

SULLA DISAPPLICAZIONE DEL BANDO DI GARA ANTIEUROPEO

Federica Santomauro

Abstract (It.): Il contributo si propone di riflettere sul problema, ancora aperto, della disapplicazione del bando di gara contenente clausole contrastanti con il diritto dell'Unione europea. Per un'adeguata disamina della tematica è necessario ripercorrere brevemente il dibattito formatosi intorno al potere del giudice amministrativo di disapplicare gli atti amministrativi, che a sua volta si intreccia con il percorso evolutivo che ha trasformato il processo amministrativo da giudizio sull'atto a giudizio sul rapporto. Inoltre, l'analisi di tale questione non può prescindere da una riflessione sul principio di gerarchia delle fonti e sul processo di integrazione dell'ordinamento interno con quello europeo, che ha costretto la dottrina e la giurisprudenza amministrativa ad interrogarsi sul regime dell'atto amministrativo antieuropeo. L'argomento, dunque, si interseca con questioni sistematiche e dispute cruciali per il dibattito giuridico, sulle quali è necessario prendere posizione per offrire al problema in esame una soluzione che sia coerente con il peculiare regime sostanziale e processuale degli atti amministrativi generali. Inoltre, l'importanza e l'attualità dello studio emerge da recenti pronunce giurisprudenziali, che risolvono in maniera antitetica la *querelle* della disapplicazione del bando in contrasto con il diritto eurounitario.

Abstract (En.): The essay aims to reflect on the still open question of non-application of tender notice that contains clauses conflicting with European law. For a thorough examination of the issue, it's necessary to reconstruct briefly the debate regarding the administrative judge's power to disapply administrative acts, which is intertwined with the evolutionary path that has transformed administrative process from a judgment on the act to a judgment on the substantial relationship. Furthermore, the analysis will focus on the principle of the hierarchy of sources of law and on the integration process between the national legal order and European legal system, which has forced doctrine and administrative jurisprudence to find a proper legal regime for anti-European administrative acts. The topic, therefore, is linked with systematic issues and crucial disputes for legal debate, on which it's necessary to take a position in order to offer a solution to the problem. Moreover, the importance and relevance of the study emerge from recent jurisprudential arrests that resolve in an opposite way the question of the non-application of tender notice in conflict with EU law.

SOMMARIO: 1. Premessa; 2. La sorte dell'atto amministrativo antieuropeo; 3. La parabola della non disapplicabilità degli atti amministrativi generali: alla ricerca di un equilibrio tra i principi di certezza del diritto e gerarchia delle fonti; 4. Recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali; 5. Rilievi critici conclusivi e ulteriori prospettive d'indagine.

Summary: 1. Introduction; 2. The legal regime of anti-European administrative act; 3. The evolutionary path of the non-disapplication of general administrative acts: seeking a balance between

the legal certainty and the hierarchy of sources of law principles; 4. Recent jurisprudential (dis)orientations; 5. Conclusions, critical remarks and further research perspectives.

1. Premessa

L'integrazione dell'ordinamento interno con quello europeo ha contribuito in maniera significativa all'evoluzione degli strumenti di tutela del processo amministrativo¹, imponendo agli interpreti di individuare nuove soluzioni per assicurare l'effettività della tutela giurisdizionale², la coerenza del sistema normativo e il rispetto del principio di gerarchia delle fonti³.

Muovendo da tale prospettiva, il presente contributo si propone di affrontare il problema della disapplicazione⁴ del bando di gara contenente clausole violative del diritto dell'Unione europea, dimostrando l'attualità del tema attraverso la disamina di recenti pronunce giurisprudenziali che, proponendo soluzioni del tutto contrapposte, evidenziano la necessità di un intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato.

Pertanto, allo scopo di proporre una soluzione al problema, l'indagine verrà condotta soffermandosi su due questioni logicamente antecedenti, quali quella della sorte del provvedimento cosiddetto antieuropeo, che richiede una ricostruzione del dibattito sorto in ordine al rapporto intercorrente tra ordinamento interno e ordinamento eurounitario⁵, e

1 Sul tema si vedano S. STICCHI DAMIANI, *Violazioni del diritto comunitario e processo amministrativo - Dal principio di supremazia ai principi di effettività ed equivalenza*, Giappichelli, Torino, 2012, pp. 56 ss.; A. ROMANO TASSONE, *Sui rapporti tra ordinamento europeo ed ordinamenti statali in materia di tutela processuale*, *Dir. Amm.*, 2012, 3, pp. 491-501.; V. CERULLI IRELLI, *Trasformazione del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 2, pp. 433- 475; M.A. SANDULLI, *Diritto europeo e processo amministrativo*, *Federalismi.it*, 2007, 20, pp. 1-29; R. CARANTA, *La giustizia amministrativa comunitaria*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo-Parte Speciale*, Giuffrè, Milano, 2003, 4939- 4984; E. PICOZZA, *Processo amministrativo e diritto comunitario*, CEDAM, Padova, 1997. Più in generale, per una riflessione sull'influenza che il diritto europeo esercita sul diritto amministrativo nazionale si veda S. CASSESE, *La signoria comunitaria sul diritto amministrativo*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2002, fasc. 2-3, 291-301.

2 Sulla portata e ricadute del principio di effettività della tutela nel processo amministrativo si consenta di rinviare, data l'ampiezza dell'argomento, a G. TERRACIANI, *Il principio di effettività e la tutela delle posizioni giuridiche soggettive negli appalti pubblici*, *Foro amm.-TAR*, 2011, n. 11, pp. 3791 – 3808; G. MARI, *Giudice amministrativo ed effettività della tutela*, Editoriale scientifica, Napoli, 2013; F.F. GUIZZI, *Effettività della tutela e processo amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2013; F.G. SCOCA, *Il processo amministrativo, ieri, oggi e domani*, *Dir. proc. amm.*, 2020, 4, pp. 1097 ss.; R. VILLATA, *Processo amministrativo, pluralità delle azioni ed effettività della tutela*, *Dir. proc. amm.*, 2021, 2, pp. 369- 96.

3 Sul tema si vedano F. MODUGNO, *Fonti del diritto (gerarchia delle)*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, Agg. I, Milano, 1997, pp. 561 ss.; V. CRISAFULLI, *Gerarchia e competenza nel sistema costituzionale delle fonti*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1960, pp.775 ss.; A. RUGGIERI, *Gerarchia, competenza e qualità nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Giuffrè, Milano, 1977.

4 Sul significato e sul contenuto del potere di disapplicazione si veda F. CINTIOLI, *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, *ad vocem*, in *Enc. dir.*, *Annali III*, Giuffrè, Milano, 2010, p. 269, che chiarisce che tale potere "incide dunque sugli atti amministrativi e si sostanzia, fermandoci per il momento al profilo letterale, in un ostacolo all'applicazione di tali atti, affermato da una autorità giudiziaria, per il fatto che essi siano ritenuti difformi dalle leggi", ma "l'istituto non è di agevole classificazione sul piano sistematico; è apparso oscillante nei contenuti e nelle sue potenzialità nel corso del tempo e non sono apparse né univoche né stabili le forme della sua attuazione concreta e dei suoi effetti".

5 Il tema è stato approfondito, tra gli altri, da V. ANGIOLINI - N. MARZONA, *Diritto comunitario-diritto interno: effetti costituzionali e amministrativi*, CEDAM, Padova, 1990; A. ANDRONICO, *Un "nuovo" genere*

quella della disapplicabilità degli atti amministrativi generali,⁶ che implica un doveroso *excursus* sul potere di disapplicazione del g.a.⁷

Difatti, per sostenere che il giudice amministrativo possa o debba “non applicare” il bando contrario al diritto unionale si può affermare che il regime sostanziale e processuale dell’atto amministrativo antieuropeo è differente dal regime ordinario dell’atto amministrativo contrario a norme interne oppure, non ammettendosi tale regime differenziato, si deve sposare la tesi secondo cui gli atti amministrativi generali, in quanto fonti del diritto, sono disapplicabili come i regolamenti⁸.

Per seguire una di queste due strade, tuttavia, bisognerà vagliare la compatibilità di queste soluzioni con il carattere impugnatorio del processo amministrativo e, segnatamente, con le norme del codice del processo amministrativo che impongono di proporre il ricorso di annullamento entro termini decadenziali, tenendo conto tanto degli arresti della Corte di Giustizia dell’Unione europea quanto dei principi di diritto enunciati in merito dall’Adunanza Plenaria.

Lo studio, dunque, muove da una prospettiva sostanziale e processuale, giacché solo attraverso un’indagine congiunta di entrambi gli aspetti è possibile giungere a una soluzione che si armonizzi sia con gli indirizzi della Corte di Giustizia dell’Unione europea che con i caratteri fondanti che il provvedimento amministrativo e il suo controllo giurisdizionale hanno nel diritto amministrativo nazionale.

Inoltre, il tema si apre a riflessioni più ampie sul principio di gerarchia delle fonti e sugli strumenti di risoluzione delle antinomie normative, nonché sulla compatibilità delle norme nazionali che prevedono termini decadenziali per l’impugnazione del provvedimento antieuropeo con l’esigenza di garantire l’effettività della tutela giurisdizionale⁹.

2. La sorte dell’atto amministrativo antieuropeo

Prima di ricostruire il dibattito nato intorno al potere di disapplicazione del G.A., è doverosa una riflessione sulla sorte dell’atto amministrativo contrastante con il diritto europeo. Difatti, dato che la soluzione all’interrogativo in esame coinvolge tanto aspetti processuali quanto aspetti sostanziali, diventa dirimente l’individuazione del regime

di ordinamento. Riflessioni sul rapporto tra diritto comunitario e diritto interno, Jus, 2001, pp. 69-105.

6 Per un approfondimento sugli atti amministrativi generali A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Roma, *Foro it.*, 1954; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Giuffrè, Milano, 1963; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Cedam, Padova, 2000; M. RAMAJOLI – B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, *Diritto amministrativo: rivista trimestrale*, 2013, 1, p. 53-115. Sulle differenze tra atti amministrativi generali e regolamenti si veda anche M.S. GIANNINI, *Provvedimenti amministrativi generali e regolamenti ministeriali*, *Foro it.*, 1953, III, pp. 9 ss.

7 Tra i più recenti contributi in argomento si vedano M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione degli atti amministrativi come possibile esito della risoluzione dei conflitti fra precetti autoritativi*, P.A. Persona e Amministrazione, 2023, 1, pp. 291-328; *Idem*, *La disapplicazione degli atti amministrativi tra potere e prassi*, Editoriale scientifica, Napoli, 2022.

8 Sui regolamenti si guardino L. CARLASSARE, *Regolamento” (dir. Cost.)*, ad vocem, *Enc. dir.*, XXXIX, Milano, 1988, p. 601; A. ROMANO TASSONE, *La normazione secondaria*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, I, Giappichelli, Torino, 2005, pp. 47 ss.

9 In argomento, interessanti riflessioni sono le riflessioni proposte da I. MARTELLA- S. VALAGUZZA, *L’effettività della tutela nell’esperienza giurisprudenziale*, *Dir. proc. amm.*, 2018, 2, pp. 783-822.

giuridico dell'atto amministrativo che violi il diritto dell'Unione europea¹⁰. A sua volta, come osservato dalla dottrina¹¹, la qualificazione giuridica dell'atto antieuropeo come nullo o annullabile diviene un problema di diritto costituzionale laddove dipende dal rapporto tra le fonti del diritto e, segnatamente, dal rapporto intercorrente tra l'ordinamento eurounitario e quello interno¹².

