CONCLUSIONI DELL'AVVOCATO GENERALE DÁMASO RUIZ-JARABO COLOMER presentate il 16 marzo 2006 [1]

I — Introduzione

1. Il Bundesverwaltungsgericht (Corte amministrativa federale) chiede che siano interpretati gli artt. 10 CE e 11, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10 aprile 1997, 97/13/CE, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione [2].

2. La pronuncia pregiudiziale è necessaria per risolvere due controversie vertenti sulla possibilità di riesaminare gli avvisi di liquidazione per la concessione di licenze nel settore dei servizi di telecomunicazione divenuti definitivi per decorso del termine di impugnazione.

3. Le decisioni di rinvio contengono due questioni identiche. La prima fa riferimento alla giurisprudenza sulla direttiva 97/13, segnatamente alle sentenze Connect Austria [3], Albacom e Infostrada [4] e ISIS Multimedia e Firma 02 [5], per le quali ultime due cause io stesso ho presentato conclusioni [6]. La seconda questione è d'importanza notevole, poiché offre alla Corte di giustizia la possibilità di trovare un equilibrio tra il primato del diritto comunitario e la certezza del diritto [7], virando bruscamente dalla scia della sentenza Kühne & Heitz [8], la cui dottrina è senza vie d'uscita.

1 — Lingua originale: lo spagnolo.

2 — GU L 117, pag. 15. Disciplina modificata dalla direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, 2002/20/CE, relativa alle autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica (direttiva autorizzazioni) (GU L 108, pag. 21).

3 — Sentenza 22 maggio 2003, causa C-462/99 (Racc. pag. I-5197).

4 — Sentenza 18 settembre 2003, cause riunite C-292/01 e C-293/01 (Racc. pag. I-9449).

5 — Sentenza 20 ottobre 2005, cause riunite C-327/03 e C-328/03 (Racc. pag. I-8877).

6 — Rispettivamente, il 12 dicembre 2002 e il 9 dicembre 2004.

7 — Galetta, D.U., «Autotutela decisoria e diritto comunitario», in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico*, 2005, pagg. 35-59, sostiene che l'eventuale riesame di un atto amministrativo definitivo dipende da un'attenta ponderazione di valori. Su un piatto della bilancia è il primato del diritto comunitario, corroborato dai principi di legalità, di equivalenza, di efficacia e di leale cooperazione. Sull'altro, è la certezza del diritto (pag. 50).

8 — Sentenza 13 gennaio 2004, causa C-453/00 (Racc. pag. I-837).

4. La Corte può ancora cambiar rotta dovendo pronunciarsi, tra breve, sull'applicazione di tale dottrina a decisioni giurisdizionali passate in giudicato [9].

II — Contesto normativo

A — *Il diritto comunitario*

1. Il «principio di lealtà»

5. Ai sensi dell'art. 10 CE, «[g]li Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità», facilitando «quest'ultima nell'adempimento dei propri compiti». «Si astengono», inoltre, «da qualsiasi misura che rischi di compromettere la realizzazione degli scopi [comunitari]».

2. La direttiva 97/13

6. Tale direttiva s'inquadra nello sforzo della Comunità di liberalizzare il mercato delle comunicazioni elettroniche, sforzo del quale ho dato di recente conto nelle conclusioni per la causa Nuova società di telecomunicazioni, lette il 27 ottobre 2005 [10].

7. La libera fornitura dei servizi di telecomunicazione e l'apertura delle loro reti sono i punti fondamentali della regolamentazione, che presuppone una distribuzione e un'utilizzazione senza ostacoli ovvero con riferimento ad «autorizzazioni generali» [11], riducendo le «licenze individuali» [12] alla condizione di eccezioni o di complementi delle autorizzazioni generali ('considerando' 7 e 13; artt. 3, n. 3, e 7). Entrambe le figure rientrano nella [più ampia] categoria delle «autorizzazioni» [13].

9 — Causa C-234/04, Kapferer, con conclusioni dell'avvocato generale Tizzano del 10 novembre dello scorso anno e sentenza pronunciata in data odierna. Un problema analogo si pone nella causa C-274/04, ED & F Man Sugar, dove si dibatte se nell'ambito di un ricorso avverso una decisione sanzionatoria in materia di restituzioni all'esportazione sia possibile dimostrare che l'esportatore ha davvero chiesto una restituzione superiore a quella spettante, benché la decisione di rimborso abbia acquisito carattere definitivo. L'avvocato generale Léger, nelle conclusioni del 29 settembre 2005, propende per l'affermativa.

10 — Causa C-339/04, non ancora giunta a sentenza. Si veda, in particolare, i paragrafi 3-6.

11 — Ai termini dell'art. 2, n. 1, lett. a), primo trattino, della direttiva, s'intende autorizzazione generale «un'autorizzazione che, indipendentemente dal fatto che sia disciplinata da una "licenza per categoria" o da una normativa generale, e che preveda (...) una registrazione, non obbliga le imprese interessate ad ottenere una decisione esplicita da parte delle autorità di regolamentazione nazionali per poter esercitare i diritti derivanti dall'autorizzazione».

12 — Per licenza individuale s'intende «un'autorizzazione concessa da un'autorità di regolamentazione nazionale, la quale conferisce diritti specifici ad un'impresa, ovvero l'assoggetta ad obblighi specifici, se del caso oltre all'autorizzazione generale, così che tale impresa non può esercitare i diritti di cui trattasi senza la previa decisione dell'autorità di regolamentazione nazionale» [art. 2, n. 1, lett. a), secondo trattino, della direttiva].

13 — La direttiva definisce quest'ultima nozione come «ogni permesso che sancisca diritti e obblighi specifici per il settore delle telecomunicazioni e consenta alle imprese di fornire servizi di telecomunicazione» ovvero di «creare e/o gestire reti di telecomunicazione per la fornitura di tali servizi (...)» [art. 2, n. 1, lett. a), primo comma].

8. Questa soluzione armonizzata tiene conto dei principi di proporzionalità, di trasparenza e di non discriminazione, al fine di creare un contesto compatibile con le libertà di stabilimento e di prestazione dei servizi ('considerando' 1, 2, 4 e 11; art. 3, n. 2).

9. In questa prospettiva la direttiva non contingenta le licenze che gli Stati membri possono concedere, purché sia assicurato un uso efficiente delle frequenze radio e siano disponibili numeri sufficienti. Inoltre, ogni organizzazione che osservi le condizioni decise e pubblicate dagli Stati membri ha diritto alla licenza richiesta (artt. 10, n. 1, e 9, n. 3).

10. Gli artt. 6 e 11 della direttiva 97/13, di natura tributaria, rispondono all'intento di favorire la concorrenza sul mercato delle telecomunicazioni non imponendo agli operatori più limiti ed oneri di quelli strettamente necessari [14], nel rispetto, quindi, dei summenzionati principi di proporzionalità, obiettività, non discriminazione e trasparenza ('considerando' 12).

14 — Le condizioni cui sono subordinate le autorizzazioni sono riportate nell'allegato della direttiva.

11. Il primo di questi due articoli è rubricato «Diritti e oneri per le procedure di autorizzazione generali», il secondo «Diritti e oneri per le licenze individuali».

12. Ai termini dell'art. 6, «[f]atti salvi i contributi finanziari per la prestazione del servizio universale secondo l'allegato, gli Stati membri fanno sì che i diritti richiesti alle imprese per le procedure di autorizzazione siano intesi a coprire esclusivamente i costi amministrativi connessi al rilascio, alla gestione, al controllo e all'attuazione del relativo sistema di autorizzazione generale. Tali diritti sono pubblicati in maniera opportuna e dettagliata, affinché si possa accedere agevolmente a tali informazioni».

13. Da parte sua l'art. 11 dispone quanto segue:

«1. Gli Stati membri fanno sì che i diritti richiesti alle imprese per le procedure di autorizzazione siano esclusivamente intesi a coprire i costi amministrativi sostenuti per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali. I diritti per le licenze individuali sono proporzionati al lavoro che esse comportano e sono pubblicati in maniera appropriata e sufficientemente dettagliata perché possano essere facilmente accessibili.

2. In deroga al paragrafo 1 quando siano utilizzate risorse rare, gli Stati membri possono permettere all'autorità di regolamentazione nazionale di imporre diritti che riflettono la necessità di assicurare l'uso ottimale di tali risorse. I diritti devono essere non discriminatori e tener particolare conto della necessità di incoraggiare lo sviluppo di servizi innovativi e la concorrenza».

14. A norma dell'art. 25 della direttiva gli Stati membri adottano le disposizioni necessarie per conformarsi a quest'ultima entro il 31 dicembre 1997.

B — *La normativa tedesca*

1. Sulla tassazione nel settore delle telecomunicazioni

15. Il Telekommunikationsgesetz (legge sulle telecomunicazioni; in prosieguo: il «TKG») 25 luglio 1996 [15] traspone nell'ordinamento tedesco la direttiva 97/13. Ai sensi del suo art. 16, n. 1, le licenze individuali sono attribuite dietro pagamento di un canone stabilito da un successivo regolamento.

15 — BGBl 1996 I, pag. 1120.

16. Con questa copertura di legge il Bundesministerium für Post und Telekommunikation (ministero federale delle Poste e delle telecomunicazioni) adottava il 28 luglio 1997 la Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung (regolamento relativo alla tassazione delle licenze di telecomunicazione; in prosieguo: la «TKLGebV 1997») [16], entrata in vigore, con effetto retroattivo, il 1° agosto 1996.

17. Ai sensi della stessa il prelievo teneva conto oltre che delle spese amministrative per la concessione della licenza delle spese per la gestione dei diritti e del controllo dei conseguenti obblighi (art. 1, n. 1).

18. L'importo del canone per le licenze della classe 3 [17] era commisurato al territorio coperto e, in questo modo, al numero dei potenziali utenti dei servizi offerti, con un'oscillazione tra DM 2 000 (EUR 1 022,58) e DM 10 600 000 (EUR 5 419 613,94) [18].

16 — BGBl 1997 I, pag. 1936.

17 — Classe composta dalle licenze per fornitura dei servizi pubblici di telecomunicazione da parte del titolare o di altri in uno spazio dato (punto A.3 dell'allegato all'art. 1, n. 1, della TKLGebV 1997).

