

La Corte di giustizia chiarisce – e ribadisce – che “la definizione di appalto pubblico di servizi rientra nella sfera del diritto comunitario”

[nota a CGCE, 18 luglio 2007, causa C-382/05, Commissione c. Italia]

di Roberto Cisotta*

1. Premessa – 2. I fatti e svolgimento della causa – 3. *Segue*: Le questioni controverse – 4. Brevi rilievi sulla posizione della Corte di giustizia in rapporto alle tendenze della dottrina e della giurisprudenza italiane – 5. Osservazioni conclusive

1. La materia degli appalti di servizi, e più in generale quella riguardante tutti i procedimenti e le attività – variamente denominati e ricostruiti dal punto di vista giuridico a seconda dei casi e degli orientamenti generali prescelti – attraverso cui la Pubblica Amministrazione (P.A.) affida l'esecuzione di lavori o forniture, nonché l'erogazione o lo svolgimento di servizi di diversa natura, è oggetto da alcuni anni a questa parte di un ampio dibattito. Tale dibattito è nato e si è sviluppato sotto la spinta delle numerose novità introdotte dal legislatore comunitario e da quello nazionale (spesso su impulso del primo), nonché delle evoluzioni che la giurisprudenza, ancora comunitaria e nazionale, ha conosciuto.

In questa vasta discussione si è inserita lo scorso 18 luglio la Corte di giustizia di Lussemburgo¹, la quale – in una linea di continuità coi suoi *dicta* precedenti – ha dato il proprio contributo alla definizione della figura dell'appalto di servizi, “interpretando autenticamente” la direttiva 92/50/CEE², ed in particolare i suoi articoli 1, 11, 15 e 17, nella parte in cui essi sono

* dottorando di ricerca in diritto dell'Unione europea nell'Università di Trieste. Desidero ringraziare l'avv. Gabriele Carbonara del foro di Roma e il dott. Giacomo Gattinara, dottore di ricerca in diritto internazionale e dell'Unione europea nell'Università di Roma – La Sapienza: senza i loro consigli e il loro aiuto, alcuni aspetti in questo breve lavoro sarebbero stati affrontati in modo meno chiaro e completo.

¹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 luglio 2007, causa C-382/05, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicata in *Racc.* Le sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee posteriori al 17/06/1997 sono liberamente consultabili *on-line* al sito: www.curia.europa.eu; la giurisprudenza precedente è disponibile *on-line* sul sito: www.eur-lex.europa.eu, ove è possibile consultare anche tutti gli atti normativi. Una selezione delle sentenze della Corte maggiormente rilevanti in tema di appalti, richiamate per brevi estratti, è presente *on-line* sul sito: <http://www.dirittoue.info/?cat=5>.

² Direttiva 92/50/CEE del Consiglio, del 18 giugno 1992, che coordina le procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di servizi, *GUCE* L 209, 24 luglio 1992, p. 1, modificata dalla direttiva 2001/78/CE della Commissione, del 13 settembre 2001, *GUUE* L 285, 29 ottobre 2001, p. 1. Salvo gli altri riferimenti che si faranno *infra*, sulla direttiva 92/50, cit., cfr. R. GAROFOLI, *Codice degli appalti di servizi e forniture e dei servizi pubblici locali – annotato con*

rilevanti per distinguere detta figura da quella della concessione di servizi. La causa ha avuto origine da un ricorso per inadempimento ex art. 226 del Trattato istitutivo della Comunità europea (TCE), presentato dalla Commissione contro l'Italia sulla base di un reclamo ricevuto³.

Queste brevi osservazioni sono dedicate innanzitutto a una sintetica presentazione della posizione della Corte di Giustizia; questa posizione verrà quindi posta in relazione alle precedenti acquisizioni della dottrina e della giurisprudenza, soprattutto italiane; in ultimo, si svolgeranno alcune considerazioni sul possibile seguito che tale pronuncia potrà avere nell'ordinamento italiano e, più in generale, sul tipo di rapporto tra ordinamento comunitario e nazionale – segnatamente nel campo del diritto amministrativo – che risulta delineato dalla complessiva vicenda, in accordo con l'attuale stato della riflessione scientifica sul punto.

2. Presentiamo ora brevemente i fatti della causa.

La procedura oggetto di contestazione da parte della Commissione è quella che era stata indetta nel 2002 dalla Presidenza del Consiglio dei Ministri – Dipartimento per la protezione civile – Ufficio del Commissario delegato per l'emergenza rifiuti e la tutela delle acque in Sicilia, per la stipula delle convenzioni per l'utilizzo della frazione residua dei rifiuti urbani, al netto della raccolta differenziata, prodotta nei comuni della Regione Sicilia. La conclusione delle convenzioni contestate era avvenuta il 17 giugno 2003 senza il rispetto delle procedure previste dalla direttiva 92/50, cit., e segnatamente senza la pubblicazione del bando di gara sulla *Gazzetta ufficiale delle Comunità europee*. Su tale *Gazzetta* era infatti stato pubblicato il 16 agosto 2002 un avviso conforme al modello di avviso "indicativo" di cui all'allegato III della direttiva 92/50, cit., che però non rispettava tutti i requisiti del modello di bando di gara d'appalto, così come indicati dal medesimo allegato III. Sulla *Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana* del 9 agosto dello stesso

giurisprudenza, provvedimenti amministrativi e riferimenti bibliografici, Milano 2004, tomo I, p. 1069 ss. Su alcuni profili generali riguardanti la disciplina dei servizi e le fonti di regolazione di origine comunitaria – nonché quindi sul quadro di riferimento originario in cui si inseriva la direttiva 92/50 – cfr. M. CAMMELLI, *Comunità europea e servizi pubblici*, in L. RANDELLI, C. BOTTARI, D. DONATI (a cura di), *Diritto amministrativo comunitario*, Rimini, 1994, p. 179 ss., spec. p. 190-191. Con sentenza del 24 settembre 1998, causa C-76/97, *Walter Tögel c. Niederösterreichische Gebietskrankenkasse*, in *Racc.* p. I-5357 punti 44-46 la Corte ha riconosciuto sussistenti nelle disposizioni di cui ai titoli I e II della direttiva 92/50, cit. i presupposti dell'incondizionatezza e sufficiente precisione, che le rendono invocabili direttamente dai privati in giudizio nei confronti dello Stato e di tutti i soggetti pubblici, anche in assenza di norme interne di recepimento; cfr. sulla questione L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, 2007, p. 194 ss. e bibliografia segnalata a p. 333 s. Quanto ai titoli III-VI, l'indagine circa la sussistenza dei richiamati presupposti va, secondo la Corte, condotta caso per caso.