In particolare, secondo un primo orientamento, cosiddetto monista, l'ordinamento europeo e quello nazionale si integrano in un unico ordinamento giuridico, giacché gli Stati aderenti al Trattato CEE hanno accettato di limitare la loro sovranità per creare un complesso di diritto vincolante tanto per i firmatari quanto per i loro cittadini. Tale tesi, elaborata dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea a partire dalla celebre sentenza *Costa c. Enel* del 15 luglio 1964¹³ e invero già accennata nella pronuncia *van Gend & Loos* del 5 febbraio 1963¹⁴, si fonda sulla preminenza del diritto comunitario su quello interno, teorizzata per soddisfare l'esigenza di sopravvivenza del progetto unionale¹⁵: qualora l'efficacia del diritto europeo variasse da uno Stato all'altro, verrebbe compromesso lo spirito dei trattati istitutivi dell'Unione e messo in pericolo il conseguimento dei loro obiettivi¹⁶.

10 Sul punto G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'"insostenibile leggerezza" del processo impugnatorio)*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2008, 2, p. 519 osservava come "quella del regime dell'atto amministrativo anticomunitario è una delle questioni giuridiche più misteriose, ambigue e irrisolte dell'ordinamento giuridico multilivello nel quale stiamo vivendo". Per un approfondimento della tematica si rinvia, inoltre, a M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Giuffrè, Milano, 2012.

11 M. P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2008, 2, p. 477.

12 G. MONTEDORO, *Il regime processuale dell'atto nazionale antieuropeo. I poteri del giudice nel contenzioso implicante l'applicazione del diritto UE*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2011, pp. 1393-1420. Sul tema del rapporto di ordinamenti si rinvia a G. GRECO, *I rapporti tra ordinamento comunitario e nazionale*, in M.P. CHITI – G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Giuffrè, Milano, 2007, op. cit., pp. 837 e ss.; E. SCODITTI, *Articolare le Costituzioni. L'Europa come ordinamento giuridico integrato*, in *Materiali storia e cultura giuridica*, 2004,1, pp. 189- 216.

13 Corte giust., 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL.*, in *Racc. Giur. C.G.U.E.*, 1964, 8, pp. 1127 e ss.; ID., in *Giur. it.*, 1964, 1, pp. 1073- 1073-1086 con nota di P. GORI, *La preminenza del diritto della Comunità europea sul diritto interno degli Stati membri*; ID., *Foro it.*, 1964, 4, pp. 152-159 con commento di N. CATALANO, *Portata dei Trattati istitutivi delle Comunità europee e limiti dei poteri sovrani degli Stati membri*.

14 Corte giust., 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, in *Racc. Giur. C.G.U.E.*, 1963, 3, pp. 1 e ss.; ID., *Giurisprudenza Italiana*, 1963, 4, pp. 49-56 con nota di P. GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*; ID., *Foro it.*, 1964, 4, pp. 98-101 con nota di N. RONZITTI, *L'art. 12 del Trattato istitutivo della CEE ed i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli Stati membri*.

15 Per un approfondimento sul tema si vedano I. ANRÒ – J. ALBERTI, *Riflessioni sull'effetto diretto, sul primato e sulla disapplicazione del diritto nazionale*, in *Il Diritto europeo e il giudice nazionale*, vol. I, *Il diritto dell'Unione europea e il ruolo del giudice nazionale*, [a cura di] G. LATTANZI - M. MAUGERI - G. GRASSO - L. CALCAGNO -A. CIRIELLO, Giuffrè, Milano, 2023, pp. 51-86; E. CANIZZARO, *Il diritto dell'integrazione europea. L'ordinamento dell'Unione*, Giappichelli, Milano, 2020, pp. 307- 359; P. GORI, *Retrospectiva sulla genesi dei principi dell'applicabilità diretta e della preminenza del diritto comunitario: le sentenze Costa c. Enel e Van Gend & Loos, Dir. comunitario e scambi internaz.*, 2014, 4, pp. 653 – 660.

16 Corollario del principio della *primauté* del diritto europeo è infatti il principio dell'effetto diretto definito da G. TESAURO, in P. DE PASQUALE-F. FERRARO (a cura di), *Manuale di Diritto dell'Unione europea*, III ed., Editoriale scientifica, Napoli, 2021, p. 249 come "l' idoneità della norma comunitaria a creare diritti ed obblighi direttamente ed utilmente in capo ai singoli, persone fisiche o giuridiche, senza che lo Stato eserciti quella funzione di diaframma che consiste nel porre in essere una qualche procedura formale per riversare sui

Al contrario, secondo la diversa ricostruzione dualista, l'ordinamento interno e quello europeo rimangono autonomi e distinti, sebbene connessi, poiché il diritto comunitario, scaturito in prima battuta dai Trattati CEE, è esterno e di per sé privo di valenza giuridica per l'ordinamento interno. Secondo questa tesi, dunque, le norme comunitarie necessitano di essere recepite attraverso specifici atti normativi nazionali per poter essere efficaci all'interno degli ordinamenti giuridici degli Stati membri. Questa visione "internazionalista" è stata sostenuta, in un primo momento, dalla Corte costituzionale¹⁷ laddove annoverava i Trattati CEE tra gli accordi internazionali che, in base all'art. 11 Cost., consentono le limitazioni di sovranità nazionale necessarie ad assicurare la pace tra le Nazioni¹⁸. Da questo inquadramento la Consulta faceva derivare il divieto per i giudici nazionali di disapplicare le norme interne contrastanti con quelle comunitarie e il dovere per gli stessi di sollevare un incidente di costituzionalità nel caso di sospetta incompatibilità tra la legislazione nazionale e le fonti comunitarie¹⁹.

*singoli gli obblighi o i diritti prefigurati da norme "esterne" al sistema giuridico nazionale". Il principio dell'effetto diretto è stato enunciato, nel tentativo di mettere a sistema la tesi monistica, con Corte Giust., 9 marzo 1978, causa c-106/77, *Simmenthal*, in *Foro it.*, 1978, 4, pp. 201-207 con commento di F.D. RICCIOLI, *Preoccupanti contrasti tra Corte comunitaria e Corte Costituzionale*, ove viene chiarito che "[...] l'applicabilità diretta va intesa nel senso che le norme di diritto comunitario devono esplicare la pienezza dei loro effetti, in maniera uniforme in tutti gli Stati membri" e, di conseguenza, "in forza del principio della preminenza del diritto comunitario, le disposizioni del trattato e gli atti delle istituzioni, qualora siano direttamente applicabili, hanno l'effetto, nei loro rapporti col diritto interno degli stati membri, non solo di rendere ipso jure inapplicabile, per il fatto stesso della loro entrata in vigore, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale preesistente, ma anche - in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell'ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli stati membri - di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie". Dal principio dell'effetto diretto deriva, quale corollario, l'obbligo dei giudici nazionali di disapplicare le disposizioni nazionali contrastanti con quelle europee *self-executing*, esteso a tutti gli organi amministrativi da CGUE, 22 giugno 1989, causa C-103/88, *Fratelli Costanzo*, in *Raccolta Giur. C.G.U.E.*, 1989, pp. 1840 ss.; ID., in *Foro it.*, 1991, 4, pp. 130-147, con nota di A. BARONE, *L'efficacia diretta delle direttive CEE nella giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte costituzionale*; ID., in *Foro amm.*, 1990, 1, pp.1372-1386 con commento di R. CARANTA, *Sull'obbligo dell'amministrazione di disapplicare gli atti di diritto interno in contrasto con disposizioni comunitarie*.*

17 Corte Cost., 7 marzo 1964, n.14 *Costa c. Enel*, in *Foro it.*, 1964, I, pp. 465-478, con nota di N. CATALANO, *Portata dell'art. 11 della Costituzione in relazione ai Trattati istitutivi della Comunità europea*; Corte Cost., 27 dicembre 1965, n. 98, in *Foro it.*, 1966, I, pp. 8 e ss., con nota di N. CATALANO, *Osservazione a Corte costituzionale 27 dicembre 1965, n. 98*; Corte Cost. 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, in *Giur. cost.*, 1973, pp. 2401 e ss. con commento di P. BARILE, *Il cammino comunitario della Corte*.

18 Corte Cost. 27 dicembre 1973, n. 183, *Frontini*, op.cit., chiariva tuttavia che "in base all'art. 11 della Costituzione sono state consentite limitazioni di sovranità unicamente per il conseguimento delle finalità ivi indicate; e deve quindi escludersi che siffatte limitazioni, concretamente puntualizzate nel Trattato di Roma - sottoscritto da Paesi i cui ordinamenti si ispirano ai principi dello Stato di diritto e garantiscono le libertà essenziali dei cittadini - possano comunque comportare per gli organi della C.E.E. un inammissibile potere di violare i principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale, o i diritti inalienabili della persona umana".

19 In particolare, anche quando la Consulta ha riconosciuto la preminenza del diritto comunitario su quello interno, ha negato comunque il sopracitato principio dell'effetto diretto e la regola della disapplicazione delle norme interne contrastanti con quelle comunitarie. Si veda sul punto Corte cost., sentenza 30 ottobre 1975, n. 232, *Società industrie chimiche Italia centrale (I.C.I.C.)*, in *Foro it.*, 1975, I, pp. 2661 e ss. con osservazioni di A. PIZZORUSSO e nota di R. MONACO, *Norma comunitaria e norma di legge interna successiva*, nonché in *Foro it.*, 1976, I, p. 542 e ss., con nota di B. CONFORTI, *Regolamenti comunitari, leggi nazionali e Corte*

Tuttavia, a partire dalla sentenza *Granital* del 1984²⁰, si è registrato un progressivo avvicinamento tra le posizioni delle due Corti, giacché la Consulta senza aderire espressamente alla ricostruzione monistica²¹ ne ha sposato i corollari applicativi²². Infine, tale orientamento e il principio di primazia, d'origine pretoria, sembrano aver trovato consacrazione nel diritto positivo nazionale con l'art. 117, c. 1 Cost.²³ e nel diritto europeo, con l'art. I-6 della Costituzione europea, poi, trasfuso nella Dichiarazione 17 allegata al Trattato di Lisbona²⁴.

Tanto premesso, occorre spostare lo sguardo sulle conseguenze dell'adesione all'una o all'altra teoria e, dunque, occorre chiarire quale sorte toccherebbe all'atto amministrativo contrastante con il diritto europeo tanto nel caso in cui si consideri la norma europea violata come esterna all'ordinamento nazionale, quanto nel caso in cui la si consideri parte dell'unico ordinamento giuridico nato con il processo di integrazione europea. Nel tentativo di rispondere a questo interrogativo bisogna distinguere, nel contesto di ciascuna delle due teorie, il caso in cui il provvedimento violi direttamente la norma europea (c.d. illegittimità

costituzionale.

20 Corte cost., sentenza 20 giugno 1984, n. 170, *Granital*, in *Giust. civ.*, 1984, 1, pp. 2353 e ss. con nota di N. SOTGIU, *L'applicabilità diretta del diritto comunitario*, nonché in *Foro it.*, 1984, 1, pp. 2062 e ss. con commento di A. TIZZANO, *La Corte costituzionale e il diritto comunitario vent'anni dopo*; ID., in *Giur. it.*, 1984, 1, pp. 1521 e ss. con nota di M. BERRI, *Composizione del contrasto tra Corte costituzionale e Corte delle Comunità europee*; ID., in *Riv. dir. int. priv. e proc.*, 1984, pp. 262- 268 con nota di G. SPERDUTI, *Una sentenza innovativa della Corte costituzionale sul diritto comunitario*.