18 — L'importo si otteneva con una frazione, il cui numeratore era costituito dal prodotto del numero degli abitanti del territorio coperto dalla licenza (E_G) per l'importo massimo indicato al punto A.3 dell'allegato alla TKLGebV 1997 per le licenze della classe 3 (G_D), e il denominatore dall'intera popolazione tedesca (E_D). Così, ad una licenza della detta classe per tutto il territorio nazionale corrispondeva un canone di DM 10 600 000, ridotto in misura proporzionale alla diminuzione del numero dei potenziali utenti (art. 3, n. 4, in combinazione con l'allegato all'art. 1, n. 1, della TKLGebV 1997).

19. Il Bundesverwaltungsgericht riferisce nelle decisioni di rinvio che quegli importi erano calcolati su una previsione delle spese generali di gestione dell'autorità nazionale di regolamentazione delle poste e delle telecomunicazioni (in prosieguo: l'«autorità di regolamentazione») per tre decenni [19].

20. Nella sentenza 19 settembre 2001 il Bundesverwaltungsgericht dichiarava che i diritti per la concessione di licenze della classe 3 calcolati in conformità della TKLGebV 1997 non erano coperti dall'art. 16, n. 1, del TKG, poiché includevano importi non autorizzati e per giunta violavano l'uguaglianza proclamata all'art. 3, n. 1, della legge fondamentale della Repubblica federale di Germania [20].

21. A seguito di questa sentenza la TKLGebV 1997 non è stata più applicata ed è stata sostituita dalla Telekommunikations-Lizenzgebührenverordnung 9 settembre 2002 (in prosieguo: la «TKLGebV 2002») [21] che prevede per le suddette licenze della classe 3 un diritto di EUR 4 260 riducibile fino a un minimo di EUR 1 000 (art. 2, n. 3).

22. Il governo tedesco informa [22] che gli avvisi di liquidazione impugnabili al tempo dell'emanazione della sentenza 19 settembre 2001 vennero annullati d'ufficio e che alcune imprese concordarono con l'autorità di regolamentazione la rinuncia ad ogni azione dietro rimborso dei diritti assolti [23].

23. La TKLGebV 2002 ha inoltre effetti retroattivi in relazione agli avvisi di liquidazione non ancora definitivi. Lo afferma il suo art. 4, secondo cui essa è applicabile ai titolari di licenze dal 1° agosto 1996 se al momento della pubblicazione della nuova normativa l'avviso poteva ancora essere impugnato.

2. Sul riesame degli atti amministrativi

24. Sotto questo generico nome sono compresi tre istituti distinti, benché affini, sistematizzati dal Verwaltungsverfahrensge-

19 — Più precisamente, nella sentenza 19 settembre 2001 (causa 6 C 13.00, BVerwGE vol. 115, pag. 125), cui farò riferimento nel prosieguo, il Bundesverwaltungsgericht indicava che dall'importo erano dedotte le spese di personale e materiali per 52,1 posti di lavoro nel corso di 30 anni.

20 — Il rilievo di illegittimità valeva anche per gli oneri applicati alle licenze della classe 4 che abilitavano a fornire servizi di telefonia con reti di telecomunicazione gestite dal beneficiario in uno spazio dato (punto A.4 dell'allegato all'art. 1, n. 1, della TKGLGebV 1997).

21 — BGBl 2002 I, pag. 3542.

22 — Punti 13 e segg. della memoria d'intervento.

23 — Nota 26 e paragrafo 101 delle presenti conclusioni.

setz (legge tedesca sul procedimento amministrativo; in prosieguo: il «VwVfG») 25 maggio 1976[24]. Il primo è la «riapertura del procedimento» (Wiederaufgreifen des Verfahrens), di cui all'art. 51, che, su istanza dell'interessato, punta all'annullamento o alla modifica di un atto per cause sopravvenute; costituisce una revisione *stricto sensu*.

25. Gli altri due istituti si differenziano per il carattere legittimo o illegittimo della risoluzione analizzata. Il secondo, di cui all'art. 49, ne prevede la «revoca» (Widerruf eines rechtmäßigen Verwaltungsaktes), mentre il terzo, inquadrato nell'art. 48, il «ritiro» (Rücknahme eines rechstwidrigen Verwaltungsaktes), sul presupposto che «un atto amministrativo illegittimo può, anche dopo esser divenuto inoppugnabile[25], essere ritirato in tutto o in parte con effetto per il futuro o per il passato».

26. Dalle decisioni di rinvio emerge che la giurisprudenza tedesca interpreta il potere di cui all'art. 48 del VwVfG come una facoltà il cui contenuto discrezionale si assottiglia, in taluni casi, fino a scomparire. Riconosce, infatti, un diritto al «ritiro» di una decisione amministrativa se il suo mantenimento risulta «semplicemente insopportabile», per esempio se viola il principio generale di uguaglianza oppure è contrario all'ordine pubblico o alla buona fede o è viziato da illegittimità manifesta o, ancora, se lo richiede la situazione giuridica del destinatario.

III — Fatti e questioni pregiudiziali

27. ISIS Multimedia Net GmbH & Co. KG e i-21 Germany GmbH (in prosieguo: «ISIS» e «i-21») detengono in Germania licenze di telecomunicazioni della classe 3 per le quali hanno pagato, rispettivamente, DM 131 660 (EUR 67 316,69) e DM 10 600 000 (EUR 5 419 693,94), in conformità dell'art. 16, n. 1, del TKG e della TKLGebV 1997.

28. Entrambe le compagnie accettavano di pagare gli avvisi di liquidazione, rendendoli così inoppugnabili.

29. Altre società titolari di licenze di telecomunicazione contestavano, invece, gli avvisi loro diretti e ottenevano dal Bundesverwal-

24 — BGBl 1976 I, pag. 1253. Versione 21 settembre 1998 (BGBl 1998 I, pag. 3050).

25 — Nota irrilevante ai fini della traduzione delle presenti conclusioni.

tungsgericht la sentenza 19 settembre 2001 [26] che, come osservavo, ne disponeva l'annullamento perché fondati su un regolamento — la TKLGebV 1997 — contrario a norme di rango superiore, e ordinava contestualmente il rimborso a quelle ricorrenti delle somme già introitate dalle casse pubbliche.

30. Una volta notificata la detta sentenza, ISIS e i-21 si rivolgevano all'autorità di regolamentazione per recuperare gli importi pagati. Ricevuto un diniego, ciascuna adiva il Verwaltungsgericht (Tribunale amministrativo di primo grado), che respingeva le loro istanze con l'argomento che non poteva esserci *restitutio in integrum*, essendo gli avvisi di liquidazione ormai definitivi, né spazio per un riesame a norma dell'art. 51, n. 1, o dell'art. 48, n. 1, del VwVfG.

31. Dopodiché ISIS e i-21 hanno fatto ricorso *per saltum* al Bundesverwaltungssgericht, il quale ha giudicato le istanze incompatibili senz'altro con il diritto tedesco, ma forse non con il diritto comunitario, e per questo ha sospeso i procedimenti sollevando per ambedue le controversie le seguenti questioni pregiudiziali:

«Se l'art. 11, n. 1, della direttiva [97/13/CE] debba essere interpretato nel senso che osta alla riscossione di un diritto per licenze nel cui calcolo è stata operata una riscossione anticipata dei costi per spese amministrative generali di un'autorità nazionale di regolamentazione per un periodo di 30 anni».

In caso di soluzione affermativa della questione sub 1):

«Se l'art. 10 CE e l'art. 11 della direttiva [97/13] debbano essere interpretati nel senso che obbligano ad annullare un avviso di liquidazione di un diritto come descritto sub 1) e che non è stato oggetto di impugnazione, pur permessa dalla normativa nazionale, qualora il diritto nazionale lo consenta, ma non lo imponga».

IV — Procedimento dinanzi alla Corte di giustizia

32. Con ordinanza 6 dicembre 2004 il presidente della Corte di giustizia ha riunito i due procedimenti per oggettiva connessione.

26 — In realtà quel giorno furono pronunciate nove sentenze di contenuto identico. Ricorrenti erano trentasette compagnie, di cui nove (Storm Telecommunications Limited, KDD-CONOS AG, Carrier 1 International GmbH, TelePassport Service AG, Airdata Holding GmbH, ECN Telekommunikation GmbH, BerliKomm Telekommunikationsgesellschaft GmbH, Telegate Aktiengesellschaft für telefonische Informationsdienste e First Telecom GmbH) ottennero l'annullamento. Le restanti ventotto concordarono con l'Amministrazione la restituzione dell'importo.

33. Conformemente all'art. 23 dello Statuto della Corte hanno svolto osservazioni la Commissione, i governi tedesco e olandese, nonché le imprese ricorrenti nelle cause principali.

34. All'udienza del 1° febbraio 2006 i loro rappresentanti nel corso della fase scritta hanno formulato osservazioni orali.

V — Analisi delle questioni pregiudiziali

A — *Motivazioni*

35. Per il Bundesverwaltungsgericht, a norma del diritto tedesco i canoni per la concessione di licenze individuali delle classi 3 e 4 nel settore delle telecomunicazioni sono annullabili per illegittimità della TKLGebV 1997 che dava loro copertura. Lo ha dichiarato nella sentenza 19 settembre 2001.

36. Con altrettanta convinzione la detta Corte crede che l'ordinamento giuridico nazionale non offra margini per riesaminare gli avvisi di liquidazione definitivi, tale che chi ha pagato possa ripetere l'indebito.

37. Vorrebbe, però, sapere se il diritto comunitario ratifichi questa soluzione o se, al contrario, richieda la revoca degli avvisi di liquidazione irregolari, con tutte le conseguenze del caso, anche se non più impugnabili (seconda questione). Ciò presuppone che i detti oneri infrangano anche l'ordinamento comunitario, sì che la verifica della loro eventuale «illegittimità comunitaria» diventa basilare per il procedimento pregiudiziale (prima questione) [27].

38. È dunque chiaro l'ambito comunitario dell'indagine giurisdizionale, senza necessità di occuparsi dell'ordinamento nazionale, che, nondimeno, serve da contrappunto e inquadra il dibattito. Per quanto riguarda la prima questione, infatti, il TKG, che la TKLGebV 1997 ha violato, traspone nell'or-

27 — Nelle sue osservazioni scritte il governo tedesco invita la Corte di giustizia ad omettere questo riesame allegando che la direttiva 97/13 è abrogata, che la nuova direttiva 2002/20 non parla più di licenze individuali e che le sue norme fiscali sono entrate in vigore il 25 luglio 2003 senza poter essere applicate ai fatti passati. Tale motivazione è errata: nelle controversie di cui trattasi si discute se un diritto pagato al tempo della prima direttiva, in conformità di un regolamento di attuazione della legge nazionale di trasposizione, sia compatibile con il diritto comunitario, sicché l'importanza della contrapposizione rilevata dal Bundesverwaltungsgericht è evidente. In definitiva, si tratta di valutare alcuni eventi e regole nazionali alla luce del diritto comunitario applicabile all'epoca dei fatti.

dinamento tedesco la direttiva 97/13 e, per quanto riguarda la seconda, in mancanza di una disposizione *ad hoc*, la difesa dei diritti riconosciuti dal sistema europeo deve articolarsi in accordo con le norme processuali tedesche [28].

