirigenziale – Selezione pubblica – Controversia – Giurisdizione amministrativa.

Giustizia amministrativa – Appello – Disapplicazione atto regolamentare per contrasto con il diritto europeo – Assenza motivo di appello – Richiesta in memoria difensiva – Deferimento all'Adunanza Plenaria.

Impiegato dello Stato e pubblico – Direttori istituti museali di livello dirigenziale – Partecipazione cittadini non italiani – Possibilità – Deferimento all'Adunanza plenaria.

Impiegato dello Stato e pubblico – Direttori istituti museali di livello dirigenziale – Partecipazione cittadini non italiani – Norma di apparente interpretazione autentica – Efficacia retroattiva – Incidenza sui giudizi in corso – Contrasto chiaro ed evidente con norme CEDU – Non applicazione della norma interna in luogo della questione di costituzionalità – Deferimento all'Adunanza Plenaria.

Rientra nella giurisdizione del giudice amministrativo la controversia avente ad oggetto la «procedura di selezione pubblica», prevista dall'art. 14, comma 2 bis, d.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito nella l. 29 luglio 2014, n. 104, per il conferimento di incarichi di direttore di poli museali di rilevante interesse nazionale, trattandosi di vere e proprie «procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni», per le quali l'art. 63, comma 4, del decreto legislativo n. 165 del 2001 ha mantenuto la giurisdizione amministrativa (1).

Vanno rimesse all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato le seguenti questioni:

- se, alla luce del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato e dei principi di cui agli artt. 101 e 104 c.p.a., sia possibile disapplicare in appello, a vantaggio dell'appellante, una norma regolamentare illegittima, senza che ciò sia richiesto con uno specifico motivo d'impugnazione;

- se sussistano o meno i presupposti per disapplicare in parte qua il d.P.C.M. n. 174 del 1994 e il d.P.R. n. 487 del 1994, previa valutazione di coerenza della richiamata normativa secondaria nazionale con gli artt. 51 e 54 della Costituzione e con la normativa europea, nella parte in cui riserva ai cittadini italiani il conferimento di incarichi dirigenziali;

- se, in presenza di norma di apparente interpretazione autentica che, con effetti retroattivi, viene ad incidere su giudizio in corso, ponendosi la stessa in modo chiaro ed evidente in contrasto con l'art. 117 Cost., con gli articoli 6 e 13 della CEDU e con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, sia possibile definire il giudizio non applicando la norma medesima, in luogo della proposizione della questione di legittimità costituzionale (2).

(1-2) I. – Con la ponderosa decisione in rassegna la Sesta Sezione del Consiglio di Stato si è pronunciata sull'appello avverso la sentenza del Tar per il Lazio – Roma – Sez. II *quater*, n. 6171 del 2017 (in *Foro it.*, 2017, III, 328 con nota di PALMIERI cui si rinvia per ogni riferimento di dottrina e giurisprudenza), che ha annullato i provvedimenti con cui il MIBAC ha conferito gli incarichi di Direttore dei Poli museali «Palazzo Ducale di Mantova» e «Galleria Estense di Modena». La Sezione ha accolto l'appello del Ministero con riferimento all'incarico di Direttore della Galleria Estense, definendo sul punto il giudizio, mentre ha accolto solo in parte l'appello con riferimento all'incarico per il Palazzo Ducale, rimettendo all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato la soluzione di una serie di questioni, necessarie per la definitiva decisione dell'impugnazione.

Stante la complessità della fattispecie esaminata è necessario ripercorrerne sinteticamente gli snodi fondamentali:

- la procedura che ha condotto al presente giudizio è disciplinata dal d.l. 31 maggio 2014, n. 83, convertito nella l. 29 luglio 2014, n. 104, il cui art. 14, comma 2 *bis* ha previsto che con regolamento siano individuati i poli museali di rilevante interesse nazionale, che costituiscono uffici di livello dirigenziale, e gli incarichi di direzione da conferire "con procedure di selezione pubblica, per una durata da tre a cinque anni"; è stato poi emanato il regolamento di organizzazione con il d.P.C.M. 29 agosto 2014, n. 171 e il decreto ministeriale di organizzazione del 27 novembre 2014, che contiene la disciplina "dei criteri e delle procedure per il conferimento degli incarichi dirigenziali" suddetti ; è stata quindi indetta la prima delle selezioni pubbliche in data 7 gennaio 2015, per conferire l'incarico di direttore per venti dei citati istituti, il cui bando, all'art. 5, comma 3, ha previsto che la commissione, dopo aver valutato i *curricula* pervenuti, avrebbe selezionato un massimo di dieci candidati per ogni istituto (prima fase), convocandoli per un colloquio, e avrebbe individuato fra loro una 'terna' di nominativi (seconda fase), da trasmettere, rispettivamente, al Ministro ovvero al Direttore generale Musei, a seconda dell'importanza dell'istituto, per la relativa scelta finale (terza fase);

- oggetto specifico del contenzioso in esame sono le procedure di affidamento degli incarichi di direttore del Palazzo Ducale di Mantova e di direttore della Galleria Estense di Modena, che si sono concluse con il conferimento degli stessi ai controinteressati di cui al giudizio di primo grado, mentre la ricorrente in primo grado, pur inserita nell'elenco dei

dieci candidati ammessi al colloquio, non è rientrata nelle due terne all'interno delle quali sono state effettuate le scelte finali;

- impugnati i provvedimento di conferimento degli incarichi, la menzionata sentenza n. 6171 del 2017, dichiarata la giurisdizione del giudice amministrativo, ha annullato gli stessi, accogliendo le seguenti censure:

I) non è stata congruamente motivata l'assegnazione dei punteggi;

II) i colloqui finali si sono svolti 'a porte chiuse', in violazione del principio per il quale le prove orali di un concorso devono essere pubbliche;

III) non si poteva inserire nella terna il concorrente che ha conseguito la nomina per il Palazzo Ducale di Mantova perché non in possesso della cittadinanza italiana;

- avverso la sentenza di primo grado ha proposto appello il Ministero per i beni, le attività culturali e per il turismo, che ha formulato quattro motivi di censura:

IV) difetto di giurisdizione del giudice amministrativo, sussistendo quella del giudice ordinario ai sensi dell'art. 63 del d. lgs. n. 165 del 2001, poiché nella specie non si è in presenza di un concorso in senso tecnico;

V) la commissione, contrariamente a quanto ritenuto dal Tar, avrebbe legittimamente attribuito i punteggi ai singoli partecipanti alla procedura;

VI) nel rilevare che i colloqui finali si sarebbero svolti 'a porte chiuse', in violazione delle regole sulle prove orali di un concorso, il Tar avrebbe violato il «principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato», poiché il ricorso di primo grado non conteneva una tale doglianza (profilo questo poi rinunciato in corso di causa) e, in subordine, la censura stessa sarebbe priva di interesse e infondata, essendo stata comunque rispettata la trasparenza, con la registrazione dei colloqui svolti;

VII) è infondato il motivo accolto dal Tar sulla illegittimità della nomina relativa al Palazzo Ducale di Mantova, in quanto conferita a soggetto non in possesso della cittadinanza italiana, per contrasto con l'art. 45 del Trattato sul funzionamento della Unione Europea, con gli artt. 11 e 117 della Costituzione, con l'art. 2 del d.P.R. n. 487 del 1994, con l'art. 1 del d.P.C.M. 7 febbraio 1994, n. 174, e con l'art. 38 del decreto legislativo n. 165 del 2001;

- la candidata vittoriosa in primo grado ha proposto appello incidentale, formulando quattro motivi, a mezzo dei quali ripropone censure attinenti al corretto svolgimento delle procedure selettive già articolate in primo grado e respinte dal Tar;

- con ordinanza del 15 giugno 2017, n. 2471, la Sezione ha accolto l'istanza incidentale cautelare formulata dal Ministero appellante, in base ad una valutazione comparativa degli interessi coinvolti, disponendo quindi il mantenimento in servizio dei direttori nominati, non sussistendo interessi contrari pubblici o privati;

- il Ministero appellante con successiva memoria ha fatto presente che, nell'ambito di altro giudizio avente per oggetto un'altra nomina conseguente alla medesima selezione, la

stessa Amministrazione ha adito le Sezioni unite della Corte di cassazione con regolamento di giurisdizione, per sentir dichiarare la giurisdizione del giudice civile, chiedendo conseguentemente la sospensione del giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c.;

