**Corso di formazione per Magistrati amministrativi di prima nomina, organizzato dall’Ufficio studi e formazione della Giustizia amministrativa 17 luglio 2023**

***La sorte del provvedimento in contrasto con il diritto dell’U.E. o con la convenzione Edu***

**Relazione del pres. A. Cacciari**

1. La Convenzione Europea sui Diritti dell’Uomo

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

La prima è una convenzione internazionale che si qualifica in modo particolare rispetto ai numerosi trattati che sono stati siglati dal nostro paese. Il tratto caratterizzante è rappresentato dal fatto che per assicurare l’interpretazione e l’applicazione uniforme dei suoi principi è stato creato un organismo, la Corte Europea dei Diritti dell’Uomo, che può essere adito non solo dagli Stati aderenti alla convenzione stessa ma anche dai cittadini di questi ultimi. A differenza dei trattati istitutivi dell’Unione Europea, però, non contiene norme sulla produzione normativa e quindi non conosce un “diritto derivato”. Inoltre, contrariamente alle norme comunitarie, le disposizioni convenzionali, secondo la giurisprudenza della Corte Costituzionale, non ricevono attuazione diretta sicché il giudice non può disapplicare la normativa interna contrastante.

È stato invero ritenuto, da parte di una dottrina, che a seguito delle modifiche al Trattato sull’Unione Europea e al Trattato che istituisce la Comunità Europea introdotte dal Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, anche le norme convenzionali oggi possano ricevere applicazione diretta con la stessa forza di quelle comunitarie. Il nuovo testo dell’articolo 6 del Trattato sull’Unione Europea, modificato dal Trattato di Lisbona in un’ottica di rafforzamento della protezione dei diritti fondamentali, stabilisce infatti che “l’Unione riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea del 7 dicembre 2000, adottata il 12 dicembre 2007 a Strasburgo, che ha lo stesso valore giuridico dei trattati”; prevede, al paragrafo 2, che “l’Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell’uomo e delle libertà fondamentali” e conclude al paragrafo 3 che “i diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione […] e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell’Unione in quanto principi generali”. Con l’adesione dell’Unione stessa alla Convenzione i diritti in quest’ultima riconosciuti potrebbero quindi essere immediatamente invocati negli Stati membri europei alla stregua del diritto comunitario. In tal senso ha disposto, ad esempio, la sentenza del TAR Lazio Roma II bis n. 11984/2010. Questa tesi è però rimasta isolata ed è stata smentita dalla Corte Costituzionale con diverse sentenze. Secondo la Corte, le variazioni apportate ai trattati comunitari non sono tali di determinare l’immediata adesione dell’Unione Europea alla Convenzione; tale adesione dovrebbe invece essere specificamente formalizzata secondo le procedure stabilite dell’ordinamento comunitario. Lo stesso articolo 6 del Trattato sull’Unione Europea stabilisce che le disposizioni convenzionali “non estendono in alcun modo le competenze dell’Unione definite nei trattati”, con la conseguenza che la Carta dei diritti fondamentali eurounitari trova applicazione unicamente nelle materie disciplinate dal diritto europeo. Le norme convenzionali non possono quindi trovare ingresso immediato nel nostro ordinamento per il tramite dell’art. 11 della Costituzione e, tuttavia, il loro valore è superiore a quello della legislazione ordinaria e non si identifica nel valore della legge con cui la Convenzione è stata ratificata. Le norme convenzionali integrano infatti, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall’art. 117, primo comma, Cost. nella parte in cui impone che la legislazione interna sia conforme ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali: “la potestà legislativa è esercitata dallo Stato e dalle Regioni nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario e dagli obblighi internazionali” (Corte Cost. 80/2011; C.d.S. IV 754/2014 ord.za). Ne segue che le leggi interne contrarie alle norme convenzionali possono essere disapplicate, *ex* art. 11 e 117 Cost., solo nel caso in cui il contrasto interessi quei diritti fondamentali enucleabili dalla Convenzione che coincidono con quelli fondanti l’ordinamento comunitario. In caso contrario le leggi nazionali non possono essere disapplicate e il giudice dovrà agire come segue. In primo luogo, nel decidere la controversia (relativa alla legittimità di un atto amministrativo) deve tentare una “interpretazione convenzionalmente orientata” della legge applicabile, verificando se dal testo letterale di quest’ultima è possibile trarre argomenti per farne un’applicazione conforme alle norme convenzionali. Se questo non risulta possibile, la legge nazionale incompatibile con la Convenzione deve essere posta nel nulla mediante il ricorso alla Corte Costituzionale, poiché il mancato rispetto della Convenzione Europea ne determina l’illegittimità costituzionale (C.D.S. V, 21 febbraio 2020 n.1326).

