



I conflitti dell'azione amministrativa con il diritto dell'Unione europea. Quali rimedi per i provvedimenti amministrativi antieuropei?

MARCO BUCCARELLA*

Sommario: 1. Premessa. – 2. L'interazione tra ordinamento interno e diritto dell'Unione europea. – 3. Il regime di invalidità del provvedimento antieuropeo. – 4. L'obbligo di disapplicazione da parte della P.A. come conseguenza del primato del diritto eurounionale. – 5. Il regime di stabilità dell'atto amministrativo antieuropeo già adottato – 5.1. La disapplicazione *ex post* in sede di autotutela decisoria. – 5.2. Sull'avvio c.d. doveroso del procedimento di autotutela a fronte di un provvedimento antieuropeo. – 6. Riflessioni conclusive tra cambi di paradigma e nuove prospettive.

1. Premessa.

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 astratti, ma anche attraverso atti particolari e concreti,

* Assegnista di ricerca in Diritto dell'Unione europea e Diritto Internazionale presso il Dipartimento di Scienze Politiche dell'Università degli Studi di Napoli "Federico II"; dottore di ricerca in Scienze Giuridiche presso l'Università di Foggia. Il presente contributo rielabora e sviluppa, anche alla luce delle più recenti evoluzioni giurisprudenziali, il contenuto della relazione tenuta dall'Autore nell'ambito della III edizione dell'incontro fra giovani studiosi del Diritto dell'Unione europea "L'effettività del diritto dell'Unione europea tra strumenti di attuazione pubblici e mezzi di tutela privati", che si è svolto presso l'Università degli Studi di Firenze il 22 maggio 2023.

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

ovverosia provvedimenti amministrativi che concretizzano la funzione pubblica esercitata.

Nell'ambito dell'ordinamento italiano, rispetto alla tematica degli atti amministrativi incompatibili con la normativa dell'Unione, i c.d. atti o provvedimenti antieuropei, permangono talune incertezze dogmatiche e di carattere applicativo². È noto che il contrasto di un provvedimento amministrativo con la normativa UE possa essere infatti risolto mediante l'esercizio del potere, da parte del giudice nazionale, di disapplicazione della norma interna in conflitto³. Malgrado tale prerogativa sia stata da tempo riconosciuta anche alla pubblica amministrazione, a far tempo dalla pronuncia *Fratelli Costanzo*⁴, permane oggi un problema rispetto all'impiego "in concreto" del meccanismo di disapplicazione da parte della P.A.; il che trova conferma, ad esempio, nella situazione di incertezza riscontrabile, sul piano normativo e giurisprudenziale, in materia di rilascio e rinnovo delle concessioni demaniali marittime⁵. In questo quadro, il risalente riconoscimento del potere di disapplicazione in capo alla P.A. rischia di essere più facilmente messo in discussione da chi sostiene che alla pubblica amministrazione sarebbe precluso intervenire – a tutela dell'effettività del diritto UE – non soltanto a fronte di un provvedimento antieuropeo già adottato, ma anche nell'ambito di un procedimento amministrativo pendente e che, per l'appunto, potrebbe concludersi con l'adozione di un atto contrastante con il diritto eurounionale⁶.

Il sentimento di persistente incertezza che involge la relazione tra provvedimento antieuropeo e P.A., riverberandosi sull'effettivo impiego da parte della P.A. del correlato meccanismo di disapplicazione, spiega la scelta di affrontare in questo lavoro il tema della portata e dell'intensità del potere di accertamento spettante alle pubbliche amministrazioni a fronte di una disposizione direttamente applicabile UE, cioè avente contenuto chiaro, preciso e incondizionato, confliggente

² Sullo statuto giuridico del provvedimento amministrativo antieuropeo e sulle correlate incertezze dogmatiche che persistono tutt'oggi, si veda l'ampio studio condotto, attraverso un approfondimento dei profili di natura sia sostanziale che processuale, da C. FELIZIANI, *Il provvedimento amministrativo nazionale in contrasto con il diritto europeo. Profili di natura sostanziale e processuale*, Napoli 2023.

³ 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*, 2011, pp. 1-31.

⁴ Corte giust., 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256. 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: Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, ECLI:EU:C:1963:1; Corte giust., 15 luglio 1964, causa 106/77, *Costa c. Enel*, ECLI:EU:C:1964:66; Corte giust., 13 luglio 1972, causa C-48/71, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1972:65; Corte giust., 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmenthal*, ECLI:EU:C:1978:49.

⁵ Per un inquadramento di tale problematica nel contesto giuridico italiano, si vedano D. DEL VESCOVO, *La procedura di infrazione europea contro l'Italia per le concessioni demaniali: inerzia del legislatore e giurisprudenza ondivaga*, in *AmbienteDiritto.it*, 2024, pp. 1-21; M. GNES, *Le concessioni demaniali marittime tra diritti in conflitto e incertezza delle regole: progressi, problemi, prospettive*, Milano 2023.

⁶ Sull'insussistenza di un potere di disapplicazione in capo alla P.A., si è espresso recentemente A. SIMONELLI, *Concessioni demaniali marittime, potere di disapplicazione della P.A. e affidamenti*, in *Amministrazione in Cammino*, 17 dicembre 2021.

con la normativa interna⁷. Dal momento che la qualificazione del grado di patologia che affligge l'atto antieuropeo dipende dalla concezione attraverso cui vengono inquadrati sistematicamente diritto interno e diritto UE, si procederà innanzitutto con una ricognizione sul tema del rapporto tra i due ordinamenti (§ 2). Dopo tale analisi preliminare, ci soffermeremo sul regime di invalidità del provvedimento antieuropeo (§ 3) e sui rimedi cui la pubblica 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, nella prospettiva di accertare se l'ordinamento italiano fornisca già strumenti funzionali utili alla P.A. a dirimere i conflitti dell'azione amministrativa con il diritto eurounionale e a garantire, dunque, l'effettività del diritto UE (§ 6).

2. L'interazione tra ordinamento interno e diritto dell'Unione europea

In tema di rapporto tra norme UE 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 filocomunitaria, affermata per la prima volta nella nota sentenza *Granital*⁸, e poi rifinita attraverso ulteriori pronunce⁹. In sintesi, secondo la Consulta, le norme UE direttamente applicabili nell'ordinamento interno, benché teoricamente appartenenti a un ordinamento giuridico distinto, prevalgono sulla legislazione ordinaria, anteriore o posteriore che sia, per effetto del c.d. principio del primato¹⁰. 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

⁷ 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 amministratori, si rinviene in Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *van Gend en Loos*, cit.

⁸ Corte cost., 5 giugno 1984, n. 170, ECLI:IT:COST:1984:170.

⁹ Corte cost., 19 aprile 1985, n. 113, ECLI: IT:COST:1985:113; Corte Cost., 4 luglio 1989, n. 389, ECLI: ECLI: IT:COST:1989:389.

