

*Renato Rolli e Dario Sammarro*

L'OBBLIGO DI "DISAPPLICAZIONE"  
ALLA LUCE DELLE SENTENZE N. 17 E N. 18 DEL 2021  
DEL CONSIGLIO DI STATO (ADUNANZA PLENARIA)\*

Sommario: 1. Premessa. – 2. La disapplicazione delle norme interne in contrasto con la disciplina comunitaria. – 3. Il regime degli atti amministrativi. – 4. Considerazioni conclusive.

1. *Premessa*

Il dibattito sulle sentenze gemelle n. 17 e n. 18 del 9 novembre 2021 del Consiglio di Stato in Assemblea Plenaria è oggetto di critica di studiosi ed operatori economici che, in queste ore, si interrogano su problemi di natura teorica ed applicativa. I concetti principali affermati dal Supremo Consesso della Giustizia Amministrativa- senza pretesa di esaustività- possono essere compendiabili nei seguenti punti di diritto: a) *“Le norme legislative nazionali che hanno disposto (e che in futuro dovessero ancora disporre) la proroga automatica delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative – compresa la moratoria introdotta in correlazione con l'emergenza epidemiologica da Covid-19 dall'art. 182, comma 2, d.l. n. 34 del 2020, convertito in legge n. 77 del 2020 – sono in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 TFUE e con l'art. 12 della direttiva 2006/123/CE; tali norme, pertanto, non devono essere applicate né dai giudici né dalla pubblica amministrazione; b) Ancorché siano intervenuti atti di proroga delle concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative rilasciati dalla P.A. (e anche nei casi in cui tali siano stati rilasciati in seguito a un giudicato favorevole o abbiamo comunque formato oggetto di un giudicato favorevole) deve escludersi la sussistenza*

\* I paragrafi 1 e 2 sono da attribuire a Renato Rolli, i paragrafi 3 e 4 a Dario Sammarro.

*di un diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari; non vengono al riguardo in rilievo i poteri di autotutela decisoria della P.A. in quanto l'effetto di cui si discute è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione prorogandone i termini di durata; la non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti da essa prodotti sulle concessioni già rilasciate debbano parimenti ritenersi tamquam non esset, senza che rilevi la presenza o meno di un atto dichiarativo dell'effetto legale di proroga adottato dalla P.A. o l'esistenza di un giudicato. Venendo in rilievo un rapporto di durata, infatti, anche il giudicato è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze e non attribuisce un diritto alla continuazione del rapporto; c) Al fine di evitare il significativo impatto socio-economico che deriverebbe da una decadenza immediata e generalizzata di tutte le concessioni demaniali marittime per finalità turistico-ricreative in essere, nonché di tener conto dei tempi tecnici perché le amministrazioni predispongano le procedure di gara richieste e, altresì, nell'auspicio che il legislatore intervenga a riordinare la materia in conformità ai principi di derivazione europea, le concessioni demaniali per finalità turistico-ricreative già in essere continuano ad essere efficaci sino al 31 dicembre 2023, fermo restando che, oltre tale data, anche in assenza di una disciplina legislativa, esse cesseranno di produrre effetti, nonostante qualsiasi eventuale ulteriore proroga legislativa che dovesse nel frattempo intervenire, la quale andrebbe considerata senza effetto perché in contrasto con le norme dell'ordinamento dell'U.E.<sup>1</sup> Da questa elencazione si intuisce come la decisione offra notevoli spunti di critica dal carattere sostanziale e processuale. Il presente scritto ha l'obiettivo di guidare il lettore in una analisi critica degli *step* della sentenza (da questo momento in poi menzionata al singolare, per l'appunto sentenza, ricordando che trattasi di provvedimenti gemelli<sup>2</sup>), con particolare riferimento alla parte di provvedimento afferente l' "obbligo di disapplicazione" della norma interna per contrasto con fonti normative europee. L'analisi è condotta senza prescindere da approfondimenti di carattere teorico riguardante l'istituto della disapplicazione, anche nella prassi applicativa. Non è pe-*

<sup>1</sup> <http://www.gazzettaamministrativa.it/servizicu/banccadatigari/viewnews/5566>

<sup>2</sup> Per l'appunto, la n. 17 e la n. 18 del 9 novembre 2021. Di cui la numero 17 è rinvenibile al seguente link [https://www.giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202105584&nomeFile=202100017\\_11.html&subDir=Provvedimenti](https://www.giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202105584&nomeFile=202100017_11.html&subDir=Provvedimenti) e la numero 18 al seguente link [https://www.giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202101975&nomeFile=202100018\\_11.html&subDir=Provvedimenti](https://www.giustiziaamministrativa.it/portale/pages/istituzionale/visualizza?nodeRef=&schema=cds&nrg=202101975&nomeFile=202100018_11.html&subDir=Provvedimenti).

regrino ritenere la pronuncia espressione di una sorta di potere "sostitutivo" del Giudice rispetto al Legislatore; il Consiglio di Stato cristallizza dei principi operativi idonei a tracciare un sentiero "vincolante" per le Pubbliche Amministrazioni e, per certi versi, anche per lo stesso Organo Legiferante. Non a caso taluno già parla di "Linee Guida". Uno dei dati che maggiormente rileva – *focus* dello scritto- è quello relativo all'anticipazione che l'Adunanza Plenaria fa in merito ad un vero e proprio procedimento/ giudizio di " *non applicazione*" da parte della P.A. di leggi interne in contrasto con le indicazioni e con le norme richiamate in sentenza, con conseguenziale inefficacia di leggi di proroga che il Legislatore dovesse ritenere di introdurre rispetto al termine del 31.12.2023 (termine a partire dal quale le concessioni non produrranno più effetti). I principi di natura concorrenziale ritrovano dunque linfa vitale nella Plenaria, la quale riconosce tutta la forza del diritto del mercato europeo di inserirsi nell'ordinamento interno a discapito di delle forme di opposizione, attive e omissive, realizzate e/o realizzabili dalle Pubbliche amministrazioni, dai Legislatori e, più in generale, dagli Stati.