³ punto 13 della motivazione.

anno invece, era stato pubblicato un avviso dettagliato (circostanza che, a giudizio della Commissione, causava un ulteriore svantaggio per i prestatori di servizi non nazionali)⁴.

In seguito ad un reclamo, la Commissione ha inviato il 15 novembre 2002 alla Repubblica italiana una richiesta di informazioni, che sono state fornite lettera del 2 maggio 2003. La Commissione ha inviato però all'Italia il 17 ottobre 2003 una lettera di diffida per violazione della direttiva 92/50, cit. e in particolare degli articoli 11, 15 e 17. Malgrado la risposta italiana del 1° aprile 2004, la Commissione ha emesso parere motivato il 9 luglio 2004, intimando all'Italia di cessare l'inadempimento entro due mesi. Le autorità italiane hanno viceversa contestato il parere motivato, e la Commissione ha presentato ricorso alla Corte.

E' fin d'ora opportuno porre in evidenza come lo strumento del ricorso per infrazione di cui all'art. 226 TCE, attivato dalla Commissione nel caso qui in commento, sia, nel quadro dei rimedi alle violazioni del diritto comunitario messi a disposizione dai Trattati istitutivi, quello che più si avvicina al classico modello internazionalistico. L'esito negativo per l'Italia, che è stato infine decretato dalla Corte, concerne direttamente i soli rapporti tra lo Stato e la Comunità e la relativa sentenza ha valore di mero accertamento dell'avvenuta violazione⁵, mentre non c'è alcuna diretta rilevanza per la tutela di eventuali situazioni giuridiche di singoli soggetti, che possano aver subito un qualche pregiudizio. In particolare il ricorso per infrazione, a differenza del rinvio pregiudiziale di cui all'art 234 TCE, non è – come è noto – innestato in alcun procedimento giudiziario interno, in cui sia venuta in rilievo una questione di diritto comunitario. Ciò vuol dire che, come si spiegherà più diffusamente *infra* al § 5, la sentenza che accerta l'avvenuta violazione può solo valere come presupposto – pur di notevole importanza – per un nuovo procedimento interno, da instaurarsi per ottenere, qualora ricorrano le condizioni che si richiameranno, il risarcimento del danno patito. E ciò in aggiunta al fatto che, in virtù della sentenza di accertamento della violazione, lo Stato italiano è comunque obbligato nei confronti della Comunità a rimuovere al più presto le cause che hanno determinato la trasgressione del diritto comunitario, pena il rischio di incorrere in una vera e propria sentenza di condanna ex art. 228 TCE⁶.

⁴ Punti 10 e 18 della motivazione. Il documento oggetto di contestazione, che sarebbe stato poi pubblicato sulla *Gazzetta ufficiale della Regione Siciliana*, era stato approvato dal Commissario delegato con ordinanza 5 agosto 2002, n. 670 e in base all'art. 4 dell'ordinanza n. 2983/99. Esso comprendeva: un allegato A, indicante le "linee guida" per lo smaltimento dei rifiuti in oggetto, un allegato B, intitolato "Piano finanziario riassuntivo" e un allegato C contenente una "convenzione tipo" per la stipula con i prestatori che sarebbero stati selezionati, "convenzione tipo" alla quale si sarebbero poi conformate nella sostanza quelle stipulate il 17 giugno 2003.

⁵ Sul valore della sentenza cfr. P. MORI, *Commento all'art. 228*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati della Comunità europea e dell'Unione europea*, Milano, 2004, p. 1067 e riferimenti ivi citati.

⁶ Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, 2005, p. 272 ss., L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 234 ss.

3. Secondo l'art 1, lett. a) della direttiva 92/50, cit. sono appalti pubblici di servizi "i contratti a titolo oneroso stipulati in forma scritta tra un prestatore di servizi ed un'amministrazione aggiudicatrice (...)"⁷. Gli altri articoli invocati impongono all'amministrazione aggiudicatrice di un appalto di servizi adeguate forme di pubblicità, ed in particolare la pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale delle Comunità europee* del bando relativo, che deve peraltro essere redatto secondo i modelli contenuti negli allegati⁸.

Principalmente la controversia si gioca sulla diversità di qualificazione delle convenzioni citate: secondo il governo italiano, esse rientrano nel campo delle concessioni di servizi, come tali escluse dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50, cit.⁹. Al contrario, secondo la

⁷ Secondo invece l'art. 1, par. 2, lett. a) della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 2004/18/CE, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, in *GUUE* L 134 del 30 aprile 2004, p. 114-240, c.d. *direttiva unificata*, gli appalti sono "contratti a titolo oneroso stipulati per iscritto tra uno o più operatori economici e una o più amministrazioni aggiudicatrici aventi per oggetto l'esecuzione di lavori, la fornitura di prodotti o la prestazione di servizi". Quanto diremo a proposito della direttiva 92/50, cit., è da considerarsi in linea di massima valido anche per la nuova direttiva unificata; come infatti sostenuto da F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, II, Milano, 2005, p. 2283 "[n]on ci sono sul punto novità" nella nuova direttiva. Anche le opinioni dottrinali che riporteremo, talune delle quali riferite alle "nuove" direttive, si attagliano perfettamente anche alla "vecchia" direttiva 92/50, sotto i profili qui presi in considerazione. Secondo M. PROTTO, voce *Appalti pubblici*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, Milano, 2006, vol I, 353 ss. "la definizione comunitaria di appalto pubblico ha rivitalizzato, anziché sopire, il dibattito sulla natura pubblicistica e privatistica dell'istituto" (p. 359). E' questa una delle questioni che possono farsi rientrare tra quelle cui si alludeva *retro*, al § 1, che, pur appartenendo all'ambito tradizionale del dibattito nazionale, hanno ricevuto nuova linfa dagli interventi comunitari e dai reciproci influssi tra ordinamento nazionale e comunitario. Non è questa la sede per approfondire la questione, per la quale si rimanda alla voce testé richiamata e alla bibliografia ivi citata.

⁸ Il testo degli articoli è riportato nella sentenza, e può essere consultato sulla banca dati di *Eur-lex* indicata *retro* alla nt. 1, o, come già segnalato, in R. GAROFOLI, *Codice degli appalti di servizi e forniture e dei servizi pubblici locali*, cit., 1069 ss.

