

**NOTE E DOTTRINA**

## **[1644/276] [456/156] [828/108] Ancora una pronuncia sulla efficacia diretta delle norme comunitarie.**

Fonte: **Giur. merito, fasc.6, 1997, pag. 1046**

Nota a: **T.A.R. Sardegna, 30 dicembre 1996, n.1306**

Autori: **Gianluca Sposito**

1. Premessa. La sentenza sopra riportata scaturisce da un giudizio in merito alla (contestata) aggiudicazione di un appalto pubblico mediante licitazione privata ad impresa privata. Il ricorrente, escluso dalla gara in seguito alla presentazione di un'offerta con un ribasso del 29,08

sul prezzo a base d'asta (offerta risultata anomala, in applicazione del comma 1 bis ult. cpv. art.21l.11febbraio 1994, n.109, come modificato dal d.l.3 aprile 1995, n.101, convertito nella l.2giugno 1995; n.216), ha lamentato, in particolare, il contrasto tra la disposizione di cui al comma 1 bis dell'art.21l.11febbraio 1994, n.109 che prevede l'esclusione automatica delle offerte anomale e la disciplina disposta dall'art.30n.4 direttiva Cee 1993/37 e dall'art.29 n.5 direttiva Cee 1971/305, come modificata dalla direttiva Cee 1989/440, secondo cui, invece, « non è ammessa l'esclusione automatica delle offerte anomale ma, in presenza di queste, occorre procedere ad una verifica della loro compatibilità finanziaria e, solo in caso di esito negativo, può giungersi alla pronuncia di esclusione » (1).

Siffatto contrasto avrebbe dovuto indurre la commissione aggiudicatrice ha sostenuto il ricorrente a disattendere la norma nazionale e ad applicare, invece, quella comunitaria prevalente (c.d. disapplicazione della norma interna non compatibile con norme comunitarie). 2. L'efficacia diretta e la prevalenza sul diritto interno delle direttive comunitarie. La rilevanza del diritto comunitario sulle

fonti di diritto amministrativo (2).

I caratteri fondamentali del diritto comunitario che, soprattutto, ne qualificano il rapporto con il diritto nazionale risultano essere sostanzialmente due: l'effetto diretto ed il primato. L'effetto diretto risiede nella idoneità della norma comunitaria a creare diritti ed obblighi direttamente in capo ai singoli (persone fisiche e persone giuridiche), senza cioè che lo Stato eserciti la sua consueta « funzione di diaframma » (3).

In particolare, le direttive sono provviste di effetto diretto quando, e nelle disposizioni in cui, hanno un contenuto precettivo sufficientemente chiaro e preciso, tale da non essere condizionato all'emanazione di atti ulteriori. Si fa tuttavia notare anche che l'effetto diretto è stato concepito ed è di fatto una vera e propria sanzione per gli Stati inadempienti, nella misura in cui attribuisce al giudice nazionale (eventualmente attraverso la cooperazione anche del giudice comunitario) il compito di realizzare comunque lo scopo della direttiva in funzione della tutela delle posizioni giuridiche individuali in ipotesi lese dal comportamento dello Stato. Le disposizioni provviste di effetto diretto di una direttiva non tempestivamente trasposta possono essere fatte valere dal singolo nei confronti dello Stato, proprio in quanto il fondamento di tale effetto va ricercato non tanto in una qualità intrinseca dell'atto, quanto nell'esigenza di impedire che lo Stato inadempiente possa opporre ai singoli, giovandosene, il proprio inadempimento (c.d. effetto diretto verticale). La giurisprudenza della Corte di giustizia ha poi progressivamente precisato la nozione di tale effetto, dandogli la maggiore ampiezza possibile (4).

La stessa giurisprudenza ha però escluso l'effetto diretto orizzontale, cioè la possibilità per il singolo di far valere la norma anche nei confronti di soggetti privati (5), sostenendo che in base all'art.189 Trattato Ce la direttiva vincola solo lo Stato cui è rivolta, dunque non può creare di per sé obblighi per un singolo in assenza delle prescritte misure di attuazione, con l'ulteriore conseguenza che nei confronti di quest'ultimo non può essere fatta valere (6).