## 2. *La disapplicazione delle norme interne in contrasto con la disciplina comunitaria*

Giova descrivere, in linea di massima, il rapporto intercorrente tra diritto comunitario e diritto interno<sup>3</sup>. Il tema dei legami tra ordinamento comunitario ed ordinamento interno, successivamente all'evento dell'adesione dell'Italia al Trattato di Parigi del 1951 e ai Trattati di Roma del 1957 è stato affrontato dalla giurisprudenza costituzionale- di modo prevalente- con il richiamo all'art. 11 della Costituzione, che consente "limitazioni di sovranità" in vista di un ordinamento che assicuri la pace e la giustizia tra le nazioni<sup>4</sup>. Dette limitazioni afferiscono non soltanto l'attivi-

<sup>3</sup> Si v. R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma 2005. Si consenta in via esaustiva il rinvio alla Parte Quarta del volume.

<sup>4</sup> Cfr. Corte cost. n. 14 del 1.964. *Costa c. Enel*, in *Foro it.* 1964 I, 465, ove si ribadiva il principio vigente in materia di successione delle leggi nel tempo. Di notevole rilievo, le sentenze della Corte costituzionale n. 183 del 1973, in *Giur. cost.* 1973, 4059, ss. *Frontini*; cfr. anche Corte cost. del 30 ottobre 1975, n. 2-32, in *Foro it.* 1975 I, 2661. Secondo tale giurisprudenza, gli ordinamenti, nazionale e comunitario, sono autonomi e distinti; i trattati comunitari rientravano in quella categoria di accordi internazionali ai quali la legge ordinaria deve conformarsi in virtù di una speciale garanzia costituzionale. Ebbene con

tà normativa dello Stato, ma anche l'attività amministrativa e giurisdizionale. La giurisprudenza costituzionale ha evidenziato che le limitazioni di sovranità, non trattandosi di cessione, sono ammissibili entro i limiti dei valori fondamentali del nostro ordinamento<sup>5</sup>. I Trattati comunitari, a loro volta, prevedono che le istituzioni comunitarie possano adottare direttive o regolamenti a seconda dei vari casi in predeterminate materie, con la conseguenza che le limitazioni di sovranità rappresenteranno una riserva di competenza a favore delle fonti comunitarie e l'invasione di tale sfera, da parte delle fonti interne, comporterà violazione mediata dell'art. 11 Cost.<sup>6</sup> Il primo orientamento della Corte costituzionale si riferiva ad una ripartizione di competenza rintracciabile dall'art. 11 Cost., da cui discendevano delle conseguenze, non indifferenti, sul piano del diritto interno. In primo luogo, gli atti normativi nazionali che invadono la sfera riservata dai trattati alle fonti comunitarie, violano l'art. 11 Cost. In secondo luogo, se le fonti comunitarie non affrontano e disciplinano le materie loro riservate, continueranno a spiegare effetti le norme nazionali, in quanto la competenza sarà trasferita con il primo atto di esercizio. In terzo luogo, l'emanazione di norme comunitarie nelle materie riservate alle Comunità, implica l'abrogazione di quelle nazionali contrastanti. Ed ancora, la fonte nazionale incompatibile con la disciplina dettata dalla fonte comunitaria competente è illegittima e, competente a giudicare su tale illegittimità, era la stessa Corte costituzionale<sup>7</sup>. Tale orientamento non è stato accolto dalla

la sentenza n. 183 del 1973, la Corte riconosceva la prevalenza del diritto comunitario secondo esigenze di eguaglianza e di certezza del diritto; pertanto le norme comunitarie dovevano avere piena efficacia obbligatoria, ed essendo dotate di completezza di contenuto dispositivo, anche di diretta applicazione. Veniva, in sostanza, affermato il principio della separazione tra gli ordinamenti.

<sup>5</sup> Cfr. Corte cost. n. 98 del 1965; Corte cost. n. 183 del 1973. La Corte ha infatti affermato che i due ordinamenti restano autonomi: in caso di contrasto tra una norma comunitaria e una legge interna posteriore, il giudice deve applicare sempre ed immediatamente la norma comunitaria senza dar conto all'ordine temporale in cui intervengono le disposizioni interne contrastanti con la norma comunitaria. Resta fermo il fatto che non si sottraggano «alla sua verifica due ipotesi: quella di un eventuale conflitto con i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e con i diritti inalienabili della persona umana; e quella di norme che si assumano dirette ad impedire o pregiudicare la *perdurante* osservanza del Trattato o il nucleo essenziale dei suoi principi». Così G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova 2003, 191-192. Cfr., sul tema, ampiamente, L. ALBINO, *Il sistema delle fonti tra ordinamento interno e ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2001, 923 ss.

<sup>6</sup> In dottrina, F. SORRENTINO, *Le fonti del diritto*, Genova 2000, 110.

<sup>7</sup> Ivi, 112 ss.; R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità*

Corte di Giustizia che, nella decisione del 9 marzo 1978, *Simmmenthal*<sup>8</sup>, ha affermato il principio della diretta applicabilità delle norme comunitarie da prevalere sul diritto interno incompatibile. Il giudice nazionale è tenuto a disapplicare (a prescindere dal filtro di un giudizio costituzionale) le norme statali contrastanti con la normativa comunitaria automaticamente operante. La posizione della Corte costituzionale, che configurava in termini di legittimità costituzionale il contrasto tra il diritto comunitario e le leggi interne successive, ponendo il veto al giudice il potere di disapplicare direttamente le leggi nazionali incompatibili, era pertanto in netto contrasto con la giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>9</sup>. In seconda battuta, nel 1984 la Corte costituzionale, nella sentenza n. 170 del 1984, *Granital*<sup>10</sup>, ha escluso l'applicabilità del principio *lex posterior derogat priori*, ed ha riconosciuto che è dovere del giudice applicare "sempre" il diritto comunitario direttamente applicabile «sia che segua, sia che preceda nel tempo le leggi ordinarie con esso incompatibili». La decisione, imponendo (di fatto) al giudice di disapplicare le leggi contrastanti con le norme comunitarie, realizza e concretizza una forma di controllo diffuso sulla validità delle leggi. Tale controllo, in base all'art. 234 Trattato CE, che prevede il rinvio al giudice comunitario delle questioni attinenti all'interpretazione e alla validità delle norme comunitarie, esalta la funzione della Corte di Giustizia, come garante della corretta e giusta interpretazione ed applicazione del diritto comunitario<sup>11</sup>. Sembra evidente

*assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?* in *Dir. proc. amm.*, 1990, 290 ss.

