



Gli effetti del diritto dell’Unione europea sull’azione amministrativa in Italia: opportunità e limiti del potere di “disapplicazione” della P.A.

Marco Buccarella*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. I rapporti tra ordinamento interno e ordinamento UE. – 3. Il provvedimento antieuropeo. – 4. La disapplicazione da parte della P.A. della normativa interna incompatibile con il diritto dell’Unione. – 5. La disapplicazione *ex post* in sede di autotutela decisoria. – 6. Riflessioni conclusive.

1. La crescente permeabilità di ogni settore dell’ordinamento interno al diritto dell’Unione europea ha favorito, negli anni, lo sviluppo di molteplici dibattiti sul tema della c.d. disapplicazione, quale strumento di risoluzione delle antinomie, a carattere eccezionale, che permette “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”¹. La violazione del diritto UE può realizzarsi non soltanto tramite l’adozione di atti statali generali e

* Dottorando di ricerca in Scienze Giuridiche, Università di Foggia – Università di Siena.

¹ C. MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1991, p. 299.

astratti, ma anche attraverso atti particolari e concreti, ovverosia provvedimenti amministrativi che concretizzano la funzione pubblica esercitata. In tale prospettiva assume rilievo il regime di stabilità degli atti amministrativi incompatibili con la normativa dell’Unione.

È noto che il contrasto di un provvedimento amministrativo con la normativa UE può essere risolto mediante il ricorso, da parte del giudice nazionale, al meccanismo della disapplicazione della norma interna in conflitto². Non è invece pacifico che anche l’amministrazione possa ricorrere alla disapplicazione della norma interna nel corso di un procedimento amministrativo o, ancora, intervenire ai fini della rimozione *ex post* di un provvedimento c.d. antieuropeo (già adottato).

Nell’ambito del presente lavoro ci si interrogherà proprio sulla portata e sull’intensità del potere di accertamento spettante alle pubbliche amministrazioni, a fronte di un atto amministrativo incompatibile con una norma direttamente applicabile dell’Unione europea, avente contenuto chiaro preciso e incondizionato³. Dal momento che la patologia dell’atto antieuropeo dipende dalla concezione attraverso cui vengono inquadrati sistematicamente diritto interno e diritto UE, si procederà innanzitutto con alcuni brevi cenni sul rapporto tra i due ordinamenti (§ 2). Dopo tale analisi preliminare, ci soffermeremo sul regime di invalidità del provvedimento (§ 3) e sui rimedi cui l’amministrazione potrebbe – o dovrebbe – ricorrere in presenza di un’antinomia, a seconda che quest’ultima venga riscontrata prima (§ 4) o dopo (§ 5) l’adozione dell’atto. Un inquadramento del tema della disapplicazione, alla luce del contesto normativo e giurisprudenziale, consentirà di svolgere alcune considerazioni conclusive sulla sussistenza o meno, nell’ordinamento italiano, di strumenti utili a dirimere i conflitti dell’azione amministrativa con il diritto UE (§ 6).

² A. VANNUCCI, *Disapplicazione e diritto comunitario. La flessibilità come unica via per garantire coerenza all’ordinamento in una prospettiva sempre più integrata*, in *federalismi.it*, n. 17, 2011, pp. 1-31.

³ La definizione delle norme UE dotate di effetto diretto verticale, idonee a produrre direttamente effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri ed i loro amministrati, si rinviene nella sentenza della Corte del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend en Loos*.

2. In tema di rapporto tra norme dell'Unione e legislazione interna ordinaria, la Corte costituzionale, all'esito di un lungo percorso giurisprudenziale che ha coinvolto anche la Corte di giustizia dell'Unione europea (CGUE), è approdata ad una tesi filo-comunitaria, affermata per la prima volta nella nota sentenza *Granital*⁴, e poi rifinita attraverso ulteriori pronunce⁵. In sintesi, secondo la Consulta, le norme UE direttamente applicabili nell'ordinamento interno, benché teoricamente appartenenti ad un ordinamento giuridico distinto, prevalgono sulla legislazione ordinaria, anteriore o posteriore che sia, per effetto del c.d. principio del primato⁶. In questo senso, "tra le norme dei due ordinamenti non può porsi un conflitto perché la normativa comunitaria viene ad operare in settori o spazi lasciati liberi alla produzione normativa dell'autonomo ordinamento della Comunità e rispetto ai quali non opera o si ritrae la legge nazionale"⁷. Ne consegue che, nell'ipotesi di contrasto tra norme UE e diritto interno, qualsiasi giudice dovrà disapplicare il secondo, fermo restando il rispetto dei principi fondanti l'ordine costituzionale, i c.d. controlimiti⁸. Al contempo va escluso che il giudice debba attendere la formale rimozione, *rectius* abrogazione, di disposizioni legislative nazionali ostative alla diretta e immediata applicazione delle norme dell'Unione⁹. In tale prospettiva, il giudice nazionale, incaricato di vigilare anche

⁴ Sentenza della Corte costituzionale del 5 giugno 1984, n. 170.