⁹ Ciò è confermato dalla Corte nella sentenza che si commenta, al punto 29, ove i giudici di Lussemburgo affermano che tale esclusione dall'ambito di applicazione della direttiva 92/50, cit. "risulta da una giurisprudenza costante" e, in particolare, vengono richiamate le sentenze 21 luglio 2005, causa C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de' Botti (Coname)*, in *Racc.* p. I-7287, punto 9, e 13 ottobre 2005, causa C-458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen, Stadtwerke Brixen AG (Parking Brixen)*, in *Racc.* p. I-8585, punto 42. Queste due sentenze sono importanti ai fini del caso qui in commento e si avrà sovente occasione di citarle; esse sono altresì divenute alquanto note, poiché hanno stabilito la linea giurisprudenziale della Corte di giustizia in materia di *affidamenti in house* (in realtà confermando e sviluppando tendenze già presenti e note); ad esse la dottrina ha tributato grande attenzione. Un quadro della situazione precedente alle due sentenze è offerto da G. GRECO, *Imprese pubbliche, organismi di diritto pubblico, affidamenti "in house": ampliamento o limitazione della concorrenza?*, in *Riv. it. di dir. pubbl. comunitario*, 2005, p. 61 ss. Sulle due pronunce ci si limita a rimandare, *ex pluribus*, a: M. BALDINATO, *Breve nota alla sentenza Corame: alcune interessanti affermazioni della Corte di giustizia sull'applicazione del principio di trasparenza negli appalti pubblici*, in *Riv. it. di dir. pubbl. comunitario*, 2005, p. 1426 ss., F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., I, p. 751 ss., ID., *L'affidamento in house*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici nella direttiva 2004/18/CE e nella legge comunitaria N. 62/2005*, Milano, 2005, p. 231 ss., F. GOISIS, *I giudici comunitari negano la "neutralità" delle società di capitali (anche se) in mano pubblica totalitaria e mettono in crisi l'affidamento in house di servizi pubblici locali*, in *Riv. it. di dir. pubbl. comunitario*, 2005, 1912 ss., A. SONCINI, *Trasparenza ed effettività in materia di concessioni di servizi – nota alle sentenze Coname e Parking Brixen*, in *Dir. comunitario e degli scambi internaz.*, 2005, p. 693 ss., M. BALDINATO, *Nota alla sentenza Parking Brixen: la*

Commissione si tratta di appalti di servizi, cui la direttiva ricordata è invece da applicarsi; di conseguenza, l'omissione delle forme di pubblicità dell'avviso da essa prescritte integra una violazione del diritto comunitario da parte dell'Italia. La Corte finirà per accogliere la tesi della Commissione, sposandone in pieno le argomentazioni.

Venendo all'analisi delle contrapposte ricostruzioni offerte dalle due parti, innanzitutto è da osservare che risulta controversa la valutazione della remunerazione spettante agli operatori. Essa veniva corrisposta direttamente dal Commissario delegato, nella misura fissata dalle convenzioni in euro per tonnellata di rifiuti trasferita dai comuni ai diversi operatori. Inoltre, l'operatore aveva diritto ad incassare i proventi derivanti dalla vendita di energia elettrica, ricavata dalla termovalorizzazione dei rifiuti. Secondo la Commissione, tali proventi non costituirebbero un elemento del corrispettivo dovuto all'operatore. Ricevendo quindi quest'ultimo il proprio corrispettivo direttamente dall'amministrazione, non sarebbe configurabile una concessione di servizi¹⁰. Secondo l'Italia invece, la remunerazione dell'operatore verrebbe versata dai comuni – che sarebbero gli utenti cui il servizio viene direttamente erogato –, mentre il ruolo del Commissario sarebbe semplicemente quello di un intermediario. Per quanto riguarda i proventi derivanti dalla vendita di energia prodotta dai processi di termovalorizzazione, essa rientrerebbe a pieno titolo nell'oggetto delle convenzioni, mentre il fatto che la remunerazione possa parzialmente pervenire da altre attività connesse con l'erogazione del servizio rientrerebbe pienamente nel quadro tipico delle concessioni¹¹.

In secondo luogo, è stata posta all'attenzione della Corte la questione riguardante il rischio connesso al servizio erogato. Per il governo italiano, esso rimarrebbe a carico degli operatori, i quali godono di proventi di "carattere aleatorio", per di più ripartiti nel corso del rilevante arco di tempo di durata delle convenzioni (20 anni), a fronte di investimenti iniziali di notevole ammontare. Sui medesimi prestatori graverebbe la responsabilità dell'organizzazione, della gestione e della continuità di servizi di interesse economico generale, rimanendo a carico dell'amministrazione un semplice ruolo di vigilanza¹². La tesi della Commissione è che l'operatore non sopporti in realtà alcun rischio connesso all'attività che svolge, attesa la garanzia del trasferimento di un quantitativo annuo minimo di rifiuti, nonché l'adeguamento su base annuale, stabilito dalle convenzioni, dell'importo della tariffa da esso percepita al fine di adeguarla all'andamento dei costi. Inoltre, per

Corte di giustizia limita ulteriormente la nozione di in house providing, in *Riv. it. di dir. pubbl. comunitario*, 2006, p. 227 ss., B. GILBERTI, *In house providing: questioni vecchie e nuove*, in *Foro amm. CdS*, 2006, p. 44 ss.

¹⁰ Punti 19 e 20 della motivazione.

¹¹ Punti 24 e 25 della motivazione.

¹² Punti 23, 24, 26 e 27 della motivazione.

salvaguardare l'equilibrio economico del prestatore, le convenzioni prevedono un'ulteriore possibilità di adeguamento della tariffa, qualora il totale dei rifiuti conferiti in un anno risulti inferiore del 95% o maggiore del 115% rispetto alla quantità minima garantita.

Per chiarire la strategia processuale del governo italiano, giova ricordare che “[è] normale, nelle concessioni di pubblico servizio, che il concessionario ritrovi i mezzi economici per la gestione della sua attività in prestazioni patrimoniali che gravano sugli utenti del servizio”¹³. Modalità della remunerazione ed assunzione del rischio di gestione, così come determinate dall'assetto del rapporto tra P.A. e operatore, concorrono quindi a determinare la qualificazione del rapporto stesso come concessione o appalto. E' questa una ricostruzione che, del resto, è in linea con il diritto comunitario¹⁴.

Ma soprattutto va notato che nello svolgimento di tutte le loro argomentazioni, i rappresentanti del governo italiano hanno sempre messo in evidenza che la necessaria classificazione delle convenzioni contestate come concessioni di servizi deriva dagli orientamenti della giurisprudenza interna¹⁵. Proprio da quest'ultimo punto prende le mosse la Corte di Lussemburgo, chiarendo che “la definizione di appalto pubblico di servizi rientra nella sfera del diritto comunitario, per cui la qualificazione delle convenzioni controverse nell'ordinamento italiano non è pertinente al fine di accertare se queste ultime rientrino nell'ambito d'applicazione della direttiva 92/50”¹⁶.

¹³ Così G. PERICU, *L'attività consensuale dell'Amministrazione pubblica*, in L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F. A. ROVERSI MONACO, F. G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, II, Bologna, 2001, III ed., p. 1717.