II. – La sentenza in esame che, come chiarito, in parte costituisce pronuncia definitiva (con riferimento all'incarico per la Galleria Estense di Modena) e in parte solo parziale, con rinvio all'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (con riferimento all'incarico per il Palazzo Ducale di Mantova), contiene una articolata motivazione, che può essere così sintetizzata:

a) in primo luogo viene respinta l'istanza del Ministero appellante principale, volta a far sospendere il giudizio ai sensi dell'art. 295 c.p.c. - stante la pendenza di regolamento preventivo di giurisdizione in relazione ad un altro giudizio, relativo alla nomina di altro direttore di museo, sempre in applicazione dell'art. 14 del d.l. 31 maggio 2014, n. 83 - evidenziandosi come la norma processuale vada interpretata nel senso che la «sospensione necessaria» debba essere disposta nei soli casi di pregiudizialità in senso tecnico, ovvero quando in un altro giudizio, pendente tra le stesse parti, possa essere emanata una pronuncia avente efficacia di giudicato nella causa pregiudicata o comunque un'efficacia vincolante, requisiti non ricorrenti nella specie;

b) in secondo luogo è respinto il primo motivo dell'appello principale, con cui il Ministero ha dedotto che non sussisterebbe la giurisdizione del giudice amministrativo a conoscere della controversia, evidenziando che:

b1) l'espressione «procedure di selezione pubblica» di cui all'art. 14, comma 2 *bis*, d.l. 31 maggio 2014, n. 83 si riferisce a vere e proprie «procedure concorsuali per l'assunzione dei dipendenti delle pubbliche amministrazioni», per le quali l'art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001 ha mantenuto la giurisdizione amministrativa di legittimità, effettuando la commissione un confronto dei titoli di ciascun candidato ed essendo previsto un sub procedimento specifico, intermedio tra la scelta della decina e la individuazione della terna, caratterizzato dai «colloqui» da svolgere tra la commissione ed i candidati;

b2) non è pertinente il richiamo dell'appellante alla giurisprudenza per la quale sussisterebbe la giurisdizione del giudice civile, quando si tratti di controversie riguardanti l'applicazione dell'art. 15, comma 7 *bis*, del d.lgs. n. 502 del 1992, poiché tale norma disciplina una procedura rivolta a dipendenti già idonei, da scegliere in base ad un criterio di «consonanza» fra il prescelto e l'autorità che sceglie, circa le priorità da seguire e le modalità da impiegare per attuare un dato indirizzo politico amministrativo, mentre le «procedure di selezione pubblica» previste dall'art. 14, comma 2 *bis*, del d.l. n. 83 del 2014 consistono in selezioni volte all'eventuale conferimento dell'incarico anche ad 'esterni', privi della qualità di dipendenti dello Stato e della qualifica dirigenziale;

b3) le «procedure di selezione pubblica» di cui all'art. 14, comma 2 *bis,* cit. consistono in un procedimento dalla 'struttura trifasica', quanto alla individuazione dei candidati da scegliere, e nel corso delle prime due fasi (individuazione dei dieci candidati da ammettere all'orale e quindi della terna da sottoporre alla scelta finale) la commissione esercita poteri tecnico-discrezionali, così svolgendo pubbliche funzioni mediante atti autoritativi, con conseguente applicazione del principio generale sancito dall'art. 7 c.p.a., per il quale il giudice amministrativo è il giudice naturale quando siano impugnati atti con cui è esercitato un potere pubblico;

b4) l'odierna appellata ha impugnato in primo grado anche l'art. 3, comma 2, del decreto ministeriale 27 novembre 2014, recante la «Disciplina» per il conferimento degli incarichi dirigenziali, venendo quindi in considerazione la giurisprudenza delle Sezioni unite della Cassazione, per la quale sussiste la giurisdizione amministrativa di legittimità quando – in una controversia concernente il mancato conferimento di un incarico dirigenziale – sia stato impugnato un "atto di macro organizzazione", pur se avente natura regolamentare;

b5) va rimarcata la natura autoritativa del provvedimento di nomina dei dirigenti dello Stato volto all'attribuzione *ex novo* del relativo *status*, giacché l'atto di investitura nelle pubbliche funzioni – attributivo dello *status* di dirigente statale ed emanato da un componente del Governo – ha senz'altro natura pubblicistica, con l'effetto della sussistenza della giurisdizione del giudice amministrativo;

c) in terzo luogo viene respinto il motivo di appello incidentale secondo cui, prima di affidare un incarico dirigenziale a soggetti esterni, il Ministero avrebbe dovuto verificare se all'interno dell'amministrazione vi fossero le professionalità necessarie, come richiesto dall'art. 19, comma 6, d.lgs. n. 165 del 2001, non derogato, sul punto, dall'art. 14, comma 2 *bis*, del d.l. n. 83 del 2014; il rigetto è motivato sul rilievo che, essendo escluso che nei ruoli del MIBACT risultino assenti dirigenti di comprovata qualificazione professionale, l'art. 14 cit. deve essere letto nel senso che la «esplicita motivazione», che deve accompagnare ex art. 19, comma 6, cit. la scelta di nominare un dirigente esterno, nel caso dei direttori dei musei di rilevante interesse nazionale è da effettuare non con un 'solo atto anteriore' all'indizione della selezione (quello previsto dallo stesso comma 6 ed avente di per sé ad oggetto valutazioni 'negative' del personale dirigente interno) bensì con le valutazioni 'necessariamente positive' sia di merito assoluto che comparative, da effettuare doverosamente 'all'interno' del procedimento previsto dall'art. 14;

d) in quarto luogo, in accoglimento di un motivo di appello principale, la Sezione ha rigettato la censura formulata in primo grado avverso le modalità di attribuzione dei punteggi e la relativa motivazione; mentre ha respinto le censure, sempre in punto di attribuzione dei punteggi da parte della commissione, che già il Tar non aveva accolto e che erano state riproposte in appello dall'appellante incidentale;

e) in quinto luogo la Sezione, in accoglimento del terzo motivo d'appello del Ministero, ha respinto la censura di primo grado che contestava la modalità di svolgimento del colloquio, asseritamente avvenuto a porte chiuse, sulla base dei seguenti rilievi:

e1) l'assenza di qualsiasi annotazione a verbale sulle modalità di svolgimento delle prove orali non può essere intesa nel senso che esse abbiano avuto luogo effettivamente 'a porte chiuse', poiché chi contesta la legittimità degli atti di una procedura di gara o di concorso non può basare la sua deduzione solo sulla mancata menzione a verbale della regolarità delle operazioni in ogni loro singolo passaggio, ma ha l'onere di provare in positivo le circostanze e gli elementi idonei a far presumere che un'irregolarità abbia avuto luogo mentre, in assenza di tale prova, si può desumere che le operazioni non descritte nel verbale si siano svolte secondo quanto le norme prevedono;

e2) quando si tratti della impugnazione di un provvedimento autoritativo, la «non contestazione» non è ravvisabile in linea di principio, anche se l'Amministrazione nelle sue difese non ribadisce espressamente la sussistenza dei fatti posti a base del provvedimento impugnato, oggetto di contestazione del ricorrente, e nella specie nessuna specifica frase, riferibile al Ministero o alla sua difesa, può essere intesa nel senso che sia stata ammessa la circostanza dello svolgimento dei colloqui 'a porte chiuse';

e3) non risulta posta la questione di principio sul se – in base alla normativa vigente e tenuto conto della possibilità che l'interlocutore possa avvalersi di letture o di suggerimenti – una 'prova orale', così definita dalla normativa applicabile nel procedimento, possa avere luogo con la «modalità comunicativa skype»;

f) il Collegio esamina la questione, posta con il quarto motivo d'appello del Ministero in relazione al conferimento dell'incarico di direttore del palazzo Ducale di Mantova, se sia ammissibile la partecipazione alla procedura di candidato non in possesso della cittadinanza italiana, ma di quella di altro paese UE; osservando al riguardo:

f1) l'interprete non può che rilevare un espresso e testuale divieto normativo – contenuto nel d.P.R. n. 174 del 1994, nonché nel d.P.R. n. 487 del 1994, che al precedente ha fatto riferimento - per i cittadini dell'Unione europea di partecipare alla procedura per il conferimento di incarichi dirigenziali;

f2) si può affermare il principio per il quale l'art. 1, comma 1, lettera a), del regolamento emanato con il d.P.C.M. n. 171 del 1994 – mai successivamente abrogato, neppure dall'art. 14, comma 2 bis, del d.l. n. 83 del 2014 – che richiede imprescindibilmente la cittadinanza italiana per il conferimento di incarichi di livello dirigenziale, sia applicabile nel presente giudizio e non si ponga in contrasto con la normativa della Unione Europea o quanto meno che il contrasto del medesimo art. 1, comma 1, lettera a), con la normativa della Unione Europea non risulti «evidente»;

f3) la disciplina costituzionale richiede lo *status civitatis* per lo svolgimento di pubbliche funzioni e consente limitazioni di sovranità «in condizione di parità con gli altri