<sup>8</sup> Di rilievo la sentenza 9 marzo 1978, causa C-106/77, *Simmmenthal*, in *Foro it.* 1978, 201 ss. ed in *Racc.* 1978, 629.

<sup>9</sup> Cfr. L. CONDORELLI, *Il caso Simmenthal ed il primato del diritto comunitario: due Corti a confronto*, in *Giur. cost.*, 1978, I, 669.

<sup>10</sup> Corte cost. sentenza 8 giugno 1984, n. 170, *Granital*, in *Foro it.* 1984, I, 2062. Questa decisione ha rappresentato la svolta nella questione tra norma comunitaria e norma interna incompatibile. La Corte di giustizia in definitiva ha ribadito il primato del diritto comunitario da far valere dinanzi al giudice comune abilitato a risolvere la controversia. L'organo interno, posto di fronte ad una antinomia tra fonti, deve disapplicare la norma interna prescindendo dall'annullamento o dalla rimozione della stessa.

<sup>11</sup> L'art. 177, comma 2, del Trattato CE «non osta a che un giudice nazionale, che abbia disposto la sospensione dell'esecuzione di un atto amministrativo nazionale e abbia deferito in via pregiudiziale alla Corte una questione relativa alla validità dell'atto comunitario sul quale esso è basato, autorizzi la proposizione di un ricorso avverso la sua decisione». Cfr. Corte di Giustizia, 17 luglio 1997, n. 334, causa *Soc. Kruger GmbH e Co. c. Hupzollamt Hamburg Jonas*, in *Giust. Civ.* 1998, I, 2065. Questo potere è attribuito anche al Consiglio di Stato; tale organo «in qualità di giudice amministrativo d'appello e d'ultimo grado, è tenuto a sollevare questione pregiudiziale di validità di un atto delle

quindi che il principio della prevalenza del diritto comunitario su quello nazionale imponga, a dire il vero, che la norma interna contrastante con quella nazionale venga del tutto disapplicata. Il giudice nazionale ha l'obbligo di applicare il diritto comunitario garantendo al singolo la tutela attribuita da tale diritto, con la conseguenza della disapplicazione della norma nazionale confliggente, anteriore o successiva che sia<sup>12</sup>. La giurisprudenza della Corte di Giustizia, sul punto, non muta indirizzo. Infatti, secondo una giurisprudenza ormai granitica, si è ribadito che «il giudice nazionale incaricato di applicare, nell'ambito della propria competenza, le disposizioni di diritto comunitario ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante con la legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale<sup>13</sup>».

### 3. *Il regime degli atti amministrativi*

Altro evento meritevole di analisi afferisce la problematica in ordine al tema della c.d. illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo<sup>14</sup>. Problematica, questa, che sembra provocata dall'influenza sempre più incisiva del diritto comunitario negli ordinamenti nazionali, nonché dall'allargamento delle azioni e dei settori in cui è intervenuta la normativa comunitaria. Assume quindi preminenza la qualificazione del regime giuridico del provvedimento amministrativo che si pone in contrasto con il diritto comunitario. Detta qualificazione pare correlarsi in modo diretto ed indiretto con la soluzione della più generale questione sui rapporti tra

Istituzioni dell'Unione Europea, ai sensi dell'articolo 164, Trattato CE solo quando vi sia un ragionevole dubbio sulla sua invalidità, ossia quando la questione stessa appaia rilevante in sede di giudizio e non manifestamente infondata, nel qual caso occorre che, per ottenere l'uniforme applicazione del diritto comunitario nel territorio di tutti gli Stati membri, s'investa della questione la Corte di Giustizia, mentre la mera proposizione di quest'ultima non obbliga il giudice adito a siffatta rimessione». Cons. Stato, Sez. V, 23 aprile 1998, n. 478, in *Foro amm.* 1998, 1090.

<sup>12</sup> In giurisprudenza, Corte di Giustizia, sentenza 5 marzo 1998, causa C-347/96 *Solred*, in *Racc. I*, 937; Corte di Giustizia, sentenza 28 giugno 2001, causa CX-118/00, *Larsy*, in *Racc. I*, 5063.

<sup>13</sup> Cfr. sentenza Corte di Giustizia 8 giugno 2000, causa C-258/98, *Carra*, in *Racc. I*-4217; si v. anche Corte di Giustizia, sentenza 9 settembre 2003, causa C-198/01, *Consorzio Industria Fiammiferi*.

<sup>14</sup> Si v. R. ROLLI, *op. cit.*

ordinamento nazionale e ordinamento comunitario<sup>15</sup>. Da questa problematica discendono differenti soluzioni. A tal proposito, un indirizzo – sostenuto più di una volta dalla Corte costituzionale – prospetta l'appartenenza della normativa comunitaria ad un ordinamento autonomo, seppur connesso con quello interno. Secondo un altro orientamento – accolto dal giudice comunitario – le disposizioni comunitarie contribuirebbero, in concreto, a dar vita ad un ordinamento giuridico unitario di cui le norme del diritto interno sono parte integrante<sup>16</sup>. Ebbene, volendo accogliere l'indirizzo della disunione tra gli ordinamenti, ne conseguirebbe che le norme comunitarie non si integrino affatto con l'ordinamento interno. Se così fosse, si verificherebbe per un verso che il contrasto tra norme comunitarie e norme di diritto interno non darebbe luogo all'invalidità di queste ultime, ma solo alla "mera" disapplicazione. Per un altro, la stessa norma comunitaria – non appartenendo all'ordinamento – non potrebbe essere ammessa come atto fondante il potere esercitato dall'autorità amministrativa con l'emanazione dell'atto. Ove si accettasse al contrario l'assunto in ordine all'integrazione normativa (ed amministrativa), si giungerebbe agevolmente a conclusioni diverse dalle precedenti, riferibili sia alla sorte della norma di diritto interno, da valutarsi invalida e non solo disapplicabile, sia alla possibilità che la norma comunitaria diventi il parametro di legittimità dell'atto amministrativo posto in essere in base ad essa. La dottrina ha sottolineato che una rigida applicazione derivante dal presupposto della separazione tra gli ordinamenti, porterebbe a rendere inefficace anche a livello di azione amministrativa, il principio della prevalenza del diritto comunitario<sup>17</sup>. Tale presupposto,

<sup>15</sup> Sul tema, espressamente, R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*. Relazione al Convegno I. G.L. del 29 settembre 2004, in *www.giustamm.it*.