21 È bene precisare che nella sentenza *Granital*, op. cit., la Consulta non parte dal presupposto che l'ordinamento interno e quello europeo si integrano reciprocamente, ma dall'idea che questi vadano “*configurati come autonomi e distinti, ancorché coordinati*” (punto 4 in diritto). Costante a partire da quella pronuncia, la Corte costituzionale riconobbe in capo ai giudici il dovere di disapplicare le norme interne contrastanti con i regolamenti europei senza sollevare prima la questione di costituzionalità, consentendo loro di rimettere la questione direttamente alla CGUE. Successivamente, il c.d. “*modello Granital*” fu esteso dalla Consulta a tutte le norme comunitarie dotate di efficacia diretta nell'ordinamento interno (cfr. Corte cost., sentenza 23 aprile 1985, n. 113, *BECA*, in *Foro it.*, 1985, I, pp. 1599 e ss. e Corte cost., 11 luglio 1989, n. 389, *Provincia autonoma di Bolzano*, in *Foro it.*, 1991, I, pp. 1076 e ss.). Solo nel 2007 con Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348 la Consulta ha ammesso che “*con l'adesione ai Trattati comunitari, l'Italia è entrata a far parte di un “ordinamento” più ampio*” (cfr. Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348, in *Giurisprudenza Costituzionale*, 2007, 5, pp. 3475-3518 con nota (tra le altre) di C. PINELLI, *Sul trattamento giurisdizionale della CEDU e delle leggi con esse confliggenti ([Osservazione a] Corte cost. 24 ottobre 2007 n. 348)*). Sintomatica dell'avvicinamento della Corte costituzionale alla Corte di giustizia europea è anche Corte cost., ord. 15 aprile 2008, n. 103 (con la quale la Consulta ha sollevato per la prima volta una questione pregiudiziale nel giudizio di costituzionalità instaurato in via principale), in *Giur. cost.*, 2008, 2, pp. 1312-1318 con nota di M. CARTABIA, *La Corte costituzionale e la corte di giustizia: atto primo ([Osservazione a] Corte cost., 15 aprile 2008 n. 103)*.

22 Invero, la Consulta ha iniziato ad elaborare un modello alternativo al c.d. “*modello Granital*”, che sembra sovvertire il principio del primato del diritto unionale su quello interno, il cui ambito di applicazione è circoscritto alle norme interne contrastanti con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. In tal caso, infatti, la Consulta ritiene necessario che il giudice *a quo* sollevi prima la questione di incostituzionalità e poi la questione pregiudiziale ex art. 267 TFUE (cfr. Corte cost., ordinanza 30 luglio 2020, n. 182, in *Giur. cost.*, 2020, 4, pp. 1982-1992 con nota di S. GIUBBONI, *L'accesso all'assistenza sociale degli stranieri alla luce (fioca) dell'art. 34 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (a margine di un recente rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale)*). Di tale modello sembra potersi trovare traccia già tra le pieghe della motivazione di Corte cost. 14 dicembre 2017 n. 269, in *Giur. cost.*, 2017, 6, pp. 2948-2955, con commento di G. SCACCIA, *Giudici comuni e diritto dell'Unione europea nella sentenza della Corte costituzionale n. 269 del 2017 ([Osservazione a Corte cost. 14 dicembre 2017 n. 269])*. Per una riflessione sui limiti e sulle potenzialità di

comunitaria diretta) dal caso in cui il provvedimento è conforme a una norma nazionale contrastante con quella europea (c.d. illegittimità comunitaria derivata)²⁵.

Seguendo rigidamente la tesi dualista, nel caso di violazione indiretta del diritto comunitario si è arrivati a sostenere che la norma comunitaria, anche se *self-executing*, non è in grado *ex se* di rendere invalido il provvedimento amministrativo che la viola, dal momento che non fa parte dell'ordinamento nazionale e non può considerarsi quale parametro di legittimità del provvedimento²⁶. Secondo tale orientamento, dunque, in tale ipotesi l'unica norma da considerare quale presupposto e parametro di legittimità dell'atto amministrativo è la norma nazionale attributiva del potere che, tuttavia, violando il diritto europeo è inefficace o addirittura inesistente. Seguendo questo *iter* logico, si è quindi sostenuto che l'atto amministrativo conforme alla norma interna contrastante con quella comunitaria è nullo per difetto assoluto di attribuzione²⁷, in quanto "se la norma che l'Amministrazione pretende di applicare non esiste o per qualunque motivo non produce effetti all'interno dell'ordinamento nel quale è destinata ad operare la pronuncia giurisdizionale, il giudice

tale modello si vedano I. ANRÒ – J. ALBERTI, *Riflessioni sull'effetto diretto, sul primato e sulla disapplicazione del diritto nazionale*, op. cit., pp. 73-75; S. SCIARRA, *Lenti bifocali e parole comuni: antidoti all'accentramento del giudizio di costituzionalità*, in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra corti europee e giudici comuni*, Giappichelli, Torino, 2021, pp. 49 - 65; F. DONATI, *La questione prioritaria di costituzionalità: presupposti e limiti*, in B. CARAVITA (a cura di), *Un riaccentramento del giudizio costituzionale? I nuovi spazi del Giudice delle leggi, tra corti europee e giudici comuni*, op. cit., pp. 9-20; C. AMALFITANO, *Il dialogo tra giudice comune, Corte di giustizia e Corte costituzionale dopo l'obiter dictum della sentenza n. 269/2017*, Osservatorio sulle Fonti, 2019, p. 20.

23 L'art. 117, c. 1 Cost, come risultante dalla riforma del titolo V, parte II della Costituzione ad opera della l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3, infatti, impone al legislatore nazionale e regionale di rispettare il diritto europeo.

24 La Dichiarazione n. 17 allegata al Trattato di Lisbona puntualizza che "La conferenza ricorda che, per giurisprudenza costante della Corte di giustizia dell'Unione europea, i trattati e il diritto adottato dall'Unione sulla base dei trattati prevalgono sul diritto degli Stati membri alle condizioni stabilite dalla summenzionata giurisprudenza".

25 Sulla distinzione tra illegittimità comunitaria diretta e indiretta si vedano G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'“insostenibile leggerezza” del processo impugnatorio)*, op.cit., pp. 528-529; N. PIGNATELLI, *L'illegittimità “comunitaria” dell'atto amministrativo*, *Giur. cost.*, 2008, 4, pp. 3635 ss.; G. GRECO, *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M.P. CHITI – G. GRECO, *Trattato di diritto amministrativo europeo*, op. cit., pp. 936 ss.; M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazioni di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, *Dir. Amm.*, 2003, 4, pp. 687 ss. Si veda anche F. FOLLIERI, *Disapplicazione dell'atto amministrativo e giudicato*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2022, 1, pp. 117 che parla di illegittimità sintattica nel caso in cui l'illegittimità del provvedimento derivi dal contrasto tra una norma inferiore e una superiore e di illegittimità pragmatica nel caso in cui il vizio sia proprio del provvedimento e non derivi da un'antinomia.

26 Si veda in tal senso Tar Piemonte, Sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, in *Dir. proc. amm.*, 1990, p. 284 ss. con nota di R. MURRA, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?*; ID., in *Giur. it.*, parte III, Sez. I, 1989, p. 149 ss. con nota di R. CARANTA, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*; ID., in *Foro it.*, III, 1990, pp. 203 e ss. con nota di L. TORCHIA, *Il giudice disapplica e il legislatore reitera: variazioni in tema di rapporti fra diritto comunitario e diritto interno*.

27 Per un approfondimento critico sulla nullità del provvedimento amministrativo si veda tra gli altri F.G. SCOCA, *Appunti sulla validità del provvedimento amministrativo*, *Diritto e processo amministrativo*, 2018, 4, pp. 1037-1062.

non può che accertare l'inesistenza del necessario parametro per la valutazione della legalità dell'azione amministrativa"²⁸.

Peraltro, seguendo questo stesso percorso argomentativo, si potrebbe addirittura sostenere la validità del provvedimento amministrativo direttamente contrastante con una norma eurounitaria, poiché quest'ultima, non facendo di per sé parte dell'ordinamento nazionale e non essendo riprodotta da una norma interna, non potrebbe mai essere utilizzata dal giudice quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa²⁹.

Tuttavia, secondo altri interpreti³⁰, seguendo correttamente la teoria della separazione degli ordinamenti, si dovrebbe qualificare come nullo l'atto affetto da c.d. illegittimità comunitaria diretta e valido, ma disapplicabile, l'atto viziato da illegittimità comunitaria indiretta: nel primo caso, infatti, l'atto è radicalmente privo di una base giuridica interna, mentre nel secondo caso l'atto non può considerarsi nullo, in quanto conforme alla normativa interna, ma va disapplicato alla luce del principio di *primauté* del diritto comunitario. Difatti, mentre la rigida adesione alla tesi del dualismo ordinamentale - impedendo in ogni caso alle norme europee di fondare o incidere sull'esplicazione del potere della p.a. - finisce con lo sterilizzare sul piano dell'azione amministrativa non solo il principio dell'effetto diretto, ma anche quello della supremazia del diritto europeo, quest'ultima prospettazione teorica consente di considerare le norme comunitarie come esterne all'ordinamento senza disconoscere il principio di supremazia³¹.

Invero, la dottrina³² e la giurisprudenza amministrativa³³ prevalenti hanno sposato la tesi del monismo ordinamentale, qualificando l'atto amministrativo antieuropeo come annullabile, salvo che ricorrano i casi eccezionali di cui all'art. 21-septies l. 7 agosto 1990, n. 241. Difatti, se si muove dall'assunto che le norme europee e quelle interne fanno parte di un unico ordinamento, deve trattarsi allo stesso modo la violazione della norma nazionale e la

28 Tar Piemonte, Sez. II, 8 febbraio 1989, n. 34, op.cit., che usa indifferentemente le categorie dell'inesistenza o della nullità in riferimento alla patologia che affligge norma interna contraria a quella europea.

29 Cfr. N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, op. cit. p. 3642.

30 G. MONTEODORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'"insostenibile leggerezza" del processo impugnatorio)*, op.cit., p. 529.

31 S. CASSESE, *I lineamenti essenziali del diritto amministrativo comunitario*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 1991, 3, p. 3-10; G. FALCON, *Alcune osservazioni sullo sviluppo del diritto amministrativo comunitario*, Riv. Trim. dir. pubbl., 1993, pp.74 e ss.; A. MASSERA, *Ordinamento comunitario e pubblica amministrazione*, Il Mulino, Bologna, 1994, pp. 569 ss.

32 In particolare, tra gli altri, V. CERULLI IRELLI, *Trasformazione del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, op. cit., p. 444 osservava che "la violazione delle norme di fonte europea dovrebbe essere compresa, al fine di stabilire il regime dell'invalidità, nella nozione di violazione di legge di cui all'art. 21-octies della legge sul procedimento amministrativo (...) Non può essere trascurato tuttavia, il rilievo che la violazione delle norme comunitarie potrebbe dare luogo in certi casi, più incisivamente di quanto attiene alle violazioni di norme nazionali, a violazioni previste dall'art. 21-septies, e perciò produrre la nullità dei relativi atti amministrativi".

33 La giurisprudenza, infatti, già nei primi anni 2000 chiari che "la disposizione comunitaria violata si pon[e], soprattutto nel caso in cui risulti tradotta in una norma nazionale, come diretto parametro di legalità dell'atto amministrativo, anche tenuto conto del rapporto di integrazione tra i due ordinamenti (...), da giudicarsi preferibile rispetto a quello della loro separatezza ed autonomia" (Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Urb. e app.*, 2002, 4, pp. 428-433, con nota di C.E. GALLO, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara nei contratti della p.a.: una pronuncia di assestamento [Nota a sentenza: Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35]*.

violazione della norma europea *self executing*, richiamandosi in entrambi i casi il vizio della violazione di legge. È, infatti, pacifico che per “legge” l’art. 21- *octies* l. n. 241/1990 intende riferirsi non solo la legge ordinaria e gli atti aventi forza di legge, ma anche tutte le norme, di rango superiore e inferiore rispetto alla fonte primaria³⁴, che fanno parte dell’ordinamento giuridico e concorrono a definire il modello legale a cui deve conformarsi l’azione amministrativa sia nell’*an* sia nel *quomodo*.