⁵ Sentenze della Corte costituzionale del 19 aprile 1985, n. 113 e dell'11 luglio 1989, n. 389.

⁶ La c.d. primazia del diritto dell'Unione costituisce uno degli assi portanti dell'ordinamento dell'Unione, come riconosciuto sin dalla nota pronuncia della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*. Il riconoscimento della *primauté* del diritto UE sulla normativa interna postula, in termini di effetto diretto, l'obbligo di disapplicazione della norma interna contrastante con quella dell'Unione, ove quest'ultima risulti chiara, precisa e incondizionata.

⁷ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea. Parte istituzionale*, Torino, 2019, pp. 467 e 468.

⁸ Per un approfondimento sui controlimiti costituzionali, si veda D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del diritto dell'Unione Europea nel dialogo tra le Corti*, Firenze, 2020.

⁹ Cfr. le seguenti sentenze della Corte del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, punto 24; del 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C- 113/91, *Debus*, punto 32; del 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, punto 81; del 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*, punto 45.

sull’applicazione e sull’osservanza del diritto dell’Unione¹⁰, svolge un ruolo fondamentale nel garantire il rispetto della normativa UE all’interno dei singoli ordinamenti statali, in attuazione del principio di leale collaborazione di cui all’art. 4, par. 3, TUE¹¹. Come efficacemente sintetizzato in dottrina, la disapplicazione rappresenta quindi il risultato del principio primato “innescato” per effetto diretto sull’ordinamento¹².

La tesi della prevalenza delle norme UE sulla legislazione ordinaria trova conferma, oltre che nell’art. 11 della Costituzione, anche nell’art. 117 che espressamente vincola il legislatore italiano agli obblighi “derivanti dall’ordinamento comunitario”. Con il primo comma dell’art. 117 è stato realizzato, sul piano costituzionale, il coinvolgimento dello Stato italiano nel processo di integrazione dell’Unione europea. Nel nuovo sistema delineato dalla riforma costituzionale, “è necessario riconoscere che i rapporti tra l’ordinamento europeo e quello italiano sono ora disciplinati in modo tale da configurare qualcosa di molto vicino all’esistenza di un ordinamento complessivamente unitario”¹³. Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, anche la Corte costituzionale, nell’abbandonare progressivamente la visione c.d. dualista degli ordinamenti, si è indirizzata verso una sempre maggiore condivisione della tesi c.d. monista sostenuta dalla CGUE, secondo cui sussiste un unico sistema giuridico ove diritto UE e diritto interno si integrano nel segno della prevalenza del primo sul secondo¹⁴.

Rispetto all’attività amministrativa, nell’ambito dell’ordinamento italiano, assume rilievo anche l’art. 1 della l. n. 241/1990, che impone

¹⁰ Il giudice nazionale è stato perciò definito “giudice comune di diritto europeo”. Cfr. ordinanza della Corte del 6 dicembre 1990, causa C-2/88, *Imm., J.J. Zwartveld*, punto 10.

¹¹ Il principio di leale collaborazione postula che “gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l’esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell’Unione” (art. 4, par. 3, secondo capoverso, TUE).

¹² M. DOUGAN, *When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy*, in *Common Market Law Review*, n. 4, 2007, pp. 960-963.

¹³ F. PIZZETTI, *I nuovi elementi “unificanti” del sistema italiano: il “posto” della Costituzione e delle leggi costituzionali ed il “ruolo” dei vincoli comunitari e degli obblighi internazionali dopo la riforma del titolo V della Costituzione*, in *Istituzioni del Federalismo*, n. 2, 2002, pp. 221-257.

¹⁴ Sentenza della Corte costituzionale del 15 aprile 2008, n. 102.

il rispetto dei “principi dell’ordinamento comunitario”. Sul piano processuale, una disposizione di simile tenore si rinviene nell’art. 1 c.p.a., ai sensi del quale la giurisdizione amministrativa è tenuta ad assicurare una tutela effettiva e piena conforme (anche) ai principi “del diritto europeo”.

3. Con riferimento al contrasto tra provvedimento amministrativo e diritto UE, si possono configurare due ipotesi di antinomia, ossia diretta o indiretta. Nel primo caso, l’atto amministrativo si pone in contrasto con una o più disposizioni di matrice dell’Unione europea. Nella seconda ipotesi, invece, il provvedimento risulta conforme ad una normativa interna che però viola, di per sé, una o più norme direttamente applicabili dell’Unione europea.