B — *La prima questione pregiudiziale*

39. Il giudice remittente chiede se sia compatibile con l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 un diritto calcolato su una previsione delle spese amministrative generali dell'autorità di regolamentazione per un periodo di trent'anni.

40. Per risolvere la questione occorre analizzare la natura dei diritti previsti dalla citata direttiva.

1. Gli artt. 6 e 11 della direttiva 97/13

41. Sebbene in apparenza simili per contenuto, le due norme hanno una portata diversa, in quanto riguardano due regimi diversi, come ho osservato nelle conclusioni Albacom e Infostrada [29].

42. Le autorizzazioni generali sono permessi predefiniti a carattere generale [30] che consentono alle imprese di agire sul mercato delle telecomunicazioni senza necessità di una decisione esplicita dell'organo competente, ma con un eventuale controllo successivo, come enunciato all'art. 5.

43. Le licenze individuali, invece, sono autorizzazioni specifiche, necessarie affinché i titolari possano operare, che richiedono una decisione dell'Amministrazione adottata con un procedimento *ad hoc* [in tal senso gli artt. 2, n. 1, lett. a), secondo trattino, e 9 della direttiva].

44. Tali differenze giustificano il fatto che, mentre l'art. 6 parla di «coprire esclusivamente i costi amministrativi connessi al rilascio, alla gestione, al controllo e all'attuazione del *relativo sistema di autorizzazione*

28 — Come la Corte di giustizia ha ripetutamente affermato a partire dalla sentenza 16 dicembre 1976, causa 33/76, Rewe (Racc. pag. 1989).

29 — In prosieguo ne sono riprodotti i paragrafi 29 e segg.

30 — A predefinirli può essere l'Amministrazione («licenze per categoria») o il legislatore nazionale [come si deduce dal 'considerando' 8 e dall'art. 2, n. 1, lett. a), primo trattino, della direttiva 97/13].

generale», il n. 1 dell'art. 11 si riferisce ai costi della stessa natura sostenuti per «il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative *licenze individuali*» [31]. Per tale ragione la seconda disposizione richiede che i diritti per le licenze individuali siano proporzionati al lavoro che comportano, precisazione che non appare per le autorizzazioni generali.

45. Gli artt. 6 e 11, n. 1, della direttiva 97/13 prevedono, quindi, due figure di prelievo che, indipendentemente dalla loro denominazione [32], hanno natura remunerativa e parafiscale, in quanto rappresentano un compenso per l'atto o per il servizio amministrativo che riguarda il soggetto passivo. Tuttavia, a causa della diversa natura della prestazione, l'importo del diritto cui si riferisce la prima delle due disposizioni summenzionate è destinato, in modo non meglio precisato, a coprire il costo di funzionamento del «relativo sistema di autorizzazione generale» [33], mentre la riscossione per le licenze individuali è destinata esclusivamente a finanziare le spese sostenute dall'Amministrazione in occasione del rilascio, della gestione, del controllo e dell'esecuzione di ciascuna licenza specifica.

46. L'art. 11, n. 2, da parte sua, si riferisce ad un diritto da cui scompare qualsiasi idea di controprestazione, il quale ha la natura di un'imposta, sebbene con destinazione individuale [34].

2. Il diritto sulle licenze individuali di cui all'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13

47. Il fatto generatore del diritto è lo svolgimento di una procedura per il rilascio di una licenza ovvero per la gestione, il controllo e l'esecuzione del titolo.

31 — All'art. 11, n. 1, della versione in spagnolo della direttiva compare l'espressione «régimen de licencias individuales aplicable», ma il sostantivo iniziale non figura nelle versioni in tedesco, italiano, inglese e francese. Nella prima si può leggere «die Ausstellung, Verwaltung, Kontrolle und Durchsetzung der jeweiligen Einzelgenehmigungen»; nella seconda: «il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle relative licenze individuali». Quanto alla versione in inglese, essa recita: «in the issue, management, control and enforcement of the applicable individual licences». Infine, la versione in francese contiene la frase «à la délivrance, à la gestion, au contrôle et à l'application des licences individuelles applicables».

32 — «Tasse» o «prezzi pubblici». In Spagna da anni esiste un acceso dibattito dottrinale sulla distinzione tra i due concetti. Si può consultare Aguallo Avilés A., *Tasas y precios públicos: análisis de la categoria jurídica del precio público y su delimitación con la tasa desde la perspectiva constitucional*, Editorial Lex Nova, Valladolid, 1992, oppure Martín Fernández F. J., *Tasas y precios públicos en el derecho español*, Instituto de Estudios Fiscales - Marcial Pons, Ediciones Juridicas, S.A., Madrid, 1995. Nelle versioni in tedesco, inglese, francese e italiano della direttiva sono utilizzati, rispettivamente, i termini «Gebühren», «fees», «taxes» e «diritti».

33 — La direttiva 2002/20 conferma tale interpretazione quando, al suo 'considerando' 31, enuncia che «con un sistema di autorizzazioni generali non sarà più possibile attribuire costi e quindi diritti amministrativi a singole imprese fuorché per concedere i diritti d'uso dei numeri, delle frequenze radio e dei diritti di installare strutture», vale a dire, per le autorizzazioni che nella direttiva del 1997 si chiamano licenze individuali e nella nuova direttiva «diritti d'uso delle frequenze radio e dei numeri» (art. 5).

34 — Ai paragrafi 40-43 delle conclusioni Albacom e Infostrada sono illustrati gli elementi e le caratteristiche di questo diritto, che vuole un trattamento paritario incoraggiando servizi di telecomunicazione innovativi e promuovendo la concorrenza. Nelle conclusioni ISIS Multimedia e Firma 02 sono giunto a questi risultati proprio guardando alla situazione nel mercato tedesco (paragrafi 33 e segg.).

48. L'obiettivo è di coprire i costi generati dal compimento di tali adempimenti amministrativi poiché il gettito di tale diritto non deve servire a finanziare altre attività dell'organo di regolamentazione.

3. Le modalità di calcolo e prelievo del canone per licenze individuali

49. L'ammontare del diritto deve necessariamente essere proporzionato all'attività svolta; esso deve essere determinato in funzione dei costi sostenuti senza che, in nessun caso, tale importo possa essere superato. È il suo carattere remunerativo ad esigerlo. Un importo superiore lo trasformerebbe in un tributo fiscale.

52. Il diritto introdotto all'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 si limita, ordunque, a coprire le spese amministrative necessarie per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle licenze individuali, commisurandone l'importo allo sforzo che queste attività comportano.

50. I principi di obiettività, di non discriminazione, di trasparenza e di pubblicità informano tale determinazione dei diritti.

53. Su tali premesse gli Stati membri restano liberi di decidere le forme e le modalità di riscossione, come anche di preventivare l'importo.

51. Le riflessioni sopra svolte offrono la chiave di soluzione della prima questione del Bundesverwaltungsgericht, ovvero se sia legittimo calcolare l'importo del diritto basandosi su una previsione delle spese dell'autorità di regolamentazione per tutto il periodo di validità di tale studio.

54. Per la sua finalità il diritto richiede di essere percepito solo se si produce il fatto imponibile, vale a dire il rilascio della licenza e la susseguente azione amministrativa di gestione, controllo ed esecuzione. Ciò ne facilita la corretta determinazione visto che, eseguendo il pagamento *a posteriori*, si conoscono tutti i componenti del lavoro dispiegato, segnatamente il numero e la qualifica delle persone addette, il tempo da queste impiegato nonché i diversi costi

materiali necessari per il compimento dell'operazione [35]. Questa formula ha tuttavia l'inconveniente di sottomettere il soggetto passivo a pagamenti reiterati, obbligando l'Amministrazione tributaria ad un'attività incessante, con maggiori costi e minor efficacia.

55. Posto che vanno risarciti al fisco i costi di una gestione pubblica dilatata a beneficio del titolare della licenza, nulla osta a che il diritto sia riscosso in anticipo calcolandone prudentemente l'importo. E se si opta per questa soluzione, non fa differenza se il prelievo è effettuato una tantum o ratealmente.

56. La sentenza Fantask e a. (punto 32), cit. alla nota 35, con riferimento alle imposte indirette sulla concentrazione di capitali, ammetteva la fissazione di una quota ex ante, in base a una previsione di spese, reclamabile a date scadenze. Nulla impedisce di fare altrettanto con i canoni per le licenze individuali nel settore delle telecomunicazioni, sempre a condizione, come indicato nella stessa sentenza (punti 32-34), che gli Stati membri verifichino, ad intervalli regolari, che l'importo non superi i costi sostenuti, procedendo all'occorrenza ad eventuali rimborsi.

4. L'arco temporale di riferimento del diritto: suoi limiti

57. Allungando il periodo di proiezione del calcolo aumenterà il rischio di errore, poiché l'esplorazione si complica man mano che l'analisi si allontana nel tempo. L'oggettività si riduce al ritmo con cui cresce l'incertezza e si moltiplica il rischio di eccessi quanto più diminuisce l'affidabilità dei dati a disposizione.

58. La situazione si complica se la durata dell'intervallo incide non solo sull'importo del diritto, ma anche sul suo pagamento richiedendosi un versamento unico per tutto il periodo calcolato. In un caso simile i principi di proporzionalità ed obiettività della direttiva 97/13 si indeboliscono notevolmente, poiché vengono pagati oggi servizi che si riceveranno un domani lontano. Benché non lo impongano, i detti principi raccomandano maggiore contestualità tra la prestazione amministrativa, la specificazione del diritto e il suo pagamento.

35 — In ordine alle imposte indirette sulla concentrazione di capitali, armonizzate dalla direttiva del Consiglio 17 giugno 1969, 69/335/CEE (GU L 249, pag. 25), la Corte ha seguito tali parametri nella sentenza 20 aprile 1993, cause riunite C-71/91 e C-178/91, Ponente Carni e Cispadana Costruzioni (Racc. pag. I-1915, punto 43). La sentenza 2 dicembre 1997, causa C-188/95, Fantask e a. (Racc. pag. I-6783), precisò che si prendono in considerazione non solo i costi, materiali e retributivi, che sono direttamente connessi al compimento delle operazioni di registrazione di cui costituiscono il corrispettivo, ma anche la parte di spese generali dell'amministrazione competente ad essa stessa imputabili (punto 30).