¹⁰ La c.d. primazia del diritto dell'Unione costituisce uno degli assi portanti dell'ordinamento eurounionale, come riconosciuto sin dalla nota pronuncia Corte giust., 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*, cit., ove si affermò che «il diritto nato dal trattato non potrebbe, in ragione appunto della sua specifica natura, trovare un limite in qualsiasi provvedimento interno senza perdere il proprio carattere comunitario e senza che ne risultasse scosso il fondamento giuridico della stessa comunità. Il trasferimento, effettuato dagli Stati a favore dell'ordinamento giuridico comunitario, dei diritti e degli obblighi corrispondenti alle disposizioni del trattato implica quindi una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani, di fronte alla quale un atto unilaterale ulteriore, incompatibile col sistema della comunità, sarebbe del tutto privo di efficacia. L'art. 177 va quindi applicato, nonostante qualsiasi legge nazionale, tutte le volte che sorga una questione d'interpretazione del trattato». Il riconoscimento della *primauté* del diritto UE sulla normativa nazionale 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.

legge nazionale»¹¹. 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. controlimiti¹². 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'Unione¹³. In tale prospettiva, il giudice nazionale, incaricato di vigilare anche sull'applicazione e sull'osservanza del diritto dell'Unione¹⁴, 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, del Trattato sull'Unione europea (TUE). Per effetto di tale disposizione, gli Stati membri sono infatti tenuti ad adottare «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)¹⁵. Come efficacemente sintetizzato in dottrina, la disapplicazione rappresenta quindi il risultato del principio del primato "innescato" per effetto diretto sull'ordinamento¹⁶.

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 formalizzato, sul piano costituzionale, il coinvolgimento dello Stato italiano nel processo di integrazione dell'Unione europea. Nell'ambito del 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»¹⁷. Dopo la riforma del Titolo V della Costituzione, anche la Corte costituzionale, nell'abbandonare progressivamente la

¹¹ G. STROZZI, R. MASTROIANNI, *Diritto dell'Unione europea, parte istituzionale*, VIII Ed., Torino, 2019, pp. 467-468.

¹² Per un approfondimento sul tema dei controlimiti costituzionali nel contesto odierno, si veda D. PELLEGRINI, *I controlimiti al primato del Diritto dell'Unione europea nel dialogo tra le corti*, Firenze, 2020.

¹³ Cfr. Corte giust., 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*, cit., punto 24; Corte giust., 4 giugno 1992, cause riunite C-13/91 e C- 113/91, *Debus*, ECLI:EU:C:1992:247, punto 32; Corte giust., 19 novembre 2009, causa C-314/08, *Filipiak*, ECLI:EU:C:2009:719, punto 81; Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, ECLI:EU:C:2013:105, punto 45.

¹⁴ Il giudice nazionale è stato perciò definito «giudice comune di diritto europeo». Cfr. Corte giust., 6 dicembre 1990, causa C-2/88, *Imm., J.J. Zwartveld*, ECLI:EU:C:1990:440, punto 10.

¹⁵ Per un approfondimento sulla portata del principio di leale collaborazione, anche come strumento di soluzione dei conflitti tra prerogative degli Stati membri e diritto dell'Unione europea, cfr. F. CASOLARI, *Leale cooperazione tra Stati membri e Unione europea*, Napoli, 2020; P. DE PASQUALE, *Il "terzo pilastro" dell'Unione europea tra buona fede e leale collaborazione*, in *Studi sull'Integrazione europea*, 2009, p. 431 ss.

¹⁶ M. DOUGAN, 'When Worlds Collide! Competing Visions of the Relationship between Direct Effect and Supremacy', in *Common Market Law Review* 931, 2007, pp. 960-963.

¹⁷ 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*, 2002, pp. 221-257.

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 secondo¹⁸.

Del resto, l'integrazione tra i due ordinamenti è stata accolta, nella prospettiva interna, anche sul piano del diritto amministrativo. In proposito giova richiamare il contenuto dell'art. 1 L. n. 241/1990, che, nel definire i principi generali dell'attività amministrativa, impone 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. Il regime di invalidità del provvedimento antieuropeo

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 eurounionale. 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.

La discussione in merito alla natura monista o dualista dei rapporti tra i due ordinamenti, nazionale e UE, si ripercuote sulla natura giuridica del provvedimento antieuropeo. Se si condivide la tesi monista sulla unitarietà dei due ordinamenti, l'atto amministrativo in contrasto con le norme UE si dovrà ritenere annullabile per violazione di legge, a prescindere dalla distinzione tra antinomia diretta e indiretta¹⁹. In tale prospettiva, infatti, assume rilievo un unico sistema normativo e pertanto la “natura” della norma violata è ininfluente, con la conseguenza che l'antinomia integra in ogni caso un'ipotesi di annullabilità per violazione di legge²⁰. Diversamente, condividendo la tesi dualista, le sorti dell'atto in contrasto con il diritto UE potrebbero differire a seconda che si tratti di antinomia diretta o indiretta. Nel primo caso, riaffiorerebbe una forma di annullabilità del provvedimento per violazione di legge. Invece, con riferimento all'ipotesi del contrasto indiretto, una parte della giurisprudenza nazionale ha invocato un'ulteriore distinzione in base alla natura della norma interna di riferimento, a seconda che sia attributiva o regolativa del potere amministrativo. La norma attributiva di potere postulerebbe un'ipotesi di nullità per carenza di potere o difetto assoluto di attribuzione²¹; tale soluzione, tuttavia, è sconfessata dall'art. 21 *septies* L. n. 241/1990, che non richiama espressamente la

¹⁸ Corte cost., 15 aprile 2008, n. 102, ECLI:IT:COST:2008:102.

¹⁹ Corte giust., 27 febbraio 2003, causa 320/00, *Santex SpA*, ECLI:EU:C:2003:109.

²⁰ Art. 21 *octies* L. n. 241/1990.

²¹ Si tratta di una delle prime soluzioni elaborate dalla giurisprudenza amministrativa. Cfr. TAR Piemonte, Torino, 8 febbraio 1989, n. 34; Cons. Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 3.

violazione del diritto UE tra le cause di nullità del provvedimento amministrativo²². In caso di norma regolativa, invece, ricorrerebbe un'ipotesi annullabilità in forza degli artt. 21 *octies* e 21 *nonies* L. n. 241/1990.

La teoria ad oggi maggiormente condivisa qualifica il provvedimento amministrativo antieuropeo come atto illegittimo e perciò annullabile, giacché adottato in violazione 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»²³. 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 eurounionale direttamente applicabile.

In questa prospettiva, il provvedimento amministrativo antieuropeo sarà quindi **annullabile**, da parte del giudice amministrativo adito, previa disapplicazione della norma nazionale, a seguito di un'azione giudiziale promossa da un soggetto per cui ricorrano i presupposti della legittimazione e dell'interesse a ricorrere²⁴. Sul piano processuale, l'impugnazione e l'eventuale annullabilità del provvedimento soggiacciono pertanto al termine di decadenza di sessanta giorni, essendo gli Stati membri liberi di individuare limiti e termini per il ricorso ai rimedi giudiziari²⁵. L'assoggettamento dell'azione di impugnazione – 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, risulta interessata del medesimo regime di illegittimità-annullabilità degli atti amministrativi non conformi alle altre norme

²² La nullità costituisce una categoria residuale di invalidità dell'atto amministrativo che ricorre nei casi tassativamente previsti *ex lege*. La teoria della nullità applicata al provvedimento antieuropeo sembrava rievocare la carenza di potere in concreto, che secondo l'ormai consolidata giurisprudenza amministrativa non può più trovare riconoscimento dopo la generale codificazione dei vizi di nullità dell'atto amministrativo ad opera del citato art. 21 *septies*, tra cui rientra il difetto assoluto di attribuzione. In questo senso, la legge generale sul procedimento amministrativo ha ricondotto nell'alveo dei vizi di annullabilità tutte le ipotesi tradizionalmente annoverabili nella carenza di potere in concreto. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2013, n. 4323; Cons. Stato, Sez. V, 30 agosto 2013, n. 5786; TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 29 novembre 2013, n. 575; TAR Basilicata, Potenza, Sez. Unica, 25 luglio 2014, n. 510.