Per quanto riguarda il regime dell’atto amministrativo antieuropeo, la teoria maggiormente condivisa è quella che lo qualifica come atto illegittimo e perciò annullabile, giacché adottato in violazione delle norme dell’ordinamento UE – che si integra *ex artt.* 11 e 117 della Costituzione con l’ordinamento interno. Infatti, giurisprudenza e dottrina prevalenti sono orientati nel senso di ritenere che il vizio dell’atto antieuropeo è “quello tipico della illegittimità-annullabilità, da dedurre in giudizio entro l’ordinario termine decadenziale di sessanta giorni”¹⁵. Si tratta di vizio che ricorre sia nell’ipotesi di provvedimento direttamente contrastante con una fonte UE, sia nel caso di atto amministrativo compatibile con la normativa nazionale che tuttavia viola una disposizione del diritto dell’Unione direttamente applicabile.

In questa prospettiva, il provvedimento amministrativo antieuropeo sarà quindi annullabile, da parte del giudice amministrativo adito, previa disapplicazione della norma nazionale. Sul piano processuale, l’impugnazione e l’eventuale annullabilità del provvedimento soggiacciono quindi al termine di decadenza di sessanta giorni, essendo gli Stati membri liberi di individuare limiti e termini per il ricorso ai rimedi giudiziali¹⁶. L’assoggettamento dell’azione di impugnazione –

¹⁵ L. PASSARINI, *Gli effetti dell’incompatibilità con il diritto dell’Unione sui provvedimenti amministrativi*, in *Ildirittoamministrativo.it*, 2022.

¹⁶ Sentenza della Corte del 27 febbraio 2003, causa C-327/00, *Santex*. In tale pronuncia, la Corte UE ha osservato che “sebbene spetti all’ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso destinate ad

anche di un provvedimento antieuropeo – ad un determinato termine decadenziale, ancorché breve, non è infatti incompatibile con il diritto dell’Unione né tantomeno con il principio del primato. Ciò discende dalla natura della fonte di diritto UE che, in quanto integrata nell’ordinamento giuridico interno, è interessata del medesimo regime di illegittimità-annullabilità degli atti amministrativi non conformi alle altre norme dell’ordinamento giuridico nazionale¹⁷. Ne consegue che, in linea di principio, un provvedimento amministrativo rimasto inoppugnato manterrà in ogni caso la sua validità ed efficacia¹⁸.

4. Sul piano generale, anche la pubblica amministrazione, al pari del legislatore e dei giudici, è tenuta al rispetto della normativa UE ad effetto diretto¹⁹, tra cui rientrano i regolamenti dell’Unione, le norme del Trattato immediatamente applicabili e le direttive *self-executing*²⁰. Nell’ambito delle fonti del diritto ad effetto diretto occorre considerare anche le sentenze dei giudici Lussemburgo, atteso che la Corte costituzionale ha da tempo riconosciuto il principio della immediata efficacia e vincolatività delle “statuizioni risultanti dalle sentenze interpretative della Corte di Giustizia”, al pari di quanto stabilito rispetto alle direttive c.d. autoesecutive²¹. In tale prospettiva, la

assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l’effetto utile della direttiva, la quale è intesa a garantire che le decisioni illegittime di tali amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile” (punto 51).

¹⁷ Cfr. sentenza del Consiglio di Stato del 31 marzo 2011, sez. VI, n. 1983, ove al punto 4.2.1 della motivazione si riconosce come “in via generale, il rispetto dei principi di parità di trattamento ed effettività non osta a che lo Stato membro assoggetti la tutela di una posizione giuridica di diritto comunitario derivato ad un termine di decadenza, a condizione che la fissazione di tale termine sia equivalente a quella prevista per posizioni giuridiche di diritto interno, e che il termine non sia di esiguità tale da rendere impossibile o estremamente difficile l’esercizio effettivo della tutela delle posizioni giuridiche di matrice comunitaria”.

¹⁸ Cfr. sentenze del TAR Sardegna del 5 febbraio 2020, sez. II, n. 77 e del Consiglio di Stato del 18 novembre 2019, sez. VI, n. 7874.

¹⁹ Sentenza della Corte del 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß*. Cfr. P. CRAIG, G. DE BÜRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2015, p. 207, ove si parla di *administrative direct effect*.

²⁰ Sull’efficacia delle direttive *self executing* si veda D. GALLO, *Efficacia diretta del diritto UE, procedimento pregiudiziale e Corte costituzionale: una lettura congiunta delle sentenze n. 269/2017 e 115/2018*, in *Rivista AIC*, n. 1, 2019, p. 98.

²¹ Sentenza della Corte costituzionale del 18 gennaio 1990, n. 64 e del 1991, n. 161.

disapplicazione della norma interna incompatibile è quindi “figlia” del primato del diritto UE, cui anche la P.A. deve attenersi²².