In dottrina (7), però, tale posizione è parsa per lo più non convincente e poco rigorosa; si pensi al caso di un rapporto di lavoro, cui inerisca una direttiva comunitaria in parte provvista di effetto diretto: sarà favorito, in tale ipotesi, sotto il profilo della tutela giurisdizionale diretta, il dipendente di un ente pubblico

rispetto al dipendente di un'azienda privata, poiché solo nei confronti del datore di lavoro pubblico potrà farsi valere la direttiva (8).

La limitazione dell'applicabilità diretta della direttiva ai c.d. effetti verticali non è dunque condivisibile, frutto di un'interpretazione letteralistica dell'art.189; essa confonde lo Stato come soggetto di diritto internazionale (comunitario), che è il destinatario della direttiva, e lo Stato come soggetto del proprio ordinamento interno. Se, infatti, si tiene ferma questa distinzione, non può sfuggirsi, fa notare il Conforti, dalla seguente alternativa: « o si esclude che la direttiva penetri nell'ordinamento statale ed allora non sarà in alcun caso invocabile , o la penetrazione viene ammessa ed allora non si vede perché non sia invocabile da tutti e contro tutti » (9).

L'elemento dell'effetto diretto si collega, poi, strettamente e necessariamente ad un'altra qualità delle norme comunitarie, che viene ugualmente in rilievo nell'impatto con gli ordinamenti giuridici nazionali: il primato (o la prevalenza) sulle norme interne con esse contrastanti, quale ne sia il rango. La conseguenza pratica della prevalenza della norma comunitaria è che la norma interna con essa contrastante non può essere applicata. All'affermazione della prevalenza delle norme comunitarie su quelle nazionali è pervenuta da tempo la Corte di giustizia, come riconoscimento complementare a quello relativo all'effetto diretto. Alcune giurisdizioni nazionali a quel risultato sono invece pervenute solo da ultimo e con grande travaglio. Basti ricordare che, con la pronuncia n.14 del 1964, la Corte costituzionale aveva negato un valore peculiare alla legge esecutiva del Trattato, ed aveva ritenuto che, in caso di conflitto tra la medesima e le leggi posteriori, si dovesse fare ricorso al criterio cronologico della successione delle leggi nel tempo e non si potesse dar luogo a questioni di costituzionalità (10).

Successivamente, con la pronuncia n.183 del 1973 la Corte ha riconosciuto che le norme comunitarie « debbano avere piena efficacia obbligatoria e diretta applicazione in tutti gli Stati membri, senza la necessità di leggi di recezione e adattamento » (11).

Tale pronuncia, però, lasciava impregiudicata una questione cruciale, vale a dire le sorti della normativa interna incompatibile con le disposizioni comunitarie: la Corte, infatti, affermò che, nell'ipotesi di norme interne successive, risultanti in

contrasto con la disciplina comunitaria, il giudice fosse tenuto a rimettere la questione della loro legittimità costituzionale al giudice delle leggi (in sostanza, la supposta superiorità del diritto comunitario aveva bisogno del filtro del giudizio di costituzionalità). Tale prospettazione non poteva che essere avversata dalla Corte di giustizia, secondo la quale il giudice nazionale ha l'obbligo di garantire la piena efficacia delle disposizioni di diritto comunitario, « disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale , senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale » (12).

A questa ultima impostazione la Corte costituzionale italiana è pervenuta solo con la pronuncia 8 giugno 1984, n.170, affermando che, ogni qualvolta si verifichi un'incompatibilità fra la norma interna e quella comunitaria, prevale il precetto comunitario (13).

Ma con la pronuncia n.389 del 1989 (14) la Corte ha anche affermato che, valutando che la disapplicazione consente la contemporanea vigenza di norme reciprocamente contrastanti, lo Stato deve apportare le modificazioni o le abrogazioni che siano necessarie ad adeguare la normativa interna a quella comunitaria. Il meccanismo della disapplicazione della disposizione interna in contrasto con quella comunitaria comporta che non sia possibile sollevare validamente una questione di legittimità costituzionale poiché « si tratterebbe di una questione priva del dovuto requisito della rilevanza » (15).

Si giunge, così, inevitabilmente al problema della differenza tra « disapplicazione » e « non applicazione » del diritto interno confligente con il diritto comunitario (16).