Stati» (artt. 51, 54, 11 Cost.) e la legislazione primaria (art. 37 d. lgs. n. 29 del 1993 e art. 38 d.lgs. n. 165 del 2001) ha delegificato la materia prevedendo - espressamente e testualmente - il divieto di assunzione per chi non sia cittadino italiano, quando si tratti di posti di «livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato» (v. l'art. 1, comma 1, lettera a], del d.P.C.M. n. 171 del 1994, come richiamato dall'art. 2, comma 1, n. 1, del d.P.R. n. 487 del 1994) e della assunzione di chi svolga «funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi» (v. l'art. 2, comma 1, del medesimo d.P.C.M. n. 171 del 1994, anch'esso richiamato dal d.P.R. n. 487 del 1994);

f4) i direttori dei musei, oltre ad essere annoverati tra i dirigenti, quali autorità di vertice amministrativo partecipano alla elaborazione, decisione ed esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi; l'art. 34, comma 2, del d.P.C.M. n. 171 del 29 agosto 2014 ha inoltre attribuito al direttore dei musei, tra gli altri, i poteri valutativi e decisori (insindacabili anche in sede ministeriale) concernenti il prestito di opere d'arte «sul territorio nazionale o all'estero» e l'esercizio delle «funzioni di stazione appaltante»; né dalla normativa richiamata emerge il criterio secondo cui la rilevanza dello spessore dei poteri pubblici esercitabili sia recessivo rispetto all'attività del direttore del museo rivolta alla gestione economica e tecnica ed essenzialmente finalizzata ad una migliore utilizzazione e valorizzazione di beni pubblici, fermo restando che il «criterio di prevalenza» non risulta neanche desumibile dall'art. 1, comma 1, lettera a), del d.P.C.M. n. 171 del 1994;

f5) con la sentenza n. 3666 del 2017 (in fattispecie analoga a quella qui in esame) la Sezione ha accolto l'appello del Ministero ed ha respinto il ricorso di primo grado, poiché – malgrado la fondatezza della censura originaria rivolta contro gli atti risultati contrastanti con il regolamento statale del 1994 – ha ravvisato il contrasto di tale regolamento col diritto europeo ed ha conseguentemente disapplicato la norma regolamentare interna;

f6) la disapplicazione regolamentare può essere disposta dal giudice amministrativo: quando il ricorrente chieda la tutela di diritti soggettivi con pretesa fondata su una disposizione di legge e ostacolata da regolamento illegittimo; quando il ricorrente chiede la tutela di interesse legittimo e il conseguente annullamento di provvedimento violativo di regolamento che a sua volta risulta illegittimo (ipotesi in cui rientra la decisione assunta dalla sentenza 3666 del 2017); resta invece l'onere di impugnazione del regolamento illegittimo ostativo alla pretesa fatta valere unitamente all'atto autoritativo che applica il regolamento medesimo;

f7) ma nella fattispecie oggetto della sentenza n. 3666 del 2017 la illegittimità del regolamento era prospettata nei motivi di appello; al contrario nel caso qui esaminato l'Amministrazione, nei motivi di appello, non ha censurato la illegittimità del regolamento del 1994, fatta valere solo nella discussione finale, il che fa dubitare, anche alla luce dei principi di cui agli articoli 101 e 104 c.p.a. e del principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato in appello, che sia possibile che a vantaggio del soccombente si possa

disapplicare una norma regolamentare, in assenza di uno specifico motivo d'appello in tale senso;

f8) vi sono peraltro argomenti di ordine sostanziale, in base ai quali si può giungere alla conclusione che non sussistano i presupposti per disapplicare *in parte qua* il d.P.C.M. n. 174 del 1994 ed il d.P.R. n. 487 del 1994, potendosi ritenere che la normativa secondaria nazionale sia coerente non solo con gli articoli 51 e 54 della Costituzione, ma anche con la normativa europea e che dunque essa abbia ben potuto riservare ai cittadini italiani i posti dirigenziali in questione, poiché l'art. 45 del T.F.U.E., § 4, ha escluso per il pubblico impiego l'applicazione del principio della libera circolazione dei lavoratori, riaffermando la regola della «riserva di sovranità» degli Stati nazionali («riserva di sovranità» di cui già risultano espressione gli articoli 51 e 54 della Costituzione, oltre alle disposizioni regolamentari del 1994); d'altra parte la giurisprudenza della Corte di Giustizia e le comunicazioni della Commissione affermano che la normativa nazionale ben può prevedere il requisito della cittadinanza quando si tratti della selezione che comporta l'attribuzione dello *status* e delle funzioni dei più alti dirigenti dello Stato; né risultano norme o prassi amministrative o giurisprudenziali di altri Stati della Unione Europea che abbiano consentito ai cittadini italiani – ovvero ai cittadini della Unione Europea in quanto tale – di acquisire lo *status* di dirigenti aventi una posizione di «vertice» all'interno del loro ordinamento;

f9) l'art. 22, comma 7 *bis*, del decreto legge 24 aprile 2017, n. 50, convertito nella l. 21 giugno 2017, n. 96, ove afferma che "l'articolo 14, comma 2-*bis*, del decreto-legge 31 maggio 2014, n. 83, convertito, con modificazioni, dalla legge 29 luglio 2014, n. 106, si interpreta nel senso che alla procedura di selezione pubblica internazionale ivi prevista non si applicano i limiti di accesso di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165", ove letto come retroattivo, in forza del suo carattere di solo apparente interpretazione autentica, si porrebbe in contrasto con l'art. 117 della Costituzione e con gli articoli 6 e 13 della CEDU, che precludono l'entrata in vigore di leggi che incidano sui giudizi in corso e sull'esercizio della funzione giurisdizionale e con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo;

f10) qualora, come nel caso di specie, vi sia un «chiaro ed evidente» contrasto tra la norma nazionale e quella della Convenzione del 1950, come costantemente interpretata sia dalla Corte di Strasburgo che dalla Corte Costituzionale, si potrebbe affermare che, in luogo della rimessione della questione di costituzionalità alla Corte Costituzionale, secondo quanto stabilito dalle sentenze della stessa Corte nn. 348 e 349 del 2007, il giudice della controversia possa non applicare la medesima disposizione nazionale, che non trovi fondamento in alcun valore meritevole di essere posto a confronto con quello rilevante per la Convenzione;

g) per la delicatezza delle questioni controverse ed il loro evidente carattere di massima, il Collegio rimette all'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato l'esame del quarto

motivo dell'appello principale del Ministero, ai sensi del comma 4 dell'art. 99 c.p.a., sotto i seguenti profili:

g1) se, alla luce del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato e dei principi di cui agli artt. 101 e 104 c.p.a., sia possibile disapplicare in appello, a vantaggio dell'appellante, una norma regolamentare illegittima, senza che ciò sia richiesto con uno specifico motivo d'impugnazione;

g2) se sussistano o meno i presupposti per disapplicare *in parte qua* il dPCM n. 174 del 1994 e il dPR n. 487 del 1994, previa valutazione di coerenza della richiamata normativa secondaria nazionale con gli artt. 51 e 54 della Costituzione e con la normativa europea, nella parte in cui riserva ai cittadini italiani il conferimento di incarichi dirigenziali;

g3) se in presenza di norma di apparente interpretazione autentica che, con effetti retroattivi, viene ad incidere su giudizio in corso, ponendosi la stessa in modo chiaro ed evidente in contrasto con l'art. 117 Cost., con gli articoli 6 e 13 della CEDU e con la consolidata giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di Strasburgo, sia possibile definire il giudizio non applicando la norma medesima, in luogo della proposizione della questione di legittimità costituzionale.

III. - Sulla giurisdizione in materia di controversie relative a procedure concorsuali si segnala quanto segue:

h) Cass. civ., sez. un., ordinanza 5 aprile 2017, n. 8799 - relativa all'impugnativa degli atti di un interpello, aperto a candidati esterni, per il conferimento dell'incarico dirigenziale di direttore generale dell'archeologia disposto ai sensi del decreto ministeriale 27.11.2014 - secondo cui le controversie relative al conferimento degli incarichi dirigenziali, anche se implicanti l'assunzione a termine di soggetti esterni all'amministrazione, rientrano nella giurisdizione del giudice ordinario, ai sensi dell'articolo 63, comma 1, del d. lgs. n. 165 del 2001, purché la selezione del destinatario dell'incarico non abbia carattere concorsuale, ipotesi quest'ultima che non ricorre quando manca la previsione della nomina di una commissione esaminatrice, della formazione di una griglia dei punteggi in relazione ai titoli prescritti e della formazione di una graduatoria finale di merito dei candidati, e connotandosi quindi la scelta dei soggetti da assumere quale frutto di una valutazione di carattere discrezionale; ciò in quanto in tema di impiego pubblico privatizzato gli atti di conferimento di incarichi dirigenziali rivestono la natura di determinazioni negoziali assunte dall'amministrazione con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro;

i) le norme contenute nel decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165, articolo 19, comma 1, obbligano l'amministrazione datrice di lavoro al rispetto dei criteri generali di correttezza e buona fede (articoli 1175 e 1375 cod. civ.), applicabili alla stregua dei principi di imparzialità e di buon andamento di cui all'articolo 97 Cost. (sulla scorta di tale principio di diritto le sezioni unite hanno ritenuto che il conferimento dell'incarico dirigenziale di

direttore generale dell'archeologia, disposto ai sensi del decreto ministeriale 27.11.2014, è scaturito non da una procedura concorsuale, ma da un interpello dell'amministrazione che, ai sensi del d. lgs. n. 165 del 2001, articolo 19, comma 1-*bis*, si limita ad acquisire le dichiarazioni di disponibilità dei dirigenti interessati e a valutarle, in un contesto che, non essendo governato da una procedura di evidenza pubblica, permane esclusivamente di diritto privato);