<sup>16</sup> Cfr. L. MUSSELLI, *La giustizia amministrativa dell'ordinamento comunitario*, Torino 2000, spec. 132-134. Si osserva nella dottrina giurisprivatistica che «sia che l'ordinamento comunitario e quello nazionale si considerino autonomi e distinti, sia che si intendano confluiti in un unitario ordinamento, caratterizzato da un ordine giuridico unico, resta pur sempre il problema dell'integrazione reciproca delle discipline nazionali e comunitarie nel sistema giuridico vigente quale prodotto del loro coordinamento secondo la ripartizione di competenze e di gerarchie stabilite e garantite dai trattati istitutivi». Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto comunitario e legalità costituzionale, Per un sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli 1992, 78-79; M. PROTTO, *Valutazioni tecniche, giudici nazionali e diritto comunitario*, in *Giur. It.* 1999, 151, 834-835.

<sup>17</sup> Cfr. R. GAROFOLI, *Annulamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self executing*, in *Urb. e App.*, 1997, 339; S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1991, 3, ss.; G. FALCON, *Alcune*

secondo la dottrina «porta a negare alle norme comunitarie direttamente applicabili qualsiasi efficacia diretta sull'operato amministrativo, non potendo le stesse costituire né il presupposto normativo fondante la potestà amministrativa di adozione dell'atto, né il parametro alla cui stregua valutarne l'eventuale illegittimità o, per converso, la legittimità di un provvedimento, nonostante la sua contrarietà rispetto alla norma interna incompatibile con il dettato comunitario e quindi disapplicabile [...]»<sup>18</sup>. Si fa riferimento, sul tema, dal versante giurisprudenziale, alla sentenza del Tar Piemonte, sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34<sup>19</sup>. Secondo tale assunto Giurisprudenziale, la norma comunitaria contrastante con quella interna, essendo estranea al sistema delle fonti, non è per niente idonea ad invalidare atti normativi ed amministrativi con essa contrastanti, nei confronti dei quali le disposizioni comunitarie non costituirebbero parametro di legittimità. Da tale decisione traspare che «portando alle estreme conseguenze la tesi dell'autonomia dei due ordinamenti, si può finire per vanificare il principio della supremazia del diritto comunitario. Alle norme comunitarie viene, infatti, negata qualsiasi efficacia diretta sull'operato amministrativo, non potendo le stesse costituire né il presupposto normativo fondante la potestà amministrativa di adozione dell'atto, né il parametro alla cui stregua valutare l'eventuale illegittimità»<sup>20</sup>. La giurisprudenza e la dottrina hanno pertanto adottato soluzioni diverse, pur discostandosi dalla teoria della autonomia degli ordinamenti, al fine di confermare il principio del primato del diritto comunitario su quello interno. Sono emersi, difatti, taluni orientamenti in parte differenti tra loro. Frattanto, si è elaborata la c.d. «tesi della annullabilità». Secondo tale tesi, la violazione del diritto comunitario crea effetti simili alla violazione del diritto interno; per tal motivo si è discusso di invalidità/annullabilità. Ciò comporta quindi l'applicabilità dei principi relativi al regime dell'invalidità degli atti amministrativi, non solo in rapporto alla «tipologia»

*osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, in *Riv. Trim. dir. pubbl.*, 1993, 74 ss.; G. GRECO, *Il diritto comunitario propulsore del diritto amministrativo europeo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, 85 ss.; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario* Torino 1997; M. FILIPPI, *La giurisprudenza amministrativa a contenuto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1993, 1181; A. MASSERA, *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Bologna 1994, 569 ss.

<sup>18</sup> Cfr. R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE self executing*, in *Urb. e app.*, 339.

<sup>19</sup> La si veda in *Dir. proc. amm.*, 1990, 284 ss.

<sup>20</sup> Così R. GIOVANGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario: il regime giuridico e il problema dell'autotutela decisoria*, in *giustamm.it*, 4.

dei vizi, ma anche alle regole di carattere processuale per la caducazione dell'atto viziato. Si è sottolineata, in tal caso, l'esigenza di un tempestivo ricorso, pena l'impugnabilità dell'atto; in secondo luogo la necessità di specifici ricorsi per avversare l'"anticomunitarietà" contrariamente non rilevabile d'ufficio dal giudice; infine la presenza di decisioni di annullamento al fine di eliminare dall'atto i suoi effetti giuridici<sup>21</sup>. La dottrina perviene a queste conclusioni, presupponendo che le discordanze tra norme (interna e comunitaria) si debbano dirimere utilizzando i criteri ordinati del rapporto tra norme appartenenti allo stesso ordinamento. Pertanto ne discenderebbe che «la legge italiana, incompatibile con un regolamento comunitario risulterà abrogata se ad esso anteriore». Al contrario se la legge interna fosse successiva., presenterebbe «un vizio di invalidità (non già di nullità – inesistenza)», così come accade nel caso di legge costituzionalmente illegittima<sup>22</sup>. Queste considerazioni permettono di concludere che l'atto amministrativo affetto «da un vizio scaturente dall'inapplicabilità della legge nazionale, presenta una patologia valutabile alla stregua dei comuni canoni della illegittimità – annullabilità, come si reputa avvenga nel caso di applicazione di legge incostituzionale [...]<sup>23</sup>». Successivamente si è sviluppata la tesi della nullità. La legge nazionale, secondo detta tesi, in antitesi con il diritto comunitario sarebbe nulla. Anche l'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario, quindi, sarebbe nullo o addirittura inesistente per carenza di potere. Così argomentando, da un lato, l'atto confliggente con il diritto comunitario non sarebbe più impugnabile; da un altro, diverrebbe dubbia la giurisdizione del giudice amministrativo, stante l'assenza della relativa degradazione del provvedimento; la questione, pertanto, sarebbe devoluta al giudice ordinario<sup>24</sup>. Un'altra tesi ha adottato una distinzione tra il caso in cui la norma interna si limiti a disciplinare le modalità di esercizio

<sup>21</sup> Cfr. ancora sul tema, R. GIOVANGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit., 5.