Dall’obbligo di conformarsi al diritto UE discende l’onere, in capo alle amministrazioni, di disapplicare norme interne eventualmente contrastanti con disposizioni dell’Unione europea²³, onde evitare l’adozione di provvedimenti antieuropei²⁴. Infatti, come *illo tempore* riconosciuto dalla Corte costituzionale sulla falsariga di quanto precedentemente affermato dalla Corte di giustizia²⁵, “tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi – tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi – sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili”²⁶. Si tratta di un principio di recente ribadito dalla Corte UE, a seguito del rinvio pregiudiziale disposto dal TAR Puglia, Lecce, Sez. I, n. 743 dell’11 maggio 2022²⁷ in merito alla

²² G. VITALE, *Considerazioni a margine della pronuncia del TAR Puglia sulla disapplicazione da parte dell’Amministrazione di una norma interna incompatibile con il diritto dell’Unione*, in *Il diritto dell’Unione europea*, febbraio 2021, p. 1 ss.

²³ In proposito si veda, anche per gli ampi richiami bibliografici, A. ARENA, *Sul carattere “assoluto” del primato del diritto dell’Unione europea*, in *Studi sull’integrazione europea*, 2018, p. 317 ss. In generale, sul tema della (il)legittimità dell’atto amministrativo antieuropeo, si vedano G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell’atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2006, p. 513 ss.; G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2008, p. 505 ss.; R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007; N. PIGNATELLI, *Illegittimità “comunitaria” dell’atto amministrativo*, in *Giurisprudenza costituzionale*, 2008, p. 3635 ss.

²⁴ In proposito, tra la giurisprudenza interna più recente, si vedano le seguenti sentenze: TAR Lombardia dell’8 febbraio 2022, sez. I, n. 112, punto 4.2.3; del Consiglio di Stato dell’11 novembre 2019, sez. VI, n. 7874; del Consiglio di Stato del 28 febbraio 2018, sez. VI, n. 1219; del Consiglio di Stato del 5 marzo 2018, sez. V, n. 1342.

²⁵ Sentenza della Corte del 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*. Cfr. anche le seguenti pronunce della Corte di giustizia che avevano già prefigurato l’obbligo della disapplicazione, oltre che in capo ai giudici, anche da parte di ogni autorità amministrativa: sentenza *Van Gend en Loos*, cit.; sentenza *Simmenthal*, cit.

²⁶ Sentenza della Corte costituzionale del 1989, n. 389, cit.

²⁷ Per un commento sull’ordinanza del TAR Lecce, antecedente la pubblicazione della pronuncia della Corte di giustizia, si veda C. BURELLI, *Un nuovo (discutibile) capitolo della saga “concessioni balneari”: il TAR Lecce investe la Corte di giustizia di un rinvio pregiudiziale ex art. 267 TFUE*, in *BlogDUE*, 30 maggio 2022.

legittimità degli atti di proroga delle concessioni demaniali marittime. In particolare, i giudici di Lussemburgo hanno confermato come “l’amministrazione, anche comunale, è tenuta, al pari del giudice nazionale, ad applicare le disposizioni incondizionate e sufficientemente precise di una direttiva e a disapplicare le norme del diritto nazionale non conformi a tali disposizioni”²⁸. In questo quadro, va considerato illegittimo l’atto conforme ad una legge interna che, tuttavia, viola la normativa UE direttamente applicabile; di converso, risulta invece legittimo il provvedimento adottato in ossequio a quest’ultima, ancorché disapplicando la norma interna.

Anche l’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sembra essere definitivamente approdata a tale conclusione²⁹, stante l’inequivoco giudizio espresso sull’incompatibilità tra gli atti di proroga delle concessioni demaniali marittime e le norme dell’Unione immediatamente applicabili³⁰. Secondo l’Adunanza Plenaria, “o si ammette che la legge non è disapplicabile nemmeno dal giudice (ma in questo modo il contrasto con il principio di primazia del diritto dell’Unione diventa stridente) oppure si ammette che

²⁸ Sentenza della Corte del 20 aprile 2023, causa C-348/22, punto 77, che richiama anche le sentenze del 14 luglio 2016, cause riunite C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e a.*, punto 43 e del 10 ottobre 2017, causa C-413/15, *Farrell*, punto 33.