²³ L. PASSARINI, *Gli effetti dell'incompatibilità con il diritto dell'Unione sui provvedimenti amministrativi*, in *Ildirittoamministrativo.it*, 2022.

²⁴ In merito ai presupposti e alle condizioni dell'azione v., per tutti, E. FOLLIERI, *I presupposti e le condizioni dell'azione*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Giustizia amministrativa*, Torino, 2023, pp. 323-331.

²⁵ Corte giust., 27 febbraio 2003, causa 320/00, *Santex SpA*, cit. 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 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».

dell'ordinamento giuridico nazionale²⁶. Ne consegue che, in linea di principio e salvo quanto si dirà nel prosieguo, un provvedimento amministrativo rimasto inoppugnato conserverà in ogni caso la sua validità ed efficacia²⁷.

4. L'obbligo di disapplicazione della normativa interna da parte della P.A. come conseguenza del primato del diritto eurounionale

Sul piano generale, anche la pubblica amministrazione, al pari del legislatore e dei giudici, è evidentemente tenuta al rispetto della normativa UE ad effetto diretto²⁸, tra cui rientrano i Regolamenti dell'Unione, le norme del Trattato immediatamente applicabili e le direttive *self executing*²⁹. Nell'ambito delle fonti del diritto UE ad effetto diretto occorre considerare anche le sentenze dei giudici di 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. autoesecutive³⁰. In tale prospettiva, la disapplicazione della norma interna incompatibile è “figlia” del primato del diritto UE, quale principio che dovrebbe guidare tutti gli organismi di natura statale e dunque anche la P.A.³¹.

Dall'obbligo di conformarsi al diritto UE discende l'acclarato onere, in capo alle amministrazioni, di disapplicare norme interne eventualmente contrastanti con disposizioni eurounitarie³², onde evitare – in un'ottica preventiva – l'adozione di

²⁶ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. VI, 31 marzo 2011, 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».

²⁷ Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, Sez. II, 5 febbraio 2020, n. 77; Cons. Stato, Sez. VI, 18 novembre 2019, n. 7874.

²⁸ Corte giust., 14 ottobre 2010, causa C-243/09, *Fuß*, ECLI:EU:C:2010:609. Cfr. altresì P. CRAIG, G. DE BÜRCA, *EU Law. Text, Cases and Materials*, Oxford, 2015, p. 207 ss., che affronta il tema dell'*administrative direct effect*.

²⁹ 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*, 2019, p. 98 ss.

³⁰ Corte cost., 18 gennaio 1990, n. 64, ECLI:IT:COST:1990:64.

³¹ 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 *Osservatorio Europeo – dUE*, febbraio 2021.

³² 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 *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, p. 513 ss.; G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 505 ss.; R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007; N. PIGNATELLI, *Illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, p. 3635 ss.

provvedimenti antieuropei³³. Infatti, come *illo tempore* riconosciuto dalla Corte Costituzionale sulla falsariga di quanto precedentemente affermato dalla Corte di Giustizia³⁴, «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»³⁵. Si tratta di un principio di recente ribadito dalla Corte UE, a seguito del rinvio pregiudiziale disposto dal TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 11 maggio 2022, n. 743³⁶ in merito alla legittimità degli atti di proroga delle concessioni demaniali marittime assegnate senza l'espletamento di un'apposita procedura competitiva, in violazione dell'art. 12 della Direttiva 2006/123/CE e dell'art. 49 del TFUE. 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»³⁷. Tale insegnamento trova conferma nella più recente giurisprudenza amministrativa, che, nel ribadire l'illegittimità delle proroghe delle concessioni demaniali marittime assegnate senza gara per contrasto con il diritto UE, ha evidenziato come l'obbligo di disapplicare le disposizioni nazionali incompatibili spetta «anche alle autorità amministrative, comprese quelle comunali, senza che ciò possa essere condizionato o impedito da interventi del legislatore»³⁸. In questo quadro, va considerato illegittimo e potenzialmente annullabile – in sede giudiziale o amministrativa – 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, disapplicando la norma interna.

L'argomento principalmente sviluppato avverso il riconoscimento di un generale potere di disapplicazione in capo alla P.A., la cui sussistenza è stata in

³³ In proposito, nell'ambito della giurisprudenza interna più recente, si vedano le seguenti sentenze: TAR Lombardia, Brescia, Sez. I, 8 febbraio 2022, n. 112, punto 4.2.3; Cons. Stato, Sez. VI, 11 novembre 2019, n. 7874; Cons. Stato, Sez. VI, 28 febbraio 2018, n. 1219; Cons. Stato, Sez. V, 5 marzo 2018, n. 1342.

³⁴ Corte giust., 22 giugno 1989, causa C-103/88, cit.

³⁵ Corte Cost., 4 luglio 1989, n. 389, cit.

³⁶ 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.

³⁷ Corte giust., 20 aprile 2023, causa C-348/22, ECLI:EU:C:2023:301, punto 77, che richiama anche Corte giust., 14 luglio 2016, cause C-458/14 e C-67/15, *Promoimpresa e a.*, ECLI:EU:C:2016:558, punto 43 e Corte giust., 10 ottobre 2017, causa C-413/15, *Farrell*, ECLI:EU:C:2017:745, punto 33.

³⁸ Così Cons. Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4481, punto 24; Cons. Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4480, punto 24; Cons. Stato, Sez. VII, 20 maggio 2024, n. 4479, punto 15.9. In quest'ultima pronuncia, il Consiglio di Stato, Sez. VII, ha sostanzialmente individuato nel potere di disapplicazione della pubblica amministrazione un rimedio prioritario rispetto all'intervento dei giudizi nazionali, definendo la disapplicazione quale potere spettante «anzitutto [...] alle autorità amministrative comunali» (punto 32, lett. a), della sentenza n. 4470/2024, cit.).

passato negata pure dalla giurisprudenza³⁹, si fonda sulla non eguaglianza delle prerogative del Giudice e della pubblica amministrazione⁴⁰. Secondo quanto affermato di recente da una parte della dottrina, la disapplicazione della norma interna da parte della P.A. configurerebbe in questo senso un «mostro giuridico», stante l'impossibilità per le amministrazioni, «nel reale della quotidianità e del contingente», di realizzare una disapplicazione «con una ragionevole certezza di legittimità, se spesso tale procedimento diviene complesso anche per le Corti Supreme degli Stati Membri, poiché, come detto, tale decisione impone il trapasso attraverso una serie di questioni giuridiche complesse anche per gli organi giurisdizionali, naturalmente demandati a tali verifiche»⁴¹. Si tratta tuttavia di un argomento ispirato da considerazioni di carattere metagiuridico, di per sé insufficienti a scalfire la ricostruzione sistematica *illo tempore* operata dai giudici dell'Unione e che si è ormai ampiamente consolidata nella giurisprudenza interna. Anche l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato – su cui si fondano le già richiamate sentenze del Consiglio di Stato, Sez. VII, n. 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2024 – ha avvalorato le conclusioni della Corte dell'Unione⁴², stante l'inequivoco giudizio espresso sull'incompatibilità tra gli atti di proroga delle concessioni demaniali marittime e le norme UE

³⁹ Si veda, in particolare, TAR Lecce, Sez. I, 27 novembre 2020, n. 1321, secondo cui «La disapplicazione di una norma di legge costituisce il risultato di un'attività di interpretazione abrogativa [...] in presenza della contemporanea vigenza di due norme in conflitto insanabile tra loro», rispetto alla quale solo il giudice ha anche la «facoltà di trasmissione degli atti alla Corte Costituzionale e di rinvio pregiudiziale alla Corte di Giustizia». In questo quadro, «risulterebbe del tutto illogico ritenere che il potere di disapplicazione della legge nazionale, attribuito prudentemente al giudice dall'ordinamento interno e dall'ordinamento euro-unionale e supportato all'uopo dalla specifica attribuzione di poteri ad esso funzionali e prodromici, si ritenesse viceversa sic et simpliciter attribuito in via automatica e addirittura vincolata» alla pubblica amministrazione, con il pericolo di generare peraltro «una situazione caotica ed eterogenea, nonché caratterizzata in ipotesi da disparità di trattamento tra gli operatori». Nello stesso senso, cfr. anche la sentenza del TAR Lecce, Sez. I, 15 gennaio 2021, n. 73.