<sup>22</sup> Cfr., sul problema, G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Vol. I, Milano 1997, 601; R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario?*, in *Giur. It.*, 1989, III 148.

<sup>23</sup> Cfr. G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit. 601. Si è infatti giunti alla conclusione secondo cui l'atto amministrativo emesso in base a legge dichiarata incostituzionale non è nullo, né disapplicabile; esso è suscettibile di essere annullato dal giudice amministrativo, versando in una condizione di obiettiva invalidità/annullabilità.

<sup>24</sup> Sul punto, cfr. M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1371.

del potere, da quello in cui esclusivamente la norma stessa attribuisca il potere che sta alla base dell'atto amministrativo emesso<sup>25</sup>. Orbene, nel primo caso si ravviserebbe una patologia configurabile come annullabilità; nel secondo caso, si avrebbe l'inesistenza dell'atto medesimo poiché adottato in carenza di potere, stante la non applicabilità della norma attributiva del potere stesso<sup>26</sup>. A tal proposito, si richiama in giurisprudenza la decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato del 10 gennaio 2003, n. 35. Nel caso di cui trattasi, è stato esplicitamente sottolineato che allorché un atto amministrativo violi una disposizione di natura comunitaria si configura un vizio di illegittimità-annullabilità dell'atto stesso<sup>27</sup>. In particolare il Consesso Amministrativo ha statuito che «accertato così che il provvedimento contrastante con il diritto comunitario soggiace al regime sostanziale e processuale dell'atto illegittimo-annullabile, occorre verificare se la disciplina processuale interna, che impedisce il sindacato incidentale ed ufficioso dell'atto inoppugnato o tardivamente impugnato (con l'eccezione degli atti di normazione secondaria) e, quindi la sua disapplicazione, sia compatibile con il principio della *primauté* del diritto comunitario e con il suo carattere vincolante per i giudici, oltre che per i legislatori e le amministrazioni degli stati membri». Si è a tal proposito asserito in dottrina che sia il Consiglio di Stato, che la Corte di Giustizia (con la sentenza della VI Sez. del 27 febbraio 2003, causa 327/2000, *Santex*) «hanno seguito un comune indirizzo per quanto riguarda il carattere della invalidità di tali atti, riportando il contrasto degli atti amministrativi nazionali con le disposizioni comunitarie alla categoria della illegittimità per violazione di legge. In tal modo è stato fatto cadere, almeno per il momento, il tentativo di configurare in modo originale il caso della violazione delle disposizioni comunitarie per i caratteri

<sup>25</sup> Cfr. R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit. 6.

<sup>26</sup> Cfr. C. COCCO, *Le. "liaisons dangereuses" tra norme comunitarie, norme interne, e atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunitario*, 1995, 698 ss; R. GAROFOLI, *Annullamento di atto amministrativo contrastante con norme CE selfexecuting*, cit., 340.

<sup>27</sup> Pertanto la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) si configurerebbe nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna attributiva, del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto, incompatibile con il diritto comunitario. Al di fuori di questa ipotesi, osserva il Consiglio di Stato, l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua dei canoni relativi ai vizi dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato. Sul piano squisitamente processuale rileva l'onere della sua impugnazione davanti al giudice amministrativo nel relativo termine decadenziale, pena la sua inopponibilità.

affatto particolari del parametro normativo di riferimento e per i peculiari rapporti dell'ordinamento giuridico nazionale con quello europeo<sup>28</sup>». Una ulteriore questione, connessa a tutto quanto detto sino ad ora, riguarda il rapporto tra atto amministrativo nazionale e norme comunitarie non *self-executing*. In merito, vale la pena considerare l'esempio di un provvedimento amministrativo che contrasta con una direttiva che non gode di immediata applicabilità e non ancora attuata. Le direttive, per quanto non direttamente applicabili, rappresentano nondimeno, per la dottrina e per la giurisprudenza, un vincolo in rapporto alle autorità deputate a darvi esecuzione, sotto un doppio profilo. Per un verso, infatti, le direttive costituiscono un parametro di legittimità nei confronti dell'attività svolta al momento dell'attuazione; per un altro, le medesime impediscono iniziative amministrative ad esse contrarie, anche precedentemente ed in assenza dell'attuazione<sup>29</sup>. Secondo la Corte di Giustizia, invero, «...lo Stato singolo non può opporre ai singoli l'inadempimento da parte sua, degli obblighi derivanti dalla direttiva stessa<sup>30</sup>». Si può dedurre che il contenuto delle direttive influenzi l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione. Si presenterebbe pertanto, in caso di loro violazione, il vizio di eccesso di potere e non di violazione di legge. Similmente, in relazione alle raccomandazioni, pareri e comunicazioni, si ritiene che tali atti «debbero essere presi in attenta considerazione dall'autorità amministrativa nazionale nell'esercizio dei propri poteri discrezionali, non diversamente da quanto accade per i pareri non vincolanti previsti dall'ordinamento nazionale». Pertanto «l'amministrazione in sede di motivazione della propria deliberazione dovrà indicare le ragioni per le quali si sia eventualmente discostata da tali atti». In difetto, anche in caso di violazione, sembra rilevare il vizio di eccesso di potere e non violazione di legge. Vale la pena inoltre notare che il tema dei rapporti tra provvedimento amministrativo e diritto comunitario, deve essere esaminato con riguardo al potere di autotutela rimesso all'amministrazione nel caso di un atto amministrativo illegittimo perché contrastante con il diritto europeo. Nello specifico, in ordine all'obbligo di riesame, si

<sup>28</sup> Così M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, cit., 687 ss.

<sup>29</sup> Sul punto, ancora R. GIOVAGNOLI, *L'atto amministrativo in contrasto con il diritto comunitario*, cit., 21; v. anche M. CAFAGNO, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1992, 539.

<sup>30</sup> Corte di Giustizia, 5 aprile 1979, in causa 148/78, in *Racc.*, 1979, 1642.