L’annullabilità del provvedimento antieuropeo, inoltre, è stata sostenuta non solo nel caso in cui il provvedimento violi direttamente la norma europea *self-executing*, ma anche nell’ipotesi in cui il provvedimento sia conforme alla norma nazionale che, a sua volta, risulti contraria con quella europea *self-executing*, poiché in questo secondo caso, comunque, il giudice amministrativo deve disapplicare la norma interna e utilizzare come parametro di legittimità solo la norma europea. Invece, qualora il provvedimento contrasti direttamente con norme europee non aventi efficacia diretta nell’ordinamento nazionale, vi è chi ha sostenuto che non possa richiamarsi il vizio della violazione di legge, ma quello dell’eccesso di potere, dal momento che le norme europee prive di efficacia diretta vincolano comunque la p.a. nell’esercizio della sua potestà, obbligandola a indicare in motivazione le ragioni del mancato rispetto della fonte sovranazionale³⁵.

In ogni caso, da ciò discende che l’atto amministrativo direttamente o indirettamente costante con la norma europea è soggetto anche allo stesso regime processuale dell’atto annullabile e, dunque, va impugnato entro i termini previsti dalla legge a pena di decadenza e non è disapplicabile³⁶.

Tuttavia, trattare l’atto amministrativo antieuropeo alla stregua dell’atto amministrativo contrastante con norme interne, significa anche considerarlo nullo laddove la violazione diretta o indiretta delle norme europee integri le fattispecie di cui all’art. 21-*septies* l. n. 241/1990 e, dunque, nel caso in cui la fonte europea violata sia attributiva del potere e nel caso, più raro, in cui la sua violazione privi il provvedimento dei suoi elementi essenziali. In tali ipotesi, dunque, la nullità potrebbe essere rilevata *ex officio* dal giudice in ogni tempo, applicandosi il regime processuale proprio degli atti nulli come delineato dall’art. 31, c. 4 c.p.a.³⁷ In realtà, nonostante la correttezza logica-teorica di tale conclusione, i casi di nullità del provvedimento antieuropeo sono perlopiù casi di scuola, sicché è corretto sostenere che i fautori della teoria monista attribuiscono al provvedimento *de quo* per lo più il regime dell’atto illegittimo e annullabile.

34 E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, XXV edizione, Giuffrè, 2023, Torino, pp. 504-506.

35 D. SAMMARRO, *Il regime degli atti amministrativi*, in R. ROLLI – D. SAMMARRO, *L’obbligo di “disapplicazione” alla luce delle sentenze n. 17 e n. 18 del 2021 del Consiglio Di Stato (Adunanza Plenaria)*, in *Dir. e società*, 2021, 3, pp. 499; G. GRECO, *Profili di diritto pubblico italo-comunitario*, in G. GRECO (a cura di), *Argomenti di diritto pubblico italo-comunitario*, Giuffrè, Milano, 1989, p. 3-88.

36 Tra le prime pronunce si vedano, in particolare, Cons. St, Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, in *Cons. St.*, 2005, I, p. 252; Cons. St, Sez. VI, 22 novembre 2006, n. 6831, *Riv. giur. ed.*, 2007, 3, p. 1049.

37 Per una ricostruzione della giurisprudenza formatasi riguardo al caso del difetto assoluto di attribuzione per violazione della norma europea si veda G. MASSARI, *L’atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2014, n. 3-4, pp. 648-651; Per un approfondimento sui casi in cui manchino gli elementi essenziali del provvedimento a causa del suo contrasto con la normativa europea si veda, invece, V. CERULLI IRELLI, *Trasformazione del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, op.cit., pp. 444-445.

Invece, una parte della dottrina³⁸ ha ritenuto che dall'appartenenza delle norme europee all'ordinamento interno non possa affatto ricavarsi l'applicazione agli atti antieuropei del medesimo regime a cui sono soggetti gli atti contrari a norme interne. Ciò in quanto le norme europee sono dotate di una forza superiore a quella delle norme nazionali, anche costituzionali, che deve necessariamente ripercuotersi sul regime sostanziale e processuale dell'atto che le viola. In altre parole, secondo questa impostazione, *“per effetto del principio di supremazia del diritto comunitario, il parametro della legittimità amministrativa nei casi a rilevanza comunitaria è rappresentato da plessi normativi con valore diseguale; che sono tra loro integrati e non retti dal principio di competenza”*³⁹.

Secondo tale prospettiva, trattare la violazione del diritto UE come una semplice violazione di legge ex art. 21-*octies* l. n. 241/1990 equivale a conferire al provvedimento antieuropeo inoppugnabile una capacità di resistenza al principio di *primauté* del diritto unionale superiore a quella che caratterizza una legge antieuropea. Infatti, seguendo la tesi dell'annullabilità, il giudice amministrativo sarebbe costretto, da un lato, a disapplicare la legge interna contrastante al diritto europeo e, dall'altro, ad applicare il provvedimento antieuropeo che non sia stato tempestivamente impugnato dal destinatario.

Pertanto, per evitare il cortocircuito del sistema, i sostenitori di questa lettura critica ritengono più razionale sposare la tesi della disapplicazione o, al più, quella della nullità, che consentono di sterilizzare in ogni tempo gli effetti dell'atto antieuropeo⁴⁰.

In particolare, la tesi della disapplicazione si fonda sull'assunto che il giudice così come è obbligato a disapplicare la norma interna contrastante con la fonte europea, è tenuto a disapplicare il provvedimento antieuropeo. Difatti, poiché la *ratio* del dovere di disapplicazione normativa imposto dalla CGUE risiede nella necessità di assicurare il primato del diritto unionale, non sarebbe logico non estendere l'ambito di applicazione di tale dovere anche ai provvedimenti amministrativi che parimenti minacciano la prevalenza del diritto europeo su quello nazionale⁴¹.

Tale impostazione, invece, è stata criticata dagli autori che considerano costituzionalmente problematica l'ammissibilità di una differenziazione del regime a cui

38 M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, op.cit., pp. 496-495; M.P. CHITI, *I Signori del diritto comunitario. La Corte di Giustizia e lo sviluppo del diritto amministrativo europeo*, Riv. trim. dir. pubbl., 1991, pp. 761 ss.; M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione delle disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in Dir. Amm., 2003, pp. 687 e ss.

39 Cfr. M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, op.cit., p. 483. Nello stesso senso G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la forza sovrana dell'atto amministrativo inoppugnabile*, Dir. Amm., 2014, 1/2, pp. 217-263.

40 In particolare, G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la forza sovrana dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 262, sebbene consapevole della impossibilità di sostenere la tesi della nullità nell'attuale quadro normativo, suggerisce di risolvere l'*impasse* riscrivendo l'art. 21-*nonies*, rendendo doverosa l'annullamento d'ufficio dell'atto affetto da anticomunitarietà, oppure l'art. 21-*septies*, inserendo la violazione del diritto UE tra i casi di nullità del provvedimento. Infatti, secondo l'autore, la soluzione della disapplicazione appare troppo sbilanciata a favore del diritto europeo, mentre la soluzione della nullità e quella dell'autotutela doverosa assicurerebbero al contempo la tenuta del sistema multilivello e l'autonomia degli Stati, dal momento che verrebbe mantenuta ferma la regola secondo cui diviene inoppugnabile il provvedimento non impugnato entro i termini previsti a pena di decadenza dalla legge nazionale.

41 Così M.P. CHITI, *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2004, pp. 469 e ss.

sottoporre l'atto amministrativo che sia basata sulla diversità della fonte violata, ritenendo possibile solamente l'introduzione di un regime differenziato, quale quello della nullità, in ragione della gravità della violazione⁴².

Inoltre, parte della dottrina ritiene che la tesi della disapplicazione non sia coerente con un contesto ordinamentale, come il nostro, ove la disapplicazione è utilizzata come strumento di risoluzione delle antinomie e non quale regime giuridico sostanziale di alcuni atti amministrativi e, soprattutto, dove il potere di annullamento è più penetrante del potere di disapplicazione⁴³. Peraltro, come sottolineato da alcuni interpreti⁴⁴, la tesi del regime differenziato degli atti antieuropei sembra essere stata smentita anche dalla Corte di Giustizia dell'Unione Europea che, a partire dalla celebre sentenza *Santex* del 27 febbraio 2003⁴⁵, ha sostenuto la compatibilità del regime dell'annullabilità dell'atto antieuropeo con i principi di primazia ed effettività della tutela. Infatti, con la citata sentenza *Santex* il giudice europeo ha respinto la tesi della disapplicazione del bando antieuropeo, prospettata dal giudice *a quo*⁴⁶, per chiarire che la direttiva n. 89/665 /CEE del Consiglio del 21 dicembre 1989 non è incompatibile con le norme nazionali che prevedono un termine di decadenza per ricorrere avverso gli atti di gara, purché tale termine sia ragionevole come quello previsto dalla normativa italiana. In realtà, sebbene la sentenza *Santex* abbia negato la disapplicabilità del bando antieuropeo divenuto inoppugnabile e considerato ragionevole il termine d'impugnazione previsto dal legislatore italiano, dalla pronuncia in questione possono

42 V. CERULLI IRELLI, *Trasformazione del sistema di tutela giurisdizionale nelle controversie di diritto pubblico per effetto della giurisprudenza europea*, op.cit., p. 437 osserva come sia costituzionalmente problematica l'ammissibilità di una differenziazione del regime a cui è soggetto l'atto amministrativo che sia basata sulla diversità della fonte violata, "mentre la differenziazione sarebbe senz'altro ammissibile e non darebbe luogo a problemi di costituzionalità (sarebbe addirittura ovvia) ove si trattasse di una graduazione circa la gravità della violazione cui corrisponda una graduazione circa il rilievo degli interessi tutelati: come avviene laddove gli atti amministrativi invalidi vengono rispettivamente assoggettati al regime della nullità ovvero dell'annullabilità (artt. 21-septies, 21-octies, l. proc. amm.)".

43 G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2008, 2, pp. 505-517. *Id.*, "Inoppugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)", *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2006, 3-4, pp. 513 e ss. In particolare, l'Autore, per garantire l'effettività della tutela in caso di mancata impugnazione del provvedimento antieuropeo nel termine decadenziale di sessanta giorni, suggerisce al giudice nazionale di disapplicare non il provvedimento, ma la norma processuale che prevede il termine *de quo* allo scopo di consentirgli comunque di annullare il provvedimento per violazione di legge. In senso contrario alla disapplicazione dell'atto antieuropeo si veda anche G. COCCO, *L'insostenibile leggerezza del diritto italiano*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1996, 6, pp. 629 -654 che sostiene, usando una metafora letteraria, che la tesi della disapplicazione conduce alla "insostenibile del diritto amministrativo italiano" e cioè lo rende cedevole dinnanzi alle esigenze europee.

44 M.P. CHITI, *L'invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, op. cit. 687 ss.

45 Corte giust. CE, 27 febbraio 2003, C-327/00, *Santex*, in *Foro it.*, 2003, 4, pp. 477-480 con nota di E. FERRARI, *La Corte di giustizia indica al giudice amministrativo una terza via tra perentorietà del termine di impugnazione e disapplicazione dei provvedimenti amministrativi*. Per ulteriori commenti alla pronuncia in questione si vedano C. CARUSO, *Di sicuro rilievo le più recenti sentenze comunitarie in tema di appalti pubblici*, *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2003, 2, pp.957-961 e C. LEONE, *Disapplicabilità dell'atto amministrativo in contrasto con la disciplina comunitaria? Finalmente una parola chiara da parte della Corte di giustizia*, *Riv. it. dir. pubbl. comunit.* 2003, 3-4, p.898-911.