²⁹ Sentenze dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17/2021 e 18/2021. Per un approfondimento su tali pronunce e sulla loro rilevanza rispetto ai temi inerenti al rapporto tra diritto UE e diritto interno, si veda G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE in sede nazionale?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022, pp. 168-218. Ulteriori commenti critici, di fondamentale importanza nella prospettiva del diritto UE, si rinvencono in G. MARCHEGIANI, *Sull’eccesso di potere giurisdizionale quale vizio delle sentenze dell’Assemblea Plenaria del Consiglio di Stato in materia di concessioni demaniali marittime, nell’ottica del diritto dell’Unione europea*, in *Ordine internazionale e diritti umani*, pp. 289-302; F. FERRARO, *Diritto dell’Unione e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell’Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e Società*, n. 3, 2021, p. 359 ss.; R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *rivista.eurojus.it*, n. 1, 2022, pp. 105-117; E. CANNIZZARO, *Demanio marittimo. Effetti in malam partem di direttive europee? In margine alle sentenze 17 e 18/2021 dell’Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato*, in *giustiziainsieme.it*, 30 dicembre 2021.

³⁰ Si tratta dell’art. 49 TFUE (che sancisce il principio di libertà di stabilimento) e dell’art. 12 della direttiva 2006/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 12 dicembre, c.d. direttiva Bolkestein, che impone l’espletamento di gare di rilievo UE per il rilascio e/o la rinnovazione di concessioni demaniali marittime.

l'Amministrazione è "costretta" ad adottare un atto illegittimo, destinato poi ad essere annullato dal giudice, che può fare ciò che la P.A. non ha potuto fare, cioè non applicare la legge nazionale anticomunitaria. Ma immaginare un'Amministrazione "costretta" ad adottare atti comunitariamente illegittimi e a farlo in nome di una esigenza di certezza del diritto (legata all'asserita difficoltà di individuare la direttiva *self-executing*) appare una contraddizione in termini"³¹. In questo senso, la disapplicazione configura un'operazione logica che, nella misura in cui implica un accertamento a carattere incidentale³², può essere svolta da qualsiasi organo dell'amministrazione statale.

L'argomento principalmente sviluppato avverso il riconoscimento di un generale potere di disapplicazione in capo alla P.A. si fonda sulla non eguaglianza delle prerogative del Giudice e delle amministrazioni³³.

5. Per completare l'analisi sin qui condotta, occorre soffermarsi anche sul regime di stabilità dell'atto amministrativo antieuropeo già

³¹ Sentenze dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato nn. 17 e 18 del 2021, cit., punto 34.3. Del resto, il ragionamento proposto di recente dall'Adunanza Plenaria corrisponde a quello proposto nel 1989, nella già citata sentenza Fratelli Costanzo, dalla Corte di giustizia, secondo cui "sarebbe [...] contraddittorio statuire che i singoli possono invocare dinanzi ai giudici nazionali le disposizioni di una direttiva aventi i requisiti sopra menzionati, allo scopo di far censurare l'operato dell'amministrazione, e al contempo ritenere che l'amministrazione non è tenuta ad applicare le disposizioni della direttiva disapplicando le norme nazionali ad esse non conformi. Ne segue che, qualora sussistano i presupposti necessari, secondo la giurisprudenza della Corte, affinché le disposizioni di una direttiva siano invocabili dai singoli dinanzi ai giudici nazionali, tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, come i comuni, sono tenuti ad applicare le suddette disposizioni".

³² Per effetto del quale una norma interna non può essere applicata nel caso concreto, stante la preferenza che l'ordinamento – a prescindere dalla circostanza che si ritenga integrato o meno – accorda ad altra disposizione UE direttamente applicabile.

³³ Cfr. A. SIMONELLI, *Concessioni demaniali marittime, potere di disapplicazione della P.A. e affidamenti*, in *Amministrazione in Cammino*, 17 dicembre 2021; G. GRECO, *op. cit.*, pp. 188-191. In particolare, il giudice può servirsi del contraddittorio delle parti (da distinguere dagli istituti posti a garanzia della partecipazione procedimentale degli interessati) e, soprattutto, dispone di strumenti processuali preclusi al singolo organo amministrativo – tra cui per l'appunto i rinvii alla Corte costituzionale o alla Corte di giustizia UE.

adottato, rispetto al quale la P.A., d’ufficio o su istanza di una parte, ha riscontrato un’antinomia con il diritto UE³⁴.

Ferma restando l’annullabilità ovvero l’impugnabilità del provvedimento antieuropeo nell’ordinario termine di decadenza (di cui si è detto *supra* § 3), l’eventuale contrasto con la normativa UE può essere sanato *ex post* dall’Amministrazione, dopo l’adozione dell’atto, tramite l’esercizio del potere di autotutela³⁵. La c.d. autotutela decisoria³⁶ è espressione del potere riconosciuto all’Amministrazione di valutare la legittimità dei suoi atti ed eventualmente annullarli, anche in ragione di una riscontrata antinomia con il diritto dell’Unione³⁷.