¹⁴ Cfr. le sentenze della Corte di giustizia del 26 aprile 1994, causa C-272/91, *Commissione c. Italia (Lottomatica)*, in *Racc.* p. I-01409, punti 7-11; 7 dicembre 2000, causa C-324/98, *Telaustria Verlags GmbH, Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG (Telaustria e Telefonadress)*, in *Racc.* p. I-10745, punto 58; e *Parking Brixen*, cit., punto 40; cfr. anche l'ordinanza 30 maggio 2002, causa C-358/00, *Buchhändler-Vereinigung*, in *Racc.* p. I-4685, punti 27-28 e la Comunicazione interpretativa della Commissione europea sulle concessioni nel diritto comunitario del 12 aprile 2000, 2000/C 121/02 in *GUCE* C 121 del 29/04/2000 p. 0002 – 0013, che si richiama esplicitamente alla sentenza *Lottomatica* e che così recita al § 2.2.: “...il criterio della gestione è una caratteristica essenziale per stabilire se si è in presenza di una concessione di servizi. Applicando tale criterio, si ha concessione di servizi quando l'operatore si assume i rischi di gestione del servizio (sua istituzione e gestione) rifacendosi sull'utente, soprattutto per mezzo della riscossione di un qualsiasi tipo di canone. La modalità di remunerazione dell'operatore è, come nel caso della concessione di lavori, un elemento che permette di stabilire l'assunzione del rischio di gestione. Come la concessione di lavori, anche la concessione di servizi è caratterizzata da un trasferimento della responsabilità di gestione. Infine, la concessione di servizi riguarda di solito attività che, per la loro natura, l'oggetto e le norme che le disciplinano, possono rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato ed essere oggetto di diritti esclusivi o speciali”. Il fatto che il servizio possa per sua natura “rientrare nella sfera di responsabilità dello Stato” sembra pure essere adombrato nelle difese italiane. Anche questo argomento tuttavia è respinto dalla Corte, come si dirà poco oltre nel testo. Su questa comunicazione in generale cfr. A. BARONE, U. BASSI, *La comunicazione interpretativa sulle concessioni nel diritto comunitario: spunti ricostruttivi*, in *Foro it.*, 2000, IV, p. 389 ss., R. CARANTA, *I contratti pubblici*, Torino, 2004, p. 112 ss.

¹⁵ Punti 22 e 30 delle motivazioni.

¹⁶ Punto 30 delle motivazioni. Vengono anche richiamati due precedenti giurisprudenziali della stessa Corte: sentenza 20 ottobre 2005, causa C-264/03, *Commissione c. Francia*, in *Racc.* p. I-8831, punto 36 e sentenza 18 gennaio 2007,

Rifacendosi quindi alla sua precedente giurisprudenza¹⁷, la Corte stabilisce che nel caso di specie non ci si trova dinanzi ad una concessione di servizi, bensì ad un appalto. Esso infatti è un contratto a titolo oneroso ai sensi dell'art. 1 della direttiva 92/50, cit., in quanto il corrispettivo è pagato direttamente dall'amministrazione¹⁸. Quanto alla valutazione delle modalità di remunerazione, i giudici della Corte altro non fanno che affermare la validità di quanto sostenuto dalla Commissione¹⁹. La Corte di giustizia ribadisce che si è in presenza di una concessione di servizi "allorquando le modalità di remunerazione pattuite consistono nel diritto del prestatore di sfruttare la propria prestazione, ed implicano che quest'ultimo assuma il rischio legato alla gestione dei servizi in questione"²⁰. Anche per quanto concerne quest'ultimo aspetto, cioè quello del rischio di gestione – sul quale si sono *supra* sintetizzate le opposte ricostruzioni offerte dalle parti in causa – condivide in pieno le valutazioni della Commissione²¹. A questo peraltro i giudici di Lussemburgo aggiungono l'ulteriore elemento costituito dalla previsione nelle convenzioni della possibilità di rivedere l'ammontare della tariffa, in riferimento a mutamenti del quadro normativo in grado di determinare la necessità per l'operatore di porre in essere investimenti che oltrepassino una certa soglia.

Non viene accolta alcuna delle tesi del governo italiano.

Per la Corte la controprestazione ottenuta dall'operatore è essenzialmente quella pagata dal Commissario delegato, e questa ha valore assorbente rispetto ai ricavi che in via accessoria possano derivargli dalla vendita di energia elettrica, i quali non possono quindi valere a far mutare natura alle convenzioni; per tale ragione, queste ultime vanno senz'altro considerate appalti²².

Quanto alla lunga durata delle convenzioni, al cospicuo ammontare degli investimenti necessari, nonché alla notevole autonomia di cui l'operatore ha bisogno per l'erogazione del servizio, si tratta per la Corte di elementi che possono rinvenirsi tanto nelle concessioni di servizi quanto negli appalti²³; mentre viene ricordato che tra i servizi a cui la direttiva può essere applicata conformemente al suo allegato I A figurano quelli di "[e]liminazione di scarichi di fogna e rifiuti;

causa C-220/05, *Jean Auroux e a. c. Commune de Roanne, (Auroux e a.)*, non ancora pubblicata in *Racc.*, punto 40 (per quanto riguarda l'appalto di lavori).

¹⁷ Sentenza *Parking Brixen*, cit., punto 39.

¹⁸ Punti 32-33 delle motivazioni. La Corte richiama anche il precedente della sua sentenza 10 novembre 2005, causa C-29/04, *Commissione c. Austria*, *Racc.*, p. I-9705, punti 8 e 32, in cui veniva previsto un sistema di pagamento simile a quello del caso di specie, e la Corte aveva ritenuto che si trattasse di un appalto di servizi disciplinato dalla direttiva 92/50.

¹⁹ Punti 35-36 della motivazione.

²⁰ Punto 34 della motivazione.

²¹ Punti 34-36 della motivazione.

²² Punti 39-41 della motivazione.

²³ Punti 42 e 44 delle motivazioni.

disinfestazione e servizi analoghi” e non è quindi pertinente il rilievo del governo italiano secondo cui dovrebbe trattarsi di una concessione di servizi in quanto l’oggetto rientra nell’interesse generale²⁴.