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

Non tutte le norme convenzionali, però, necessitano di un recepimento in atti legislativi degli Stati aderenti. Possiamo ricordare il Protocollo addizionale n. 1 in tema di protezione del diritto di proprietà, la cui applicazione (diretta) ha cancellato l’istituto dell’occupazione acquisitiva creato dalla nostra giurisprudenza. Possiamo inoltre ricordare l’articolo 6 della Convenzione, che sancisce il diritto ad un processo equo e che viene ritenuto applicabile, dalla giurisprudenza convenzionale, anche al procedimento amministrativo, laddove questo abbia ad oggetto l’irrogazione di sanzioni che (sempre secondo la giurisprudenza convenzionale) rientrano nel novero di quelle “penali”, anche se diversamente qualificate negli ordinamenti interni degli Stati aderenti. La questione in Italia si è posta con riferimento alle sanzioni irrogate dalle autorità indipendenti, in particolare dalla CONSOB per fatti che oltre a costituire illecito amministrativo, costituivano anche reato e i cui responsabili erano quindi sottoposti a sanzioni sia amministrative, che penali. La Corte Europea, nel ritenere che le prime abbiano anch’esse carattere penale secondo l’ottica convenzionale in quanto sono applicate non per ripristinare interessi pubblici lesi ma a scopo afflittivo e, inoltre, incidono particolarmente nel patrimonio giuridico dei destinatari, ha anche sancito che le garanzie previste dal citato articolo in tema di processo equo devono trovare applicazione nel procedimento amministrativo; a tal fine tuttavia non è necessario che procedimento segue pedissequamente le garanzie ivi previste essendo sufficiente che il provvedimento esitato al termine di un procedimento pur avente minori garanzie, possa essere sottoposto al controllo di un organo giudiziario il cui procedimento, questo sì, deve essere rispettoso delle garanzie convenzionali e assicurare al giudice una piena giurisdizione (“full jurisdiction”), che sia cioè tale da consentirgli un sindacato pieno di legittimità con accesso ad ogni questione di fatto e di diritto, per verificare la legittimità del provvedimento e, se necessario, annullarlo per rimettere la decisione di nuovo all’amministrazione (C.E.D.U. 4 marzo 2014, n. 18640; C.d.S. VI 26 marzo 2015, n. 1596; T.A.R. Campania-Napoli 18 dicembre 2020, n. 6255).

2. Il diritto comunitario

Venendo al diritto comunitario, la posizione di vertice spetta ai trattati istitutivi della Comunità che possono essere definiti come il diritto comunitario “primario”. I trattati però presentano una peculiarità rispetto ai “tradizionali” trattati internazionali poiché non contengono solo norme, ma anche disposizioni sulla produzione di norme di diritto “derivato”. Quello comunitario cioè è un ordinamento al cui interno esistono organismi deputati a produrre norme applicabili, in modo diversificato e a certe condizioni, direttamente all’interno degli Stati membri.

Quali sono i rapporti tra il diritto comunitario e l’ordinamento interno?

È da tempo superata l’opinione secondo cui il Trattato europeo possiede la stessa efficacia della legge ordinaria di recepimento. Questa tesi porta ritenere la prevalenza del diritto interno che recepisce le norme comunitarie, con la conseguenza che una norma interna posteriore può prevalere su una norma comunitaria recepita in legge interna. Oggi prevale inequivocabilmente il concetto di primazia del diritto eurounitario su quello nazionale, elaborato dalla giurisprudenza. Una base normativa è stata individuata nell’articolo 11 della Costituzione, che consente di disporre limitazioni alla sovranità nazionale per costituire un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia fra le nazioni. La tesi è stata criticata poiché quella norma era stata concepita per consentire l’adesione dell’Italia all’ONU, e non potrebbe essere applicata al fine di giustificare le limitazioni di sovranità per aderire ad un ordinamento avente scopi di carattere economico quale l’istituzione di un mercato unico europeo.