⁴⁰ Cfr. A. SIMONELLI, *Concessioni demaniali marittime, potere di disapplicazione della P.A. e affidamenti*, cit.; G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE*, 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.

⁴¹ A. SIMONELLI, *Concessioni demaniali marittime*, cit.

⁴² Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 17; Cons. Stato, Ad. Plen., 9 novembre 2021, n. 18. 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*, 2022, pp. 168-218. Per ulteriori commenti critici, cfr. 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. FERRARA, *Diritto dell'Unione e concessioni demaniali: più luci o più ombre nelle sentenze gemelle dell'Adunanza Plenaria?*, in *Diritto e Società*, 2021, p. 359 ss.; R. MASTROIANNI, *Il Consiglio di Stato e le concessioni balneari: due passi avanti e uno indietro?*, in *rivista.eurojus.it*, 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.

immediatamente applicabili⁴³. 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 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 le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini»⁴⁴. Il Consiglio di Stato ha dichiarato in modo risoluto di condividere la ricostruzione dogmatica che si è delineata nel tempo dopo il *leading case* di *Fratelli Costanzo*: la disapplicazione configura un'operazione logica che, nella misura in cui implica un accertamento a carattere incidentale⁴⁵ volto a garantire l'effettività del diritto UE nell'ordinamento interno, compete a qualsiasi organo dell'amministrazione statale.

5. Il regime di stabilità dell'atto amministrativo antieuropeo già adottato

5.1 La disapplicazione *ex post* in sede di autotutela decisoria

Per completare l'analisi sin qui condotta, occorre soffermarsi anche sul regime di stabilità dell'atto amministrativo antieuropeo già adottato, rispetto al quale la pubblica amministrazione, d'ufficio o su istanza di una parte, riscontri un'antinomia con il diritto UE⁴⁶.

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 potrebbe anche essere sanato direttamente

⁴³ 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.

⁴⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 17/2021 e 18/2021 cit., punto 34.3. Il ragionamento proposto dall'Adunanza Plenaria collima con quello proposto già nel 1989, nella 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».

⁴⁵ 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.

⁴⁶ Oggetto di indagine del presente paragrafo è l'esercizio del potere di autotutela da parte delle P.A. interna, 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*, 2020, pp. 247-250.

dall'amministrazione, dopo l'adozione dell'atto, tramite l'esercizio del potere di autotutela⁴⁷. La c.d. autotutela decisoria⁴⁸ è espressione del potere riconosciuto alla P.A. di valutare la legittimità dei suoi atti ed eventualmente annullarli.

Nell'ordinamento interno, l'autotutela decisoria si estrinseca negli istituti dell'annullamento d'ufficio *ex art. 21-nonies* della L. n. 241/1990 e della revoca *ex art. 21-quinquies* della L. n. 241/1990⁴⁹, che tuttavia incontrano un duplice limite nella stabilità dell'assetto delineato nel provvedimento⁵⁰ e nella protezione degli interessi privati potenzialmente attinti dall'autotutela⁵¹.

Ai fini dell'annullamento *ex officio* occorre che sia accertata l'illegittimità del provvedimento – per violazione di legge, eccesso di potere o incompetenza relativa – e che sussista un interesse concreto e attuale alla sua eliminazione, tale da non integrare un mero interesse a ripristinare la (presunta) legalità violata. Inoltre l'art. 21-*nonies* L. n. 241/1990 prevede, 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 economici⁵². Differentemente dall'annullamento di ufficio, la revoca non

⁴⁷ 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 *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, p. 657 ss.; P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica*, cit., pp. 235-290.

⁴⁸ 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. Cfr. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, Tomo I, Milano, 2003, p. 828 ss.

⁴⁹ Per un inquadramento dell'istituto dell'autotutela, come rinnovato a seguito dell'approvazione della L. n. 214/2015, c.d. Legge Madia, si vedano M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016.

⁵⁰ La stabilità dell'assetto ordinamentale costituisce espressione della certezza del diritto nel caso concreto, corrispondente alla soluzione di un determinato problema 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 *Giorn. dir. amm.*, 2007, p. 480 ss.

⁵¹ 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. In proposito, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il "terzo" nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, p. 25 ss.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005.

⁵² L'art. 63, co.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. In dottrina è stato sostenuto che, in talune ipotesi, l'esercizio del potere di annullamento è ammesso

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 originario⁵³. In ogni caso le Amministrazioni, nell’esercizio del potere di autotutela decisoria, devono realizzare un previo bilancio socio-economico dell’eventuale annullamento o revoca, tenendo conto, oltre che dell’interesse pubblico perseguito attraverso l’autotutela e degli interessi del destinatario e dei controinteressati⁵⁴, altresì dell’interesse alla stabilità degli assetti ordinamentali⁵⁵.

Con riferimento ad un provvedimento antieuropeo già adottato, assume senza dubbio rilievo l’annullamento d’ufficio *ex art. 21-nonies* L. n. 241/1990, quale rimedio cui la P.A. può ricorrere a fronte di atti illegittimi e dunque anche ove riscontri un’antinomia con il diritto dell’Unione⁵⁶. L’autotutela decisoria può quindi svolgere un ruolo importante nella prospettiva di garantire l’effettività del diritto dell’Unione europea, nel rispetto dei già citati principi di leale collaborazione e di primazia. Quest’ultimo, in particolare, «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»⁵⁷. In tale prospettiva, l’intervento della P.A. in autotutela, a fronte di un atto già adottato in contrasto con il diritto UE, si declina quale forma di disapplicazione *ex post*, evidentemente utile a garantire il rispetto delle norme e dei principi eurounitari generalmente richiamati anche dall’art. 1 L. n. 241/1990.

Giova precisare che il riconoscimento dell’autotutela decisoria, *sub specie* di annullamento d’ufficio, quale strumento idoneo a garantire, in una prospettiva *ex post*, la disapplicazione della normativa interna incompatibile con il diritto dell’Unione, non si ripercuote sul regime di stabilità dell’atto amministrativo. Del resto, «il

finanche dopo il decorso del termine indicato dall’art. 21-*nonies* L. n. 241/1990. Cfr. C. Napolitano, *L’autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, p. 337 ss.

⁵³ In caso di provvedimenti c.d. 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».

⁵⁴ Nel caso dell’annullamento, il legittimo affidamento si rinviene nell’obbligo di tenere conto degli interessi dei controinteressati e nella necessità di procedere «entro un termine ragionevole», non superiore ai dodici mesi. Invece, con riferimento alla revoca, il legittimo affidamento corrisponde all’obbligo di tenere indenni i controinteressati del pregiudizio subito.