è pronunciata la Corte di Giustizia con la sentenza del 14 gennaio 2004<sup>31</sup>, in causa C453/00, *Künhe & Heitz*. Il quesito, molto articolato, sottoposto in via pregiudiziale alla Corte di Giustizia, riguardava il pronunciarsi sull'obbligo di un organo amministrativo nazionale di riesaminare un proprio provvedimento (ormai definitivo) – emesso sulla base di un'interpretazione del diritto comunitario – che risultasse poi errato a seguito di sentenze rese su caso analogo dalla Corte comunitaria. Giova per esigenze di chiarezza ricordare la questione instaurata davanti al giudice nazionale concernente l'applicazione puntuale del regolamento del Consiglio n. 2777 del 29 ottobre 1975. Detto regolamento ha previsto, con riguardo all'organizzazione comune dei mercati nel settore del pollame, un regime di restituzioni per gli esportatori verso paesi terzi. Questo regime è finalizzato a soddisfare da una parte la competitività dei prodotti europei nell'ambito del mercato mondiale, mediante una diminuzione del prezzo all'esportazione (atteso che tale prezzo solitamente alto nella Comunità europea è ridotto al prezzo in uso nel mercato mondiale); dall'altra a realizzare un'equa condizione di vita per la popolazione agricola coinvolta, mediante il versamento a favore degli esportatori di certe somme (o restituzioni) corrispondenti a tale differenza di prezzo. La quantificazione dell'importo delle restituzioni è funzione della classificazione tariffaria dei prodotti esportati. La società *Künhe & Heitz*, con sede in Olanda, fra il dicembre del 1986 e il dicembre del 1987, effettuò una serie di dichiarazioni (di esportazioni) presso le autorità doganali olandesi, al fine di ottenere il beneficio delle restituzioni relative alle esportazioni effettuate. La stessa società otteneva, in un primo momento, quanto richiesto. In seguito, l'autorità amministrativa olandese competente chiedeva con provvedimento il parziale rimborso, giustificato dal fatto che le restituzioni corrisposte alla *Künhe & Heitz* si presentavano superiori a quelle dovute, per inesattezza della qualificazione (cui si riferiva una specifica sottovoce della tariffa doganale) conferita, da parte della società olandese, ai prodotti esportati. La *Künhe & Heitz* presentava reclamo per opporsi al rimborso di quanto asseritamente percepito in eccesso a titolo delle restituzioni sulle esportazioni. Il reclamo veniva dichiarato infondato e la società adiva il “*College van Beroep*” (giudice di ultima istanza in

<sup>31</sup> Corte di Giustizia. 14 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kunbe & Heitz*, in *Giust. civ.*, 2004, 865, con nota di R. BARATTA, *Sull'erronea interpretazione del diritto comunitario in applicazione della teoria “dell'atto chiaro”*, nonché in *Guida al diritto*, 2004, 111, con nota di A. MONDINI, *Autotutela: il riesame della Corte rende necessario il riesame amministrativo*.

materia commerciale). Con sentenza del 22 novembre 1991, il "College" respingeva il reclamo ritenendo esatta l'interpretazione della normativa fornita dall'amministrazione. Ebbene, nel 1994, su un caso analogo a quello in esame implicante la stessa normativa, la Corte di Giustizia decideva in senso conforme a quanto dedotto dalla *Künhe & Heitz*<sup>32</sup>. La società, sulla base della sopravvenienza giurisprudenziale della Corte, indirizzava una richiesta di riesame all'autorità amministrativa olandese. L'amministrazione respingeva tale istanza; a tal punto la società si vedeva costretta a proporre un ulteriore reclamo contro la decisione di rigetto dell'istanza, di fronte al "College". Tale autorità ha poi proposto alla Corte in via pregiudiziale la seguente questione; «se il diritto comunitario, nel quale in particolare si deve prendere in considerazione il principio dell'affidamento comunitario di cui all'art. 10 CE, in circostanze quali quelle descritte nella motivazione della presente ordinanza, comporti che un organo amministrativo sia tenuto a rivedere una decisione che è diventata definitiva, al fine di assicurare la completa efficacia del diritto comunitario, così come quest'ultimo deve essere interpretato in base a quanto risulta dalla soluzione data ad una successiva domanda di pronuncia pregiudiziale<sup>33</sup>». La Corte, con la decisione *Künhe Heitz* Causa C-453/00, osserva in via generale che «spetta a tutte le autorità degli Stati membri garantire il rispetto delle norme di diritto comunitario nell'ambito delle loro competenze». Inoltre afferma che l'interpretazione data dal giudice comunitario su una norma comunitaria serve a chiarire il significato della norma stessa – ai fini della sua corretta applicazione – dal momento della sua entrata in vigore. Rispetto a quanto affermato, la Corte trae la seguente conseguenza: «una norma di diritto comunitario così interpretata deve essere applicata da un organo amministrativo... anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione<sup>34</sup>». Viene richiamato in sentenza il principio della certezza del diritto come principio generale riconosciuto nel diritto comunitario, così come all'interno degli stati nazionali; in secondo luogo il fatto che «il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea

<sup>32</sup> Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Lèger, presentate il 17 giugno 2003.

<sup>33</sup> Si fa riferimento al principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE.

<sup>34</sup> Cfr. punto 22 della decisione.

di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo<sup>35</sup>». La Corte, tuttavia, prospetta le situazioni alla presenza delle quali sussiste un obbligo di riesame di una decisione amministrativa definitiva confliggente con il diritto comunitario. Secondo il giudice del Lussemburgo è necessaria in primo luogo la circostanza secondo cui «il diritto nazionale riconosce all'organo amministrativo la possibilità di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, divenuta definitiva». In secondo luogo deve sussistere il fatto che «la decisione amministrativa ha acquisito il suo carattere definitivo solo in seguito alla sentenza di un giudice nazionale le cui decisioni non sono suscettibili di un ricorso giurisdizionale». Inoltre occorre che la sentenza si fondi su un'interpretazione del diritto comunitario, assunta senza previo rinvio pregiudiziale che risulti successivamente errata. Infine, la parte che ha interesse faccia istanza di riesame «all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato di tale sentenza della Corte»<sup>36</sup>. Solo alla presenza di tali circostanze, sulla base del principio di leale cooperazione (art. 10 CE) ad un organo amministrativo investito di una richiesta in tal senso, è imposto «di riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte»<sup>37</sup>. Il giudice comunitario, ancora una volta, offre chiare soluzioni alla vicenda processuale rimessa al suo esame. Il modo puntuale con cui illustra le condizioni, alla presenza delle quali sussiste un obbligo di riesame di un provvedimento amministrativo in contrasto con il diritto comunitario, costituisce il minimo comune denominatore per la stabilità e la certezza dei rapporti giuridici. Si concorda nel ritenere che, nella fattispecie, la Corte di Giustizia «dimostra la sua capacità di trovare soddisfacenti punti di equilibrio nella soluzione di controversie che mettono in gioco principi contrapposti come l'effettività del diritto comunitario e la certezza delle situazioni giuridiche. Risulta confermata inoltre la sua sensibilità nel comporre lo stesso diritto comunitario e il principio della sua primazia, con il possibile

<sup>35</sup> Cfr. punto 24 della decisione.