j) relativamente alle controversie concernenti il conferimento e la revoca di incarichi dirigenziali anche in presenza di atti di macro organizzazione, le sezioni unite, anche di recente, hanno ribadito la giurisdizione ordinaria affermando con Cass. civ, sez. un., 20 ottobre 2017 n. 24877 (oggetto della News US del 28.10.2017 cui si rinvia per ogni approfondimento in tema) che: "*In tutti i casi nei quali vengano in considerazione atti amministrativi presupposti, ove si verta in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, è consentita esclusivamente l'instaurazione del giudizio davanti al giudice ordinario, nel quale la tutela è pienamente assicurata dall'eventuale disapplicazione (dell'atto presupposto) e dagli ampi poteri riconosciuti al giudice ordinario medesimo dal comma 2 dello stesso art. 63 d.lgs. 165 del 2001. Se è vero che sussiste la giurisdizione del giudice amministrativo rispetto ad atti di alta amministrazione, nondimeno va considerato che, avendo l'art. 63 cit. espressamente attribuito alla giurisdizione del giudice ordinario anche le controversie in tema di conferimento e revoca di incarichi dirigenziali nelle pubbliche amministrazioni, ormai tali atti sono da considerarsi come mere determinazioni negoziali e non più atti di alta amministrazione, venendo in tal caso in considerazione come atti di gestione del rapporto di lavoro rispetto ai quali l'amministrazione stessa opera con la capacità e i poteri del privato datore di lavoro*";

k) sulla estensione della giurisdizione di legittimità del G.A. alle procedure per il conferimento di incarichi parasubordinati, Cass. civ., sez. un., 27 marzo 2017 n. 7757 (oggetto della News US in data 5 aprile 2017, cui si rinvia per ogni approfondimento), secondo cui "*Il concetto di "assunzione" di dipendenti della P.A., ex art. 63, comma 4, del d.lgs. n. 165 del 2001, va interpretato estensivamente, con equiparazione, per ragioni di ordine sistematico e teleologico, dell'assunzione di lavoratori subordinati a quella di lavoratori parasubordinati cui vengano attribuiti incarichi volti a realizzare identiche finalità, sicché appartiene alla giurisdizione del giudice amministrativo la controversia relativa ad una procedura concorsuale volta al conferimento di incarichi ex art. 7, comma 6, del d.lgs. n. 165 cit., assegnati ad esperti, mediante contratti di lavoro autonomo di natura occasionale o coordinata e continuativa, per far fronte alle medesime esigenze cui ordinariamente sono preordinati i lavoratori subordinati della P.A.*".

IV. – Sul requisito della cittadinanza per l'accesso ai pubblici impieghi, si osserva quanto segue:

l) l'art. 45 TFUE (già art. 39 TCE) nel sancire il principio della libera circolazione dei lavoratori all'interno dell'Unione europea prevede al suo quarto comma un'eccezione

relativamente "agli impieghi nella pubblica amministrazione". Analogamente, l'art. 51, comma 1, TFUE (già art. 45, comma 1, TCE) dispone che le norme in materia di diritto di stabilimento non trovano applicazione alle "*attività che in tale Stato partecipino, sia pure occasionalmente, all'esercizio dei pubblici poteri*".

m) circa la nozione di «pubblica amministrazione» e su quella collegata di «esercizio di pubblici poteri»:

m1) sulla portata – in tema di libera circolazione dei lavoratori e di parità di trattamento dei cittadini di tutti gli Stati membri - della clausola d'eccezione di cui all'art. 48, n. 4, del Trattato CE (ora 45 TFUE), relativamente agli incarichi nella pubblica amministrazione, la Corte di giustizia, a partire dalla sentenza 17 dicembre 1980, Commissione c. Belgio, C-149/79 in *Foro it*., 1983, IV, 1 ha affermato che deve trattarsi "*di posti che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche. Posti del genere presuppongono infatti, da parte dei loro titolari, l'esistenza di un rapporto particolare di solidarietà nei confronti dello Stato nonché la reciprocità di diritti e di doveri che costituiscono il fondamento del vincolo di cittadinanza*"; con la medesima sentenza la Corte ha precisato che la possibilità di riservare ai cittadini di uno Stato membro i posti nel pubblico impiego deve essere interpretata, al pari di ogni eccezione alle libertà di circolazione e di stabilimento sancita dal Trattato, in modo restrittivo; inoltre la definizione della nozione di amministrazione pubblica ai sensi dell'art. 45, comma 4, TFUE non può essere lasciata agli Stati membri, ma deve essere autonomamente definita a livello dell'Unione: in caso contrario, gli Stati avrebbero la possibilità di determinare, a loro piacimento, i posti che rientrano nella suddetta disposizione derogatoria;

m2) la successiva giurisprudenza della Corte ha chiarito che non possono essere riservati ai cittadini: gli impieghi di professore (sentenza 27 novembre 1991 Bleis c. Ministère de l'Education nationale C-4/91, in *Giust. civ*., 1993, I, 1145 e *Foro amm*., 1993, 913 secondo cui "*L'impiego di insegnante nelle scuole di istruzione secondaria non costituisce un impiego nella pubblica amministrazione ai sensi dell'art. 48, n. 4, del Trattato CEE*"); nei settori pubblici della ricerca, dell'insegnamento, della sanità, dei trasporti via terra, delle poste e telecomunicazioni, nonché nei servizi di distribuzione di acqua, gas ed elettricità (sentenza 2 luglio 1996 Commissione c. Lussemburgo, C-473/93 in *Giornale dir. amm*., 1996, 915, n. CASSESE secondo cui "*Non limitando il requisito della cittadinanza lussemburghese all'accesso ai posti di pubblico dipendente e impiegato che implicano la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri ed alle funzioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche, nei settori pubblici della ricerca, dell'insegnamento, della sanità, dei trasporti via terra, delle poste e delle telecomunicazioni e nei servizi di distribuzione di acqua, gas ed elettricità, il Granducato di Lussemburgo è venuto meno agli obblighi ad esso incombenti in forza dell'art. 48 del Trattato CEE e dell'art. 1 del regolamento (CEE) del Consiglio*

15 ottobre 1968, n. 1612, relativo alla libera circolazione dei lavoratori all'interno della Comunità"); di infermiere (sentenza 3 giugno 1986 Commissione c. Francia, C-307/84 secondo cui "*Riservando ai propri cittadini l'assunzione e la nomina in ruolo come infermiere o infermiera nei pubblici ospedali, la Repubblica francese è venuta meno agli obblighi impostile dall'art. 48 del trattato CEE*"); di guardia giurata nel settore privato (sentenza 31 maggio 2001, Commissione c. Italia, C-283/99 in *Foro it*., 2001, IV, 535; *Guida al dir*., 2001, fasc. 23, 102, n. CORRADO; *Riv. critica dir. lav*., 2001, 621, n. NERI secondo cui "*la Repubblica italiana, disponendo che: le attività di sicurezza privata, comprese quelle volte alla vigilanza o custodia di proprietà mobiliari o immobiliari, possono essere esercitate sul territorio italiano, previa licenza, solo da imprese di vigilanza privata aventi nazionalità italiana; si possono impiegare come guardie particolari giurate solo cittadini italiani muniti di apposita licenza, è venuta meno agli obblighi ad essa incombenti in forza degli artt. 48, 52 e 59 del Trattato CE (divenuti, in seguito a modifica, artt. 39 CE, 43 CE e 49 CE)*");

m3) con sentenza 24 maggio 2011 (Commissione c. Belgio, C-47/08, Francia causa C-50/08, Lussemburgo causa C-51/08, Austria causa C-53/08, Germania causa C-54/08, Grecia causa C-61/08 e Portogallo causa C-52/08), in *Giur. it*., 2012, 702 (m), n. BENEDETTI; *Guida al dir*., 2011, fasc. 25, 88 (m), n. CASTELLANETA; *Giornale dir. amm*., 2011, 1289 (m), n. SPAGNUOLO, *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 2011, 881; *Orient. giur. lav*., 2011, III, 170; *Riv. guardia di finanza*, 2012, 290 (m), la Corte ha stabilito che la professione di notaio, anche se è certo che persegue obiettivi di interesse generale, non è per ciò solo partecipe dell'esercizio di poteri pubblici; solo le attività che costituiscono una *"partecipazione diretta e specifica all'esercizio dei pubblici poteri"* possono beneficiare di una deroga all'applicazione del principio della libertà di stabilimento; "*le attività notarili, come attualmente definite negli Stati membri in questione non partecipano all'esercizio dei pubblici poteri ai sensi dell'art. 45 del Trattato CE. Pertanto, il requisito di cittadinanza previsto dalla normativa di tali Stati per l'accesso alla professione di notaio costituisce una discriminazione fondata sulla cittadinanza vietata dal Trattato CE*";

m4) con sentenza 10 settembre 2014, C-270/2013, *Haralambidis c. Casilli*, in *Foro it. Rep*. 2016, Unione europea e Consiglio d'Europa [6915], n. 1979, la Corte di giustizia ha statuito che la normativa italiana in materia di accesso al pubblico impiego è incompatibile con l'art. 45, par. 4, TFUE nella misura in cui non consente ai cittadini di altri Stati membri di aspirare alla carica di Presidente dell'Autorità portuale di Brindisi. In particolare ha osservato che, sebbene il presidente di un'autorità portuale disponga di "poteri d'imperio" riconducibili alla deroga *de qua* (quali il potere di ingiungere la riduzione in pristino delle aree demaniali abusivamente occupate e di adottare provvedimenti coattivi per assicurare la navigabilità del porto in casi di necessità e urgenza), l'esercizio di siffatti poteri risulta, di fatto, talmente sporadico e marginale da non giustificare l'esclusione dei cittadini di altri Stati membri dall'accesso ad un incarico che si sostanzia, in prevalenza, nell'espletamento di mansioni