Non si tratta di una questione meramente terminologica: con il termine « disapplicazione », infatti, si designa « il potere di non applicare ad una singola fattispecie o per particolari effetti un atto, che per altre fattispecie o ad altri effetti rimane pienamente valido ed efficace » (17): ciò si verifica nel caso in cui l'ordinamento giuridico limiti le potestà dell'organo impegnato nell'esame della validità di un atto, nel senso che gli inibisca l'annullamento del medesimo e gli renda possibile solo l'accertamento della non validità, con la conseguente non applicazione alla fattispecie sottoposta al suo esame (18); la « non applicazione » si colloca, invece, in quell'insieme di attività che partono dall'individuazione

della norma, passano attraverso la sua interpretazione e giungono infine all'enunciazione della regola che disciplina il caso concreto (19).

Nel primo caso, quindi, si ragiona in termini di due norme incompatibili entrambe astrattamente applicabili; nel secondo, invece, una sola è la norma applicabile alla fattispecie. Ricorrendo alla disapplicazione della norma nazionale si presuppone un vizio della norma interna (la prevalenza del diritto comunitario discenderebbe dall'applicazione di un criterio gerarchico dei rapporti tra fonti, indice di una ricostruzione orientata in chiave prevalentemente monistica); utilizzando, invece, la non applicazione si cercano di delineare ambiti di rilevanza diversi delle due norme, richiamando l'operatività del criterio di specialità (salvaguardando, così, la possibilità di ricostruire il rapporto tra ordinamento comunitario e ordinamento nazionale in chiave dualista). La scelta tra le soluzioni prospettate non è certo facile, anche se è palese la tendenza della Corte costituzionale verso una soluzione dell'antinomia in termini di non applicazione, nel tentativo, appunto, di salvaguardare l'impostazione dualistica dei rapporti tra ordinamenti (solo in tale prospettiva, infatti, la Corte può mantenere un proprio ruolo autonomo ed un proprio ambito di sindacato) (20).

Si è, tuttavia, da più parti sostenuto che la Corte costituzionale ha sostanzialmente collaborato a "complicare" una ricostruzione lineare della questione del contrasto tra norme comunitarie e norme interne, in quanto, pur orientandosi verso una lenta e progressiva apertura verso le Comunità, ha tuttavia sempre strenuamente difeso l'impostazione dualista dei rapporti fra ordinamenti, sulla cui base afferma la sussistenza di ipotesi di competenza propria per "controllare", in casi limite (violazione dei principi fondamentali dell'ordinamento, dei diritti inviolabili dell'uomo, ecc.), l'immissione del diritto comunitario nel sistema nazionale (21).

In prospettiva, proseguendo sulla linea della costituzione in ambito comunitario di un sistema unitario, non può che condividersi l'opinione di chi ritiene che l'unica ricostruzione compiuta, ancora possibile, di tale antinomia sia in chiave monista: in tale quadro, i rapporti tra norme comunitarie e norme interne sarebbero regolati da un rapporto gerarchico, dovendosi, in una visione integrata del sistema, configurare le norme comunitarie come primarie e le norme emanate dai singoli Stati membri come secondarie (22).

Ma, allora, in un ordinamento giuridico come il nostro, basato sul principio della rigidità della Costituzione e sul gradualismo delle fonti del diritto, l'impatto più interessante e notevole del diritto comunitario è proprio quello sulle fonti di diritto interno. È infatti assolutamente indifferente, per il diritto comunitario, la forza ed il valore giuridico delle fonti di diritto nazionale: una volta assodato che norme comunitarie direttamente applicabili prevalgono su qualsiasi disposizione di diritto interno, viene dunque meno in radice il valore del gradualismo. Tale approccio, si afferma, mette dunque in crisi il principio generale particolarmente operante nell'ambito del diritto amministrativo interno del divieto di disapplicazione della fonte o comunque atto generale illegittimo. Questo risulta allora essere un esempio di modificazione o sostituzione di principi generali del diritto amministrativo interno. Tuttavia, l'efficacia giuridica del diritto comunitario si spinge fino alla creazione di un parametro generale di riferimento interpretativo, costituito dall'interpretazione c.d. conforme al diritto comunitario stesso: in sostanza, l'operatore giuridico, prima ancora di affrontare il problema della possibilità o meno di una non applicazione del diritto interno per la prevalenza di quello comunitario per una determinata fattispecie, deve chiedersi se si possa addivenire ad una soluzione del conflitto interpretando la norma nazionale in senso conforme appunto alle norme ed ai principi del diritto comunitario.