59. Rilevano, inoltre, la natura del settore, la sua evoluzione e il suo livello di apertura. Le possibilità di prospezione in un mercato stabile, dove la concorrenza è ben assestata da tempo e non sono logicamente da attendere grandi sorprese facendosi, al contrario, facili previsioni, non sono le stesse che in un mercato in fermento, recentemente liberalizzato, in cui sono prevedibili cambiamenti sorprendenti.

60. Per questo la direttiva 97/13 non vieta la quantificazione e la riscossione anticipata di un diritto come quello controverso, ma a condizione che non siano ridotte le garanzie di obiettività e di proporzionalità di cui essa impone il rispetto.

61. Conseguenza sgradita che puntualmente si avvera se si esige il pagamento una tantum di un canone calcolato su una previsione trentennale di spese in un momento di flessibilità del mercato delle telecomunicazioni.

62. Nelle conclusioni per la causa Nuova società di telecomunicazioni, citate sopra, si afferma che negli scorsi anni '90 sono stati promossi la liberalizzazione del detto mercato e il ravvicinamento delle normative nazionali elaborando un patrimonio giuridico aperto [36] e al momento non ancora concluso. Orbene, la fissazione nel 1997, nel pieno degli eventi, di un onere pecuniario calcolato su una previsione delle spese ordinarie dell'autorità di regolamentazione fino al 2027 oltrepassa i limiti del ragionevole rinnegando, per i motivi sopra esposti, lo spirito della direttiva 97/13 [37]. Prova ne è, per tutte, che a questo testo, adottato nel 1997, è subentrata cinque anni dopo la direttiva 2002/20, che ha sostituito alle licenze individuali i «diritti di uso» e dettagliato le modalità di calcolo del canone [38], lasciando fuori dal sistema prelievi come quello oggetto dei presenti procedimenti.

63. Questa analisi coincide con quella svolta dal Bundesverwaltungsgericht nella citata sentenza 19 settembre 2001, poiché, non per nulla, il TKG, di cui la TKLGebV 1997

36 — Illustrazione dell'excursus giuridico delle telecomunicazioni nell'ambito comunitario ai paragrafi 3 e segg.

37 — La meccanica del canone per licenze individuali presuppone che, in un'economia di scala, la quota a carico di ciascun titolare si riduca a misura che cresce il loro numero (non è la stessa cosa fare installazioni e assumere personale per servire quattro imprese o piuttosto venticinque). Va respinto, perciò, un metodo il quale, a fronte di un numero crescente di operatori in un settore in espansione, chiede un importo non corrispondente, per l'ampiezza della durata convenuta, alla realtà.

38 — L'art. 12, n. 1, lett. a), si riferisce ai costi amministrativi sostenuti per la gestione, il controllo e l'esecuzione dei diritti di uso, nonché a quelli «di cooperazione internazionale, di armonizzazione e di standardizzazione, di analisi di mercato, di sorveglianza del rispetto delle disposizioni e di altri controlli di mercato, nonché di preparazione e di applicazione», e aggiunge, dopo aver ribadito la necessità di obiettività, trasparenza e proporzionalità, che le autorità nazionali di regolamentazione pubblicano «un rendiconto annuo dei propri costi amministrativi e dell'importo complessivo dei diritti riscossi. Alla luce delle differenze tra l'importo totale dei diritti e i costi amministrativi, vengono apportate opportune rettifiche» (n. 2).

costituiva attuazione, traspone la direttiva 97/13[39]. Di uguale avviso si mostra la dottrina tedesca[40].

64. In linea con le riflessioni svolte, propongo alla Corte di rispondere alla prima questione pregiudiziale che l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13, e soprattutto i principi di obiettività e di proporzionalità ostano all'imposizione di un diritto per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle licenze individuali calcolato sulla previsione delle spese amministrative generali dell'autorità nazionale di regolamentazione per trent'anni.

C — *La seconda questione pregiudiziale*

1. Riflessioni preliminari: il giusto approccio

65. Visto che non solo il diritto tedesco, come ha dichiarato il Bundesverwaltungsgericht, osta ai pagamenti in contestazione, bensì anche quello comunitario, occorre ora verificare se quest'ultimo imponga un controllo della loro legittimità anche dove non siano stati impugnati tempestivamente.

66. La legislazione federale si sostanzia nel VwVfG che, come risulta dai paragrafi 24-26 delle presenti conclusioni e dalle decisioni di rinvio, non permette di annullare gli atti amministrativi suddetti, né di accogliere le istanze di ISIS e di i-21.

67. Questa precisazione delimita con esattezza il dibattito e mostra l'errore della dottrina Kühne & Heitz che, subordinando il riesame di una decisione definitiva all'espressa previsione di una legge nazionale, ha lasciato perplesso il Bundesverwaltungsgericht il quale, per trarre una conclusione così erronea, non avrebbe avuto bisogno della pronuncia pregiudiziale. Il rinvio al diritto nazionale, promosso in questa materia dalla Corte di giustizia, suscita peraltro seri problemi fra i quali quello di evidenziare la

39 — La sentenza allude alla dinamica delle telecomunicazioni e ai tre decenni su cui è proiettata la previsione, argomentando che nel 1997 non si poteva immaginare la forma che esse avrebbero assunto, giacché si ignorava quante compagnie nazionali o straniere sarebbero state in condizione di competere con l'impresa dominante, prima monopolista, come anche quali conseguenze ne sarebbero derivate per le licenze.

40 — Schütz, R. e Nüsken, J.P., «Gebühr für Telekommunikationslizenz — Rechtswidrige Haushaltssanierung auf Kosten des Wettbewerbs?», in *Multimedia und Recht* 1998, pagg. 523-528. Von Roenne, H., «Gebühr für TK-Lizenzen», in *Multimedia und Recht* 1998, pagg. XIV-XVI, si chiede se un intervallo di trent'anni sia giusto per un mercato in piena evoluzione e se, a scadenza, o anche prima, sussisteranno ancora permessi di questo tipo.

disparità di tutela dei diritti fondamentali nell'ordinamento giuridico comunitario [41].

68. Nelle presenti controversie non si tratta di stabilire se nel diritto tedesco sia possibile riesaminare, ed eventualmente annullare, gli avvisi di liquidazione, ormai inoppugnabili, diretti alle imprese ricorrenti, atteso che i tribunali già si sono pronunciati in senso negativo, bensì se, a dispetto di tale impedimento, il diritto comunitario richieda la loro fiscalizzazione e a quali condizioni.

69. Nella causa Kühne & Heitz era questo dilemma ad ispirare la questione pregiudiziale del College van Beroep von het bedrijfsleven dei Paesi Bassi e l'avvocato generale Léger trovò il modo di fugarlo nelle conclusioni del 17 luglio 2003, dove propose di affrontare il problema partendo dal primato del diritto europeo e dalla sua applicabilità diretta.

41 — Coutron, A., «Cour de Justice, 13 janvier 2004, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren», in *Revue des affaires européennes*, 13° anno (2003-2004), n. 3, pagg. 417-434, critica il fatto che la Corte di giustizia rinvii all'ordinamento interno perché così si rischia di consacrare differenze nella tutela dei diritti dei cittadini (pagg. 425 e 427). Da parte sua, Peerbux-Beaugendre, Z., «Une administration ne peut invoquer le principe de la force de chose définitivement jugée pour refuser de réexaminer une décision dont une interprétation préjudicielle ultérieure a révélé la contrariété avec le droit communautaire» (Commentaire de l'arrêt de la CJCE du 13 janvier 2004), in *Revue du droit de l'Union européenne*, 3-2004, pagg. 559-567, teme che questa sentenza causi nuove divergenze nell'applicazione del diritto comunitario (pag. 566). Martín Rodríguez, P., «La revisión de los actos administrativos firmes: ¿Un nuevo instrumento de garantía de la primacía y efectividad del derecho comunitario? Comentario a la sentencia del TJCE del 13 de enero de 2004, C-453/00, Kühne & Heitz NV», in *Revista General de Derecho Europeo*, n. 5, ottobre 2004 (www.iustel.com), sostiene che un'interpretazione letterale della sentenza ne fa carta straccia, poiché non sono molti gli ordinamenti giuridici che autorizzano l'Amministrazione a riesaminare una decisione amministrativa ratificata da una sentenza.

70. La Corte deve tener conto di questa proposta e soppesare gli imperativi della certezza del diritto e della legalità comunitaria per valutare se il primo rappresenti sempre una barriera insuperabile o se in alcune circostanze debba soggiacere al secondo.

2. Il principio della certezza del diritto: suoi limiti

71. È evidente la rilevanza di questo principio per il corretto funzionamento di qualunque entità politica. Nelle conclusioni 28 gennaio 1999 per la causa definita con la sentenza Commissione/AssiDomän Kraft Products e a. (in prosieguo: la «sentenza AssiDomän») [42] ho osservato che il diritto aborre il disordine e che per questo si è dotato di strumenti per lottare contro la sua principale causa: l'instabilità (paragrafo 55).

72. Tra questi strumenti la certezza del diritto riveste un significato speciale cui è ancorata l'idea di «stabilità»; le decisioni amministrative diventano inattaccabili alla scadenza dei termini per impugnarle o una volta esauriti tutti i mezzi di ricorso.

42 — Sentenza 14 settembre 1999, causa C-310/97 (Racc. pag. I-5363).

73. Ne consegue che, spirato il termine per il ricorso, una decisione, ancorché viziata, non può essere rimessa in discussione e l'errore s'installa definitivamente nell'ordinamento.

74. L'invulnerabilità degli atti definitivi, anche irregolari, assurge, allora, a regola generale [43], giacché nessun sistema tollera che la validità dei rapporti giuridici sia discussa all'infinito.

75. La Corte di giustizia si è mostrata sensibile a questa regola strutturale e l'ha riconosciuta sin dalle sue prime pronunce [44], definendola nella stessa sentenza Kühne & Heitz un principio generale del diritto comunitario (punto 24), affermazione ribadita nella sentenza Gerekens e Procola (punto 22) [45]. La sentenza AssiDomän ha escluso che un'istituzione comunitaria sia tenuta a riesaminare la legittimità di decisioni cui si è consentito, quando altre, di contenuto analogo, opportunamente impugnate, sono state annullate in sede giudiziale (punto 63).