Nell’ordinamento interno, l’autotutela decisoria si estrinseca negli istituti dell’annullamento d’ufficio *ex art. 21-nonies* l. n. 241/1990 e della revoca *ex art. 21-quinquies* l. n. 241/1990³⁸, che tuttavia incontrano un duplice limite nella stabilità dell’assetto delineato nel provvedimento³⁹ e nella protezione degli interessi privati

³⁴ Oggetto di indagine del presente paragrafo è l’esercizio del potere di autotutela da parte delle P.A. nazionale, a fronte di provvedimenti incompatibili con il diritto dell’Unione. Per un approfondimento sull’esercizio dell’autotutela da parte di organi UE sui propri provvedimenti, si veda, anche per la bibliografia ivi richiamata, P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *federalismi.it*, n. 14, 2020, pp. 247-250.

³⁵ L’autotutela è stata definita come la capacità dell’amministrazione pubblica di “provvedere essa stessa a risolvere i conflitti eventualmente insorgenti con gli altri soggetti” e di farlo “senza ricorrere alla sentenza di un giudice”. Cfr. F. BENVENUTI, *Appunti di diritto amministrativo*, Padova, 1959, pp. 147-148. Sull’invalidità degli atti amministrativi per violazione del diritto UE, anche in relazione all’atteggiarsi del potere nazionale di autotutela, si vedano F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Milano, 2010; M. RAMAJOLI, R. VILLATA, *Contrasto di un atto con il diritto europeo*, in *Il libro dell’anno del diritto – 2012*, Roma, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Violazione del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2014, p. 657 ss.; P. OTRANTO, *op. cit.*, pp. 235-290.

³⁶ Da distinguere dall’autotutela c.d. esecutiva che, invece, discende dal potere attribuito all’Amministrazione dall’ordinamento di risolvere, in via autoritativa, l’eventuale conflitto che sorga con il privato con riferimento all’esecuzione di un provvedimento.

³⁷ Per un approfondimento sull’autotutela decisoria nel quadro del diritto europeo si veda D. U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 2005, pp. 39-63.

³⁸ Per un inquadramento dell’istituto dell’autotutela, come rinnovato a seguito dell’approvazione della L. n. 214/2015, c.d. Legge Madia, si veda A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell’annullamento d’ufficio*, Torino, 2016.

³⁹ La stabilità dell’assetto ordinamentale costituisce espressione della certezza del diritto nel caso concreto, corrispondente alla soluzione di un determinato “problema

potenzialmente attinti dall'autotutela⁴⁰. Ai fini dell'annullamento *ex officio* occorre che sia accertata l'illegittimità del provvedimento; l'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 prevede inoltre, come limite massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, il rispetto di un "termine ragionevole", ancorato al parametro di dodici mesi dall'emanazione del provvedimento di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici⁴¹. Differentemente dall'annullamento di ufficio, la revoca non presuppone vizi di legittimità, riguardando atti viziati nel merito giacché divenuti inopportuni per sopravvenuti motivi di pubblico interesse, per mutamento della situazione di fatto, nonché per una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario⁴².

Con riferimento ad un provvedimento antieuropeo, l'autotutela svolge, *rectius* potrebbe svolgere, un ruolo importante rispetto all'adempimento degli obblighi derivanti dal già citato principio di leale collaborazione. D'altro canto, il principio di primazia "impone [...] a tutte le istituzioni degli Stati membri di dare pieno effetto alle varie norme dell'Unione, dato che il diritto degli Stati membri non può sminuire l'efficacia riconosciuta a tali differenti norme nel territorio dei suddetti Stati"⁴³. In tale prospettiva, l'autotutela consentirebbe di realizzare una disapplicazione *ex post* nei confronti di un atto già adottato, garantendo il rispetto di norme e principi del diritto dell'Unione anche richiamati dall'art. 1 della l. n. 241/1990.

amministrativo". La certezza del diritto postula quindi, sul piano interno, il regime di "definitività" di un provvedimento amministrativo, in guisa da costituire un limite all'esercizio dei poteri di ritiro fondati sulla cura dell'interesse pubblico. Sul punto, cfr. L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2007, p. 480 ss.

⁴⁰ Si intende far riferimento sia al legittimo affidamento riposto dal destinatario del provvedimento, sia agli interessi di terzi, cioè a quegli eventuali interessi del soggetto controinteressato che potrebbero essere lesi dall'atto di primo grado e invece tutelati, indirettamente, dal provvedimento di secondo grado.

⁴¹ L'art. 63, comma 1, l. n. 108/2021, nel modificare l'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990, ha ridotto il termine per l'annullamento in autotutela del provvedimento amministrativo da diciotto a dodici mesi.

⁴² In caso di provvedimenti cc.dd. ampliativi o aventi un significativo impatto economico, l'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 esclude la revocabilità in ipotesi di "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario".

⁴³ Sentenza della Corte del 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski*, punto 54. Nello stesso senso, si veda anche la sentenza della Corte del 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punto 59.