3. Rilievi conclusivi. Il Collegio sardo ha, nel caso di specie, operato correttamente, rilevando la contrarietà della norma interna con la lettera e la ratio della normativa comunitaria, che si è opportunamente sottolineato « è volta a salvaguardare il principio di libera concorrenza che si esplica anche attraverso la possibilità per le ditte partecipanti ad una gara pubblica di offrire il prezzo più basso possibile in modo da risultare vincitrici ed aggiudicarsi l'appalto ». Le direttive comunitarie in discorso, contenendo disposizioni sufficientemente dettagliate, risultano in grado di produrre automaticamente effetti nell'ordinamento italiano; di fronte al contrasto con la norma interna, il giudice si vede costretto a disapplicare questa per assicurare la "prevalenza" delle norme comunitarie. La mancata applicazione di tali disposizioni comporta, in sostanza, la illegittimità dell'aggiudicazione dell'appalto. Tuttavia, il Collegio accoglie anche il ricorso incidentale dell'impresa aggiudicatrice dell'appalto, procedendo all'annullamento dell'intera procedura di gara, sulla base del rilievo che la situazione di incertezza relativa alla norma da applicare (la lettera di invito non richiama espressamente il comma 1 bis dell'art.211.n.109 del 1994) abbia condizionato in maniera determinante le valutazioni delle ditte partecipanti, le quali hanno dovuto presentare la propria offerta senza poter sapere quale

meccanismo di valutazione sarebbe stato utilizzato (si sarebbe proceduto alla esclusione delle offerte anormalmente basse?).

Eppure, i giudici sono chiari nel ritenere (motivando) che la disposizione di cui al comma 1 bis dell'art.211.n.109 del 1994 debba ritenersi espressamente richiamata, per cui era questa la norma che, presumibilmente, sarebbe stata applicata, per poi risultare comunque in contrasto con la prevalente norma comunitaria. La decisione, dunque di procedere all'annullamento dell'intera procedura di gara , benché corretta, concede però tutela ad imprese venutesi a trovare di fronte ad una incertezza forse non rilevante. Del resto, non si sarebbe potuta censurare una decisione che avesse considerato principalmente il contrasto della norma nazionale con la prevalente disciplina comunitaria e che, sulla base di tale assunto, avesse proceduto al solo annullamento della aggiudicazione dell'appalto all'impresa vincitrice secondo la norma interna soccombente.

**Note:**

(1) Per una analisi della disciplina in subjecta materia, v. Genuini, Appalti pubblici: gare C.E. e offerte anormalmente basse, in *La Funzione amministrativa*, 1994, 810 ss.; più analiticamente, De Rose , *La "riedizione" delle direttive in tema di appalti: certezze comunitarie e persistenti incertezze dell'adeguamento interno*, in *Cons.St.*, 1993, II, 2255 ss.

(2) Per delle considerazioni più analitiche sui rapporti tra normativa comunitaria e diritto interno v. in particolare, tra la sterminata bibliografia: *Diritto comunitario europeo e diritto nazionale*, (Atti del Seminario internazionale - Roma, Palazzo della Consulta, 14-15 luglio 1995), Milano 1997; Barone, *L'efficacia diretta delle direttive Cee nella giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte costituzionale*, in *Foro it.*, 1991, IV, 130 ss.; Calò', *Contrasti giurisprudenziali sulla portata della nozione di efficacia diretta delle direttive comunitarie*, in *N.giur. civ.comm.*, 1995, I, 843 ss.; Cartei, *Il conflitto tra norme interne e norme comunitarie*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 1995, 898 ss.; Celotto, *La prevalenza del diritto comunitario sul diritto interno: orientamenti della Corte costituzionale e spunti di teoria generale*, in *Giur.cost.*, 1992, 4481 ss.; Id., *Dalla "non applicazione" alla "disapplicazione" del diritto interno incompatibile con il diritto comunitario*, in *Giur.it.*, 1995, I, 341 ss.; Cocco, *Riserva di ordinamento e "specialità" del diritto comunitario*, in *Riv. it.dir.pubbl. com.*, 1992, 767 ss.; Conforti, *Diritto internazionale*, Napoli, 1995, 309 ss.; Mengozzi, *Il diritto della*

Comunità Europea, in Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia diretto da F. Galgano, XV, Padova 1990; Picozza, Alcune riflessioni circa la rilevanza del diritto comunitario sui principi del diritto amministrativo italiano, in Riv.it.dir.pubbl.com., 1992, 1209 ss.; Santosuosso, La posizione della Corte di Giustizia sulla diretta applicabilità delle direttive comunitarie, in Dir.com.scambi internaz., 1992, 731 ss.; Tesauro, Diritto comunitario, Padova 1995, 104 ss.