76. Eppure, il suddetto principio può diventare un ostacolo per l'uniforme e corretta applicazione del diritto comunitario [46], motivo per il quale la giurisprudenza gli nega valore assoluto [47] e primazia in qualunque caso. La sentenza SNUPAT/Alta Autorità [48] vuole che esso si concilii con altri valori meritevoli di tutela.

77. Primo di tali valori che definiscono la certezza del diritto è l'equità [49], che ho invocato nelle conclusioni AssiDomän non per offrire una soluzione al conflitto sul tappeto, bensì per precisare in generale la portata della certezza del diritto nell'ambito comunitario. Pur seguendo il criterio delle mie conclusioni, la Corte evitò di riferirsi al limite dell'equità. Il carattere definitivo di una decisione non deve costituire un ostacolo ad un riesame del suo contenuto se il suo persistere provoca una situazione di ingiustizia intollerabile. La maggior parte degli Stati membri, per non dire tutti,

43 — Nella dottrina tedesca Potacs, M., «Bestandskraft staatlicher Verwaltungsakte oder Effektivität des Gemeinschaftsrechts? — Anmerkung zum Urteil vom 13. Januar, Kühne & Heitz NV/Productschap voor Pluimvee en Eieren, Rs C-453/00», in *Europarecht* 2004, pagg. 595-603, nota che il primato del diritto comunitario vale come eccezione solo quando il diritto nazionale non prevede meccanismi risolutivi adeguati (pag. 602).

44 — La sentenza 12 luglio 1957, cause riunite 7/56 e 3/57-7/57, Algera e a. (Racc. pag. 81), ha annullato taluni accordi in materia di personale dell'Assemblea Comune della CECA riferendosi a modelli comuni alle legislazioni degli Stati membri sulla revoca degli atti illegittimi, modelli che ne autorizzano un riesame entro un termine ragionevole.

45 — Sentenza 15 luglio 2004, causa C-459/02 (Racc. pag. I-7315).

46 — Hatje, A., «Die Rechtskraft und ihre Durchbrechungsmöglichkeiten im Lichte des Gemeinschaftsrechts», in *Das EuGH-Verfahren in Steuersachen*, Vienna, 2000, pagg. 133-149, in particolare pag. 135.

47 — Ne conviene Peerbux-Beaugendre, Z., «Autorité de la chose jugée et primauté du droit communautaire», in *Revue française de droit administratif*, n. 3, maggio-giugno 2005, pagg. 473-481, poiché una sentenza definitiva non è niente di più che l'espressione di una «verità legale» relativa, le cui ripercussioni vanno in qualche caso circoscritte.

48 — Sentenza 22 marzo 1961, cause riunite 42/59 e 49/59 (Racc. pag. 105).

49 — La Commissione lo chiama, nelle sue osservazioni scritte, «principio di giustizia materiale».

considera come un impedimento l'inoppugnabilità delle decisioni amministrative scaduti i termini del ricorso. Il sistema tedesco ne offre un buon esempio. Come indicato nelle decisioni di rinvio, la giurisprudenza ha circoscritto il potere discrezionale che l'art. 48 del VwVfG attribuisce all'Amministrazione riconoscendo al cittadino il diritto di sollecitare la revoca della decisione quando mantenerla in vigore appare «semplicemente insopportabile» [50].

78. Questo limite alla certezza del diritto assume, così, una connotazione spiccatamente soggettiva. Si vogliono eliminare le turbative che ripugnano al più elementare senso di giustizia rifiutando le discriminazioni e ogni altra offesa all'equanimità [51].

79. L'altro limite che m'interessa evidenziare è più oggettivo e si sostanzia nella «preminenza della legge», intendendosi per tale non soltanto i fondamenti che articolano l'ordinamento e danno linfa alle altre norme, ma anche l'orientamento scelto [52]. Quando mantenere un atto definitivo mina l'essenza del sistema o lo conduce ad un punto morto, la sua espulsione diventa inevitabile.

80. In realtà i due limiti in parte «si sovrappongono», giacché molti dei valori che sostanziano l'equità rappresentano principi generali comuni agli ordinamenti degli Stati membri e alcuni sono recepiti nei più alti gradi dell'ordinamento positivo, come i diritti fondamentali della persona. In definitiva, si deve rifuggere da soluzioni che, per ovviare a una mancanza di protezione, ne generano una anche maggiore, poiché non c'è insicurezza più grande di quella originata dall'ingiustizia o dall'illegittimità manifesta.

81. Di conseguenza, nell'ordinamento giuridico comunitario, per salvaguardare le sue

50 — Ciò accade, come indicato sopra (paragrafo 26 delle presenti conclusioni), se la sua persistenza è contraria a legge, ordine pubblico o buona fede, se c'è illegittimità manifesta o se, date le circostanze, l'unico esercizio corretto del potere discrezionale consiste nell'annullamento.

51 — Il diritto spagnolo richiede alle Amministrazioni pubbliche di dichiarare d'ufficio, motu proprio o a richiesta dell'interessato, la nullità degli atti che hanno posto fine all'iter amministrativo o non sono stati impugnati tempestivamente, se con la loro radicale nullità ledono diritti e libertà oggetto di tutela costituzionale [art. 102, n. 1, in combinato disposto con l'art. 62, n. 1, lett. a), della legge 26 novembre 1992, n. 30, sul regime giuridico delle Amministrazioni pubbliche ed il procedimento amministrativo ordinario (*Boletín Oficial del Estado* 27 novembre 1992)].

52 — La Costituzione spagnola del 1978 è molto eloquente al riguardo. Dopo aver precisato all'art. 9, n. 1, che tutti, cittadini e poteri pubblici, sono soggetti alla Costituzione e al rimanente ordinamento giuridico, nel descrivere la posizione dell'Amministrazione puntualizza che essa serve con obiettività gli interessi generali, con piena sottomissione alla legge e al «diritto» (art. 103, n. 1), e sottopone a controllo giurisdizionale la legalità della sua azione, come anche la corrispondenza di questa ai fini che la giustificano (art. 106, n. 1).

stesse fondamenta, la certezza del diritto resterebbe, in via eccezionale, inoperante, permettendo di riconsiderare decisioni non impugnabili [53]. Occorre, però, chiarire meglio l'ambito di validità di questa deroga. A tal fine conviene volgere lo sguardo al passato, per una riprova che i modelli strutturali di quest'ordinamento, in larga misura di creazione pretoria, si propongono di assicurarne l'effetto utile e di realizzare gli obiettivi dei Trattati.

82. Occorre comunque prestare attenzione ad un limite sempre insormontabile: i diritti dei terzi [54]. Quando essi risultano lesi, la stabilità, ancorché ingiusta, deve prevalere, venendo incontro al danneggiato in altri modi, un po' più tortuosi, come la responsabilità dello Stato per inadempimento del diritto comunitario.

3. Uno sforzo continuo in difesa del diritto comunitario

83. La sentenza Van Gend & Loos [55] ha riconosciuto all'ordinamento comunitario la condizione di ordinamento giuridico indipendente, a favore del quale gli Stati membri hanno rinunziato alla loro sovranità, per proclamare l'efficacia diretta dell'art. 12 del Trattato CEE (divenuto, in seguito a modifiche, art. 25 CE) e la sua capacità di generare per i singoli diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare. Alla base di quella sentenza era il conflitto tra la detta norma del Trattato CEE, che vietava l'aumento dei diritti doganali, e un nuovo dazio approvato dal governo dei Paesi Bassi nel 1960, che aumentava dal 3 all'8 % l'imposta su alcuni prodotti.

84. Riconoscere effetto immediato alle norme comunitarie significava riconoscere il loro primato sui sistemi nazionali, quale annunciato nella sentenza 27 febbraio 1962, Commissione/Italia [56], e proclamato in modo esplicito nella sentenza Costa/ENEL [57]. Quest'ultima sentenza, riprendendo gli argomenti sviluppati nella sentenza Van Gend & Loos circa la cessione di sovranità e la specificità dell'ordinamento comunitario, dichiarava impossibile per gli Stati membri far prevalere contro un sistema basato sul principio di reciprocità una misura unilaterale posteriore, aggiungendo che sarebbero posti in dubbio gli obiettivi di quell'ordinamento se la loro imperatività variasse da uno Stato all'altro in ragione delle successive legislazioni interne. La sentenza Costa/ENEL si basava anche sull'art. 189 del Trattato CE (divenuto, in seguito a modifiche,

53 — Intermedia la posizione di Hatje, A., op. cit., pag. 146, nota 45, che difende il primato del diritto comunitario se il carattere definitivo della forma ne ostacola la realizzazione.

54 — Budischowsky, J., «Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide», in *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, pagg. 2-15, e Urlesberger, F., «Zur Rechtskraft im Gemeinschaftsrecht», in *Zeitschrift für Rechtsvergleichung, Internationales Privatrecht und Europarecht*, 2004, pagg. 99-104, sono del parere che le facoltà di revisione debbano fermarsi lì dove cominciano i diritti dei terzi. L'art. 106 della legge 30/1992 succitata ne impedisce l'esercizio quando, per il decorso del tempo o per altri motivi, violano l'*equità*, la buona fede, i *diritti individuali* o le leggi.

55 — Sentenza 5 febbraio 1963, causa 26/62 (Racc. pag. 1).

56 — Causa 10/61 (Racc. pag. 1).

57 — Sentenza 15 luglio 1964, causa 6/64 (Racc. pag. 1141).

art. 249 CE), che, nel riconoscere carattere obbligatorio ai regolamenti, vieta che le norme nazionali li ostacolino, poiché diversamente sarebbero messi in discussione i fondamenti della Comunità.

85. L'efficacia diretta e il primato non sono mere tecniche per articolare le relazioni tra ordinamenti giuridici differenti, bensì l'espressione della Comunità come un'associazione di Stati, di popoli e di cittadini [58]; dato il contesto in cui furono pronunciate le sentenze Van Gend & Loos e Costa/ENEL permaneva, tuttavia, il dubbio se quelle osservazioni valessero anche per le direttive. Ma poi la sentenza Ratti [59] riconobbe anche a queste ultime la stessa preminenza affermando che, una volta spirato il termine per la loro trasposizione, a chi si conforma ad esse non può applicarsi il diritto nazionale non adeguato.