⁵⁵ P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica*, cit., p. 240.

⁵⁶ 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. In particolare, a p. 37 si evidenzia la sussistenza di un problema «di non coincidenza linguistica tra la terminologia utilizzata dalla Corte di giustizia e le categorie concettuali ad essa corrispondenti negli ordinamenti nazionali cui la stessa Corte fa riferimento. Il giudice comunitario, infatti, utilizza quasi sempre il termine di revoca. E questo sia con riguardo a veri e propri provvedimenti di revoca, che con riguardo a provvedimenti che – per il diritto italiano, così come per quello francese e tedesco – andrebbero piuttosto classificati come provvedimenti di annullamento d’ufficio o di mero ritiro».

⁵⁷ Corte giust., 24 giugno 2019, causa C-573/17, *Poplawski*, ECLI:EU:C:2019:530, punto 54. Nello stesso senso, si veda anche Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, ECLI:EU:C:2013:107, punto 59.

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»⁵⁸; ciò significa che (anche) l'atto antieuropeo è assoggettato all'onere di impugnazione, al termine di decadenza e quindi al potenziale consolidamento. La riconducibilità dell'atto antieuropeo al medesimo regime di stabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi ne postula la sua inoppugnabilità, in caso di infruttuosa decorrenza del termine di impugnazione e nell'ipotesi in cui non intervenga l'esercizio dell'autotutela *ex art. 21-nonies* L. n. 241/1990.

5.2 Sull'avvio c.d. doveroso del procedimento di autotutela a fronte di un provvedimento antieuropeo

Non essendo contestabile l'esercizio *discrezionale* dell'autotutela in caso di contrasto con il diritto UE, occorre piuttosto stabilire se, a fronte di un provvedimento antieuropeo, l'istanza di un privato possa implicare l'obbligo della P.A. di provvedere all'annullamento d'ufficio o, quanto meno, di avviare il correlato procedimento di autotutela e concluderlo con una decisione espressa. Si tratta dunque di verificare se è possibile attribuire carattere c.d. doveroso all'annullamento d'ufficio o soltanto all'avvio del procedimento in autotutela da parte dell'amministrazione⁵⁹, quale obbligo cui la P.A. potrebbe essere sottoposta al ricorrere di determinati presupposti⁶⁰ ovvero a seguito di un'istanza avanzata dal soggetto portatore di un interesse meritevole di tutela⁶¹.

Sul tema dell'autotutela nazionale in relazione a provvedimenti antieuropei, la giurisprudenza UE è orientata nel senso di declinare il principio di primazia anche come obbligo, in capo agli organismi statali, di adottare tutte le misure necessarie per rimediare all'illegittima violazione delle disposizioni dell'Unione. La Corte si è espressa in tal senso soprattutto in materia di concorrenza e, in particolare, con riferimento alla concessione di aiuti di Stato illegittimi. In passato la Corte di Giustizia delle Comunità europee, nel negare che un Paese membro potesse sottrarsi all'obbligo di rimuovere simili provvedimenti, si era spinta fino a qualificare come sempre recessive, rispetto all'interesse europeo al corretto dispiegarsi della concorrenza, eventuali giustificazioni fondate sulla tutela dell'affidamento e della certezza del diritto o su disposizioni interne che prevedessero un termine per l'esercizio del potere

⁵⁸ Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 17/2021 e 18/2021, cit., punto 40.

⁵⁹ Sulla struttura dei procedimenti d'ufficio e sulla configurabilità di un obbligo in capo alla pubblica amministrazione di avviare i procedimenti ad iniziativa officiosa, si veda F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, Napoli, 2023.

⁶⁰ Per 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. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2022, pp. 510-525.

⁶¹ 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*, XV Ed., Torino, 2023, pp. 49-89 e pp. 197-210.

di autotutela⁶². Più di recente la Corte, nel mitigare la propria posizione rispetto alla tutela della certezza dei rapporti giuridici e dell'affidamento dei privati, ha escluso la sussistenza di un generalizzato obbligo di autotutela in capo agli organismi statali. Tuttavia, i giudici di Lussemburgo hanno enucleato alcune condizioni in presenza delle quali detto obbligo si materializza, per effetto del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4 TUE e finanche nell'ipotesi di giudicato ovvero di una decisione amministrativa divenuta definitiva⁶³. In particolare, come pure condiviso dalla giurisprudenza interna, l'obbligo di intervenire in autotutela ricorre quando: «a) l'amministrazione disponga secondo il diritto nazionale del potere di riesame; b) l'atto amministrativo sia divenuto definitivo a seguito di una sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della CGUE successiva alla medesima, risulti fondata su una interpretazione errata del diritto adottata senza che la Corte fosse stata adita in via pregiudiziale»⁶⁴. Rispetto a tale ultimo requisito, i giudici di Lussemburgo hanno poi avuto modo di precisare che, ai fini della sussistenza dell'obbligo di riesame di una precedente decisione amministrativa definitiva, non è necessaria la previa deduzione in giudizio di una questione di compatibilità con la normativa europea⁶⁵. I giudici dell'Unione sembrano dunque propendere per una soluzione applicativa che, nel caso di provvedimenti antieuropei, finisce per comprimere l'ampio margine di discrezionalità tradizionalmente riconosciuto all'amministrazione nell'esercizio dell'autotutela. Si tratta di una soluzione che discenderebbe dagli stessi principi UE del primato e di leale collaborazione, in applicazione dei quali, nel caso di contrasto tra normativa interna e normativa direttamente applicabile dell'Unione, il Paese membro (e quindi anche le strutture pubbliche che ne sono diretta emanazione) è tenuto, rispettivamente, a riconoscere prevalenza alla seconda e a utilizzare i poteri di autotutela per garantirvi effettività⁶⁶.

Nella prospettiva nazionale, il problema *de quo* si inserisce nell'ambito di un più ampio dibattito dottrinale interno, tra quanti sostengono l'impostazione tradizionale che vede nell'autotutela un potere essenzialmente discrezionale e quanti,

⁶² Cfr. Corte giust., 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, ECLI:EU:C:1990:320, in part. punti 13-19; Corte giust., 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan Deutschland*, ECLI:EU:C:1997:163, in part. punti 34-43.

⁶³ Cfr. Corte giust., 28 febbraio 2019, causa C-14/18, *Alfamicro*, EU:C:2019:159; Corte giust., 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter*, ECLI:EU:C:2008:78; Corte giust., 19 settembre 2006, cause C-392/94 e 422/04, *i-21 Germany GmbH e Arcor AG & Co. KG*, ECLI:EU:C:2006:586; Corte giust., 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*, ECLI:EU:C:2004:17; Corte giust., 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Wells*, ECLI:EU:C:2004:12. Il termine "giudicato" interessa in via potenziale, nella prospettiva delineata dalla Corte UE, non solo gli atti su cui si è pronunciata l'autorità giudiziaria, ma anche quelli divenuti inoppugnabili per via dell'infruttuoso decorso del termine di decadenza.

⁶⁴ Cons. Stato, Ad. Plen., nn. 17/2021 e 18/2021, cit., punto 40.

⁶⁵ Cfr. Corte giust., 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Willy Kempter*, cit. Per un commento a tale pronuncia, si veda F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, p. 1527 ss.