tecniche e di gestione (punti 57-61); nello stesso senso si veda già la sentenza 11 settembre 2008, Commissione c. Italia, C-447/07) in *Foro it*., 2008, IV, 530; *Dir. trasporti*, 2008, 759, n. TULLIO; *Dir. maritt*., 2009, 447, n. DE MARCO; *Riv. dir. internaz. privato e proc*., 2009, 778 (m); *Foro amm.-Cons. Stato*, 2008, 2310; *Orient. giur. lav*., 2008, III, 136 con la quale la Corte ha ritenuto che l'Italia ha illegittimamente ristretto ai soli cittadini italiani l'accesso al ruolo di capitani e ufficiali (comandanti in seconda) di navi che battono bandiera italiana, evidenziando che, nel caso di specie, l'esercizio di poteri di pubblico imperio ricorre in via del tutto residuale;

m5) la Commissione europea, nella comunicazione del 18 marzo 1988 e nella comunicazione dell'11 dicembre 2002, ha fornito agli Stati membri delle ulteriori indicazioni esemplificative utili alla corretta applicazione dell'art. 45 TFUE precisando, in modo dettagliato e alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia, i settori dell'impiego pubblico che devono essere aperti a tutti i cittadini dell'Unione, nonché i posti che, pur essendo all'interno di settori che comprendono impieghi legittimamente riservabili ai cittadino, non possono essere preclusi al cittadino dell'Unione perché non prevedono l'esercizio di poteri pubblici;

m6) per la giurisprudenza nazionale, v. Cass. civ., 2 settembre 2014, n. 18523, in *Foro it*., 2014, I, 2732; Cons. Stato, sez. VI, n. 3666 del 2017.

V. - Sulla disapplicazione regolamentare si segnala quanto segue:

n) l'orientamento giurisprudenziale tradizionale era contrario alla disapplicazione dei regolamenti da parte del g.a. (sebbene siano anche rinvenibili risalenti pronunce favorevoli, tra le quali Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 1936, n. 820, in *Foro amm*., 1937, I, 2, 45, come riferiscono anche A. ROMANO, R. VILLATA, in *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, III ed., 80 ss., spec. 88); a partire dai primi anni '90 del secolo scorso matura un diverso indirizzo giurisprudenziale favorevole alla disapplicazione dei regolamenti illegittimi non impugnati in controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi, sul rilievo che, stante la maggior forza della norma primaria, il regolamento illegittimo non è idoneo ad innovare sulle statuizioni da essa poste (Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, in *Cons. St*., 1992, I, 250, ed in *Giur. it*., 1993, III, 653 ss., con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di ufficio di norma regolamentare illegittima*, pronuncia riferita ad ipotesi di regolamento illegittimo e atto applicativo conforme a legge, c.d. antipatia; Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 1993, n. 799, in *Foro it*., 1994, III, 332 con nota di BENINI, commentata anche da R. SPIZZICHINO, *L'art. 5 l. 20 marzo 1865 n. 2248, all. E, e il giudice amministrativo: verso nuovi orizzonti*?, in *Foro amm*., 1994, 80, riferita invece ad ipotesi di regolamento illegittimo e atto applicativo conforme al regolamento, c.d. simpatia); poco dopo la disapplicazione regolamentare, in quanto correlata in sé al principio di gerarchia delle fonti,

viene estesa anche alle fattispecie coinvolgenti interessi legittimi (Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 1996, n. 222, in *Foro amm*., 1996, I, 488);

o) persistono tuttavia nelle pronunce successive tanto il filone interpretativo che correla la disapplicazione regolamentare alle sole controversie aventi ad oggetto diritti soggettivi (Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1430; sez. IV 14 aprile 2006, n. 2142;), quanto quello che ritiene invece che essa trovi spazio quali che siano le situazioni giuridiche soggettive lese (Cons. Stato, sez. V, 20 maggio 2003, n. 2750; sez. IV, 8 febbraio 2016, n. 475); la sentenza in rassegna, anche con richiamo a Cons. Stato, sez. III, 6 settembre 2016, n. 3820, sposa la tesi che i regolamenti siano disapplicabili solo quando il ricorrente chieda la tutela dei diritti soggettivi ovvero in ipotesi di disapplicazione *in malam partem*, quando cioè il ricorrente chieda la tutela di un interesse legittimo e invochi il contenuto di un regolamento favorevole, che però si ponga in contrasto con la legge (c.d. antipatia), mentre afferma l'onere di impugnare il regolamento illegittimo e lesivo insieme all'atto che ne fa applicazione (c.d. simpatia);

p) sulla disapplicazione da parte del Consiglio Nazionale Forense del regolamento per le elezioni di Consiglio dell'Ordine degli avvocati, Cass. civ., sez. un., 31 gennaio 2017, n. 2481 in *Foro it.,* 2017, I, 860 con nota di PALMIERI, cui si rinvia per ampi riferimenti sul tema;

q) ben diversa dalla disapplicazione normativa (di atti regolamentari in contrasto con norma primaria) è la disapplicazione provvedimentale, prevista per il giudice ordinario dagli artt. 4 e 5 l.a.c. ed esercitabile anche dal giudice amministrativo a fronte di diritti soggettivi nella giurisdizione esclusiva, ma pacificamente estranea alla giurisdizione di legittimità; Cons. Stato, sez. IV, 5 luglio 2010, n. 4244 (in *Ammin. it*., 2011, 254; *Foro amm.-Cons. Stato*, 2010, 1416), esclude la disapplicazione di un PRG, nonché di un piano ambientale, in quanto strumenti pianificatori non aventi natura regolamentare, così che rispetto ad essi non è configurabile un conflitto apparente di norme giuridiche risolvibile con gli strumenti esegetici divisati dalle disposizioni preliminari al c.c. fra cui il criterio gerarchico, com'è invece con riferimento alla fonti del diritto; sempre in punto di non disapplicabilità delle NTA proprie di strumento urbanistico cfr. Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398, che ribadisce la pertinenza dell'istituto della disapplicazione solo in relazione agli atti formalmente e sostanzialmente normativi; in coerenza con questo orientamento, Cons. St., sez. IV, 17 dicembre 2003, n. 8280, con riferimento a regolamento edilizio, ne riconosce la natura normativa con conseguente verifica anche *ex officio* del rispetto delle norme primarie, in applicazione del principio *iura novit curia*; in passato si è assistito al tentativo di ricomprendere nella disapplicazione normativa anche il bando di gara, qualificato quindi come atto normativo: Tar per la Lombardia – Milano - 5 giugno 1997, id. 2 aprile 1997, n. 354, in *Urbanistica e appalti,* 1997, 1140 con nota CRISAFULLI; ma in senso contrario si è espresso il Consiglio di Stato: sez. V, 15 giugno 2001, n. 3187, secondo

cui il potere di disapplicazione del giudice amministrativo va circoscritto solo agli atti amministrativi a contenuto propriamente normativo, e non è tale il bando di gara d'appalto, anche nell'ipotesi in cui l'illegittimità del bando derivi da contrasto con la normativa comunitaria; in senso difforme Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in *Dir. proc. amm.* 2011, 1478 con nota di G. DE ROSA, *Disapplicazione del bando di gara: il Consiglio di Stato riapre il dibattito?*; sulla sistematica di impugnazione del bando, Cons. Stato, Ad. pl., 7 aprile 2011, n. 4 (in *Foro it.*, 2011, III, 306 con nota di SIGISMONDI), ma, soprattutto, Ad. plen., 25 febbraio 2014, n. 9 (in *Foro it.*, 2014, III, 429, con nota di SIGISMONDI);

r) sulla disapplicazione per contrasto con la normativa comunitaria, Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072 (in *Urbanistica e appalti*, 2009, 1097 con nota FRANCO, *Giust. Amm.*, 2009, fasc. 2, 223 (m), con nota CORNELLA e in *Riv. Giur. Molise e Sannio*, 2012, fasc. 1, 64, con nota BACCARI), che esclude la disapplicazione di atti per contrato con il diritto europeo, richiamando un consolidato orientamento in base al quale la violazione del diritto comunitario implica un vizio di illegittimità - annullabilità dell'atto amministrativo con esso contrastante, mentre la nullità (o l'inesistenza) è configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile con il diritto comunitario (e quindi disapplicabile), con il conseguente corollario dell'onere di impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità; sul tema N. PIGNATELLI, *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, 3635 e, per ampio inquadramento, M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo,* Milano, 2011, 492; riferimenti alla possibile disapplicazione anche provvedimentale, in caso di atto in contrasto con il diritto europeo, si trovano in pronunce della Corte di giustizia degli anni '90 del secolo scorso, che non hanno poi avuto seguito: Corte giust. CE, 29 aprile 1999, C-224/97, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1999, 1347 con note di M. ANTONIOLI e V. STIGLIANI (noto come caso *Ciola*), ove la Corte affermava che la disapplicazione del diritto interno in contrasto con il diritto comunitario riguardava non solo le norme generali ed astratte ma anche i provvedimenti amministrativi individuali e concreti; Corte giust. CE, 14 dicembre 1995, causa C-312/93 (noto come caso *Peterbroeck*), ove si affermava che a certe condizioni il giudice nazionale poteva valutare la compatibilità di un provvedimento amministrativo con una disposizione comunitaria anche quando questa non era stata indicata dal ricorrente nei termini previsti; Tar per l'Emilia Romagna – Bologna – sez. II, 23 dicembre 2014, n. 1295, in *Giornale dir. amm.* 2015, 553 con nota E. CHITI, ha escluso la nullità dell'atto amministrativo in contrasto con il diritto europeo, stante la mancata previsione di tale ipotesi da parte dell'art. 21 *septies* legge 241 del 1990. Giunge ad ammettere la disapplicazione nell'ipotesi in cui "il ricorrente non contesti l'atto emanato in violazione del diritto comunitario, ma, al contrario, fondi su di esso le proprie ragioni, affermando che il provvedimento impugnato è illegittimo perché contrastante con l'atto

anticomunitario" (si trattava di fattispecie nella quale il bando per l'affidamento di lavori di ampliamento della rete di distribuzione dell'acqua potabile veniva impugnato dalla società alla quale i medesimi lavori erano stati già affidati in via esclusiva e senza gara); Tar per la Sardegna, sez. I, 27 marzo 2007, n. 549 in *Dir. proc. ammin.* 2008, 267, con nota DELSIGNORE.