86. L'opportunità di pronunciarsi sull'altra caratteristica del diritto comunitario la offrì una cittadina tedesca, la signora Becker, che rifiutava di pagare l'imposta sul valore aggiunto corrispondente a certe operazioni di credito nonostante lo prescrivesse la legislazione tedesca in vigore. Essa invocava l'art. 13, parte B, lett. d), n. 1, della sesta direttiva, che regolava il tributo [60] che gli Stati membri si erano impegnati a trasporre entro il 1° gennaio 1979, per sostenere che i suoi negozi giuridici erano esenti. La sentenza Becker 19 gennaio 1982 [61] affermò che, dinanzi a quella carenza, le disposizioni certe e sufficientemente precise della sesta direttiva potevano essere invocate direttamente nella Repubblica federale tedesca giacché norme di quel tipo, sebbene prive di impatto immediato, lo acquistano quando gli Stati membri non le traspongono o non le traspongono correttamente. In tali circostanze le direttive non possono perdere il carattere vincolante attribuito loro dall'art. 189 del Trattato CEE.

87. Questa proprietà si presenta quindi come una «sanzione» automatica dell'elusione dei propri obblighi da parte degli Stati membri, per la qual cosa è sorto il dubbio se essa operi anche quando le direttive disciplinano rapporti orizzontali cui il potere pubblico è estraneo. La risposta, negativa, la facilitò la sentenza Marshall [62], prima di una lunga serie di cui, fra le ultime, la sentenza Pfeiffer e a. [63].

88. Le suddette peculiarità del diritto comunitario sconsigliano, però, di rassegnarsi alla

58 — Rodríguez Iglesias, G.C., «El Poder Judicial en la Unión Europea», in *La Unión Europea tras la Reforma*, Università di Cantabria, 1998, pag. 15.

59 — Sentenza 5 aprile 1979, causa 148/78 (Racc. pag. 1629).

60 — Direttiva del Consiglio 17 maggio 1977, 77/388/CEE, in materia di armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri relative alle imposte sulla cifra di affari — Sistema comune di imposta sul valore aggiunto: base imponibile uniforme (GU L 145, pag. 1).

61 — Causa 8/81 (Racc. pag. 53).

62 — Sentenza 26 febbraio 1986, causa 152/84 (Racc. pag. 723).

63 — Sentenza 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01 (Racc. pag. I-8835).

disapplicazione delle sue disposizioni, affinché gli obiettivi del Trattato non siano frustrati. La Corte di giustizia ha rilevato che il principio di lealtà sancito dall'art. 5 del Trattato CE (divenuto art. 10 CE) fa obbligo agli Stati membri di adottare tutte le misure di carattere generale e particolare idonee a realizzare le mete fissate dalle direttive, obbligo che incombe a tutte le autorità nazionali, comprese quelle giurisdizionali. Questa idea, plasmata nella sentenza Von Colson e Kammend [64], ha attenuato le conseguenze del diniego di efficacia diretta alle direttive in una lite tra privati dando impulso alla dottrina detta dell'«interpretazione conforme» secondo la quale, nell'applicare il suo diritto, il giudice nazionale deve dar senso alla norma comunitaria, in conformità dell'art. 189, n. 3, del Trattato CE.

89. La sentenza Marleasing [65] ha approfondito il discorso e indicato la soluzione concreta con cui dar forza all'ordinamento giuridico comunitario. Si discuteva in quella sede della nullità di un contratto di società per mancanza di causa, motivo non contemplato dall'art. 11 della direttiva 68/151/CEE [66], non trasposta nell'ordinamento spagnolo, ma dagli artt. 1261 e 1275 del Código civil. La Corte propese per un'interpretazione del diritto nazionale conforme alla lettera e allo scopo della direttiva impedendo che fosse dichiarata la nullità di una società per una ragione non enumerata dal detto art. 11. Il giudice remittente risolse la controversia [67] sostituendo all'applicazione degli articoli del Código civil la norma comunitaria.

90. Il risultato fu accolto dalla giurisprudenza. La sentenza Simmenthal [68] impose ai giudici nazionali di garantire la piena efficacia del diritto comunitario disapplicando, all'occorrenza, qualsiasi disposizione contrastante delle legislazioni interne, anche posteriori, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale. Ugualmente, ma a contrario, la sentenza Fratelli Costanzo [69], che impose di applicare anche d'ufficio una direttiva disapplicando le norme del diritto nazionale con essa in contrasto.

91. L'intenzione è la stessa: assicurare l'effetto utile del diritto comunitario. La dottrina dell'interpretazione conforme e il potere di ovviare al diritto nazionale sono scappatoie rese necessarie dal non aver ammesso l'effetto diretto orizzontale delle direttive. Significativo esempio ne offre la sentenza Arcaro [70], che ha denunciato l'assenza di un meccanismo per eliminare disposizioni interne in contrasto con una direttiva e ammesso che l'obbligo del giudice nazionale di far riferimento al contenuto

64 — Sentenza 10 aprile 1984, causa 14/83 (Racc. pag. 1891).

65 — Sentenza 13 novembre 1990, causa C-106/89 (Racc. pag. I-4135).

66 — Prima direttiva del Consiglio 9 marzo 1968, 68/151/CEE, intesa a coordinare, per renderle equivalenti, le garanzie che sono richieste, negli Stati membri, alle società a mente dell'articolo 58, secondo comma, del Trattato per proteggere gli interessi dei soci e dei terzi (GU L 65, pag. 8).

67 — Sentenza 23 febbraio 1991 del Juzgado de Primera Instancia n. 1 Oviedo.

68 — Sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77 (Racc. pag. 629).

69 — Sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88 (Racc. pag. 1839).

70 — Sentenza 26 settembre 1996, causa 168/95 (Racc. pag. I-4705).

della norma comunitaria nell'interpretare tali disposizioni incontra un limite insormontabile ove tale interpretazione comporti che ad un singolo sia opposto un obbligo previsto da una direttiva non trasposta. Neanche la sentenza Pfeiffer e a., cit., ha risolto definitivamente il problema, giacché, in linea con le mie conclusioni del 27 aprile 2004, le seconde presentate nel procedimento, ha dichiarato che in questo sforzo ermeneutico i giudici nazionali non devono esaminare solo il proprio diritto approvato in attuazione della direttiva, ma tutto l'ordinamento nazionale, per giungere ad un risultato che non collida con il diritto comunitario.

92. La Corte di giustizia, sempre preoccupata di difendere l'effettività di tale diritto, ha voluto chiudere il cerchio per evitare che le difficoltà ad articolarlo con i sistemi nazionali sfociassero in un vicolo cieco. La sentenza Francovich e Bonifaci [71] consacrò il principio che, quando non si arriva per via d'interpretazione al fine di una direttiva, lo Stato membro deve risarcire i danni causati ai cittadini dall'omessa o incorretta trasposizione delle sue disposizioni nell'ordinamento nazionale. La pienezza delle norme comunitarie si vedrebbe messa in discussione e la tutela dei diritti che esse conferiscono si affievolirebbe se si negasse ai relativi titolari un indennizzo allorquando a lederli sono gli Stati membri, tanto più se l'operatività di quei diritti è subordinata ad azione pubblica, di modo che senza di essa i cittadini non possono farli valere in giudizio. La Corte difese quest'idea anche per l'art. 5 del Trattato CE, che obbliga alla rimozione degli effetti illeciti di una violazione del diritto comunitario.

93. La sentenza Francovich e Bonifaci tracciò le condizioni per la nascita dell'obbligo di risarcimento. Risoluzioni successive lo hanno definito indicando i poteri dello Stato ai quali imputare la responsabilità. La sentenza Brasserie du Pêcheur e Factortame [72] ha riconosciuto la responsabilità dello Stato anche laddove la contravvenzione proviene dal potere legislativo, mentre la sentenza Köbler [73] si è appuntata su quello giudiziale. Anche la sentenza Commissione/Italia del 9 dicembre 2003 [74] dichiarò la responsabilità dello Stato legislatore per non aver modificato una legge che i tribunali italiani interpretavano in pregiudizio dell'effettività del diritto comunitario [75].

71 — Sentenza 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90 (Racc. pag. I-5357).

72 — Sentenza 5 marzo 1996, cause riunite C-46/93 e C-48/93 (Racc. pag. I-1029).

73 — Sentenza 30 settembre 2003, causa C-225/01 (Racc. pag. I-10239).

74 — Causa C-129/00 (Racc. pag. I-14637).

75 — Martín Rodríguez, P., op. cit., nota 40, definisce le sentenze Kühne & Heitz, Köbler e Commissione/Italia «carta della responsabilità giudiziale».

4. I presupposti per la riconsiderazione degli atti amministrativi

94. Quanto esposto nei paragrafi precedenti mostra che i criteri della vigenza ovvero della derogabilità delle norme, della loro interpretazione e gerarchia e della piena sottomissione dei giudici alla legge, che nei sistemi costituzionali degli Stati membri hanno rilevanza simile al criterio della certezza del diritto, soccombono quando si tratta di dare piena effettività al diritto comunitario, senza cancellare le radici degli ordinamenti nazionali.

95. Posto che, come già osservato, l'equità e i principi generali del diritto temperano a volte le conseguenze della certezza del diritto, si può dire che ne ricorre il caso quando la rigorosa applicazione di quest'ultima compromette l'essenza dell'ordinamento comunitario cristallizzandosi in situazioni che ledono tali principi. Adattando questa considerazione alle peculiarità di ISIS e i-21, si deduce la necessità di un riesame degli avvisi di liquidazione definitivi se il loro mantenimento perturba gli obiettivi del diritto comunitario e genera ingiustizie contrarie alle sue fondamenta, in particolare, all'obbligo di proporzionalità [76].

76 — Galetta, D.U., op. cit., nota 7, sottolinea il gioco della proporzionalità in questa materia, che richiede di valutare le circostanze caso per caso.

a) Una soluzione sfavorevole all'accesso al mercato delle telecomunicazioni

96. La prima cosa da fare sarebbe, allora, verificare se l'applicazione a ISIS e i-21 degli elevati canoni cui acconsentirono senza reclamare e che gli altri operatori invece impugnarono o negoziarono vanifichi lo scopo della direttiva 97/13 e, in genere, del complesso normativo inteso alla liberalizzazione del mercato delle telecomunicazioni.

97. La soluzione proposta per la prima questione pregiudiziale fornisce uno spunto giacché, come ho osservato, l'art. 11, n. 1, osta ad un prelievo configurato nei termini della TKLGebV 1997. Si tratta, tuttavia, di un'astrazione priva di significato, perché la mera difformità non costituisce un ostacolo insormontabile alla volontà del legislatore.