⁶⁶ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, pp. 1256-1257; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, cit., p. 35 ss.

invece, insistono per una sua rilettura in chiave doverosa⁶⁷. Sul piano generale, si può riscontrare un graduale processo di emersione dei casi di annullamento d'ufficio doveroso, 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 numerose ipotesi di autotutela doverosa che si rinvergono sia nella giurisprudenza sia in alcune disposizioni legislative, spesso modificate proprio alla luce dei mutati indirizzi giurisprudenziali⁶⁸. L'avvenuto progressivo riconoscimento da parte della giurisprudenza del carattere doveroso (anche) dell'annullamento d'ufficio, ancorché limitatamente a casi specifici, dimostra come l'interesse a tutelare l'affidamento e la stabilità degli atti possa anche recedere a fronte della necessità di preservare la legittimità dell'azione pubblica⁶⁹, talvolta ritenuta prioritaria ai fini della tenuta e della coesione dell'ordinamento.

Sul carattere generalmente doveroso dell'annullamento d'ufficio, in caso di violazione di una o più disposizioni dell'Unione, si è di recente pronunciato il TAR Lombardia⁷⁰, nell'ambito di una sentenza riguardante l'applicazione del c.d. vincolo di aggiudicazione *illo tempore* previsto dall'art. 51, co. 3, d.lgs. n. 50/2016. Tale norma, oggi trasfusa nell'art. 58, co. 4, d.lgs. n. 36/2023, abilita le stazioni appaltanti a limitare il numero di commesse aggiudicabili al concorrente che ha proposto offerta per più lotti di una medesima procedura di gara; si tratta di un vincolo che – come interpretato nel quadro della normativa UE – va applicato anche agli operatori economici formalmente distinti ma *sostanzialmente* riconducibili ad un unico centro decisionale⁷¹. Prima dell'approvazione del d.lgs. n. 36/2023 e del recepimento di tale

⁶⁷ In proposito cfr., anche per ulteriori richiami bibliografici, il lavoro di C. MICCICHÈ, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati: tra partecipazione e organizzazione*, in *Federalismi.it*, 2022, pp. 164-186. Per un approfondimento sulla doverosità del potere di autotutela, in relazione ai casi di violazione del diritto UE, cfr. G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, p. 397 ss.; M. ALLENA, *Annullamento d'ufficio e contratti pubblici tra doverosità e primazia del diritto dell'Unione europea*, in *Annuario AIPDA 2017. Decisioni amministrative e processi deliberativi. Atti del Convegno annuale (Bergamo, 5-7 ottobre 2017, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018, pp. 105-107; F. GOISIS, *Self-annulment of administrative acts in breach of EU law: the Italian experience*, in *Ius-publicum.com*, 2012.*

⁶⁸ 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*, cit., pp. 174-181.

⁶⁹ Cfr. C. MICCICHÈ, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati*, cit., pp. 176-177; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 101; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, p. 16 ss.

⁷⁰ TAR Lombardia, Milano, Sez. I, 1 aprile 2022, n. 735.

⁷¹ Secondo l'ormai consolidata giurisprudenza amministrativa, la *ratio* del vincolo di aggiudicazione si rinviene nel Considerando n. 79 della Direttiva 2014/24/UE, secondo cui, se l'appalto è suddiviso in lotti, le stazioni appaltanti possono limitare il numero di lotti per cui un operatore economico può presentare offerta o che un operatore economico può aggiudicarsi «allo scopo di salvaguardare la concorrenza o per garantire l'affidabilità dell'approvvigionamento». L'interpretazione sistematica del vincolo di aggiudicazione postula quindi la sua applicabilità anche alle imprese legate da un rapporto di collegamento o controllo *ex art. 2359 c.c.*, o comunque riconducibili a un unico centro decisionale; il che significa dequotare il profilo formale della pluralità soggettiva, per far valere la sostanziale unitarietà della proposta negoziale. Cfr. *ex multis* Cons. Stato, Sez. V, 21 ottobre 2022, n. 9003; Cons. Stato, Sez. V, 9 giugno 2022, nn. 4725 e 4726.

interpretazione nell'ambito del nuovo codice dei contratti pubblici, il TAR Lombardia, nel ribadire la legittimità dell'autotutela finanche rispetto al «giudicato formatosi su una interpretazione, successivamente ritenuta non conforme al diritto euro-unitario», ha espressamente affermato che deve «ritenersi doveroso che l'amministrazione annulli in via di autotutela l'atto contrastante con il diritto euro-unitario, salvo che ciò non comporti un pregiudizio ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale»⁷². Va però evidenziato come il Consiglio di Stato, pur rigettando l'appello in dichiarata condivisione di «quanto sostenuto dal primo giudice», sembra poi aver inteso ridimensionare l'avanguardista ricostruzione del TAR, provvedendo a (ri)qualificare l'esercizio dell'autotutela *de qua* – nel caso di specie – in mera «rettifica», che per opinione pacifica «è, invero, un atto vincolato»⁷³. D'altro canto, non si può sottacere che la tesi della doverosità dell'annullamento d'ufficio incontra un argine solido e invalicabile nella normativa vigente, che invece costruisce espressamente l'autotutela come un potere di natura discrezionale.

Le recenti tendenze della giurisprudenza interna, unitamente all'approccio da tempo adottato dai giudici dell'Unione, dimostrano come sembra esservi spazio per una rilettura dell'autotutela in chiave doverosa, in presenza di provvedimenti antieuropei. L'opportunità di interrogarsi ulteriormente sul tema è del resto giustificata dal crescente valore che si attribuisce ai principi UE di primazia e di leale collaborazione, la cui indubbia rilevanza impedisce di escludere la doverosità dell'autotutela sul presupposto di ricostruzioni e considerazioni sviluppate esclusivamente in una prospettiva interna. Tuttavia, nell'ambito di un contesto normativo interno che ad oggi osta alla “doverosità” dell'annullamento d'ufficio (trattandosi di potere che la legge costruisce come discrezionale), ci si può limitare a qualificare in termini doverosi la sola instaurazione del procedimento di autotutela, che l'amministrazione è tenuta ad avviare in presenza di un provvedimento antieuropeo e, soprattutto, a fronte di un'istanza di un privato⁷⁴.

6. Riflessioni conclusive tra cambi di paradigma e nuove prospettive

Dalla disamina condotta sin qui 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 sembrano sussistere margini per negare (ancora oggi) una simile *potestas*. I principi di leale collaborazione e del primato del diritto UE impongono anche all'amministrazione di attribuire preminenza alle norme dell'Unione ed evitare, quindi, di applicare disposizioni interne inficiate da una violazione della normativa

⁷² TAR Lombardia, Milano, Sez. I, n. 735/2022, cit., punto 2.

⁷³ Cons. Stato, Sez. III, 27 ottobre 2022, n. 9144, punto 7.2.