46 TAR Lombardia, Milano, Sez. III, ord. 8 agosto 2000, n. 234, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2000, 5, pp. 1174 – 1194, commentata da C. LEONE, *Diritto comunitario e atti amministrativi nazionali*.

ricavarsi degli argomenti a sostegno della tesi del regime processuale differenziato degli atti contrari al diritto europeo laddove la Corte ha stabilito che la norma interna che prevede il termine decadenziale per proporre la domanda giurisdizionale va disapplicata dal giudice amministrativo qualora il suo rispetto sia impossibile per il ricorrente.

Va segnalato, tuttavia, che una parte della dottrina⁴⁷ non ritiene che dai menzionati passaggi motivazionali possa ricavarsi un regime processuale differenziato dell'atto antieuropeo, giacché esiste già nel nostro ordinamento uno strumento ordinario, cioè valevole per tutti gli atti, per "disapplicare" le norme che prevedono termini decadenziali per ricorrere al g.a. nei casi in cui il loro rispetto sia impossibile per il ricorrente. Trattasi della rimessione in termini per errore scusabile, oggi disciplinata dall'art. 37 c.p.a.⁴⁸ e applicabile in casi del tutto sovrapponibili a quelli menzionati dalla CGUE con la sentenza *Santex*, che certamente può essere concessa a prescindere dalla natura nazionale o europea della norma violata dall'atto che si intende impugnare. Tuttavia, non può non considerarsi che prima del *revirement* del 2003, la Corte delle Comunità europee aveva sostenuto la tesi della doverosa disapplicazione giurisdizionale degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario, giustificata dall'esigenza rafforzare il principio di *primauté* attraverso l'ampliamento dell'ambito di applicazione della tecnica disapplicativa già imposta per le norme anticomunitarie⁴⁹. In particolare, per bilanciare principio di autonomia procedurale⁵⁰ degli Stati membri con il principio di effettività della tutela giurisdizionale, la Corte di Lussemburgo chiarì, già a partire dalla sentenza *Rewe* del 16 dicembre 1976⁵¹, che gli Stati membri non possono imporre termini e condizioni di accesso alla tutela giurisdizionale che rendano di fatto impossibile l'esercizio dei diritti statuiti dalle norme comunitarie⁵². Successivamente, con la sentenza *Ciola* del 1999⁵³ la Corte di Giustizia negò esplicitamente che l'effettività della tutela giurisdizionale possa essere pregiudicata dal carattere

47 F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, op. cit., p. 267.

48 L'art. 37 d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 dispone che "Il giudice può disporre, anche d'ufficio, la rimessione in termini per errore scusabile in presenza di oggettive ragioni di incertezza su questioni di diritto o di gravi impedimenti di fatto".

49 Per una ricostruzione completa di tale giurisprudenza si rinvia a R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo: tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Aracne, Roma, 2005, pp. 136 e ss.

50 Sulla portata e sul contenuto del principio di autonomia procedurale degli stati membri si guardi S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Obbligo di interpretazione conforme al diritto UE e principio di autonomia procedurale in relazione al diritto amministrativo nazionale*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2014, 6, pp. 1175-1203. L'Autore chiarisce che il principio in parola "significa che gli Stati membri usano normalmente le regole nazionali di procedura nell'attuazione del diritto UE" e che "il principio di effettività della tutela costituisce il principale limite al concreto operare dell'autonomia procedurale" (cfr. p. 1181).

51 Corte di Giustizia CE, 16 dicembre 1976, *Rewe*, C-33/1976, in *Dir. comunitario e scambi internaz.*, 1978, 1, pp.199-231 con nota di L. FORLATI PICCHIO, *La neutralizzazione degli effetti di atti amministrativi contrari al diritto comunitario*.

52 In argomento M. GIAVAZZI, *La legittimazione processuale nel contenzioso sugli appalti pubblici e l'effettività del diritto europeo: un (falso) problema di convivenza*, Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2012, 6, p. 1094-1104.

53 Corte di giustizia CE, sentenza 29 aprile 1999, *Ciola*, C-224/97 in Riv. it. dir. pubbl. comunit., 2000, 1, pp. 149 – 153 con nota di E.M. BARBIERI, *Ancora sulla disapplicazione di provvedimenti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario (Corte di giustizia delle Comunità europee, Sez. II, sent. 29 aprile 1999, in causa C-224/97; Erich Ciola c. Land Vorarlberg)*.

inoppugnabile del provvedimento contrastante con il diritto comunitario e stabili che un simile provvedimento va disapplicato alla stregua di una norma interna anticomunitaria, poiché *“l’esistenza di una siffatta tutela non può dipendere dalla natura della disposizione di diritto interno contrastante col diritto comunitario”*⁵⁴. È quindi innegabile che la CGUE con la citata sentenza *Santex* abbia semplicemente ridimensionato la portata dei principi di primazia ed effettività della tutela in favore dei principi di certezza del diritto e autonomia procedurale, ma è altrettanto chiaro come, aprendo le porte alla disapplicazione delle norme processuali, sia stato lasciato uno spiraglio per sostenere la configurabilità di un regime processuale differenziato per gli atti antieuropei.

Sul piano sostanziale, infatti, la sentenza *Santex* consente di adottare il regime sostanziale dell’annullabilità sia per gli atti antieuropei che per quelli affetti da violazione di norme interne, ma sul piano processuale ammette esplicitamente solo per i primi la disapplicazione della norma interna che prevede un termine decadenziale di impugnazione. Tale disapplicazione, lungi dal fondarsi sull’errore scusabile, si giustifica con il pacifico dovere del giudice amministrativo di non applicare le norme interne contrastanti con il diritto europeo, ove il contrasto rilevante a tal fine non è quello tra il provvedimento inoppugnabile e una norma europea, ma tra le norme che prevedono i termini di impugnazione a pena di decadenza e il principio di effettività della tutela giurisdizionale.

Questa soluzione, infatti, consente di raggiungere lo stesso risultato che si otterrebbe con la disapplicazione dell’atto antieuropeo, ma anche di mantenere l’autonomia processuale dello Stato italiano, che si esplica proprio nella previsione *ex lege* di un termine decadenziale per ricorrere e nel conseguente divieto pretorio per il g.a. di disapplicazione provvedimentoale.

Della inoppugnabilità, nonché della differenza tra disapplicazione normativa e disapplicazione provvedimentoale, si tratterà nel prossimo paragrafo allo scopo di verificare se, riconoscendo che gli atti antieuropei hanno lo stesso regime sostanziale e processuale degli atti affetti da violazione di norme nazionali, è possibile affermare che il giudice amministrativo può o deve disapplicare un bando antieuropeo.

3. La parabola della non disapplicabilità degli atti amministrativi generali: alla ricerca di un equilibrio tra i principi di certezza del diritto e gerarchia delle fonti.

Per tentare di risolvere il problema della disapplicazione del bando antieuropeo può percorrersi anche un’altra strada, facendo leva sulla natura di atto amministrativo generale del bando di gara. Tale via, tuttavia, non può essere percorsa senza ricostruire il dibattito sorto intorno alla disapplicazione dei regolamenti⁵⁵, giacché è da questo dibattito che

⁵⁴ Corte di giustizia CE, sentenza 29 aprile 1999, Ciola, C-224/97, op. cit.

⁵⁵ In argomento si vedano F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, II ed., Giappichelli, Torino, 2007; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa (ovvero del conflitto tra il principio di gerarchia delle fonti e il principio dispositivo)*, in A. PACE (a cura di), *Studi in onore di Leopoldo Elia*, Giuffrè, Milano, 1999, p. 1045-1069; AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti: atti del Convegno organizzato dall’Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall’Associazione studiosi del processo amministrativo*, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, Quaderni del Consiglio di Stato, Giappichelli, Torino, 1998.

possono trarsi argomenti utili a sostenere che il giudice amministrativo può disapplicare anche gli atti amministrativi generali.

Come noto, infatti, già a partire dagli anni 50 e 60 del secolo scorso la dottrina⁵⁶ avviò una riflessione intorno al potere-dovere del giudice amministrativo di disapplicare gli atti amministrativi presupposti illegittimi e, in particolare, i c.d. regolamenti volizione-preliminare⁵⁷ nel caso in cui fosse impugnato soltanto il relativo atto applicativo. Il problema si pose, infatti, per i regolamenti volizione-preliminare per il solo motivo che, secondo la giurisprudenza tradizionale, il loro annullamento può essere chiesto al giudice amministrativo unicamente per mezzo della doppia impugnazione⁵⁸ e cioè nel caso in cui si impugni congiuntamente l'atto applicativo della norma regolamentare e il regolamento che lo presuppone. Difatti, solo l'atto applicativo è in grado di attualizzare in capo ad un destinatario determinato una lesione che è solo potenzialmente realizzabile da parte di una norma regolamentare generale e astratta.

La regola della doppia impugnazione, quindi, portò gli interpreti ad interrogarsi sulla sorte del provvedimento applicativo impugnato nel caso della mancata impugnazione del regolamento presupposto: negare al giudice amministrativo il potere di disapplicare il regolamento equivaleva a impedire l'annullamento dell'atto applicativo che ne mutuasse i vizi e ad imporre l'annullamento dell'atto applicativo che, non mutuando i vizi della fonte secondaria, si rivelasse conforme alla fonte primaria⁵⁹. Inoltre, la riflessione era resa necessaria dall'assenza di una norma che, al pari dell'art. 5, all. E. l. 20 marzo 1865, n. 2248⁶⁰,

56 A. AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, in AA.VV., *Problemi del processo amministrativo: Atti dell'8. Convegno di studi di scienza dell'amministrazione promosso dalla Amministrazione provinciale di Como, Tremezzo, Villa Carlotta 17-20 settembre 1964*, Giuffrè, Milano, 1964, pp. 565 e ss.; A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnabilità dei regolamenti della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1956; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1950; ID., *Disapplicazione di atti amministrativi illegittimi e giurisdizione del Consiglio di Stato*, *Giur.it*, 1953, III, pp. 73 e ss.

57 Della distinzione tra regolamenti volizione-azione e regolamenti volizione preliminare si trova traccia in SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale generale*, II ed., Giuffrè, Milano, 1946, p. 82, ma soprattutto in A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnabilità dei regolamenti della pubblica amministrazione*, op.cit., p. 881-883 che distingueva i regolamenti in grado di incidere direttamente nella sfera giuridica di destinatari determinati (c.d. regolamenti volizione azione) dai regolamenti veri e propri (c.d. regolamenti volizione preliminare), capaci di dettare norme generali e astratte, solo potenzialmente lesive degli interessi dei destinatari finali, che sono peraltro indeterminabili *ex ante*. Si oppose a tale distinzione A. AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, op. cit., pp.557 ss., che sottolinea la difficoltà di discernere i regolamenti applicativi da quelli non applicativi.

58 Sulla doppia impugnazione C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, *Dir. proc. amm.*, 1999, 4, p.1080, chiarisce che *"l'atto normativo e quello amministrativo generale sono impugnabili solo a partire dall'atto che ne faccia concreta applicazione, in quanto solo da quest'ultimo decorre il momento dell'effettiva lesione e, quindi, il termine per l'impugnazione. Tuttavia, anche in seguito al verificarsi di tale evento l'atto generale (o normativo) non è impugnabile individualmente, bensì solo congiuntamente all'atto applicativo, in quanto esso-determinando il ricordato effetto di "concretizzazione" della fattispecie - costituisce condizione di "attualità" della lesione"*.

59 In particolare, L. CARLASSARE, *Regolamento (dir. Cost.)*, *ad vocem*, op. cit., p. 605 osservava quanto fosse irragionevole impedire al g.a. la disapplicazione del regolamento, ma al contempo costringerlo a disapplicare la legge in caso di mancata impugnazione del regolamento con essa contrastante.