Come già evidenziato, il contrasto del singolo atto amministrativo con la disciplina UE direttamente applicabile non si ripercuote però sul regime dell’annullabilità. Anche sul piano interno, infatti, è stato riconosciuto che “il principio della primazia del diritto U.E. di regola non incide sul regime di stabilità degli atti (amministrativi e giurisdizionali) nazionali che risultano comunitariamente illegittimi”. È dunque ormai indubbio l’assoggettamento (anche) dell’atto antieuropeo al corrispondente onere di impugnazione, al termine di decadenza e all’eventuale consolidamento dello stesso. Con riferimento al rimedio dell’autotutela disciplinato dalla l. n. 241/1990, la conferma del regime di stabilità degli atti antieuropei postula sostanzialmente l’inoppugnabilità di un provvedimento amministrativo, nell’ipotesi in cui non intervenga l’esercizio dell’autotutela.

In tale quadro, il principale problema attiene al carattere c.d. doveroso dell’intervento in autotutela dell’Amministrazione, occorrendo stabilire se, a fronte di un provvedimento antieuropeo, l’istanza di un privato possa imporre o meno alla P.A. di usare il proprio potere, avviando il procedimento e concludendolo con una decisione espressa.

Ai fini del presente lavoro, utilizzeremo quindi la formula “autotutela doverosa” per indicare la funzione che la P.A. potrebbe essere obbligata a esercitare al ricorrere di determinati presupposti⁴⁴, anche a seguito di un’istanza avanzata dal soggetto portatore di un interesse meritevole di tutela⁴⁵. Sul piano generale, si può riscontrare un graduale processo di emersione dei casi di doverosità dell’autotutela, pure giustificata dalla crescente importanza riconosciuta al privato, in termini di partecipazione-collaborazione procedimentale, rispetto al potere di riesame spettante alla P.A. Ciò trova conferma nelle molteplici ipotesi di autotutela doverosa che si rinvergono sia nella giurisprudenza sia in alcune disposizioni legislative, spesso modificate proprio alla

⁴⁴ Su una diversa qualificazione dell’autotutela, come risultato dell’esercizio di poteri di controllo che risultano vincolati sia nell’*an* del procedimento sia nelle sue possibili conclusioni, si veda E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2022, pp. 510-525.

⁴⁵ Tale categoria di soggetti si sta progressivamente ampliando, stante la necessità di favorire la tutela di interessi diffusi e collettivi sempre più rilevanti. Sul punto, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2023, pp. 49-89 e pp. 197-210.

luce dei mutati indirizzi giurisprudenziali⁴⁶. Anche con riferimento agli atti amministrativi antieuropei, la Corte UE è oggi orientata nel senso di attribuire rilievo alla certezza dei rapporti giuridici e all'affidamento dei privati, in conformità con quanto previsto dalla disciplina nazionale in caso di violazione di norme interne⁴⁷. In questa prospettiva, l'interesse a tutelare l'affidamento e la stabilità degli atti retrocede a fronte della *necessità* di preservare la legittimità dell'azione pubblica⁴⁸.

6. All'esito di questa disamina è possibile trarre alcune conclusioni.

Con riferimento alla configurabilità in capo alla P.A. di un potere di disapplicazione *ex ante* della normativa interna confliggente con il diritto UE, non sembra più condivisibile negare una simile *potestas*. È infatti indubbio che, alla luce dei principi di leale collaborazione e del primato del diritto UE, anche le amministrazioni possono, *rectius* devono, attribuire preminenza alle norme dell'Unione ed evitare, quindi, di applicare disposizioni interne inficiate da una violazione della normativa europea. Una simile conclusione, raggiunta *illo tempore* dai giudici di Lussemburgo e oggi largamente condivisa anche dalla giurisprudenza nazionale, è stata di recente ribadita nella già richiamata pronuncia della Corte di giustizia UE del 20 aprile 2023, a proposito degli atti di proroga delle concessioni demaniali marittime italiane. In questo quadro, anziché negare *tout court* qualsivoglia potere di disapplicazione in capo alla P.A., appare piuttosto ragionevole limitarne l'impiego ai casi in cui il contrasto con la normativa UE risulti acclarato dalla Corte di giustizia, da un consolidato orientamento giurisprudenziale o da un organo giurisdizionale dotato di funzione nomofilattica⁴⁹. Rispetto invece alle ipotesi più dubbie di

⁴⁶ Per un approfondimento sulle ipotesi di autotutela doverosa ad oggi riconosciute nell'ordinamento interno, v. C. MICCICHÈ, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in *federalismi.it*, n. 13, 4 maggio 2022, pp. 174-181.