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

La Corte Costituzionale (sentenza n. 384/1994) ha comunque affermato la necessità di eliminare dall’ordinamento interno le disposizioni incompatibili con quelle comunitarie, per assicurare chiarezza normativa e certezza del diritto. Il caso riguardava l’impugnazione diretta di una legge regionale da parte dello Governo. Più recentemente la Corte ha rivendicato la supremazia del proprio ruolo anche in ipotesi diversa, precisamente laddove norme statali contrastino sia con il diritto dell’Unione, in particolare con la Carta dei diritti, sia con diritti fondamentali tutelati a livello costituzionale: in questo caso spetterà al giudice non disapplicare la normativa statale, ma sollevare questione di costituzionalità sulla norma statale in contrasto con la normativa europea (Corte cost. nn. 269/2017; 20/2019; 63/2019).

Se questa è la sorte delle leggi interne contrastanti con la normativa comunitaria, che ne è degli atti amministrativi contrari al diritto comunitario? Occorre distinguere tra i casi di *contrasto diretto* e *contrasto indiretto* dell’atto con la normativa comunitaria. Nel primo caso l’atto collide con una norma eurounitaria di diretta applicazione; nel secondo invece l’atto si presenta conforme ad una norma interna la quale, tuttavia, è contraria ad una disposizione comunitaria. Nel primo caso allora, trattandosi di contrasto tra il provvedimento e una norma comunitaria direttamente applicabile, il regime di invalidità del primo è quello ordinariamente connesso alla violazione di legge, ovvero l’annullabilità. Nel secondo caso il discorso è più complesso poiché occorre distinguere a seconda che la norma interna, incompatibile col diritto comunitario, fondi il potere esercitato dall’amministrazione del caso concreto o ne disciplini, invece, le modalità di esercizio. La disapplicazione della legge interna nel primo caso conduce al difetto di attribuzione poiché la sua eliminazione nella fattispecie concreta porta alla conseguenza che l’amministrazione ha agito in carenza di potere, con conseguente nullità e non mera annullabilità del provvedimento amministrativo. Nel secondo caso invece, laddove la legge interna disciplini le modalità di esercizio del potere e non sia elemento fondante dello stesso, la sua disapplicazione condurrà alla annullabilità del provvedimento (C.d.S. n. 3072/2009). La violazione del diritto comunitario implica quindi ordinariamente un vizio di annullabilità dell’atto, mentre la sua nullità è configurabile laddove esso sia stato adottato sulla base di una norma interna di attribuzione del potere, la cui disapplicazione fa venir meno il potere medesimo con la conseguenza che l’atto emanato sulla base di questo deve essere considerato non semplicemente illegittimo, ma nullo.

3. I provvedimenti definitivi

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

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

Il giudice comunitario ha ribadito il principio consentenza della Corte di Giustizia dell’Unione europea sez. VI, 16 luglio 2020, n. 424:

*22 ……, occorre subito ricordare l'importanza che il principio dell'autorità di cosa giudicata riveste sia nell'ordinamento giuridico dell'Unione sia negli ordinamenti giuridici nazionali. Infatti, al fine di garantire tanto la stabilità del diritto e dei rapporti giuridici quanto una buona amministrazione della giustizia, è importante che le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi non possano più essere rimesse in discussione (sentenze del 3 settembre 2009, Fallimento Olimpiclub, C-2/08, EU:C:2009:506, punto 22; dell'11 settembre 2019, Calin, C-676/17, EU:C:2019:700, punto 26, e del 4 marzo 2020, Telecom Italia, C-34/19, EU:C:2020:148, punto 64).*