<sup>36</sup> Come si legge al punto 26 della decisione.

<sup>37</sup> La soluzione della Corte «è chiara, sebbene sia poi piuttosto articolata nella definizione dei limiti e delle condizioni di applicazione della regola enunciata, in particolare nel caso specifico: la circostanza che una decisione amministrativa sia stata assunta in violazione del diritto comunitario non, comporta un obbligo di riesame da parte dell'autorità amministrativa nazionale che la aveva assunta». Così, D. DE PRETIS, *"Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, n. 7/2004, 725 ss.

rispetto delle tradizioni giuridiche nazionali<sup>38</sup>». In definitiva, un insieme di componenti consentono di individuare l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia. Innanzitutto va ricordato l'orientamento giurisprudenziale secondo cui il giudice nazionale debba rilevare d'ufficio la violazione del diritto Comunitario; l'innovativa decisione che ha stabilito il principio della obbligatoria disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario del «provvedimento amministrativo concreto, non avente natura normativa<sup>39</sup>»; la più recente giurisprudenza che coniuga il regime degli atti amministrativi nazionali con il principio della certezza del diritto. Continuano ad emergere per via pretoria, nuove regole<sup>40</sup> che, da una parte, qualificano la primazia del diritto comunitario rispetto ad atti normativi nazionali che con esso contrastano; dall'altra, tali regole sembrano favorire una tendenziale armonizzazione ed omogeneizzazione nell'ambito delle discipline giuspubblicistiche<sup>41</sup>. Nel quadro dei rapporti

<sup>38</sup> Così D. DE PRETIS, "Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo, cit., 731.

<sup>39</sup> Cfr. la menzionata sentenza *Ciola*. Le nuove regole poste in essere dalla Corte di Giustizia, sembrano evidenziare la presenza di un diritto amministrativo di matrice europea.

<sup>40</sup> Cfr. sul tema, G. GRECO, *Fonti comunitarie e atti amministrativi nazionali*, in Riv. dir. pubbl. comunit., 1991, 33 ss. Il principio di effettività e di non discriminazione rappresentano una delle fasi dell'armonizzazione delle discipline anche dal punto di vista processuale. Il diritto al ricorso giurisdizionale «è parte dei principi generali del diritto comunitario, ovvero dei principi che con un rango equiparato alle norme del Trattato, sono parte essenziale della Costituzione comunitaria, e come tali si impongono sul diritto degli stati membri [...]». Cfr. M.P. CHITI, *Effettività e Diritto Comunitario*, in *Dir. proc. amm.*, 1998; R., CARANTA, *Tutela giurisdizionale italiana sotto l'influenza comunitaria*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, Milano 1997. Va notato, tuttavia, che non sempre, nonostante la presenza di tali principi, corrisponde «una diretta azionabilità dei diritti dei cittadini, con la conseguenza che alla impermeabilità del diritto comunitario rispetto ai diritti fondamentali nazionali non ha corrisposto finora la piena vigenza di tali diritti in ambito comunitario» Cfr. C. AMIRANTE, *Il processo di integrazione europea tra politica ed economia*, in AA.VV., *L'integrazione europea fra Economia e democrazia*, in *Laboratorio costituzionale*, n. 1/2003.

<sup>41</sup> Sul processo di armonizzazione del diritto amministrativo (nazionale con quello comunitario), cfr. S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, in Riv. it. dir. pubbl. com., 1991, 3 ss.; C. FRANCHINI, *Amministrazione italiana e amministrazione comunitaria. La coamministrazione nei settori di interesse comunitario*, Padova 2003; E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Torino 1997; M.P. CHITI, *I signori del diritto comunitario: la Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, in Riv. trim. dir. pubbl. 1991, 824 ss.; G. MARCOU (a cura di), *Les mutations du droit de l'administration en Europe*, Paris 1995. In particolare, sulle "regole" che influenzano il sistema di giustizia amministrativa, cfr. M. CAPPELLETTI, A. PIZZORUSSO, (a cura di), *L'influenza del diritto europeo sul diritto italiano*, Milano 1982; M. CARDUCCI, G. CARUSO, A. CAVALLARI, M.P. CHITI, G. CORAGGIO, G. DE GIORGI CEZZI, S. GIACCHETTI, L.

tra diritto comunitario e diritto interno, si è constatato come l'atto amministrativo contrastante con il diritto comunitario, non è nullo, né inesistente, né annullabile. Esso deve essere disapplicato al fine di agevolare la massima espansione del diritto comunitario, favorita anche dalla diretta applicabilità dello stesso all'interno degli Stati nazionali.

#### 4. *Considerazioni conclusive*

La sentenza in esame afferma la natura auto-esecutiva dell'art. 12 della direttiva *Bolkestein* e da tale presupposto fa discendere l'illegittimità della disciplina nazionale (che prevede la proroga *ex lege* fino al 2023) e l'obbligo di disapplicazione della medesima. La natura *self executing* della disposizione è data per assodata e non è oggetto di approfondimento nelle pagine del Consiglio di Stato (26-27) che, al contrario, si sofferma sull'obbligo di disapplicazione della norma da parte dell'autorità amministrativa. Peraltro, l'Adunanza plenaria, nel confutare tesi avverse alla sussistenza del potere della P.A. di disapplicare la norma illegittima, ritiene che la tesi della non disapplicabilità da parte della P.A. della legge in contrasto con una direttiva *self-executing* sia espressione di una contraddizione logica: se pure si ammettesse “*che la legge in contrasto con la direttiva self-executing non sia disapplicabile dalla P.A. ma solo dal giudice, rimarrebbe fermo che l'atto amministrativo emanato in base ad una legge poi riconosciuta anti-comunitaria in sede giurisdizionale sarebbe comunque illegittimo e, come tale, andrebbe annullato (...) 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*