4. La prima importante statuizione della Corte che pare opportuno rimarcare – la prima anche nell’ordine logico del ragionamento seguito dai giudici – è quella riguardante la dimensione comunitaria della nozione di appalto di servizi. La disciplina comunitaria si occupa precipuamente della fase della scelta dell’appaltatore (e in quegli appalti che siano al di sopra di un certo ammontare, come è noto), perché la sua finalità essenziale è quella di garanzia della concorrenza e della parità nelle possibilità di accesso alle procedure da parte di tutti gli operatori economici comunitari²⁵. E’ quindi essenziale che la nozione-chiave di appalto – nella sua differenziazione rispetto a figure simili di cui la normativa comunitaria non si occupa²⁶ – sia sottratta alla determinazione degli ordinamenti nazionali, pena la non uniforme sfera d’applicazione della regolazione comunitaria stessa sul territorio dei diversi Stati dell’Unione europea. I prestatori di servizi nel nostro caso, troverebbero “mercati” delle procedure di aggiudicazione degli appalti aperti in modo diseguale, con discriminazioni a danno di prestatori non nazionali che non tarderebbero a verificarsi in almeno alcuni degli Stati. Era quindi assolutamente logico – se non ovvio – che la Corte di giustizia avocasse a sé la competenza a stabilire i precisi confini della nozione di appalto di servizi, e quindi di applicabilità della direttiva 92/50, cit.

La ricorrente affermazione da parte dei rappresentanti del governo italiano della necessità di rifarsi alla giurisprudenza nazionale, secondo la quale ci si sarebbe trovati in presenza di concessioni di servizi lascia quindi perplessi. Non vengono peraltro citate dalla Corte le sentenze nazionali potenzialmente in grado di incrinare nel caso concreto le tesi della Commissione, e non è quindi possibile sapere se ne fosse stata segnalata qualcuna in particolare dal governo italiano. Non

²⁴ Punto 43 delle motivazioni. Nella posizione italiana sembra potersi scorgere anche un retaggio di una tradizionale concezione della dottrina nazionale: R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 114, precisa che “il trasferimento al concessionario del diritto di gestire il servizio non ha i connotati ideologici riconosciuti dalla nostra dottrina con il riferimento all’attribuzione al concessionario di potestà pubblicistiche, ma implica semplicemente e sul piano economico, la possibilità di trarre profitto dalla gestione stessa”; ma cfr. sul punto quanto osservato dalla Commissione nella sua comunicazione interpretativa del 2000, cit., nella parte finale del brano citato *supra* alla nt. 14. Cfr. sul punto anche G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M. P. CHITI e G. GRECO, Milano, 2007 – parte speciale, I, p. 439 s.

²⁵ Cfr. M. PROTTO, voce *Appalti pubblici*, cit., p. 355.

²⁶ Sull’applicazione anche alla concessione di taluni principi derivanti dalla disciplina comunitaria degli appalti, cfr. *infra* nt. 35.

è da escludersi che qualche affermazione dei giudici amministrativi italiani possa prestarsi ad interpretazioni equivoche, tuttavia – per quanto risulta – la giurisprudenza interna appare allineata su posizioni in tutto analoghe a quelle della Corte di giustizia quanto all'argomento che ci occupa: gli esiti quindi difficilmente sarebbero potuti essere differenti²⁷. L'unico profilo che, a parere di chi scrive, poteva lasciar sorgere qualche dubbio era forse solo quello relativo ai proventi derivanti dalla vendita di energia elettrica, dei quali però si sarebbe dovuto dimostrare il carattere di remunerazione principale, e non accessorio rispetto alla quota versata direttamente dal Commissario delegato. Era invece piuttosto chiaro che i prestatori non assumevano, con la stipula delle convenzioni, alcun rischio in proprio²⁸. E' piuttosto evidente che il governo italiano desiderasse prospettare delle interpretazioni che potessero semplicemente "salvare" le convenzioni contestate. Veniva infatti contestato il modello astratto di differenziazione appalto/concessione di servizi, proponendosene uno nuovo di fabbrica nazionale, del quale peraltro poco viene detto.

In realtà pare potersi affermare che fosse pacificamente accolto anche dalla dottrina italiana il criterio discrezionale tra appalto e concessione di servizi utilizzato dalla Corte di giustizia. Con grande chiarezza è infatti stato osservato che l'appalto di servizi "riguarda, di regola, servizi resi alla pubblica amministrazione e non al pubblico degli utenti, non comporta il trasferimento del diritto di gestione quale controprestazione eventualmente accompagnata da un prezzo, non determina – in ragione della modalità di remunerazione della prestazione – l'assunzione del rischio di gestione da parte dell'affidatario"²⁹. E' stato giustamente anche messo in luce che non è da escludersi che nell'appalto una parte – complessivamente poco rilevante – dei rischi sia a carico del contraente; inoltre, coniando una definizione nella quale potrebbe ricondursi appieno la fattispecie su cui ha giudicato la Corte nel nostro caso, si è detto che "l'appalto di servizi (e non la concessione) ricorre non solo quando si tratti di servizi resi direttamente alla pubblica amministrazione (...), la quale conseguentemente si accolla il relativo onere, ma anche nel caso di

²⁷ Cfr. ad es. Cons. Stato, sez. IV, 17 gennaio 2002, n. 253, cit. in R. GAROFOLI, *Codice degli appalti di servizi e forniture e dei servizi pubblici locali*, cit., p. 1073 e Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2002 n. 2634 in *Foro amm. CdS*, 2002, p. 1309, in cui si legge che "quando l'operatore privato si assume i rischi della gestione del servizio, rifacendosi sull'utente mediante la riscossione di un qualsiasi tipo di canone o tariffa, allora si ha concessione (...). (...) mentre se il servizio venga reso non a favore dell'amministrazione ma di una collettività indifferenziata di utenti, e venga almeno in parte pagato dagli utenti all'operatore del servizio, allora si è in ambito concessorio".

²⁸ Sul tipo di rischio cui la Commissione fa riferimento nella sua comunicazione interpretativa del 2000, cit., come elemento discriminante tra le concessioni e gli appalti, che non va semplicemente identificato col normale rischio imprenditoriale legato all'organizzazione dell'impresa, ma che è legato al versante finanziario dell'affare, cfr. R. CARANTA, *I contratti pubblici*, cit., 115.

²⁹ Così F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., p. 108.

servizi svolti a favore del pubblico, allorché il rischio economico della gestione o la parte più significativa di esso resti a carico dell'amministrazione concedente"³⁰.

5. In conclusione, si offrono alcune considerazioni su tre ordini di problemi: innanzitutto sulla diretta rilevanza della sentenza analizzata nel contesto dell'orientamento della Corte di Lussemburgo su tutta la materia degli appalti; in secondo luogo sul possibile *esito italiano* dell'accertamento della violazione compiuto dai giudici di Lussemburgo; in ultimo sul quadro dei rapporti tra diritto amministrativo interno e diritto dell'Unione europea.