⁷⁴ Sui presupposti, in generale, della configurabilità di un obbligo di avviare il procedimento di autotutela, a fronte della presentazione di un'istanza da parte di un privato, si vedano F. FOLLIERI, *Il silenzio nei procedimenti ad iniziativa officiosa*, cit.; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, cit.

europea. Una simile conclusione, raggiunta *illo tempore* dai giudici di Lussemburgo, è stata recentemente ribadita nella richiamata pronuncia della Corte di Giustizia UE del 20 aprile 2023 e condivisa dal Consiglio di Stato, Sez. VII, nelle sentenze nn. 4479, 4480 e 4481 del 20 maggio 2024, 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 interrogarsi sulla possibilità di configurare in termini doverosi detta prerogativa, quanto meno nelle ipotesi in cui il contrasto con la normativa UE risulti acclarato dalla Corte di giustizia, da un consolidato orientamento giurisprudenziale interno o da un organo giurisdizionale dotato di funzione nomofilattica⁷⁵. Del resto, una simile ricostruzione neutralizzerebbe in radice i potenziali rischi invocati, sul piano pratico, a sostegno della tesi della insussistenza del potere di disapplicazione in capo alla P.A., segnatamente riguardanti i timori per eventuali responsabilità dei dipendenti pubblici firmatari dei provvedimenti⁷⁶ e il pericolo di una disomogenea applicazione delle norme UE da parte delle singole amministrazioni⁷⁷. D'altro canto, sostenere che la P.A. sia obbligata ad applicare in ogni caso la normativa interna, anche a fronte di un dichiarato contrasto con il diritto UE, significa esporre l'azione amministrativa al consapevole rischio di un annullamento in sede giurisdizionale, con potenziali ripercussioni negative sia per lo Stato (rispetto all'avvio di eventuali procedure di infrazione *ex artt. 258-260 TFUE*) che per i funzionari firmatari dei provvedimenti (in termini di responsabilità e danni erariali).

Il potere di disapplicazione da parte della P.A. di una disposizione interna in contrasto con il diritto UE è stato del resto già ricostruito, in termini doverosi, in due circostanze, ancorché riferite a normative di settore. Si intende far riferimento innanzitutto a una previgente previsione in materia di appalti pubblici⁷⁸, la quale – in violazione di una disposizione UE produttiva di effetti diretti – imponeva alla mandataria di possedere i requisiti previsti nella *lex specialis* e di eseguire le prestazioni in misura maggioritaria. La diffusa – e tutt'oggi persistente – incertezza riscontrabile, sul piano concreto, in ordine all'impiego della disapplicazione da parte della P.A. aveva costretto l'allora Ministero delle Infrastrutture e delle Mobilità Sostenibili (MIMS) a rendere un chiarimento in proposito, onde precisare che a seguito della «pronuncia della Corte di Giustizia della U.E. del 28 aprile 2022, causa C-642-20» le stazioni appaltanti sarebbero state «tenute a disapplicare l'art. 83, comma 8, terzo periodo, del Codice»⁷⁹. Il secondo caso di disapplicazione diretta da

⁷⁵ G. GRECO, *Nuove regole di applicazione del diritto UE*, cit., p. 189.

⁷⁶ Si intende far riferimento alle responsabilità in cui potrebbe incorrere il funzionario, firmatario di un provvedimento, che decida di disapplicare una norma interna perfettamente vigente, nell'ipotesi in cui la disapplicazione dovesse risultare illegittima e produttiva di danni per la P.A. o per il privato.

⁷⁷ Si tratta di un rischio evidenziato in passato altresì dall'ANAC. Cfr. atto del 13 novembre 2019, ove l'ANAC, nel pronunciarsi in merito alla disciplina del subappalto *ex art. 105 d.lgs. n. 5018/2016* e alle conseguenze di un eventuale potere di disapplicazione spettante alla P.A., ha evocato il «rischio di prassi amministrative per natura modificabili a piacimento e prive di adeguata pubblicità».

⁷⁸ Art. 83, co. 8, terzo periodo, d.lgs. n. 50/2016 *illo tempore* vigente.

⁷⁹ Parere del Servizio Supporto Giuridico del MIMS n. 1342 del 30 maggio 2022.

parte di una P.A. italiana riguarda un concorso bandito per l'accesso alla professione di notaio e che prevedeva, come requisito di partecipazione per i concorrenti, il mancato superamento del cinquantesimo anno di età⁸⁰. In quella vicenda l'amministrazione resistente, a seguito della pronuncia della Corte di Giustizia del 3 giugno 2021 che aveva dichiarato illegittimo il limite di età imposto nel concorso 2016 per contrasto con l'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali UE e con l'art. 6, par. 1, della Direttiva 2000/78/CE, è poi intervenuta, in immediata applicazione del principio espresso dalla Corte europea, nell'ambito di un concorso per notai *illo tempore* in corso, bandito con decreto dirigenziale 3 dicembre 2019⁸¹ e che pure aveva vietato la partecipazione ai candidati di età superiore ai cinquant'anni⁸². In particolare, con decreto dirigenziale pubblicato sulla G.U. n. 48 del 18 giugno 2021, il Direttore Generale degli Affari Interni del Ministero della Giustizia aveva prorogato di trenta giorni i termini per la presentazione delle domande di partecipazione alla predette procedura selettiva, al contempo precisando che avrebbero potuto «presentare la domanda anche i candidati che hanno già compiuto il cinquantesimo anno di età» (art. 1, co. 2). Siffatto intervento in autotutela del Ministero fu giustificato in ragione del principio espresso dalla CGUE con la sentenza del 3 giugno 2021, ritenuta per l'appunto «idonea a produrre un effetto diretto nell'ordinamento nazionale, sì che la disposizione di legge di cui all'art. 1, comma 3, lettera b), della legge del 6 agosto 1926, n. 1365, che pone il limite dei cinquanta anni per l'ammissione al concorso deve essere immediatamente disapplicata».

Con riferimento invece alle ipotesi più dubbie di incompatibilità della normativa nazionale con il diritto dell'Unione, l'ordinamento interno non sembra ad oggi offrire strumenti di supporto all'agire amministrativo; il che alimenta, sul piano operativo, le preoccupazioni sulla possibile inadeguatezza della P.A. – specie di quelle organicamente meno strutturate – 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'approfondimento svolto nel paragrafo precedente dimostra come l'antinomia possa essere rimediata ricorrendo (anche) ad un istituto da tempo

⁸⁰ Concorso indetto con Decreto del Direttore Generale del Ministero della Giustizia del 21 aprile 2016 per cinquecento posti da notaio.

⁸¹ Pubblicato in G.U. n. 97 del 10 dicembre 2019.

⁸² Per un approfondimento sui fondamenti giuridici della pronuncia Corte Giust., 3 giugno 2021, causa C-914/19, *Ministero della Giustizia contro G.N.*, ECLI:EU:C:2021:430, a seguito della questione pregiudiziale sollevata dal Consiglio di Stato, Sez. IV, con ordinanza n. 8154/2019, ci permettiamo di rinviare a M. BUCCARELLA, *Il divieto di discriminazione per età nei concorsi pubblici in Italia. Riflessioni a margine della sentenza della Corte di Giustizia Ue, Sez. III, n. 914 del 3 giugno 2021 in merito al requisito anagrafico previsto per l'ammissione al concorso notarile*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2019, pp. 177-206.

conosciuto, l'autotutela di cui all'art. 21-*nonies* L. n. 241/1990. Pur non potendo attribuire (ad oggi) carattere doveroso all'annullamento d'ufficio per via di un'espressa previsione normativa che costruisce in chiave discrezionale tale potere, si può però ritenere sussistente in capo alla P.A. quanto meno **un obbligo di avviare il procedimento di autotutela**, a fronte di una specifica istanza di un privato volta ad ottenere – per effetto della disapplicazione di una norma incompatibile con il diritto UE – l'annullamento in autotutela di un provvedimento antieuropeo. L'esercizio del potere di revoca *ex art. 21-quinquies* L. n. 241/1990, in quanto notoriamente connotato da un'ampia discrezionalità, appare invece del tutto 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 *ex art. 21-*nonies** L. n. 241/1990, a seguito di un'istanza di un privato volta a sollecitare il potere amministrativo rispetto a un provvedimento antieuropeo, significherebbe garantire il rispetto dei principi UE del primato e di leale collaborazione, senza tuttavia pregiudicare la certezza del diritto. Del resto, lo stesso art. 21-*nonies* L. n. 241/1990 definisce 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. Il riconoscimento del **carattere doveroso dell'avvio del procedimento di autotutela**, in presenza di un acclarato contrasto tra il provvedimento e la normativa dell'Unione, si giustifica in ragione della rilevanza e dell'autoevidenza dell'interesse pubblico tutelato, da considerare *in re ipsa* e comunque prevalente su eventuali interessi contrapposti. In questo senso, la doverosità emergerebbe, oltre che nella già menzionata ipotesi in cui un provvedimento definitivo risulti illegittimo alla luce di una giurisprudenza UE successiva alla sentenza nazionale che ne ha accertato la legittimità, in tutti i casi di acclarata antinomia, giacché accertata, oltre che dalla CGUE, da un consolidato orientamento giurisprudenziale interno o da un organo giurisdizionale dotato di funzione nomofilattica⁸³.