IANNOTTA, C. MODICA DE MAHAC, F.G. SCOCA, *Evoluzione della giustizia amministrativa. Integrazione europea e prospettive di riforma* (Atti del convegno, Lecce, 21-22 novembre 1997) a cura di E. Sticchi Damiani, Milano 1998; E. PICOZZA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario* (voce) in *Enc. Giur.*, Roma Vol. XV; ID., *L'effettività della tutela nel processo amministrativo alla luce dei principi comunitari*, in *Jus*, 1987; A. BIANCHINI, *La tutela dei cittadino nel giudizio amministrativo tra istanze di federalismo e principi comunitari*, in *Riv. amm.* 1997, 427; G. SPADEA, *La terza Sezione del Tar Lombardia apre ad una giustizia cautelare amministrativa più effettiva e più europea* nota a Tar Lombardia (ord) 27 ottobre 1997, n. 727, in *Foro amm.* 1998, 1160; M.E. SCHINAIA, *Evoluzione del processo amministrativo nell'esperienza giurisprudenziale tra garanzie ed effettività*, in *Cons. Stato* 1997, II 317; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e la loro influenza sugli ordinamenti degli stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1994, 521 ss.; M. GNES, *Verso la comunitarizzazione del diritto processuale nazionale*, in *Giorn. dir. amm.* 2001, 524.

di individuare le direttive self-executing) appare una contraddizione in termini". In definitiva, la Plenaria ritiene sussistente in capo alla P.A. l'obbligo di disapplicazione della norma interna in contrasto con la direttiva auto-esecutiva, così da chiamare le Amministrazioni a svolgere un compito di vera e propria uniformazione/omologazione del diritto interno a quello dell'Unione. Occorre tuttavia considerare come in relazione all'ordinamento nazionale il potere della disapplicazione è sostanzialmente rimesso al giudice; questi, ad esempio può disapplicare atti non ritualmente impugnati (nella giurisdizione esclusiva in tema di diritti soggettivi). A livello comunitario si pongono vari problemi a seguito del riconoscimento della *primauté* del diritto comunitario su quello nazionale: si pensi, ad esempio al dibattito relativo ad un atto amministrativo in contrasto con una norma comunitaria. In questo caso, secondo la giurisprudenza comunitaria – anche se non sempre confortata dalla dottrina – l'atto amministrativo contrastante non sarebbe nullo, inesistente o annullabile, ma suscettibile di essere disapplicato. Così si garantirebbe da un lato, la massima espansione del diritto comunitario, dall'altro la massima applicazione della normativa comunitaria. A tal proposito, la giurisprudenza della Corte di Giustizia ha stabilito il principio della obbligatoria disapplicazione per contrasto con il diritto comunitario del «provvedimento amministrativo concreto, non avente natura normativa». (Corte di Giustizia, 24 settembre 1999, causa C-24/79, *Ciola*). Sulla scorta di precedenti di tal genere la dottrina ha affermato che «la natura comunitaria della controversia non esclude dunque, in linea di principio, l'applicabilità in materia di poteri del giudice ordinario degli insegnamenti giurisprudenziali elaborati sulle disposizioni di cui agli artt. 4 e 5 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo<sup>42</sup>». Nondimeno, alcune perplessità permangono in merito alla legittimazione attiva dell'esercizio del potere di disapplicazione. Nessun dubbio permane sul come intervenire da parte della P.A. sull'atto amministrativo esistente (costretta ad agire con procedimenti e provvedimenti di secondo grado). Ed anche nessun dubbio si pone con riguardo ai poteri di disapplicazione del Giudice; inversamente, dei quesiti si pongono sul potere di disapplicazione della norma-qual è vera e propria "attribuzione di un potere" in capo alla P.A. soprattutto nei casi in cui la norma sovranazionale non sia direttamente

<sup>42</sup> Cfr. R. CARANTA, *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli 1992, 443. Il tema è stato recentemente affrontato da P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. Amm.*, n. 4/2003, 687 ss.

applicabile (sebbene detto esercizio del potere sia riconosciuto da una prevalente Giurisprudenza interna e sovranazionale). Chi scrive, però, accoglie di modo favorevole quella tesi (seppur minoritaria) secondo la quale la norma nazionale, ancorché in conflitto con quella euro-unionale, risulti vincolante per la pubblica amministrazione<sup>43</sup>. Questa tesi risulta maggiormente convincente allorché si abbia a che fare con norme dell'Unione non direttamente applicabili, ma piuttosto necessitanti di interventi legislativi di attuazione, e questi non siano stati ancora adottati. Comunque sia, disapplicare la legge interna comporterebbe un *vulnus* alla funzionalità del sistema, atteso che la norma alternativa applicabile sarebbe, in sostanza, inesistente. Altra cosa se in materia interverrà, invece, il Legislatore sino ad oggi mai, o comunque raramente, apparso ingiustificatamente sulla scena. Positivizzare il potere di disapplicazione in capo alla P.A. con gli strumenti del diritto interno appare la soluzione più ragionevole, anche per non prestare il fianco ad ulteriore confusione interpretativa. In tale ottica appare opportuno citare in conclusione un pensiero quanto mai attuale di Cicerone secondo il quale: “*Il buon cittadino è quello che non può tollerare nella sua patria un potere che pretende d’essere superiore alle leggi*”<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Si v. Tar Puglia-Lecce n. 1321/2020 secondo il quale “*in un contesto coerente e tendenzialmente unitario, quale quello proprio del sistema di tutela giurisdizionale offerto dall’ordinamento [...], laddove la disapplicazione vincolata ed automatica disposta dalle singole pubbliche amministrazioni determinerebbe una situazione caotica ed eterogenea*”.

<sup>44</sup> L’espressione è da ricollegare all’arringa tenuta da Cicerone, quarantenne, nel 66 a.C., dinanzi al tribunale penale competente per i crimini di veneficio nella cd. *Pro Aulo Cluentio Habito* (“*Orazione in difesa di Aulo Cluenzio Abito*”) e ripresa anche da E. NARDUCCI, *Introduzione a Cicerone*, 1992.