60 Invero, l'attribuzione al giudice ordinario del potere di disapplicare gli atti amministrativi illegittimi si ricava dal combinato disposto degli artt. 4 e 5 dell'allegato E della legge abolitrice del contenzioso amministrativo, dato

attribuisse espressamente anche al G.A. il potere di disapplicazione spettante al G.O. Proprio l'assenza di una simile norma e l'iniziale interpretazione restrittiva dell'art. 5 L.a.c.a. hanno indotto la giurisprudenza amministrativa ad escludere, in un primo momento, che il g.a. potesse disapplicare i regolamenti⁶¹. A sostegno di questo approdo si ponevano anche altre argomentazioni di carattere prettamente processuale, che facevano leva sull'idea che la disapplicazione consentisse di eludere surrettiziamente i termini decadenziali di impugnazione⁶², ma anche sulla convinzione il giudice amministrativo non avesse ricevuto *ex lege* il potere di disapplicazione perché gli era stato attribuito il più intenso potere di annullamento, sottratto dall'art. 4, c. 2 L.a.c.a. al giudice ordinario⁶³. Ancora, sempre sul piano processuale, si rilevava che giudice amministrativo non potesse conoscere *incidenter tantum* della legittimità dei regolamenti non impugnati in ragione del principio di corrispondenza tra il chiesto ed il pronunciato di cui all'art.112 c.p.c. e del principio dispositivo.

A segnare un cambio di rotta fu, però, la nota sentenza della V sezione del Consiglio di Stato n. 154 del 26 febbraio 1992⁶⁴ che statuí la disapplicabilità del regolamento contrastante con la legge ordinaria nell'ambito di un giudizio di impugnazione sull'atto applicativo del regolamento⁶⁵. Il Consiglio di Stato giunse a questa soluzione valorizzando la natura sostanzialmente normativa del regolamento e, dunque, facendo applicazione del principio di gerarchia delle fonti, del principio *iura novit curia* e del principio di legalità: il primo principio, infatti, impone al giudice di risolvere le antinomie normative facendo prevalere

che la prima norma impedisce all'autorità giudiziaria di annullare gli atti in questione, mentre la seconda chiarisce che i giudici ordinari “*applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*”.

61 Per una ricostruzione dei primi arresti giurisprudenziali in argomento si veda S. BACCARINI, *Il Consiglio di Stato folgorato sulla via della disapplicazione dei regolamenti*, *Dir. proc. amm.*, 1994, pp. 569-576.

62 Cons. St., Sez. VI, 19 aprile 1966, n. 907, in *Foro amm.*, 1966, II, pp. 65 e ss. con nota di F. LA VALLE, *In tema di ricorso incidentale avverso atto regolamentare presupposto*.

63 V. DEL POZZO, *Decorrenza del termine, lesione dell'interesse e disapplicazione dell'atto nel diritto processuale amministrativo.*, *Foro amm.*, 1952, I, pp. 1240 ss.

64 Cons. St., Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, in *Dir. proc. amm.*, 1993, pp. 56 e ss.; ID., in *Giur. it.*, 1993, III, p. 653 e ss., con nota di CANNADA BARTOLI E., *Disapplicazione di ufficio di norma regolamentare illegittima*; ancora, in *Cons. St.*, 1992, I, pp. 250 e ss. La sentenza in commento riguardava un caso in cui vi era un rapporto cosiddetto di antipatia tra l'atto impugnato e il regolamento e cioè un caso in cui l'atto applicativo era conforme alla legge, ma difforme rispetto alla fonte secondaria.

65 Invero, vi è chi ha letto in Cons. St., Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, op. cit., non un *revirement*, ma un ritorno al passato, dal momento che la giurisprudenza amministrativa, dagli anni '30 agli ultimi anni '40, aveva già statuito che i regolamenti fossero disapplicabili. In tal senso, si vedano S. BACCARINI, *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*, in *Foro amm.*, 1993, pp. 466-467; L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Cedam, Padova, 1966, pp. 334 ss.; L. PICCARDI, *Sulla “disapplicazione” degli atti amministrativi*, *Riv. Amm. Rep. It.*, 1968, I, pp. 593 ss. In senso contrario, invece, G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti: atti del Convegno organizzato dall'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo*, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, op. cit., pp. 35-39, che osserva come, in realtà, la giurisprudenza più risalente si era limitata ad affermare che l'art. 5 L.a.c.a. andasse riferito anche al giudice amministrativo, senza tuttavia esaminare casi in cui fosse necessaria la disapplicazione di un regolamento non impugnato e, dunque, senza mai chiarire come e se il potere di disapplicazione potesse essere esercitato in un giudizio impugnatorio caratterizzato dal principio dispositivo e da termini decadenziali.

l'applicazione della fonte di rango superiore⁶⁶; il secondo principio consente al g.a. di risolvere la controversia sottopostagli applicando tutte le norme che fanno parte dell'ordinamento e si rivelino dirimenti, rendendo superflua l'impugnazione del regolamento per renderlo noto e sottoporlo al vaglio del giudice che decide sulla sorte del suo atto applicativo; il terzo principio riserva alla fonte primaria il compito di attribuire e disciplinare l'esercizio del potere amministrativo e, in caso vi sia un contrasto tra legge e regolamento, impone al giudice di considerare legittimo l'atto amministrativo che sia conforme alla fonte primaria, anche se difforme da quella secondaria.

Quanto al principio della domanda e al principio dispositivo, invece, il Consiglio di Stato chiarì che la disapplicazione del regolamento non impugnato è consentita solo se con il ricorso di annullamento sia dedotto avverso l'atto applicativo un vizio mutuato dalla fonte secondaria e non anche nel caso in cui sia dedotto un vizio proprio e indipendente dal regolamento.

Nell'elaborare tale indirizzo il Consiglio di Stato fu influenzato dalle elaborazioni dottrinali, che riuscirono a superare le argomentazioni contrarie sopra esposte⁶⁷, ma soprattutto dall'avvento del diritto comunitario, che impose la disapplicazione delle norme interne confliggenti con quelle comunitarie per garantire il primato del diritto comunitario⁶⁸.

66 Per un approfondimento dell'argomentazione fondata sul principio di gerarchia delle fonti si veda G. ABBAMONTE, *Disapplicazione del giudice amministrativo. Gerarchia delle fonti e coerenza dell'ordinamento*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti: atti del Convegno organizzato dall'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo*, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, op. cit., pp. 249-256.

67 Quanto all'argomento letterale E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di atti amministrativi illegittimi e giurisdizione del Consiglio di Stato*, op.cit., p. 75 osservava che l'espressione "autorità giudiziaria" utilizzata dall'art. 5 L.a.c.a. ricomprende anche il giudice amministrativo perché, pur non potendo riferirsi espressamente alla giurisdizione amministrativa non ancora istituita, intendeva ricomprendere ogni organo giurisdizionale. Ancora, per superare l'argomentazione processuale basata sull'inoppugnabilità del provvedimento non impugnato, l'Autore osservava che l'inoppugnabilità non è una qualità sostanziale dell'atto in grado di sanarne le illegittimità, ma è un istituto di carattere processuale che comporta la mera decadenza dell'interessato dall'azione di annullamento, senza escludere che l'invalidità del provvedimento venga in rilievo in modo diverso e, cioè, tramite la disapplicazione (cfr. E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, op. cit., pp. 27-40). Infine, quanto all'argomentazione secondo cui il potere di disapplicazione non serve ad un giudice che dispone del potere di annullamento, la dottrina ha osservato che logicamente non può sostenersi che l'attribuzione di un potere maggiore escluda la titolarità di una potestà minore (cfr. N. A. CALVANI, *La giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo*, Cacucci, Bari, 1992, pp. 171 ss.; F.A. LIVERANI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Studium iuris, 1998, p. 1240; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e processo amministrativo*, Cedam, Padova, 1988, p. 235). Si è, invece, espresso in senso contrario alla disapplicazione del g.a. A. AMORTH, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, op. cit., pp. 558 e ss., laddove ritiene necessaria sempre la c.d. doppia impugnazione del regolamento e dell'atto applicativo. In senso contrario si veda anche S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No grazie*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti: atti del Convegno organizzato dall'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo*, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, op. cit., pp. 193-204, che suggerisce ironicamente di "disapplicare la disapplicazione" in nome della certezza del diritto.

68 G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa (ovvero del conflitto tra il principio di gerarchia delle fonti e il principio dispositivo)*, op. cit., p. 665.

Mentre tra gli interpreti e tra le corti si consolidava la tesi favorevole alla disapplicazione regolamentare⁶⁹, si affermò per gli atti amministrativi generali la tesi opposta, distinguendosi così la consentita disapplicazione normativa da quella provvedimentoale⁷⁰.

La distinzione tra disapplicazione normativa e provvedimentoale nasce dalla necessità di mantenere fermi e inderogabili tanto il principio di gerarchia delle fonti quanto il principio di certezza del diritto che, nel processo amministrativo, impone di considerare inoppugnabili⁷¹ i provvedimenti non tempestivamente impugnati⁷². Da tale necessità, infatti, consegue il dovere del g.a. di garantire la non contraddittorietà dell'ordinamento giuridico disapplicando i regolamenti contrastanti con fonti sovraordinate, ma anche il divieto di disapplicare gli atti non normativi che non siano stati impugnati tempestivamente⁷³.

Proprio l'esigenza di tenere fermi entrambi i principi in parola ha portato gli interpreti a sostenere che il giudice amministrativo mantiene sui regolamenti sia il potere di annullamento che il potere di disapplicazione, dovendo annullare e non disapplicare il regolamento impugnato insieme all'atto attuativo e dovendo disapplicare il regolamento illegittimo, che -anche se non impugnato insieme al suo atto applicativo- risulti contrastante con le fonti ad esso gerarchicamente sovraordinate⁷⁴.

69 A tale consolidamento contribuì in maniera decisiva Cons. St., Sez. V, 24 luglio 1993, n. 799, in *Foro amm.*, 1994, I, pp. 80 ss., con commento di R. SPIZZICHINO, *L'art.5, l.20 marzo 1865 n.2248 all. E e il giudice amministrativo: verso nuovi orizzonti?* Tale pronuncia, infatti, ha esteso la regola della disapplicazione regolamentare ai rapporti c.d. di simpatia tra fonte secondaria e atto applicativo e cioè al caso in cui il provvedimento attuativo sia effettivamente conforme al regolamento, ma difforme alla legge. Per una ricostruzione delle tappe evolutive di tale parabola giurisprudenziale si veda E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, *Federalismi.it*, 2017, 2, pp. 2-34.

70 Riguardo alle differenze e caratteristiche della disapplicazione normativa e di quella provvedimentoale si guardi M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione degli atti amministrativi come possibile esito della risoluzione dei conflitti fra precetti autoritativi*, op.cit., pp. 303-321.

71 Per un approfondimento sull'inoppugnabilità si guardino R. DI PACE, *L'Inoppugnabilità Dell'Atto Alla Prova Del Nuovo Processo Amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Paolo Stella Richter*, Napoli, 2013, I, pp. 155 e ss.; P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, 1970, Giuffrè, Milano; E. CANNADA BARTOLI, *L'inoppugnabilità dei provvedimenti*, *Riv. trim. dir. Pubbl.*, 1962, 22-34. Si osserva, inoltre, che sia A. M. SANDULLI, in *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1982, I, p. 542, che M.S. GIANNINI, in *Atto amministrativo, Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 189 legavano l'inoppugnabilità all'imperatività o autoritarività dell'atto amministrativo, ma il primo sosteneva che l'inoppugnabilità operasse soltanto sul piano giurisdizionale, mentre il secondo la qualificava come "un istituto di diritto positivo, che serve a rafforzare ancor più la posizione della amministrazione: già infatti attraverso i due primi tratti, la degradazione dei diritti e l'esecutività, la forza pratica che possiede il provvedimento amministrativo è veramente imponente".