Le nozioni di appalto e di appalto di servizi – nonché la stessa nozione di servizio – hanno indubbiamente subito nel corso del tempo un ampliamento, sotto l'influsso del diritto comunitario, così come esso vive nella giurisprudenza della Corte di Lussemburgo. I giudici comunitari tendono ad allargare il più possibile il campo d'applicazione dei principi di concorrenza cui sono ispirate le norme che essi sono chiamati ad interpretare³¹.

Sotto l'etichetta "principi di concorrenza", beninteso, vanno ricondotte tutte le norme del TCE – e del diritto comunitario derivato emanate per darvi attuazione – volte a garantire la libertà di prestazione dei servizi, la parità di accesso alle possibilità offerte dalla "apertura" degli appalti pubblici e quindi la concorrenza tra imprese in sé. E' stato di recente ricordato che l'art. 130 F del Trattato CEE, introdotto dall'Atto Unico Europeo del 1986, stabiliva per la Comunità Economica Europea l'obiettivo di garantire alle imprese di tutti gli Stati l'opportunità di "sfruttare appieno le potenzialità del mercato interno della Comunità grazie, in particolare, all'apertura degli appalti pubblici nazionali"³². Si tratta dell'attuale art. 163 TCE, par. 2 che è inserito nel quadro generale del

³⁰ F. MASTRAGOSTINO, *Le concessioni di servizi*, cit., p. 108-9. Continua l'Autore: "Con il che, una medesima attività può essere ascritta, proprio in relazione all'imputabilità/rischio di gestione all'uno o all'altro dei contraenti, al modello concessorio o, viceversa, alla figura dell'appalto di servizi". Con altrettanta chiarezza e nel medesimo senso si esprimono anche R. CARANTA, *Nozioni di appalto, lavori, servizi e forniture*, in R. GAROFOLI, M. A. SANDULLI (a cura di), *Il nuovo diritto degli appalti pubblici*, cit., p. 23 ss., spec. 31., E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, p. 585 ss. e spec. 594-5 (e, sugli aspetti riguardanti il riparto di giurisdizione, p. 722 ss., spec. 729) e G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, cit., p. 438 ss.

³¹ Cfr. M. PROTTO, voce *Appalti pubblici*, cit., p. 357.

³² Cfr. G. MORBIDELLI, M. ZOPPOLATO, *Appalti pubblici*, cit., p. 426 ss. Secondo i due autori le frizioni di continuo verificatesi nell'ambito della normativa degli appalti tra ordinamento comunitario e nazionale derivano da una non perfetta sovrapposibilità di obiettivi: di maggiore apertura alla concorrenza per il primo e di garanzia del corretto funzionamento e dell'imparzialità della P.A. il secondo (così informato fin dalla legislazione post-unitaria e ancora sotto il vigore della Costituzione repubblicana). Tale opposizione è forse accentuata, ma con l'intento di porre in evidenza una certa diversità di orientamenti che innegabilmente esiste.

Titolo XVIII, intitolato alla “ricerca e sviluppo tecnologico”³³, ove l’obiettivo è quello di “rafforzare le basi scientifiche e tecnologiche dell’industria della Comunità, di favorire lo sviluppo della sua competitività internazionale e di promuovere le azioni di ricerca ritenute necessarie ai sensi di altri capi del presente trattato” (art. 163 par. 1 TCE). Nella prospettiva del TCE quindi, la libertà di iniziativa economica e quella di accesso agli appalti in tutti i ventisette Stati determinano condizioni di competitività, che favoriscono anche il rafforzamento delle basi scientifiche e tecnologiche dell’industria dell’Unione nel suo complesso. Le libertà richiamate vanno senz’altro considerate insieme a quelle di circolazione: segnatamente, nel nostro caso, alla libertà di prestazione dei servizi di cui agli articoli 49 ss. del TCE³⁴.

Tale legame tra libertà di iniziativa, libertà di circolazione, apertura delle gare d’appalto pubbliche nazionali (e sviluppo tecnologico) non fa che essere continuamente ribadito nell’ambito della giurisprudenza comunitaria. Esso è considerato talmente importante da esplicitare i suoi effetti anche al di là della sfera di applicazione diretta della normativa comunitaria sugli appalti, sconfinando in settori come quello delle concessioni (che nel caso esaminato era sembrato una comoda scappatoia per evitare l’applicazione di quelle norme, ma che non lo è quindi del tutto)³⁵.

E’ ora possibile domandarsi quali conseguenze possono determinarsi sul piano interno dopo la sentenza della Corte in commento, venendo quindi al secondo dei profili poc’anzi individuati e ai quali sono dedicate queste osservazioni conclusive. In prima battuta, va ricordato che, ai sensi dell’art. 228, par. 1 TCE, lo Stato riconosciuto violatore “è tenuto a prendere i provvedimenti che l’esecuzione della sentenza della Corte di giustizia comporta”. Le indicazioni presenti nella giurisprudenza della Corte, che ha precisato la portata di tale obbligo, sono state di recente sintetizzate da un’autorevole dottrina nel modo che segue: “lo Stato membro deve a) cessare immediatamente di applicare i provvedimenti nazionali in cui si concreta la violazione dell’obbligo

³³ La formulazione è ripresa in termini identici nell’art. III-248 del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, inserito nella Sezione nona, del Capo terzo del Titolo terzo della Parte Terza.

³⁴ Cfr. le conclusioni dell’avvocato generale Stix-Hackl del 12 aprile 2005, causa C-231/03, *Coname*, *Racc.* p. I-7287, punto 105: “Gli artt. 43 CE e 49 CE devono essere interpretati nel senso che stabiliscono sostanzialmente un obbligo di trasparenza”; cfr. anche nt. seguente.

³⁵ Conclusioni dell’avvocato generale Sharpston del 29 marzo 2007, causa C-260/04, *Commissione c. Italia*, non ancora pubblicate in *Racc.*, punto 7: “[l]a Corte ha (...) statuito che, anche se i contratti di concessione di servizi pubblici sono esclusi dall’ambito applicativo delle direttive in materia di appalti pubblici, le autorità che li concludono sono tuttavia tenute a rispettare le regole fondamentali del TCE e, in particolare, il divieto di discriminazione sulla base della cittadinanza. Gli articoli 43 TCE e 49 TCE sono specificamente applicabili alle concessioni di servizi pubblici, ed il principio della parità di trattamento tra offerenti si applica anche in assenza di discriminazione sulla base della cittadinanza. I detti principi comportano, in particolare, un obbligo di trasparenza posto a carico delle pubbliche autorità, che devono garantire un adeguato livello di pubblicità, tale da consentire l’apertura della concessione di servizi alla concorrenza, nonché il controllo sull’imparzialità delle procedure di aggiudicazione”. Tra le sentenze richiamate in proposito dall’avvocato generale figurano anche la *Parking Brixen*, cit. e la *Telaustria e Telefonadress*, cit. Il fenomeno è stato analizzato anche dalla dottrina: cfr. ad es. F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo*, cit., II, p. 2271 ss.