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

*24 In particolare, il diritto dell'Unione non impone che, per tener conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente di tale diritto adottata dalla Corte, un organo giurisdizionale nazionale debba necessariamente riesaminare una sua decisione che goda dell'autorità di cosa giudicata (sentenze dell'11 settembre 2019, Calin, C-676/17, EU:C:2019:700, punto 28, e del 4 marzo 2020, Telecom Italia, C-34/19, EU:C:2020:148, punto 66).*

*25 In assenza di una normativa dell'Unione in materia, le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi. Esse non devono tuttavia essere meno favorevoli di quelle che riguardano situazioni analoghe di natura interna (principio di equivalenza), né essere strutturate in modo da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione (principio di effettività)*.

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

*Nel caso all’esame, al contrario, la definitività dell’imputazione del prelievo preclude la possibilità per il ricorrente di avvalersi degli effetti degli arresti della Corte di Giustizia, i quali trovano un limite non valicabile nella formazione della inoppugnabilità dell’atto.*

*Note e plurime sono, infatti, le prese di posizione del giudice comunitario volte a ribadire la necessità che - nell’ottica di una stabilità del diritto e dei rapporti giuridici - le decisioni giurisdizionali divenute definitive dopo l'esaurimento dei mezzi di ricorso disponibili, o dopo la scadenza dei termini previsti per tali ricorsi, non possano più essere rimesse in discussione (Corte giustizia UE sez. X, 6 novembre 2014, n.42; Corte giustizia UE sez. VI, 16 luglio 2020, n. 424) e lo stesso principio riguarda i rapporti esauriti per conseguita inoppugnabilità di un provvedimento autoritativo.*

*Altrettanto chiara è l’affermazione contenuta in tali pronunce secondo cui il diritto dell'Unione non impone a un giudice nazionale di disapplicare le norme processuali interne che attribuiscono forza di giudicato a una pronuncia giurisdizionale, neanche quando ciò permetterebbe di porre rimedio a una situazione nazionale contrastante con detto diritto.*

*Le modalità di attuazione del principio dell'autorità di cosa giudicata rientrano, infatti, nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri in virtù del principio dell'autonomia procedurale di questi ultimi.*

*9.4. Nella fattispecie in esame oggetto del contendere è, come esposto, un debito accertato con un provvedimento non più rimuovibile dall’ordinamento per effetto dell’acquiescenza ad esso prestata dalla parte. Del resto, il medesimo TAR Friuli Venezia Giulia, nella sentenza n. 228/2019, emessa a seguito del ricorso proposto dal produttore avverso la precedente intimazione di pagamento (intimazione di cui quella impugnata costituisce il riesame), aveva già riconosciuto come “ormai intangibile l’importo complessivo addebitato alla ricorrente nella precedente cartella di pagamento”.*

*Ne consegue che – anche a prescindere dal profilo eccepito nel terzo motivo di appello – la sentenza risulta errata laddove estende gli effetti di pronunce della Corte di Giustizia ad un rapporto oramai coperto da definitività.*

4. La rilevabilità d’ufficio

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

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

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

In via officiosa, se la norma interna viene utilizzata come parametro dal ricorrente e contrasta con una norma comunitaria, il giudice può procedere alla disapplicazione della prima e valutare la legittimità dell’atto alla luce della seconda poiché entrambe entrano nel processo decisionale, nel senso che costituiscono antecedenti logici della decisione. Inoltre il giudice può annullare l’atto emanato sulla base di una norma statale *attributiva* del potere, anche se diversa da quella utilizzata come parametro dal ricorrente, in contrasto con il diritto comunitario[[1]](#footnote-1).

5. Esempi recenti di disapplicazione:

C.d.S. III, 23 dicembre 2022 n. 11277 (richiedente protezione internazionale che traffica in stupefacenti);

C.d.S. III, 15 dicembre 2022 n. 10999 (allontanamento non autorizzato del richiedente protezione internazionale dalla struttura di assegnazione).

1. N. Pignatelli, L’illegittimità “*comunitaria*” dell’atto amministrativo in *Giurisprudenza costituzionale*, n. 4, 2008, 3635 ss.. [↑](#footnote-ref-1)