72 Sul bilanciamento tra il principio di certezza del diritto e l'esigenza di risolvere le antinomie normative si veda P.G. LIGNANI, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti: atti del Convegno organizzato dall'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo*, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, op.cit., pp. 227-234.

73 F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, op. cit., pp. 307-311.

74 Va, infatti, segnalato che alcuni interpreti hanno sostenuto l'opposta tesi della c.d. disapplicazione normativa obbligatoria fondata sull'idea che il giudice amministrativo possa solo disapplicare e non annullare i regolamenti volizione-preliminare, limitandosi ad annullare l'atto applicativo. In tal senso si vedano A. DE ROBERTO, *Non applicazione e disapplicazione dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministrativa*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti: atti del Convegno organizzato dall'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo*, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, op. cit., pp. 11-19; F. PUGLIESE, *Ragioni a favore della "disapplicazione" degli atti normativi, degli atti presupposti e degli stessi provvedimenti impugnati*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti: atti del Convegno organizzato dall'Ufficio studi e documentazione del*

Inoltre, poiché nel processo amministrativo la disapplicazione è ammessa solo come strumento di risoluzione delle antinomie normative⁷⁵, non è comunque consentita la disapplicazione dei regolamenti cosiddetti volizione-azione e cioè di quei regolamenti che non hanno natura normativa perché non si limitano a dettare norme generali e astratte, ma ledono immediatamente e direttamente la sfera giuridica dei destinatari, acquisendo quella natura provvedimentale che li rende inoppugnabili se non tempestivamente impugnati.

Tuttavia, dato che l'art. 5 L.a.c.a. impone al giudice ordinario di disapplicare tutti i provvedimenti illegittimi, la disapplicazione provvedimentale è ammessa anche nel processo amministrativo, se la controversia riguarda una materia di giurisdizione esclusiva, ove si lamenti la lesione di un diritto soggettivo, giacché tale situazione giuridica soggettiva non può subire una *deminutio* di tutela a seconda del giudice chiamato a pronunciarsi⁷⁶.

In tale contesto, gli atti amministrativi generali sono stati sottoposti allo stesso regime dei provvedimenti amministrativi non disapplicabili poiché, nonostante la loro contiguità con i regolamenti, è stata disconosciuta la loro natura normativa. Invero, gli atti amministrativi generali, come i regolamenti, sono da annoverare tra le fonti del diritto amministrativo⁷⁷ perché dettano le regole a cui l'amministrazione dovrà conformare la propria attività provvedimentale, rivolgendosi ad una pletera di destinatari indeterminabile *ex ante*, ma determinata *ex post*.⁷⁸ Tuttavia, a differenza dei regolamenti, gli atti amministrativi generali non hanno i caratteri dell'innovatività e dell'astrattezza tipici degli atti normativi⁷⁹, perché dettano regole non applicabili *ad infinitum* a tutti i casi ivi sussumibili, ed esauriscono i loro effetti al momento dell'adozione degli atti applicativi rivolti a destinatari determinati.

Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997, op. cit., pp. 205-213. Per un approfondimento più completo degli argomenti a sostegno di questo approdo e delle sue criticità F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, op. cit., pp. 315-320, che oltre a dar conto delle pronunce giurisprudenziali che vi hanno aderito - fa risalire la *querelle* alla dottrina classica e, in particolare, al dibattito intercorso tra Sandulli e Cannada Bartoli riguardo al nesso di presupposizione tra atti amministrativi e alla teoria di Romano sui regolamenti volizione preliminare.

⁷⁵ Sulla disapplicazione dei regolamenti come strumento di risoluzione delle antinomie si veda, tra le più recenti pronunce, la ricostruzione fatta da T.A.R. Veneto, Sez. III, 15 aprile 2024, n. 706; Tar Sicilia- Catania, Sez. III, 10 aprile 2024, n. 1357; Cons. St., Sez. V, 6 marzo 2023, n. 2290, tutte consultabili in www.dejure.it

⁷⁶ In argomento G. VERDE, *Disapplicazione del giudice ordinario e del giudice amministrativo*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti: atti del Convegno organizzato dall'Ufficio studi e documentazione del Consiglio di Stato e dall'Associazione studiosi del processo amministrativo, Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997*, op.cit., pp. 257-263; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, pp. 679-681.

⁷⁷ G. MORBIDELLI, *Il T.A.R. del Lazio e gli atti amministrativi generali*, in S. AMOROSINO - G. MORBIDELLI - M. MORISI (a cura di), *Istituzioni, mercato e democrazia. Liber amicorum per gli ottanta anni di Alberto Predieri*, Giappichelli, Torino, 2002, p. 40, osserva come la giurisprudenza si riferisse agli atti generali con l'espressione "*fonti secondarie e dintorni*", che sottolinea la vicinanza ai regolamenti ma anche la "*volatilità*" e cioè la difficile individuazione di tali atti.

⁷⁸ C. CUDIA, *L'efficacia dimensionale dell'atto amministrativo: il caso dei destinatari degli atti amministrativi generali*, *Dir. Amm.*, 2016, 4, pp. 734-756.

⁷⁹ Come noto, per stabilire se un atto della p.a. ha natura provvedimentale o normativa, la dottrina non utilizza un criterio formale e nominalistico, ma utilizza i criteri sostanziali della generalità, astrattezza e innovatività. A favore del criterio sostanziale si veda, tra gli altri, A. M. SANDULLI, *Sugli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, op. cit., p. 46. Sulla difficoltà di utilizzare questi criteri e sui risultati ondivaghi ottenuti utilizzandoli per classificare i bandi, i piani regolatori, i provvedimenti tariffari si consenta di rinviare alla ricostruzione fatta da M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, op. cit., pp. 53- 65.

La sottoposizione degli atti amministrativi generali al regime processuale proprio degli atti non normativi ha dovuto però fare i conti con quella loro caratteristica che li avvicina ai regolamenti e ne impedisce l'immediata impugnazione: rivolgendosi a destinatari non determinabili *ex ante*, l'atto amministrativo generale è in grado di produrre una lesione diretta e immediata nella sfera giuridica altrui solo con l'atto applicativo che, individuando il destinatario, fa sorgere quella legittimazione e quell'interesse ad agire ai quali è subordinata la proposizione della domanda giurisdizionale.

Il risultato è un regime processuale di fatto ibrido che, da un lato, si caratterizza per la doppia impugnazione dell'atto applicativo e dell'atto generale⁸⁰ e, dall'altro, mantiene fermo il divieto di disapplicazione provvedimentoale. Tuttavia, poiché occorre dare prevalenza al criterio sostanziale e non a quello formale, l'atto amministrativo generale va impugnato immediatamente nelle parti che sono in grado di produrre una lesione diretta e immediata in capo ai destinatari⁸¹ ed è disapplicabile nelle parti in cui contiene *de facto* delle norme generali e astratte contrastanti con le fonti superiori⁸². In tale quadro, si collocano anche i bandi di gara che attualmente sono pacificamente qualificati dalla dottrina e dalla giurisprudenza come atti amministrativi generali⁸³ e, dunque, sono soggetti alle regole di impugnazione e disapplicazione sopradescritte. In particolare, è ormai pacifico che i bandi debbano essere impugnati insieme all'atto applicativo, salvo che contengano clausole immediatamente escludenti e cioè clausole che, precludendo l'ammissione o rendendo incongruamente difficoltosa la partecipazione e la formulazione dell'offerta, sono in grado di causare una lesione diretta e immediata nella sfera giuridica dei potenziali partecipanti alla procedura ad evidenza pubblica⁸⁴.

80 Sulla c.d. doppia impugnazione si rinvia a C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della p.a.*, op.cit., p. 1081.

81 Come osservato da F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, op. cit., p. 197- 200, l'onere di immediata impugnazione degli atti generali lesivi non si pone tanto come un'eccezione alla regola quanto più come una logica conseguenza della sottoposizione degli atti generali al regime impugnatorio tipico dei regolamenti, implicante la regola della doppia impugnazione per i regolamenti volizione preliminare e l'impugnazione immediata per i regolamenti volizione-azione.

82 Sulle pronunce in tema di disapplicazione normativa degli atti amministrativi generali a contenuto normativo si veda F. FOLLIERI, *Disapplicazione dell'atto amministrativo e giudicato*, in P.A. Persona e Amministrazione, 2022, 1, p. 106. Inoltre, M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione degli atti amministrativi come possibile esito della risoluzione dei conflitti fra precetti autoritativi*, op. cit., pp. 304 parla di "disapplicazione generale" per riferirsi sia alla disapplicazione normativa degli atti generali a contenuto normativo sia per indicare la consentita disapplicazione provvedimentoale degli atti generali a contenuto non normativo che ledano diritti soggettivi in casi devoluti alla giurisdizione esclusiva del g.a.

83 Cfr. M. RAMAJOLI - B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, op. cit., pp. 55.

84 Per ricostruire gli orientamenti più risalenti in ordine alle clausole immediatamente lesive si rimanda a S. BACCARINI, *Clausole 'non escludenti' dei bandi di gara ed onere di impugnazione autonoma delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, Giustizia amministrativa, 2002, 2, pp. 400 – 406, che evidenzia come prima di Cons. St., Sez. IV, 11 febbraio 1998, n. 261 si consideravano immediatamente impugnabili solo le clausole che precludevano la partecipazione alla gara e non anche le clausole che dettavano regole di gara sfavorevoli per i partecipanti, giacché si riteneva che la lesione paventata da queste ultime si concretizzasse solo con i provvedimenti attuativi. Infatti, fu proprio la suddetta sentenza del 1998 che statui per la prima volta che "in materia di procedure di aggiudicazione di servizi pubblici, i criteri da osservare ai fini della scelta del contraente, una volta inseriti nel bando di gara, vincolano l'amministrazione, che non può esimersi dal rispettarli, dovendo garantire la par condicio di tutti i concorrenti; ne consegue che le eventuali

La regola dell'immediata impugnazione delle clausole escludenti si è consolidata con la sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato n. 1 del 29 gennaio del 2003⁸⁵ per poi essere confermata dalla stessa Adunanza Plenaria con la pronuncia n. 4 del 26 aprile 2018⁸⁶, che ne ha precisato la portata per porre un freno alle tesi giurisprudenziali eccentriche. Difatti, mentre alcune corti cercarono di dilatare il novero delle clausole immediatamente lesive tanto da rendere eccezionale la regola della doppia impugnazione, altra giurisprudenza tentò di rendere facoltativa l'immediata impugnazione delle clausole in parola, consentendo di far valere l'illegittimità derivata dei relativi atti applicativi anche senza la tempestiva impugnazione della *lex specialis* immediatamente lesiva⁸⁷. Peraltro, la Plenaria n. 4/2018 chiari, in continuità con Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9⁸⁸ e 7

censure non possono essere mosse, attendendo che la gara sia conclusa sfavorevolmente, a carico dei provvedimenti che ne fanno puntuale applicazione, ma unicamente nei confronti dell'atto (bando di gara) immediatamente lesivo, in cui la regola è contenuta, e nel termine decadenziale" (cfr. Cons. St., Sez. IV, 11 febbraio 1998, n. 261, in *Foro amm.*, 1998, pp. 343 e ss.). In argomento si vedano anche R. VILLATA, *Novità in tema di impugnative delle gare contrattuali dell'amministrazione?*, *Dir. proc. amm.*, 1999, pp. 912- 917; F. MARTINELLI – M. SANTINI, *La lesività immediata delle clausole contenute nei bandi di gara: nuove ipotesi al vaglio del giudice amministrativo [Nota a sentenza: Consiglio di Stato, Sez. V, 23 maggio 2000, n. 2990; Consiglio di Stato, Sez. V, 17 maggio 2000, n. 2884]*", *Urbanistica e appalti*, 2000, 4, 1225-1332.