comunitario e b) adottare nel minor tempo possibile tutti i provvedimenti (ad esempio di natura abrogativa o modificativa di precedenti disposizioni) necessari per eliminare completamente la situazione che aveva dato vita all'infrazione constatata nella sentenza della Corte. L'obbligo di abrogazione o di modificazione vale anche quando la norma comunitaria violata è idonea a produrre effetti diretti³⁶. Un'altra parte della dottrina ha osservato che non è ben chiarito di quali provvedimenti debba trattarsi³⁷: è naturale che essi varieranno a seconda dei casi, e rimangono comunque di spettanza degli organi statali, non essendo possibile alla Corte individuarli, né tanto meno dichiarare la nullità di atti interni, di qualsivoglia natura, in contrasto col diritto comunitario³⁸. Deve comunque trattarsi di "provvedimenti idonei allo scopo: sotto questo profilo la pubblicazione di una circolare ministeriale o una semplice prassi amministrativa, in quanto lasciano in vigore la legislazione o l'atto amministrativo oggetto di censura da parte della Corte, non sono sufficienti"³⁹. Ciò vuol dire che nel nostro caso le convenzioni che hanno formato l'oggetto della controversia non possono sopravvivere alla sentenza che ha decretato la non conformità alla direttiva 92/50, cit. delle procedure che hanno ad esse dato vita⁴⁰. Per questa via quindi, chi ha proposto reclamo alla Commissione sollecitando l'apertura di una procedura di infrazione – che, si badi bene, la Commissione stessa non aveva l'obbligo di aprire – ha ottenuto innanzitutto un primo importante risultato. Ma inoltre tutte le persone fisiche e giuridiche potranno esperire innanzi alle giurisdizioni nazionali un'azione di responsabilità per la riparazione del pregiudizio da esse eventualmente patito a causa della violazione del diritto comunitario compiuta dallo Stato⁴¹. In

³⁶ Così L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 241, con riferimento in particolare alla sentenza della Corte di giustizia 13 luglio 1972, *Commissione c. Italia*, causa 48/71, in *Racc.* 529.

³⁷ Ragionando infatti sulla stessa sentenza cit. alla nt. precedente, G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, Roma-Bari, 2007, p. 51 afferma che "[t]ali provvedimenti non sono individuati più precisamente né in questa né in altre pronunce".

³⁸ Cfr. P. MORI, *Commento all'art. 228*, cit., p. 1067 s.

³⁹ Così ancora P. MORI, *Commento all'art. 228*, cit., p. 1068.

⁴⁰ P. MENGOZZI, *Istituzioni di diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2006, p. 184 nota come le pronunce che riconoscono un'infrazione ex art. 226 TCE favoriscano la possibilità per i singoli di chiedere ai giudici nazionali di non applicare nei loro confronti la norma o l'atto nazionale giudicato in contrasto con il diritto comunitario (sulla cui validità in linea generale, come detto, la Corte non è di per sé in grado di incidere).

Se lo Stato non rimuove la causa della violazione, che continuerebbe quindi a protrarsi, la Commissione può adire nuovamente la Corte ex art. 228, par. 2 TCE, affinché questa rilevi il mancato adeguamento dello Stato alla sua precedente sentenza, e lo condanni eventualmente al pagamento di una somma forfettaria o penalità. Il nuovo provvedimento ha natura di vera e propria sentenza di condanna. Così ancora L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 241. Ma ciò, come si osservava *retro*, al § 2 riguarda direttamente la responsabilità dello Stato sul piano delle sue relazioni con gli organi comunitari ed eventualmente con gli altri Stati membri. Le situazioni giuridiche soggettive dei singoli devono trovare altri mezzi di tutela innanzi ai giudici nazionali.

⁴¹ Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. p. 279, spec. nt. 193, p. 344 e giurisprudenza ivi citata; l'illustre Autore ricorda anche quella giurisprudenza secondo cui non è ammissibile l'eccezione di irricevibilità di un ricorso ai sensi dell'art. 226 TCE per intervenuto adempimento dello Stato membro – nel corso del giudizio o comunque successivamente ai termini stabiliti dal parere motivato – proprio in quanto la declaratoria di responsabilità dello Stato

realtà la responsabilità extracontrattuale dello Stato per violazione del diritto comunitario si configura indipendentemente dalla pronuncia della Corte che riconosce la violazione in esito ad un procedimento ex art. 226, ed eventualmente a partire già da un momento precedente la pronuncia stessa. Tale sentenza risulterà comunque importante davanti alle giurisdizioni nazionali, perché la sussistenza della violazione non potrà essere posta in discussione⁴². I singoli che volessero agire per ottenere un risarcimento dovranno dimostrare la sussistenza delle tre condizioni stabilite dalla Corte per la configurabilità della responsabilità patrimoniale dello Stato: che la norma violata conferisca diritti ai singoli, che la violazione sia grave e manifesta⁴³ e che vi sia un nesso causale tra violazione e danno⁴⁴. La Corte ha altresì stabilito che in queste sedi, lo Stato dovrà rispondere “nei confronti del soggetto leso, in conformità alle disposizioni di diritto interno relative alla responsabilità della pubblica amministrazione”⁴⁵.

può costituire presupposto o titolo di responsabilità, oltre che nei confronti della Comunità o di altri Stati membri, anche dei singoli. Così ad es. la sentenza della Corte di giustizia del 7 febbraio 1973, causa 39/72, *Commissione c. Italia*, in *Racc.* p. 101, punto 11. Cfr. anche G. GAJA, *Introduzione al diritto comunitario*, cit., p. 53

In termini generali, profili patrimoniali della responsabilità per violazioni del diritto comunitario da parte degli Stati membri sono oggetto negli ultimi anni di diverse novità giurisprudenziali: cfr. F. FERRARO, *Questioni aperte sul tema della responsabilità extracontrattuale degli Stati membri per violazione del diritto comunitario*, in *Dir. dell'Unione eur.*, 2007, p. 55

⁴² Così si esprime la Corte nella sentenza del 5 marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur SA contro Bundesrepublik Deutschland e The Queen contro Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd e altri (Brasserie e Factortame)*, cause riunite C-46/93 e C-48/93, in *Racc.*, I-01029, punti 94 e 95: “Ammettere che l'obbligo di risarcimento a carico dello Stato membro interessato possa essere limitato ai soli danni subiti successivamente alla pronuncia di una sentenza della Corte che abbia accertato l'inadempimento di cui trattasi equivarrebbe peraltro a rimettere in discussione il diritto al risarcimento riconosciuto dall'ordinamento giuridico comunitario. Inoltre, subordinare il risarcimento del danno al presupposto di una previa constatazione, da parte della Corte, di un inadempimento del diritto comunitario imputabile ad uno Stato membro urterebbe contro il principio dell'effettività del diritto comunitario, poiché tale presupposto porterebbe ad escludere qualsiasi risarcimento tutte le volte che il preteso inadempimento non abbia costituito oggetto di un ricorso proposto dalla Commissione ai sensi dell'art. 169 del Trattato [attuale art. 226] e di una dichiarazione d'inadempimento pronunciata dalla Corte. Orbene, i diritti conferiti ai singoli da norme comunitarie aventi effetto diretto nell'ordinamento interno degli Stati membri non possono dipendere dalla valutazione della Commissione in ordine all'opportunità di avviare un procedimento ex art. 169 del Trattato nei confronti di uno Stato membro né dalle eventuali sanzioni della Corte che dichiara l'inadempimento”.