VI. - Sulla gerarchia delle fonti, sui rapporti fra diritto nazionale e diritto CEDU, sul ruolo del giudice nazionale in sede di applicazione del diritto CEDU:

s1) in dottrina, senza pretesa di completezza, v. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, 2010, VIII ed., 441 ss.; ZAGREBELSKY, *La Corte europea dei diritti dell'uomo dopo sessant'anni. Pensieri di un giudice a fine mandato,* in *Foro it*., 2012, V, 29; MARTINEZ, *Diritto costituzionale*, Milano 2013, 55 ss. 106; BENELLI in *Commentario breve al codice civile* a cura di CIAN – TRABUCCHI, Padova, 2014, 5 ss.;

s2) Corte cost., 24 ottobre 2007, nn. 348 e 349, in *Foro it.,* 2008, I, 40, con nota di ROMBOLI, TRAVI, CAPPUCCIO; *Corriere giur.,* 2008, 185, con nota di LUCIANI, CONTI; *Immobili & dir.,* 2008, fasc. 1, 54, con nota di SCAGLIONE; *Giur. it.*, 2008, 565, con nota di CONFORTI, CALVANO; successivamente, Corte cost., 26 novembre 2009, n. 311, in *Foro it*., 2010, I, 1073; Corte cost., 4 dicembre 2009, n. 317, *id.,* 2010, I, 35; Corte cost., 11 novembre 2011, n. 303, *id*., 2012, I, 717; Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Dir. pen. e proc*., 2013, 1423, con nota di PECORELLA; *Arch. pen*., 2013, 613 con nota di SERRANI; Corte cost., 22 ottobre 2014, n. 238, in *Foro it*., 2015, I, 1152, con note di PALMIERI A. e SANDULLI A.; Corte cost., 26 marzo 2015, n. 49, *id.,* 2016, I, 1623, con nota di ROMBOLI; Cass. pen., sez. un., 6 luglio 2016, n. 27620, *id.*, 2016, II, 571, con nota di DE MARZO; Cons. Stato, sez. IV, ordinanza 4 maggio 2017, n. 2043 (oggetto della News US in data 8 maggio 2017); Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123 (in *Foro it.,* 2017, I, 2180, con nota di D'ALESSANDRO nonché oggetto della News US in data 30 maggio 2017); Corte cost., 2 febbraio 2018, n. 19 (oggetto della News US in data 7 febbraio 2018);

s3) in base ai principi elaborati dalle richiamate pronunce, è possibile stilare la seguente sintesi:

I) spetta alla corte EDU individuare il significato delle norme della Convenzione;

II) tale esegesi è vincolante per il giudice nazionale se resa in relazione al medesimo processo in corso innanzi a quest'ultimo;

III) al di fuori della precedente ipotesi, il giudice nazionale, tenuto comunque alla applicazione della legge ex art. 101 Cost., è chiamato a interpretare il diritto nazionale conformemente ai principi elaborati dalla Corte EDU ma, se il tenore testuale della norma nazionale è univoco ed irriducibile, allora deve sollevare la q.l.c. assumendo come parametro interposto, ex art. 117, comma 1, Cost., la norma della convenzione nel significato attribuitole dalla Corte di Strasburgo;

IV) parimenti il giudice nazionale dovrà sollevare q.l.c. ove ritenga che il parametro interposto – costituito dalla norma CEDU – si ponga in insanabile contrasto con i valori fondamentali della Costituzione (c.d. teoria dei controlimiti);

V) il giudice nazionale è tenuto a portare a fondamento del suo processo esegetico esclusivamente il "diritto consolidato" della giurisprudenza europea dunque stratificato nel tempo e corroborato dagli interventi della Grande Camera (ovvero da sentenze c.d. pilota) e fermo il margine minimo di apprezzamento che compete a ciascuno Stato membro (di cui il giudice comune è organo);

VI) al pari di quanto si verifica in caso di contrasto fra fonte primaria e Costituzione, se la fonte primaria è incompatibile con la CEDU, il giudice nazionale non potrà esercitare il sindacato diffuso di legittimità disapplicando la legge ma dovrà sollevare q.l.c.;

VII) la sentenza civile e amministrativa passata in giudicato, che si trovi in contrasto con una successiva sentenza della Corte EDU, non è suscettibile di revocazione.

VII. – Sulla possibilità di conformare le regole del diritto processuale nazionale per garantire il primato del diritto comunitario, con particolare riferimento ai rapporti fra applicazione del diritto dell'UE e preclusioni e decadenze processuali, si segnala quanto segue:

t) con riguardo al tema della c.d. "autonomia procedurale" degli Stati membri la giurisprudenza della Corte di giustizia si è sviluppata secondo i seguenti passaggi essenziali:

t1) il concetto di autonomia procedurale degli Stati membri viene fatto risalire alla pronunzia della Corte di giustizia UE sentenza 16 dicembre 1976, in causa 33/76, *Rewe*. Con questa pronunzia, che verteva specificamente su una tematica di diritto processuale amministrativo, la Corte di giustizia ha infatti espressamente statuito che *"... in mancanza di una specifica disciplina comunitaria, è l'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro che designa il giudice competente e stabilisce le modalità procedurali delle azioni giudiziali intese a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme comunitarie aventi efficacia diretta*"; l'autonomia procedurale sussiste, dunque, solo e soltanto nella misura in cui sussista la competenza procedurale degli Stati membri e scompare, invece, nel momento in cui - come nel caso delle direttive ricorsi in materia di appalti pubblici - la competenza procedurale venga avocata a sé dall'Unione. In questo caso, venendo in rilievo lo strumento della direttiva, all'idea di autonomia procedurale si sostituisce quella di "competenza degli organi nazionali in merito alla forma e ai mezzi": dato che, ai sensi dell'art. 288 c. 3 TFUE (ex art. 249 c. 3 CE), "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". E se vi è sicuramente un'affinità di fondo tra l'idea dell'autonomia procedurale ed il meccanismo che sottende all'uso dello strumento della direttiva, trattasi

tuttavia di due scenari affatto diversi (così 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*);

t2) l'autonomia procedurale degli Stati membri, affermata a partire da Corte di giustizia UE, sentenza 4 aprile 1968, in causa C-34/67, *Lück*, viene intesa come "scelta autonoma dei mezzi" finalizzati a *sanzionare* il rispetto del diritto UE e trova un limite esterno nell'esigenza di garantire l'effettività di tutte le norme del diritto UE sostanziale, siano esse munite di efficacia diretta o meno. I limiti essenziali all'autonomia procedurale degli Stati membri sono stati precisati nella sentenza *Rewe* cit. e si traducono nel criterio dell'equivalenza ed in quello dell'effettività nel senso che le modalità procedurali stabilite dai giudici nazionali "non possono essere meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni del sistema processuale nazionale" (criterio dell'equivalenza)) e che le modalità stabilite dalle norme interne non devono rendere " in pratica, impossibile l'esercizio di diritti che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare" (criterio dell'effettività);

t3) successivamente la Corte di Giustizia arriva a teorizzare un obbligo di interpretazione conforme delle norme procedurali nazionali che ha la finalità specifica di garantire effettività alle norme di diritto comunitario sostanziale vigenti in materia (Corte giust., 15 maggio 1986, in causa 222/84, *Johnston*; idem 25 luglio 1991, in causa C-208/90, *Emmott*);

t4) con la sentenza Corte giustizia UE, 14 dicembre 1995, in cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel* l'obbligo di interpretazione conforme si evolve in un vero e proprio dovere del giudice nazionale di "funzionalizzare" gli strumenti messi eventualmente a disposizione dal diritto interno per perseguire l'obiettivo primario di garantire l'effettività del diritto comunitario. La funzionalizzazione non si risolve nella imposizione di nuovi strumenti sconosciuti al diritto nazionale, bensì semplicemente nella richiesta dell'utilizzazione di quelli che già esistono, estendendone eventualmente l'ambito di applicazione per ricomprendervi fattispecie comunitariamente rilevanti in cui si ponga il problema di garantire, nel caso concreto, l'effettività del diritto UE. La funzionalizzazione si spinge sino al punto di chiedere al giudice nazionale delle vere e proprie deroghe al diritto processuali nazionali come accaduto in modo emblematico per il principio di intangibilità del giudicato (Corte giustizia UE, sentenza 30 settembre 2003, in causa C-224/01, *Köbler*; *idem* 18 luglio 2007, in causa C-119/05, *Lucchini*);