98. Il giudizio appare più chiaro se si approfondiscono i precetti fiscali della direttiva 97/13 ed il modo in cui si sono svolti i fatti.

99. Gli artt. 11 e 6 favoriscono la concorrenza nelle telecomunicazioni vietando che le imprese sopportino oneri maggiori di

quelli previsti, per facilitare l'ingresso di nuovi protagonisti; in questo modo contribuiscono al progetto di creare un mercato comune nel settore garantendo le libertà di circolazione, senza restrizioni maggiori di quelle necessarie all'interesse generale [77].

100. Pertanto, se si richiedono prestazioni diverse da quelle espressamente stabilite dalla direttiva 97/13 (cause Albacom e Infostrada) o se, pur nell'osservanza di quest'ultima, si richiedono in maniera disuguale (cause ISIS Multimedia e Firma 02), i fini comunitari sono frustrati. È proprio quello che non vogliono ISIS e i-21.

101. Alle date in cui furono emanati gli atti qui controversi (18 maggio 2001, il primo, e 14 giugno 2000, il secondo) operavano sul mercato tedesco trecentocinque imprese titolari di licenze delle classi 3 e 4. Di queste, nove ottennero la restituzione in esito ai ricorsi interposti e centoquarantanove a seguito di una negoziazione. Un altro gruppo di cinque, invece, perché gli avvisi di liquidazione non ancora definitivi alla pronuncia della sentenza del Bundesverwaltungsgericht del 19 settembre 2001 furono revocati d'ufficio. Otto compagnie versano nella stessa situazione di ISIS e i-21.

102. Così, un gruppo di titolari di licenze delle classi 3 e 4 ha pagato i diritti previsti dall'annullata TKLGebV 1997, certo elevati (in particolare, ISIS, EUR 67 316,69 e, i-21, EUR 5 419 693,94), mentre gli altri sono entrati sul mercato pagando quelli stabiliti dalla TKLGebV 2002, che oscillano tra EUR 1 000 e EUR 4 260. Le differenze sono enormi, illogiche e si riflettono necessariamente sui bilanci delle imprese.

103. In una fase di transizione da un periodo di chiusura, in cui prevalgono i diritti esclusivi e speciali di alcune compagnie, ad un altro in cui si aspira ad un mercato competitivo e aperto a tutti, qualunque freno all'immissione di nuovi operatori consolida lo *status quo* e restringe la concorrenza, specie se presenta aspetti discriminatori. La sentenza Connect Austria è molto eloquente in questo senso, ribadendo che un sistema di concorrenza non alterata può garantirsi solo qualora venga assicurata l'uguaglianza delle opportunità tra i vari operatori economici (punto 83), affermazione da cui ha preso le mosse la sentenza ISIS Multimedia e Firma 02, già citata sopra, per sostenere che la

77 — Sull'interpretazione teleologica delle direttive approvate dal 1990 in poi, si veda i paragrafi 45 e segg. delle conclusioni nel procedimento Nuova società di telecomunicazioni, cit.

direttiva 97/13 non avalla facilitazioni al vecchio monopolista ora in posizione dominante. Ne consegue che le autorità di regolamentazione devono agire con obiettività senza fare distinzioni arbitrarie.

104. Il mantenimento degli atti illegittimi controversi in questi procedimenti pregiudiziali (il cui impatto, non si dimentichi, durerà per trent'anni) consolida, insomma, una congiuntura che ripugna al diritto comunitario, complicando il graduale processo di apertura avviato dalle direttive 90/387 [78] e 90/388 [79].

105. Occorre ora accertare se questo effetto è essenzialmente ingiusto e contrario ai principi che informano il diritto comunitario.

b) Una conseguenza inaccettabile

106. Per cominciare, la conclusione [cui si è giunti] consacra un'asimmetria tra soggetti che, in apparenza, versano nella medesima condizione, cioè sono tutti titolari di licenze delle classi 3 e 4 per partecipare al mercato tedesco [80]. In mancanza di una giustificazione oggettiva e ragionevole, la radicale negazione di una regola centrale del diritto comunitario [81] obbligherebbe a rivedere gli avvisi di liquidazione controversi benché ormai definitivi; viceversa, se la spiegazione fosse soddisfacente, la certezza del diritto impedirebbe altre analisi.

107. Si potrebbe argomentare che la strada percorsa da ISIS e i-21 non coincideva con quella delle altre organizzazioni, visto che esse non si opposero ai pagamenti loro richiesti, e che per questo sarebbe stato applicato loro un regime diverso. Ma ciò non sarebbe del tutto vero, atteso che fra le imprese che beneficiarono della ripetizione ce n'erano alcune che pure non avevano fatto ricorso, segnatamente quelle che sottoscrissero con l'autorità di regolamentazione accordi sulla «parità di trattamento», le quali, stando al governo tedesco, rinunciarono alle vie legali dietro rimborso dei diritti maturati. Altre compagnie, poi, non fecero ricorso perché le loro quote erano state annullate d'ufficio.

78 — Direttiva del Consiglio 28 giugno 1990, 90/387/CEE, sull'istituzione del mercato interno per i servizi delle telecomunicazioni mediante la realizzazione della fornitura di una rete aperta di telecomunicazioni (GU L 192, pag. 1).

79 — Direttiva della Commissione 28 giugno 1990, 90/388/CEE, relativa alla concorrenza nei mercati dei servizi di telecomunicazioni (GU L 192, pag. 10).

80 — Reinersddorff, W., «Rückforderung gezahlter Lizenzgebühren trotz Rechtskraft des Gebührenbescheids», in *Multimedia und Recht*, 2002, pagg. 299 e 300, richiama l'attenzione sul complicato paradosso delle imprese che pagarono la tassa senza interporre alcuna azione legale e propone, ai fini della ripetizione delle somme indebite, l'esercizio contro lo Stato di azioni di risarcimento dei danni causati dalla non corretta trasposizione della direttiva 97/13.

81 — Il divieto di qualunque discriminazione immotivata è parte integrante degli ordinamenti degli Stati membri e, in forza dell'art. 6 UE, n. 2, si erge a principio generale del diritto comunitario.

108. Poco importano i motivi per i quali ISIS e i-21 non negoziarono [82], giacché la mancata impugnazione non giustifica il diverso, sfavorevole e sproporzionato regime che rende irreversibili le esazioni illegali subite. Ciò per varie ragioni.

109. Innanzi tutto, da un punto di vista meramente strumentale, la loro inerzia non è una mancanza di diligenza poiché, quando furono richieste del pagamento, ancora non era stata dichiarata l'illegittimità della TKLGebV e degli atti amministrativi che le davano applicazione [83]. Altrimenti detto: a quel tempo non si potevano pretendere tuziorismi, giacché non era evidente il vizio poi scoperto.

110. Secondariamente, in senso più lato, non si può accettare nel contesto giuridico dei presenti procedimenti la cristallizzazione nell'ordinamento di un'irregolarità incompatibile con i suoi obiettivi solo per un fatto aleatorio come la data di una sentenza, il 19 settembre 2001. Questa discriminazione tra gli operatori, che perturba tanto la parità di opportunità di accesso al mercato delle telecomunicazioni quanto la sua liberalizzazione, basata sul giorno in cui il Bundesverwaltungsgericht annullò la TKLGebV 1997, non deve portare a rifiutare il riesame di diritti all'epoca non più impugnabili e a revocare d'ufficio gli altri, sostituendoli con quelli più miti della TKLGebV 2002. Le imprese che ebbero la fortuna di essere richieste del pagamento più tardi hanno ricevuto un regalo insperato senza averne alcun merito.

111. Infine, da un punto di vista più sostanziale, il mantenimento di un diritto illegittimo, al margine della sua portata e dei suoi effetti nel sistema giuridico, con l'argomento che il destinatario vi avrebbe «acconsentito», da un lato, eleva a principio assoluto quella che è solo una tecnica al servizio dell'ordinamento e, dall'altro, risponde ad una logica propria del diritto privato, eludendo l'obbligo essenziale dell'Amministrazione al rispetto dell'interesse generale e della legalità. Così recitano le conclusioni nel procedimento AssiDomän (paragrafo 49).

112. Per rigore concettuale, vanno distinte varie ipotesi di «stabilità» secondo la loro legittimità, validità e controllabilità. La certezza del diritto aumenta se la decisione governativa ha superato la verifica giurisdizionale, che aggiunge alla sua nota di

82 — Secondo quanto comunicato nelle osservazioni orali, i-21, società britannica stabilita nel Regno Unito, escluse la possibilità di una conciliazione, viceversa ISIS, benché solo in parte.

83 — All'udienza si è segnalato che l'Oberverwaltungsgericht (Corte d'appello amministrativa) della Renania del Nord-Westfalia ne ha approvato l'emendamento, con atto 27 ottobre 1999, nel corso di un procedimento sommario (causa 13 B 843/99, pubblicato in *Multimedia und Recht*, 2000, pagg. 115 e segg.).

fermezza l'autorità di «cosa giudicata». Nella dialettica tra stabilità e legalità quest'ultima acquista maggiore importanza allorquando la prima riveste, come nei presenti procedimenti [84], carattere esclusivamente amministrativo.

113. Eppure, c'è chi ha sostenuto che, nonostante tutto, la diversità delle situazioni giustificava un regime leggermente diverso, nel senso che le imprese, come fiumi, pur confluendo tutte nello stesso mare, sarebbero state distinte. Alcune, contestando il pagamento richiestogli o negoziando, avrebbero avuto un corso lineare e puntato direttamente all'annullamento, previa revisione d'ufficio; altre, restando inerti e facendo scadere i termini per l'impugnazione, avrebbero scavato il letto tortuoso del risarcimento per danno patrimoniale dello Stato. Questa dicotomia non tiene però conto delle imprese che, pur scegliendo l'inattività, finirono col beneficiare di un evento cui non avevano contribuito (la pronuncia della sentenza del Bundesverwaltungsgericht allorché i rispettivi avvisi di liquidazione ancora non erano definitivi), mietendo senza aver seminato; e risponde ad un'ottica di pura soggettività, laddove la negletta dimensione oggettiva dell'interesse generale richiede, per vincere ogni ostacolo all'apertura del mercato delle telecomunicazioni, un trattamento paritario.

84 — Ciò che li distingue dal procedimento che definì la domanda di pronuncia pregiudiziale Kühne & Heitz, dove la decisione amministrativa fu ratificata dalla più alta istanza di giudizio.