(3) Tesauro, op. cit., 107.

(4) Ad esempio, riconoscendo l'invocabilità della direttiva nei confronti di enti territoriali: C. giust. Ce, causa 103/88, 22 giugno 1989, in Racc., 1989, 1839 ss.

(5) L'efficacia solo verticale delle direttive inattuata si è fondata, nella giurisprudenza comunitaria, sul fatto che « lo Stato membro che non ha adottato, entro il termine, i provvedimenti di esecuzione imposti dalla direttiva, non può opporre ai singoli l'inadempimento, da parte sua, degli obblighi che essa impone »: C. giust. Ce, causa 152/84, 26 febbraio 1986, in Casi e materiali di diritto comunitario, a cura di Mengozzi, Padova, 1994, 319 ss.

(6) Questa posizione della Corte di giustizia (esclusione dell'effetto orizzontale) raccoglie consistenti critiche. Della sentenza 14 luglio 1994 (causa C-91/92) si è detto che la Corte « has remained 'uncomfortably and irrevocably wedded' to the principle of estoppel. Its formalist reliance upon the wording of article 189, the principle of estoppel and the distinction between directives and regulations, despite their clear flaws, bars further expansion of the doctrine of direct effect and crystallizes existing inconsistencies in the judicial protection of the individual »: Robinson, Commento alla sent. 14 luglio 1994, in Common Market Law Review, 1995, 639. Tuttavia, altri riconduce il permanere della distinzione tra effetti orizzontali e verticali alla « rather delicate nature of the European Union in this immediately post-Maastricht period », il che renderebbe « impolitic to take such a radical step », atteso anche che i singoli governi sono per il permanere della distinzione: Kinley, Direct effect of directives: stuck on vertical hold, in European Public Law, 1995, 83.

(7) Cfr. Tesauro, op. cit., 116 ss.; Conforti, Diritto internazionale, cit., 315 ss.

(8) L'esempio è del Tesauro, op. cit., 117. Sulla distinzione tra effetti verticali e orizzontali v., in particolare, C. giust. Ce 26 febbraio 1986, n. 152/84, in Racc., 1986, 723 ss., relativa alla direttiva Cee 76/207 (parità di trattamento tra uomo e donna in relazione, anche, alle condizioni per il licenziamento).

(9) Conforti, op. cit., 315.

(10) C. cost. 7 marzo 1964, n. 14, in Giur.cost., 1964, 129 ss.



- (11) C. cost.27 dicembre 1973, n.183, in Giur.cost., 1973, 2401 ss., con nota di P. Barile.
- (12) C. giust. Ce, causa 106/77 (caso Simmenthal), in Foro it., 1978, 629 ss.
- (13) C. cost.8 giugno 1984, n.170, in Giur.cost., 1984, 1098 ss.
- (14) C. cost.11 luglio 1989, n.389, in Giur.cost., 1989, I, 1757 ss.
- (15) C. cost.30 marzo 1995, n.94, in Giornale di diritto amministrativo, 1995, 895 ss., con nota di G.F. Cartei; v.anche per le medesime osservazioni C. cost.10 novembre 1994, n.384, in Riv. it.dir.pubbl.comm., 1994, 147 ss., con note di P.F. Lotito e di A. Marzanati.
- (16) Cfr. Celotto, Dalla "non applicazione" alla "disapplicazione", cit., 341 ss.
- (17) Mortati, Istituzioni di diritto pubblico, Padova 1991, 299.
- (18) Cfr. Cocco, op. cit., 799 ss.
- (19) Cfr. Ferrari, Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione a causa di invalidità e principio di specialità, in Riv.it.dir. pubbl.com., 1991, 1088 ss.
- (20) La Corte ha, però, recentemente posto in crisi l'uso dei termini sopra descritti: C.cost.10 novembre 1994, n. 384, cit., 147, con note di P.F. Lotito e di A. Marzanati, cit.; C.cost.30 marzo 1995, n.94, in Giornale di diritto amministrativo, 1995, 895 ss., con nota di G.F. Cartei, cit.
- (21) Celotto, La prevalenza del diritto comunitario, cit., 4533 ss.; Cartei, op.cit., 901.
- (22) Cfr. Celotto, op.ult. cit., 4534 ss.