⁴⁷ Cfr. le seguenti sentenze della Corte del 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter*; del 19 settembre 2006, cause C-392/94 e 422/04, *i-21 Germany GmbH e Arcor AG & Co. KG*; del 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*; del 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*.

⁴⁸ Cfr. C. MICCICHÈ, *op. cit.*, pp. 176-177; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio*, Napoli, 2018, p. 101; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, p. 16.

⁴⁹ G. GRECO, *op. cit.*, p. 189.

incompatibilità della normativa nazionale con il diritto UE, l’ordinamento interno non sembra ad oggi offrire adeguate garanzie a supporto dell’agire amministrativo; il che rende fondate le preoccupazioni sulla possibile inadeguatezza della P.A. nel gestire, in concreto, un potere di disapplicazione disancorato da solide certezze giuridiche. In una prospettiva *de iure condendo*, sarebbe magari auspicabile un intervento del legislatore, al fine di fornire alle P.A. un canale di interlocuzione diretto con una struttura amministrativa centrale, competente a risolvere – nell’ambito del territorio nazionale – potenziali dubbi interpretativi riguardanti disposizioni interne in rapporto con la normativa dell’Unione.

In relazione all’ipotesi di un provvedimento amministrativo antieuropeo già adottato, l’esame condotto nel paragrafo precedente dimostra come sia in effetti possibile ricorrere ad un istituto da tempo conosciuto, quale l’autotutela doverosa nelle forme e nei limiti di cui all’art. 21-*nonies* l. n. 241/1990. L’esercizio del potere di revoca *ex art. 21-quinquies* l. n. 241/1990, in quanto notoriamente connotato da un’ampia discrezionalità, appare invece incoercibile dall’esterno, spettando esclusivamente alla P.A. ogni valutazione sull’avvio del relativo procedimento.

Qualificare come attività vincolata l’avvio di un procedimento in autotutela, a seguito di un’istanza di un privato e quanto meno nelle già menzionate ipotesi enucleate dai giudici di Lussemburgo, significa favorire il rispetto della normativa UE senza pregiudicare la certezza del diritto. Del resto, è lo stesso art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 a definire i limiti, anche sul piano temporale, per l’esercizio dello *ius poenitendi*, a garanzia della stabilità dell’assetto ordinamentale e della tutela dell’affidamento dei privati. D’altronde, la ricostruzione dello *ius poenitendi* quale attività *a priori* discrezionale, rischia di assoggettare il provvedimento antieuropeo ad un regime diverso e più sfavorevole rispetto a quello degli atti contrastanti con altre norme dell’ordinamento giuridico nazionale. Se, infatti, in alcuni casi – connessi alla violazione di norme interne – è ormai pacificamente riconosciuto il carattere doveroso dell’autotutela⁵⁰, a maggior ragione siffatto regime deve

⁵⁰ Si pensi alla casistica riguardante la doverosità per la P.A. di prendere in esame e riscontrare la segnalazione del cittadino (purché pertinente e non strumentale), sia in

valere per i provvedimenti antieuropei, stante gli obblighi derivanti dalla primazia del diritto UE e dal principio di leale collaborazione

L'esame sin qui condotto dimostra che, mentre è ormai impossibile negare il potere di disapplicazione della P.A. *ex ante* nel corso di un procedimento⁵¹, l'omesso riconoscimento della natura doverosa dell'autotutela – a fronte di un provvedimento antieuropeo già adottato – rischia di depotenziare il funzionamento e l'efficacia della disapplicazione *ex post*. In un rinnovato quadro giuridico, che tende alla valorizzazione dell'apporto collaborativo-procedimentale del privato, c'è spazio affinché la funzione giustiziale tradizionalmente rimessa alla P.A. si avvii ad un'ulteriore implementazione, funzionale a favorire la conformità dell'azione amministrativa in Italia alla normativa UE. La disapplicazione, quale strumento cui ricorrere in sede di autotutela, rappresenta un rimedio potente, che, oltre a favorire il rispetto del diritto dell'Unione, potrebbe agevolare la risoluzione di conflitti attuali e potenziali senza l'intervento dell'autorità giudiziaria. Sia consentito evidenziare che tutto quanto sin qui osservato vale con riferimento ad un provvedimento esistente e incompatibile con la normativa UE, la cui primazia rende maggiormente evidenti quelle ragioni di giustizia e di equità che hanno favorito la graduale emersione, in alcuni casi, del carattere doveroso dell'autotutela.

generale (per il caso di denunce c.d. qualificate) sia in determinati settori (come quello dei servizi pubblici, ove la disciplina di riferimento ammette un controllo diffuso sull'operato dei gestori). In proposito, cfr. l'approfondimento svolto da C. MICCICHÈ, *op. cit.*, pp. 174-181.

⁵¹ Laddove si riscontri un'acclarata incompatibilità con la normativa UE direttamente applicabile.