Ricostruire in termini doverosi l'avvio del procedimento in autotutela, nel caso di provvedimenti antieuropei, assume poi rilievo anche sul piano processuale, giacché una simile lettura postula – in caso di istanza di annullamento in autotutela rimasta inevasa – l'ammissibilità di un'eventuale azione avverso il silenzio *ex art. 31 c.p.a.* e del relativo rito speciale. In questo modo si impedirebbe al giudice amministrativo, nell'ipotesi di perdurante inerzia della P.A., di liquidare con una pronuncia di inammissibilità qualsivoglia pretesa di un privato volta a ripristinare il rispetto della normativa UE, sull'indimostrato presupposto che finanche l'avvio del procedimento

⁸³ Per una diversa ricostruzione in chiave giurisdizionale del carattere doveroso dell'autotutela, tale da materializzarsi solo nell'ipotesi in cui il soggetto leso dal provvedimento antieuropeo si sia già infruttuosamente rivolto al sistema di giustizia europeo (esteso anche al giudice comunitario di diritto comune), si veda M. GIAVAZZI, *Legalità, certezza del diritto e autotutela: riflessioni sulla funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio all'effct utile*, in *Rivista interdisciplinare sul diritto delle amministrazioni pubbliche*, 2020, pp. 154-195.

di autotutela integrerebbe un'attività discrezionale ovvero incoercibile. Superare ogni preconcepita ostilità quanto meno nei confronti della natura (anche) necessaria, in alcuni casi, dell'avvio del procedimento di autotutela, significherebbe favorire una verifica, da parte del giudice amministrativo, quanto meno sui presupposti del carattere doveroso dell'autotutela e della legittimazione e dell'interesse a ricorrere. Anche sotto questa ulteriore prospettiva, appare evidente la funzionalità di una simile impostazione rispetto all'adempimento degli obblighi discendenti dai principi UE del primato e di leale collaborazione, stante la nota tendenza della P.A. nazionale a rimanere inerte dinanzi alle istanze in autotutela dei privati.

D'altronde, la ricostruzione dell'avvio del procedimento di autotutela quale attività discrezionale anche nel caso di contrasto con il diritto dell'Unione, 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 addirittura il carattere doveroso dell'annullamento d'ufficio in sé considerato⁸⁴, a maggior ragione non si può negare la doverosità, perlomeno, dell'avvio del procedimento di autotutela a fronte di provvedimenti antieuropei, attesa la primazia del diritto UE e gli obblighi discendenti, anche in capo alla P.A., per effetto del principio di leale collaborazione. Immaginare che la capacità dell'amministrazione di risolvere da sé eventuali antinomie possa essere ancora intesa quale potestà di avviare procedimenti e intervenire esclusivamente su conflitti che reputa meritevoli di un proprio intervento risolutivo, rischia non solo di rendere del tutto inutile l'istanza partecipativa degli interessati⁸⁵ ma anche di svilire, *rectius* violare, fondamentali principi eurounionali.

In conclusione, mentre non sembrano più residuare dubbi sulla sussistenza di un potere di disapplicazione *ex ante* della P.A. nel corso di un procedimento amministrativo, ad oggi l'omesso riconoscimento di un obbligo di avvio del procedimento di autotutela – a fronte di un provvedimento antieuropeo già adottato – rischia di depotenziare il funzionamento e l'efficacia della disapplicazione *ex post*. La disapplicazione, quale strumento da impiegare anche in sede di autotutela, rappresenta invece un rimedio potente, che, oltre a favorire il rispetto e l'effettività del diritto dell'Unione, può agevolare la risoluzione di conflitti attuali e potenziali senza l'intervento del giudice amministrativo. Del resto, l'auspicato cambiamento di paradigma non comporterebbe di certo una restrizione della discrezionalità della P.A.

⁸⁴ 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 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, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati*, cit., pp. 174-181.

⁸⁵ Per una rilettura dell'autotutela in chiave generalmente doverosa, quale funzione giustiziale aperta alla partecipazione degli interessati per garantire il buon andamento dell'azione amministrativa rimediando all'inerzia o alla cattiva amministrazione, si veda C. MICCICHÈ, *L'autotutela necessaria e i poteri sostitutivi su iniziativa degli interessati*, cit., pp. 170-174 e pp. 183-186.

o l'elusione dei termini di decadenza fissati per le impugnazioni giurisdizionali. È innegabile che attribuire natura doverosa all'avvio del procedimento di autotutela consentirebbe al privato di esperire l'azione avverso il silenzio e ottenere l'eventuale condanna della P.A. a riscontrare una propria istanza rimasta inevasa, anche in assenza dei presupposti ad oggi enucleati dai giudici di Lussemburgo e condivisi dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato. Ciò tuttavia non si tradurrebbe in via automatica in una sostituzione del giudice amministrativo alla P.A. nella sua attività di valutazione della pretesa sostanziale, atteso che l'art. 31, co. 1, c.p.a. ammette un'eventuale e ulteriore pronuncia di fondatezza «solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbono essere compiuti dall'Amministrazione». Escludere *ex art.* 31, co. 1, c.p.a. pronunce di fondatezza su ricorsi promossi da privati a fronte di un'inevasa istanza in autotutela, riguardante un provvedimento antieuropeo, preserverebbe la piena discrezionalità in materia della P.A. e scongiurerebbe il rischio dell'elusione dei termini di decadenza fissati per le impugnazioni giurisdizionali. Al tempo stesso, costruire in termini doverosi l'avvio del procedimento di autotutela, in presenza di un provvedimento asseritamente antieuropeo e a fronte di un'istanza di un privato, significherebbe obbligare quanto meno l'amministrazione ad avviare il procedimento e a pronunciarsi in proposito, senza però pregiudicare il suo potere di valutare, nel merito, la fondatezza o meno della prospettata antinomia con il diritto dell'Unione.

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, utile a garantire la conformità alla normativa UE nel quadro dei **principi del primato e di leale collaborazione**. Del resto, proprio il principio di primazia del diritto UE, evidentemente rilevante rispetto al tema della disapplicazione *ex post* da parte dell'amministrazione e al correlato istituto dell'autotutela, rende maggiormente evidenti quelle ragioni di giustizia e di equità che hanno favorito addirittura il graduale riconoscimento da parte di dottrina e giurisprudenza, ancorché in talune ipotesi, del carattere doveroso dell'annullamento d'ufficio in sé considerato (e non solo dell'avvio del procedimento di autotutela).