114. In sintesi, nelle circostanze di entrambi i procedimenti oggetto del rinvio è stata perpetrata un'infrazione del diritto comunitario contraria all'equità e ai principi generali che lo informano e ciò impone di riconsiderare la soluzione precedente.

5. L'autonomia processuale degli Stati membri nei suoi giusti termini

115. La risposta è evidentemente una: all'occorrenza i giudici nazionali devono riesaminare gli atti amministrativi applicando gli strumenti offerti dai rispettivi ordinamenti [85]. Si ricordi che, in mancanza di misure di armonizzazione [86], spetta agli Stati membri garantire la tutela dei diritti che i singoli traggono dall'ordinamento comunitario, ma ad una duplice condizione: che le modalità non siano meno favorevoli di quelle relative ad analoghe azioni di carattere interno

85 — Per Galetta, D.U., op. cit., pag. 49, nota 7, l'Amministrazione pubblica nazionale deve, nell'ambito dell'autonomia processuale riconosciuta agli Stati membri ed utilizzando gli strumenti a sua disposizione, rimuovere le conseguenze di una violazione del diritto comunitario.

86 — Soriano, J.E., «Dos vivas por el trionfo de los principios generales en nel derecho administrativo de la Comunidad (Nota sobre las conclusiones del abogado general Ruiz-Jarabo sobre la aplicación de la equidad como criterio justificador de una nueva vía de revisíon de oficio. Asunto C-310/97 P)», in *Gaceta Jurídica de la Unión Europea y de la Competencia*, n. 200, aprile-maggio 1999, pagg. 49-54, auspica l'elaborazione di una norma che organizzi un «procedimento amministrativo comunitario».

(principio di equivalenza) e che il loro esercizio non sia nei fatti eccessivamente difficile o impossibile (principio di effettività) [87].

116. I sistemi giuridici degli Stati membri conoscono la possibilità di eseguire, comunque lo si chiami, un nuovo controllo degli atti amministrativi irricorribili ove presentino certe anomalie. Nel diritto tedesco l'art. 48 del VwVfG riconosce all'Amministrazione la facoltà di ritirare una decisione irregolare, anche se definitiva. Se, però, mantenere una decisione del genere appare «semplicemente insopportabile», la giurisprudenza nazionale imbriglia tale potere fino ad annullarne la discrezionalità e ad obbligarlo all'annullamento.

117. Spetta al giudice del rinvio, poi, illustrare e applicare questo precetto in modo che, rispettando i principi suddetti, garantendo i diritti dei terzi ed evitando atti *contra legem*, l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 possa dispiegare i suoi effetti.

118. Né si dimentichi che il n. 1, così come il n. 2, del detto articolo ha un contenuto certo e sufficientemente preciso ed è perciò direttamente efficace [88], circostanza che impone al giudice nazionale uno sforzo di coerenza delle sue disposizioni processuali con tale qualità della norma europea. L'obbligo di interpretare il diritto nazionale conformemente ai principi del diritto comunitario, configurato nella sentenza Marleasing e definito dalla sentenza Pfeiffer e a., brilla qui di tutta la sua luce.

119. Non solo. Trascendendo le peculiarità del sistema tedesco, che dà al giudice una norma da cui partire per concretizzare l'ordinamento comunitario, la difficoltà potrebbe essere superata per via ermeneutica [89]. La sentenza Ciola [90] dichiarò che un

87 — Così, per prime, le sentenze Rewe, cit., e Comet, causa 45/76 (Racc. pag. 2043), inaugurando una lunga serie. La sentenza 7 gennaio 2004, causa C-201/02, Wells (Racc. pag. I-723), invocò la dottrina anteriore per revocare o sospendere una licenza di sfruttamento minerario concessa senza previa valutazione dell'impatto ambientale.

88 — La sentenza Connect Austria, cit., rivendicò questa caratteristica per l'art. 11, n. 2, della direttiva.

89 — Frenz, W., «Rücknahme eines gemeinschaftsrechtswidrigen belastenden VA», in *Deutsches Verwaltungsblatt*, 2004, pagg. 373-376, difende l'applicazione della legislazione nazionale se prevede il ritiro degli atti amministrativi definitivi, facendo così della discrezionalità una facoltà regolamentata. Non solo. Nel silenzio dell'ordinamento, l'A. propugna l'accantonamento delle norme processuali interne per evitare differenze tra gli Stati membri. Ricorda che questo carattere definitivo è idoneo a bloccare il diritto comunitario, conseguenza vietata dalla Corte di giustizia, come dimostra la sua giurisprudenza sull'effetto diretto delle direttive e la responsabilità dello Stato. Su questa falsariga Budichowsky, J., «Zur Rechtskraft gemeinschaftswidriger Bescheide», in *Zeitschrift für Verwaltung*, 2000, pagg. 2-15, per il quale l'ordinamento della Comunità deve prevalere sulle norme interne che impediscono la revisione d'ufficio. Secondo Antonucci, M., «Il primato del diritto comunitario», in *Il Consiglio di Stato*, 2004, pagg. 225-233, alle Amministrazioni nazionali non resta che riconsiderare gli accordi anteriormente conclusi contrari al detto ordinamento come interpretato dalla Corte di giustizia. Gentili, F., «Il principio comunitario di cooperazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia C.E.», in *Il Consiglio di Stato*, 2004, pagg. 233-238, puntualizza che il principio in questione richiede l'annullamento ex officio di ogni pronuncia amministrativa contraria al sistema giuridico summenzionato, eliminando l'aspetto discrezionale che l'esercizio dell'autotutela amministrativa presenta in molti ordinamenti nazionali.

90 — Sentenza 29 aprile 1999, causa C-224/97 (Racc. pag. I-2517).

atto amministrativo definitivo incompatibile con il diritto comunitario non può diminuire la tutela giuridica dei cittadini. Nel terzo pilastro dell'Unione europea, dove le decisioni quadro non hanno efficacia diretta [art. 34 UE, n. 2, lett. b)], la recente sentenza Pupino [91] ha autorizzato il giudice remittente ad applicare una formalità processuale eccezionale (deposizione al di fuori e prima dell'udienza) in un caso non previsto dal legislatore nazionale, per realizzare gli obiettivi della decisione quadro del Consiglio 15 marzo 2001, 2001/220/JAI, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale [92].

120. Al medesimo fine la Corte di giustizia ha difeso, anche in sede giudiziale e sia pure in via straordinaria, interpretazioni lontane dalla lettera della legge nazionale; la giurisprudenza Simmenthal e Factortame e a. [93] obbliga, infatti, i giudici a prescindere da qualsiasi disposizione che ostacoli la piena efficacia del diritto comunitario. Tale è considerata, nella sentenza Peterbroeck [94], una norma processuale nazionale che, nei fatti di specie [95], impediva al giudice di valutare d'ufficio la compatibilità con una disposizione comunitaria di un atto di diritto interno che il cittadino non aveva impugnato entro un termine dato. Da parte sua la sentenza Océano Grupo Editorial e Salvat Editores [96] ha affermato che, perché l'interpretazione sia conforme, il giudice deve attenersi quanto più possibile alla lettera e allo scopo della direttiva 5 aprile 1993, 93/13/CEE [97], sulla tutela dei consumatori, declinando d'ufficio la competenza attribuitagli da una clausola abusiva. Su questa linea la sentenza Cofidis [98] affermò che la detta direttiva osta ad una normativa interna che, in un'azione promossa da un professionista nei confronti di un consumatore e basata su un contratto stipulato tra di loro, vieta al giudice nazionale, alla scadenza di un termine di decadenza, di rilevare d'ufficio o a seguito di un'eccezione sollevata dal consumatore il carattere abusivo di una clausola inserita nel suddetto contratto. La sentenza Larsy [99] decretò la disapplicazione delle norme nazionali (nel caso: il principio di autorità della cosa giudicata) nella misura in cui ostavano all'effettiva salvaguardia dei diritti derivanti dall'effetto diretto dell'ordinamento comunitario.

121. Pertanto, conformemente all'obbligo di lealtà proclamato all'art. 10 CE, l'art. 11 della direttiva 97/13 prevede la verifica degli avvisi di liquidazione con esso contrastanti e divenuti definitivi per non essere stati impugnati, quando il loro mantenimento conculca lo spirito della norma provocando

91 — Sentenza 16 giugno 2005, causa C-105/03 (Racc. pag. I-5285).

92 — GU L 82, pag. 1.

93 — Sentenza 19 giugno 1990, causa C-213/89 (Racc. pag. I-2433).

94 — Sentenza 14 dicembre 1995, causa C-312/93 (Racc. pag. I-4599).

95 — Descrizione dei fatti all'origine della controversia ai punti 17-21 della sentenza.

96 — Sentenza 27 giugno 2000, cause riunite da C-240/98 a C-244/98 (Racc. pag. I-4941).

97 — Concernente le clausole abusive nei contratti stipulati con i consumatori (GU L 95, pag. 29).

98 — Sentenza 21 novembre 2002, causa C-473/00 (Racc. pag. I-10875).

99 — Sentenza 28 giugno 2001, causa C-118/00 (Racc. pag. I-5063).

situazioni ingiuste, contrarie all'equità o ai principi ispiratori dell'ordinamento comunitario. I giudici nazionali devono interpretare il loro diritto di modo che, al verificarsi di queste circostanze, permetta il riesame degli atti nel rispetto dei diritti dei terzi.

VI — Conclusione

122. Alla luce delle riflessioni sopra esposte propongo alla Corte di giustizia di rispondere al Bundesverwaltungsgericht quanto segue:

1) L'art. 11, n. 1, della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 10 aprile 1997, 97/13/CE, relativa ad una disciplina comune in materia di autorizzazioni generali e di licenze individuali nel settore dei servizi di telecomunicazione, osta a diritti per il rilascio, la gestione, il controllo e l'esecuzione delle licenze individuali calcolati in base ad una previsione delle spese amministrative generali dell'autorità nazionale di regolamentazione per un periodo di trent'anni.

2) Considerato l'obbligo di leale cooperazione di cui all'art. 10 CE, l'art. 11, n. 1, della direttiva 97/13 richiede che gli avvisi di liquidazione per licenze individuali con esso contrastanti e che siano intanto divenuti definitivi per decorso dei termini di impugnazione possano essere riesaminati se, impedendo di realizzare gli scopi della norma, consolidano situazioni contrarie all'equità o ai principi ispiratori dell'ordinamento comunitario. Spetta ai giudici nazionali interpretare il loro diritto in modo da facilitare questo riesame, senza pregiudizio dei diritti dei terzi.