t5) la tesi della funzionalizzazione degli istituti processuali nazionali è stata ancora di recente applicata alla disciplina della decorrenza del termine di impugnazione da Corte di giustizia UE 8 Settembre 2011 in causa C-177/10, *Rosado Santana* in cui è stato chiesto al giudice del rinvio di verificare se la disciplina interna fosse tale da rendere impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti attribuiti dalle fonti comunitarie e ciò anche nella prospettiva della eventuale disapplicazione della norma processuale interna che osti a

rendere effettiva la tutela del diritto di matrice comunitaria (Corte di giustizia UE, sezione VI, 27 febbraio 2003 in causa C-327/00, *Santex*);

t6) l'unico limite all'obbligo della interpretazione conforme e alla teoria della funzionalizzazione degli istituti processuali nazionali per garantire l'effettività del diritto comunitario sostanziale è rappresentata dalla nota «teoria dei controlimiti», la cui applicazione è stata di recente prospettata in materia penale nel noto caso «Taricco» (oggetto di approfondimento nella News US del 30 gennaio 2018 cui si rinvia), in cui la funzionalizzazione mediante disapplicazione della disciplina nazionale sulla prescrizione in materia penale avrebbe comportato una possibile violazione del principio supremo di irretroattività della norma penale sfavorevole;

t7) tuttavia, sul tema della possibilità di applicare il diritto europeo in un processo solo quando non si siano verificate preclusioni e decadenze disciplinate dagli autonomi sistemi nazionali si veda di recente Corte giustizia UE, 17 marzo 2016, C- 161/15, *Bensada*, in *Foro it.*, 2016, IV, 177 secondo cui "*Il diritto dell'Unione deve essere interpretato nel senso che, quando, conformemente al diritto nazionale applicabile, un motivo attinente alla violazione del diritto interno sollevato per la prima volta dinanzi al giudice nazionale, in un procedimento per cassazione, è ricevibile solo se si tratta di un motivo di ordine pubblico, un motivo attinente alla violazione del diritto di essere sentito, come garantito dal diritto dell'Unione, sollevato per la prima volta dinanzi al medesimo giudice, deve essere dichiarato ricevibile se tale diritto, come garantito dall'ordinamento nazionale, soddisfa le condizioni previste da detto ordinamento per essere qualificato come motivo di ordine pubblico, circostanza che spetta al giudice del rinvio verificare*". La Corte nel riconoscere l'operatività del principio di autonomia processuale degli Stati membri in relazione alla deducibilità per la prima volta in Cassazione della violazione del diritto di essere sentito nel corso del procedimento amministrativo, esclude che, nella fattispecie, venga in rilievo il parametro dell'effettività, in virtù del quale le norme dell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro non devono rendere in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione, ma soltanto quello di equivalenza, in base al quale occorre che esse non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno. Ne discende che qualora non sia violato il principio di equivalenza, la violazione del diritto di essere sentiti, se non ritualmente e tempestivamente dedotta nel processo, resta ferma e non scatta l'obbligo di funzionalizzare la regola processuale nazionale per rendere effettivo il diritto comunitario;

t8) circa la necessità per il giudice nazionale di sollevare, eventualmente d'ufficio, un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie si veda Corte giustizia UE, 14 dicembre 1995, in cause riunite C-430/93 e C-431/93, *van Schijndel* cit. ove, con riferimento al principio dispositivo, si rinviene l'importante affermazione secondo cui "*il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio*

dispositivo, alla cui osservanza sono tenuti, esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte processuale che ha interesse all'applicazione di dette disposizioni ha posto a fondamento della propria domanda" (così punto 22); sulla inderogabilità del principio della domanda nell'ordinamento processuale nazionale si veda Cons. Stato, Ad. plen., 13 aprile 2015, n. 4 (in *Foro it*., 2015, III, 265, con nota di TRAVI nonché in *Urb. e app*., 2015, 917, con nota di MANGANARO, MAZZA LABOCCETTA; *Giur. it*., 2015, 1693 (m), con nota di COMPORTI; *Guida al dir*., 2015, fasc. 20, 92, con nota di MASARACCHIA; *Foro amm*., 2015, 2206 (m), con nota di SILVESTRI; *Corriere giur*., 2015, 1596, con nota di SCOCA; *Dir. proc. amm*., 2016, 173, con nota di TURRONI);

t9) sul rapporto fra preclusioni processuali e diritto comunitario si veda nella giurisprudenza nazionale: Cons. Stato, Sez. III, 4 febbraio 2015, n. 540 in *Foro it*., 2015, III, 328 secondo cui la pronuncia pregiudiziale interpretativa della Corte di giustizia non travolge il giudicato amministrativo, perché l'applicazione del diritto comunitario deve comunque rispettare le norme processuali dello Stato membro poste a tutela del principio di certezza del diritto; *idem*, sez. V, 17 luglio 2014, n. 3806, secondo cui è inammissibile l'istanza di revocazione finalizzata alla applicazione di principi successivamente elaborati dalla Corte di giustizia UE; *idem* sez. V, 23 ottobre 2013, n. 5131, sulla insussistenza dell'obbligo di rinvio pregiudiziale in presenza di un precedente giudicato di inammissibilità per difetto di una condizione dell'azione (legittimazione alla impugnazione degli atti di gara); *idem*, V, 22 gennaio 2015, n. 272 secondo cui "*è inammissibile l'introduzione in sede di replica di doglianze ulteriori rispetto a quelle che hanno delimitato il perimetro del thema decidendum in appello; pertanto è inammissibile la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte del Lussemburgo formulata in sede di memoria di replica dall'appellante. Del resto, una volta verificatasi una preclusione o una decadenza processuale non può trovare ingresso la successiva richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia e il conseguente obbligo di rinvio del giudice di ultima istanza ex articolo 267, comma 3, TFUE; tanto in considerazione del cosiddetto principio di autonomia processuale nazionale, cui la stessa Corte di giustizia ha mostrato di aderire, riconoscendo e dunque lasciando, nei limiti della non discriminazione e della effettività della tutela, agli ordinamenti dei singoli Stati la disciplina delle modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali; né si possono ritenere superati tali limiti posto che si deve al fatto proprio della parte appellante l'impossibilità dell'esame della sua domanda di rinvio pregiudiziale perché intempestiva e in violazione di norme chiare e pacifici principi*"; *idem* sez. V, 7 novembre 2012, n. 5649 in *Foro amm*. CDS 2012, 11, 2877 (s.m) secondo cui "*L'obbligo del rinvio pregiudiziale interpretativo alla Corte UE, sancito dall'art. 267 comma 3, Trattato UE, presuppone l'esistenza non solo di un giudice ma anche di un giudizio correttamente instaurato e altrettanto correttamente celebrato ovvero sviluppatosi nel rispetto delle regole processuali del singolo Stato*";

t10) sul tema dei rapporti fra giudizi (aventi identità di oggetto e soggetti) pendenti innanzi al G.A. italiano ed al giudice europeo si veda Cons. Stato, sez. VI, ordinanza 14

aprile 2017, n. 1805 (oggetto della News US in data 19 aprile 2017 cui si rinvia per ogni approfondimento di dottrina e di giurisprudenza);

t11) in dottrina, nell'ambito di una vasta letteratura, si segnalano: CHITI, *L'effettività della tutela giurisdizionale tra riforme nazionali e influenza del diritto comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, p. 499 ss.; CONSOLO, *L'ordinamento comunitario quale fondamento per la tutela cautelare del giudice nazionale* (*in via di disapplicazione di norme legislative interne*), in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 255 ss.; 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, p. 224 ss.; DANIELE, *L'effettività della giustizia amministrativa nell'applicazione del diritto comunitario europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, p. 1385 ss.; GRECO, *L'effettività della giustizia amministrativa italiana nel quadro del diritto europeo*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996/3-4, p. 797 ss.; MARCHETTI, *Sul potere di annullamento d'ufficio, la Corte ribadisce l'autonomia procedurale degli Stati membri, ma si sbilancia un po'*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2006/6, p. 1132 ss.; MARI, *La forza di giudicato delle decisioni dei giudici nazionali di ultima istanza nella giurisprudenza comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 2004/3-4, p. 1007 ss.; MASUCCI, *La lunga marcia della Corte di Lussemburgo verso una tutela cautelare europea*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1996, p. 1155 ss.; 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, p. 29 ss.; MORBIDELLI, *La tutela giurisdizionale dei diritti nell'ordinamento comunitario*. Quaderni della Rivista "*Il Diritto dell'Unione Europea*", Milano, 2001; TESAURO, *Tutela cautelare e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1992, p. 125 ss.; GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost*?, Giappichelli, Torino, 2009.