⁴³ A proposito della soddisfazione di questo requisito, si fa presente che la Corte nella sentenza *Brasserie e Factortame*, cit., al n. 57 precisa: “In ogni caso, una violazione del diritto comunitario è manifesta e grave quando continua nonostante la pronuncia di una sentenza che ha accertato l'inadempimento contestato, di una sentenza pregiudiziale o di una giurisprudenza consolidata della Corte in materia, dalle quali risulti l'illegittimità del comportamento in questione”. Una volta quindi che sia intervenuta una sentenza della Corte che riconosce l'inadempimento dello Stato, questo dovrebbe essere tanto più sollecito a rimuovere le cause che lo hanno determinato, per non aprire la strada a richieste di risarcimento che sarebbero addirittura agevolate nella dimostrazione del requisito della presenza di una violazione grave e manifesta.

⁴⁴ Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, cit. p. 353 e L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 210 e i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici citati da entrambi.

⁴⁵ Così la sentenza della Corte di giustizia del 22 gennaio 1976, causa 60/75, *Carmine Antonio Russo c. Azienda di Stato per gli interventi sul mercato agricolo (AIMA) (Russo)*, in *Racc.* 45, punto 9. Tali giudizi saranno retti, in ossequio al principio di autonomia processuale elaborato dalla giurisprudenza comunitaria, dalle norme processuali nazionali: cfr. L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, cit., p. 212 ss. Come ricorda l'Autore, stando alla giurisprudenza della Corte il principio in parola incontra due limiti: “le modalità definite dal diritto nazionale per l'esercizio di posizioni di derivazione comunitaria non possono essere meno favorevoli di quelle applicate per la protezione in via giudiziaria di

Dedichiamo poche battute finali al quadro dei rapporti tra ordinamenti che si viene delineando nella materia che ci occupa. Quanto alla tutela dell'uniforme applicazione del diritto comunitario, le considerazioni che precedono sono sufficienti a dimostrare quanto esso rimanga la prima delle preoccupazioni dei giudici di Lussemburgo. I criteri messi a punto dalla giurisprudenza della Corte di giustizia per il risarcimento del danno per violazione del diritto comunitario da parte dello Stato si saldano ai principi sanciti nelle sentenze più risalenti; è così costruito un sistema complessivo in cui le trasgressioni divengono per gli Stati membri sempre più "dispendiose" e quindi, in ipotesi, meno convenienti.

Per tratteggiare il modo in cui tale "sistema rafforzato del diritto comunitario" influenza in particolare il diritto amministrativo italiano e degli altri Stati membri, ci rifacciamo alla classificazione, di stampo descrittivo, operata in ambito dottrinale: possiamo ritenere di trovarci in uno dei casi in cui "una disciplina comunitaria (...) si sostituisce alle leggi nazionali sul procedimento, si inserisce persino nei rapporti pubbliche amministrazioni nazionali-cittadini"⁴⁶. Uno degli effetti è la limitazione del potere statale, il quale non può interferire con l'attuazione del diritto comunitario⁴⁷, incorrendo viceversa in una violazione che la Corte di giustizia sarebbe pronta a sanzionare. E' quella che viene chiamata "*conformazione comunitaria del diritto amministrativo nazionale*", una delle tante forme attraverso cui si manifesta la "*signoria comunitaria sul diritto amministrativo*"⁴⁸, signoria che sono chiamati a riconoscere nella loro azione tanto la P.A. quanto i giudici interni. Più precisamente l'influenza e la penetrazione delle norme comunitarie sul diritto nazionale si esplicano tanto a livello di principi – come quello di parità di trattamento –, quanto a livello di modelli procedurali – si pensi agli adempimenti prescritti in tema di pubblicità degli

posizioni analoghe, di origine puramente interna (*principio di equivalenza*); 2) le modalità non possono essere tali da rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti di derivazione comunitaria (*principio di effettività*)".

In una vicenda per molti versi assai differente da quella di cui ci si è qui occupati (ma che sempre rientra nella più ampia questione dell'attuazione del diritto comunitario da parte delle amministrazioni nazionali) la Corte ha compiuto un bilanciamento tra principio di autonomia processuale e principio di leale cooperazione di cui all'art 10 TCE: sentenza del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren (Kühne & Heitz)*, in *Racc.* I-837, su cui cfr. il chiarissimo commento di G. GATTINARA, *Anche le amministrazioni nazionali devono garantire, al pari dei giudici, l'uniforme applicazione del diritto comunitario*, in *Dir. comunitario e degli scambi internaz.*, 2004, p. 485 ss. In tale ultima istruttiva e importante sentenza, è affermato l'obbligo della P.A. nazionale di rivedere una propria decisione, a patto che il diritto nazionale offra questa possibilità, anche quando questa fosse divenuta definitiva in seguito al passaggio in giudicato di una pronuncia di un giudice interno di ultima istanza (adottata senza che la Corte di Lussemburgo fosse adita con rinvio pregiudiziale ex art. 234, par. 3 TCE), che però si sia rivelata fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario, così come esso invece vive in una costante giurisprudenza della Corte di giustizia. Come ulteriore condizione, il singolo deve essersi rivolto all'amministrazione nazionale immediatamente dopo l'avvenuta conoscenza di questa giurisprudenza.

⁴⁶ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003, p. 101

⁴⁷ In casi diversi dal nostro può influenzare anche l'assetto organizzativo.

⁴⁸ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, cit., p. 93 e 100.

avvisi –, che le amministrazioni nazionali debbono obbligatoriamente seguire⁴⁹. Come questa vicenda però dimostra, la prassi quotidiana delle nostre amministrazioni non sembra essere sempre in linea col diritto comunitario.

⁴⁹ Cfr. S. CASSESE, *Diritto amministrativo comunitario e diritti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, cit., p. 9.