VIII. - Sulla portata applicativa del divieto dei *nova* sancito dall'art. 104 c.p.a., avuto riguardo alla differenza fra motivi, domande ed eccezioni nuove, ulteriormente distinguendo fra mere difese ed eccezioni in senso stretto, e sui meccanismi di rilievo della violazione del divieto si segnala quanto segue:

u1) Cons. Stato, sez. IV, n. 8291 del 2010, in *Foro it.*, 2011, III, 192, con nota di V. MOLASCHI secondo cui "*ai sensi dell'art. 104, comma 1, c.p.a. nel giudizio di appello il thema decidendum è circoscritto dalle censure ritualmente sollevate in primo grado, non potendosi dare ingresso, per la prima volta in sede di appello, a nuove doglianze in violazione del divieto dei nova sancito dall'art. 345 c.p.c.*"; *idem*, sez. IV, 3 aprile 2017, n. 1505 del 2017 secondo cui "*Il divieto del c.d. "ius novorum" in appello non si estende alle eccezioni e questioni processuali e sostanziali rilevabili anche d'ufficio, quali quelle di irricevibilità, inammissibilità ovvero di improcedibilità, e la possibilità di sollevare per la prima volta in appello una eccezione o preclusione processuale rilevabile d'ufficio comporta, coerentemente, la possibilità di allegare e provare i fatti sottostanti*";

u2) nello stesso senso si vedano Cons. Stato, sez. V, 9 febbraio 2015 n. 659; sez. V, 30 novembre 2015 n. 5401; sez. III, 13 gennaio 2016 n. 73; sez. IV, 21 aprile 217, n. 1868 che ribadiscono il principio generale in forza del quale tutte le critiche alla sentenza oggetto di impugnazione devono essere introdotte, ai sensi degli artt. 91, 93 e 101 c.p.a., con specifico mezzo di gravame ritualmente e tempestivamente notificato non potendo valere a tal fine le memorie difensive);

u3) Cons. Stato, sez. V, 30 novembre 2015, n. 5401 secondo cui "*Nel processo amministrativo di appello si sottraggono alla facoltà del rilievo officioso le situazioni processuali in cui: I) devono essere fatti salvi gli effetti del giudicato interno sulla statuizione recata sul punto dalla sentenza di primo grado; II) trova ingresso lo speciale regime delle questioni di giurisdizione e competenza (artt. 9 e 15, c.p.a.), che impone sempre, ai fini del loro rilievo, la proposizione di uno specifico mezzo di impugnazione a fronte di una pronuncia espressa o implicita; III) si applica la speciale disciplina dettata dall'art. 101 comma 2, c.p.a. che, con maggior severità rispetto al passato, esige che sia le domande sia le eccezioni proposte in primo grado ma assorbite esplicitamente (o indirettamente perché non esaminate) dalla sentenza del Tar siano espressamente riproposte a pena di decadenza o con l'atto di appello o con la prima difesa utile ovvero con la memoria di tempestiva costituzione in giudizio*"; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 2014, n. 398, secondo cui "*il nuovo c.p.a ha recepito il divieto di ius novorum in relazione a nuove domande, nuove eccezioni e nuove prove con alcuni temperamenti, con particolare riferimento alla possibilità di proporre motivi aggiunti in appello che deve ritenersi ammessa solo per dedurre ulteriori censure in relazione ad atti e provvedimenti già impugnati con il ricorso di primo grado (o con rituale atto di motivi aggiunti proposto in prime cure) - allorché i vizi ulteriori emergano da documenti non prodotti dalle altre parti nel giudizio di primo grado (art. 104, co. 3) – ma non avverso atti diversi da quelli impugnati con il ricorso di primo grado, ancorché connessi ovvero impugnati in via meramente derivata e ciò sia alla luce del tenore letterale dell'art. 104, co. 3, c.p.a. sia, sul piano logico e sistematico, in considerazione della portata generale del principio del doppio grado di giudizio il quale non consente ampliamenti del thema decidendum nel passaggio fra il primo ed il secondo grado, non può incontrare deroghe implicite, è posto nell'interesse di tutte le parti in causa, è inderogabile dalle stesse costituendo espressione di ordine pubblico processuale, impone una interpretazione restrittiva della norma derogatoria avente natura eccezionale*";

u4) in dottrina R. DE NICTOLIS, *Codice del processo amministrativo*, Milano, IV ed., 2017, 1477 ss.; D. CORLETTO, in *Il processo amministrativo*, a cura di QUARANTA – LOPILATO, Milano, 2011, 797 ss.;

IX. - Sulle norme retroattive si segnala quanto segue:

v) sulla individuazione ed i limiti delle norme retroattive:

v1) Cons. Stato, Ad. pl., 9 febbraio 2016, n. 2 , in *Foro it*., 2016, III, 185 con note di BARILA', PARDOLESI; *id.* n. 9 del 2014 cit., in *Foro it*., 2014, III, 429 con nota SIGISMONDI,

che esclude il carattere di interpretazione autentica dell'art. 4, comma 2, lett. d), d.l. 13 maggio 2011, n. 70 che ha introdotto il principio di tassatività delle cause di esclusione dalle gare per l'affidamento di contratti pubblici, non rinvenendosi alcuno degli indici rivelatori di tale categoria di norme; *id*. n. 9 del 2011, in *Foro it*., 2011, III, 561, ove si legge che fondamentale presupposto perché una norma sia qualificabile di interpretazione autentica è che il significato della norma interpretata con essa scelto rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, con ciò vincolando un significato ascrivibile alla norma anteriore;

v2) la richiamata giurisprudenza individua i seguenti indici rivelatori della retroattività: incertezza applicativa della norma antecedente a quella di asserita interpretazione autentica; in alternativa, la opzione prescelta dalla norma interpretativa deve rientrare tra quelle possibili sulla base del testo originario; la norma viene ad incidere sui rapporti pendenti; requisito formale dell'auto qualificazione della norma come di interpretazione autentica (ritenuto tuttavia requisito non dirimente); rispetto comunque dei limiti alla retroattività, come nel caso di norme penali; rispetto del giudicato;

v3) la sentenza in commento, anche attraverso il richiamo a Corte cost., 4 luglio 2014, n. 191, in *Foro it*, 2014, I, 2668, evoca il principio più volte ribadito dalla Corte EDU per cui *"non è vietato al potere legislativo di stabilire in materia civile una disciplina innovativa a portata retroattiva dei diritti derivanti da leggi in vigore, ma il principio della preminenza del diritto e la nozione di processo equo sanciti dall'art. 6 della Convenzione, ostano, salvo che per motivi imperativi di interesse generale, all'ingerenza del potere legislativo nell'amministrazione della giustizia al fine di influenzare l'esito giudiziario di una controversia"*; vengono a tal fine richiamate le seguenti sentenze della Corte di Strasburgo: 11 dicembre 2012, *De Rosa*; 14 febbraio 2012, *Arras*a, in *Riv. giur lav.,* 2012, II, 360 con nota MENGHINI; 7 giugno 2011, *Agrati*, in *Foro it.,* 2013, IV, 1 con nota PALMIERI, *Leggi retroattive: l'ardua mediazione tra l'interesse generale e la tutela dei diritti fondamentali dell'individuo*; 31 maggio 2011, Maggio e altri contro Italia, in *Riv. critica dir. lav. privato e pubbl*., 2011, 274 (m) con nota ZAMPIERI; 10 giugno 2008, Bortesi e altri contro Italia; 29 marzo 2006, Scordino e altri contro Italia, in *Corriere giur*., 2006, 929, con nota CONTI; viene altresì richiamata la sentenza 28 ottobre 1999, Zielinski e altri contro Francia, la quale ha rimarcato che le circostanze addotte per giustificare misure retroattive devono essere "trattate con la massima circospezione possibile", in particolare quando l'intervento legislativo finisca per alterare l'esito giudiziario di una controversia;

v4) Cass. civ., sez. un., 9 giugno 2016, n. 11844, in *Foro it*., 2017, I, 1019 con nota di DI VIRGILIO, ove si analizzano le differenze tra norme retroattive, transitorie ("*quale insieme di disposizioni particolari che, operando il raccordo tra vecchia e nuova normativa, individuano un regime transitorio specifico*") e intertemporali ("*quale insieme di regole o principi generali volti a determinare la norma in concreto applicabile nel conflitto tra legge precedente e legge sopravvenuta*");

v5) Corte cost. n. 108 del 20 maggio 2016 (oggetto della News US in data 27 maggio 2016), che dichiara costituzionalmente illegittimo il combinato disposto dei commi 44 e 45 dell'art. 1 della legge n. 228 del 2012 nella parte in cui non esclude dalla sua applicazione i contratti di conferimento delle mansioni superiori stipulati antecedentemente all'entrata in vigore delle norme medesime, sul rilievo che, se non è interdetto al legislatore emanare disposizioni che modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, queste però non devono trasmodare in un regolamento irrazionale nè arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l'affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto;

v6) Corte cost. 10 giugno 2016, n. 132, in *Foro it*., 2016, I, 2671 che giudica costituzionalmente legittima la norma (la quale statuisce che alcuni previsioni normative di recepimento di accordi sindacali disciplinanti le forze di polizia «*si interpretano nel senso che la prestazione lavorativa resa nel giorno destinato al riposo settimanale o nel festivo infrasettimanale non dà diritto a retribuzione a titolo di lavoro straordinario se non per le ore eccedenti l'ordinario turno di servizio giornaliero. Sono fatti salvi gli effetti delle sentenze passate in giudicato alla data di entrata in vigore della presente legge*») sul rilievo che "*il legislatore può adottare norme di interpretazione autentica non soltanto in presenza di incertezze sull'applicazione di una disposizione o di contrasti giurisprudenziali, ma anche quando la scelta imposta dalla legge rientri tra le possibili varianti di senso del testo originario, così rendendo vincolante un significato ascrivibile ad una norma anteriore*".