85 Cons. St., Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Foro amm. C.d.S.*, 2003,1, pp. 66 ss., con nota di P. PIZZA, *L'Adunanza plenaria e l'impugnazione diretta dei bandi*; ID., in *Rivista giuridica dell'edilizia*, 2003, 4, pp. 1046 e ss., con nota di G. MARI, *L'impugnazione dei bandi di gara: due recenti decisioni dell'Adunanza Plenaria e della Corte di giustizia*; ID., in *Dir. proc. amm.*, 2003, 3, pp. 809 e ss., con nota di L. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*; ID., in *Giustizia civile*, 2004, 2, pp. 547 e ss. con commento di P. CHIRULLI, *"Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza «conservativa» e fermenti innovativi"*.

86 Cons. St., Ad. Plen., 26 aprile 2018, n.4, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 3, pp. 959 e ss., con commento di L. BERTONAZZI, *Notarelle originali in tema di impugnazione dei bandi* e in *Urbanistica e appalti*, 2018, 6, pp. 785 e ss., con nota di A. MEALE, *La legittimazione all'impugnazione della lex specialis*.

87 Per una ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali eccentrici si vedano S. TRANQUILLI, *Brevi note sulla fine della parabola del revirement giurisprudenziale sull'onere di immediata impugnazione delle clausole del bando non escludenti (Cons. St., ad. plen., 26 aprile 2018, n. 4)*, *Foro amm.*, 2018, 3, pp. 331-343; R. CASINI – G. GAGLIARDINI – B. BIANCARDI, *L'onere di immediata impugnazione del bando e la necessità (o meno) di partecipare alla gara: dall'Adunanza plenaria n. 1/2003 ai recenti sviluppi giurisprudenziali*, *Federalismi.it*, 2018, 4, pp. 2-28; S. MONZANI, *L'onere di immediata impugnazione del bando riguarda le clausole impeditive della partecipazione ma anche quelle impeditive della concorrenza*, *Foro amm. - C.d.S.*, 2013, 12, pp. 3533- 3543.

88 Cons. St., Ad. Plen., 25 febbraio 2014, n. 9, in *Foro amm.*, 2014, 2, p. 387; ID., in *Foro it.*, 2014, 3, pp. 429 e ss., con nota di A. TRAVI e G. SIGISMONDI; ID., in *Dir. proc. amm.*, 2014, 2, pp. 563 e ss. con nota di L. BERTONAZZI, *Il ricorso incidentale nei giudizi amministrativi di primo grado relativi a procedure selettive: residue incertezze domestiche e gravi incognite di origine europea*. In particolare, la pronuncia in commento ha statuito che *"in materia di controversie aventi ad oggetto gare di appalto, il tema della legittimazione al ricorso (o titolo) è declinato nel senso che tale legittimazione deve essere correlata ad una situazione differenziata e dunque meritevole di tutela, in modo certo, per effetto della partecipazione alla stessa procedura oggetto di contestazione; chi volontariamente e liberamente si è astenuto dal partecipare ad una selezione non è dunque legittimato a chiederne l'annullamento ancorché vanti un interesse di fatto a che la competizione - per lui res inter alios acta - venga nuovamente bandita; a tale regola generale si può fare eccezione, per esigenze di ampliamento della tutela della concorrenza, solamente in tre tassative ipotesi e cioè quando: I) si contesti in radice l'indizione della gara; II) all'inverso, si contesti che una gara sia mancata, avendo "amministrazione disposto l'affidamento in via diretta del contratto; III) si impugnino direttamente le clausole del bando assumendo che le stesse siano immediatamente escludenti"*. Tale impostazione, peraltro ha ricevuto l'avallo della Corte costituzionale con la sentenza n. 245 del 22 novembre 2016, consultabile in *Foro it.*, 2017, 1, pp. 75 e ss.

aprile 2011, n.4⁸⁹, che la legittimazione a ricorrere avverso le clausole immediatamente lesive spetta alle imprese che hanno già presentato la domanda di partecipazione, ma si allarga agli operatori che non abbiano avuto modo di presentarla se la loro contestazione cade proprio su una clausola che renda impossibile o difficoltosa la formulazione dell’offerta⁹⁰.

Inoltre, come precisato successivamente dal Supremo consesso della giustizia amministrativa⁹¹, deve impugnarsi l’atto attuativo e non immediatamente il bando se questo contiene una clausola escludente nulla, poiché quest’ultima non può divenire inoppugnabile per decorso dei termini a ricorrere e non vincola in nessun modo la stazione appaltante.

Tale ricostruzione porta a sostenere che il bando illegittimo con clausole escludenti non tempestivamente impugnatte diviene inoppugnabile e, conseguentemente, non è disapplicabile dal giudice chiamato a pronunciarsi sull’annullamento del suo atto applicativo, che dovrà considerarlo illegittimo anche qualora abbia mutuato i vizi della *lex specialis*. Difatti, in tale ipotesi, la natura non normativa, ma di atto amministrativo generale del bando impedisce di invocare l’esigenza di risolvere un contrasto tra norme di rango diverso e, dunque, non permette di ricorrere alla consentita disapplicazione normativa⁹².

89 Cons. St., Ad. Plen., 7 aprile 2011, n.4, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 3, pp. 1035 e ss. con note di A. SQUAZZONI, *Ancora sull’asserito effetto paralizzante del solo ricorso incidentale c.d. escludente nelle controversie in materia di gare. La Plenaria statuisce nuovamente sul rebus senza risolverlo*; A. GIANNELLI, *Il revirement della Plenaria in tema di ricorsi paralizzanti nelle gare a due: le nubi si addensano sulla nozione di interesse strumentale*; F. FOLLIERI, *Un ripensamento dell’ordine di esame dei ricorsi principale ed incidentale*; M. MARINELLI, *Ancora in tema di ricorso incidentale “escludente” e ordine di esame delle questioni (note brevi a margine di un grand arrêt dell’Adunanza Plenaria)*.

90 Dunque, sono da considerare immediatamente escludenti e da impugnare immediatamente solo “a) clausole impositive, ai fini della partecipazione, di oneri manifestamente incomprensibili o del tutto sproporzionati per eccesso rispetto ai contenuti della procedura concorsuale (si veda Cons. Stato Sez. IV, 7 novembre 2012, n. 5671); b) regole che rendano la partecipazione incongruamente difficoltosa o addirittura impossibile (così l’Adunanza plenaria n. 3 del 2001); c) disposizioni abnormi o irragionevoli che rendano impossibile il calcolo di convenienza tecnica ed economica ai fini della partecipazione alla gara; ovvero prevedano abbreviazioni irragionevoli dei termini per la presentazione dell’offerta (cfr. Cons. Stato Sez. V, 24 febbraio 2003, n. 980); d) condizioni negoziali che rendano il rapporto contrattuale eccessivamente oneroso e obiettivamente non conveniente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 21 novembre 2011 n. 6135; Cons. Stato, Sez. III, 23 gennaio 2015 n. 293); e) clausole impositive di obblighi *contra ius* (es. cauzione definitiva pari all’intero importo dell’appalto: Cons. Stato, Sez. II, 19 febbraio 2003, n. 2222); f) bandi contenenti gravi carenze nell’indicazione di dati essenziali per la formulazione dell’offerta (come ad esempio quelli relativi al numero, qualifiche, mansioni, livelli retributivi e anzianità del personale destinato ad essere assorbiti dall’aggiudicatario), ovvero che presentino formule matematiche del tutto errate (come quelle per cui tutte le offerte conseguono comunque il punteggio di “0” pt.); g) atti di gara del tutto mancanti della prescritta indicazione nel bando di gara dei costi della sicurezza “non soggetti a ribasso” (cfr. Cons. Stato, Sez. III, 3 ottobre 2011 n. 5421)” (cfr. Consiglio di Stato, Ad. Plen., 26 aprile 2018, n.4, op. cit., §16.7).

91 Consiglio di Stato, Ad. Plen., 16 ottobre 2020, n. 22, in *Urbanistica e appalti*, 2021, 3, p. 387-399 con nota di F. MANGANARO, *Nullità parziale di un bando di gara e termine per l’impugnazione*.

92 A sostegno della tesi contraria alla disapplicazione normativa dei bandi, quandanche contrastanti con il diritto europeo, si veda C.E. GALLO, *Impugnazione, disapplicazione ed integrazione del bando di gara nei contratti della p.a.: una pronuncia di assestamento [Nota a sentenza: Consiglio di Stato, Sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35]*, *Urbanistica e appalti*, 2003, 4, pp. 428 – 433.

Invero, possono segnalarsi alcune voci isolate⁹³ che smentiscono le regole seguite dalla dottrina e dalla giurisprudenza prevalenti in tema di impugnazione e disapplicazione di regolamenti e atti amministrativi generali, ora riconoscendo la natura normativa del bando per ammetterne la disapplicazione normativa⁹⁴, ora imponendo l'impugnazione immediata dei regolamenti volizione preliminare che rivolgevano norme generali e astratte ai cittadini e non alla p.a.⁹⁵

Mettendo da parte tali orientamenti minoritari e partendo l'impostazione tradizionale, è necessario chiedersi se la disapplicazione del bando antieuropeo possa qualificarsi come una consentita disapplicazione normativa. Come anticipato, infatti, si può affermare che il bando antieuropeo va disapplicato seguendo due percorsi argomentativi: si può sostenere che il principio di primazia del diritto europeo consente l'attribuzione di un regime diverso da quello proprio dell'atto contrastante con norma interna (cfr. § 2); oppure, partendo dall'opposta idea che la violazione della norma europea vada trattata alla stregua della violazione della norma nazionale, si può argomentare che la disapplicazione del bando europeo inoppugnabile non è provvedimento, ma normativa.

Il problema, in *primis*, si pone per le clausole antieuropee escludenti della legge di gara perché, qualora non siano state immediatamente impugnate, devono comunque essere considerate dal giudice amministrativo, che si trovi a giudicare della legittimità dell'atto che le applica, come parametro di legittimità dell'azione amministrativa. In altre parole, in una ipotesi siffatta, il g.a. deve rigettare la domanda di annullamento dell'atto applicativo della clausola antieuropea e dichiarare irricevibile per tardività la eventuale congiunta domanda di annullamento delle clausole *de qua*, ormai divenute inoppugnabili, non potendo far prevalere la norma unionale sul bando antieuropeo inoppugnabile, salvo che non trovi il modo di disapplicarlo.

Inoltre, il problema si pone anche per le clausole antieuropee, ma non escludenti, del bando di gara, giacché, se queste non vengono impugunate insieme all'atto applicativo che ne mutua il vizio, il giudice può annullarle solo se disapplica il bando. In tal caso, tuttavia, siamo in una situazione del tutto analoga a quella del regolamento volizione preliminare non

93 In dottrina A. CRISAFULLI, *Disapplicazione di bando di gara: tra Corte di Giustizia e giurisdizione esclusiva (nota a Tar Lombardia, Milano, Sez. III, ord. 8 agosto 2000, n.234)*, Urbanistica appalti, 2000, 11, pp. 1247- 1248 ha osservato che il problema della disapplicazione dei bandi non tempestivamente impugnati è un falso problema perché si tratta di materia devoluta alla giurisdizione esclusiva del g.a., che in tale ambito può disapplicare non solo atti normativi, ma anche atti o provvedimenti autoritativi. Tale conclusione è, tuttavia, superata dal momento che è oggi pacifico che la disapplicazione provvedimento è praticabile dal g.a. solo a tutela dei diritti soggettivi. A sostegno di tale assunto si veda F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, op. cit., pp. 306-307 ove osserva che, anche se la giurisdizione esclusiva si configura come una giurisdizione *piena*, “*distinguere tra diritti e interessi nei singoli casi è ancora necessario per evitare che un potere di disapplicazione generalizzato all'intera giurisdizione esclusiva valga a sopprimere, senza alcun fondamento positivo, il regime di inoppugnabilità nella gran parte delle controversie oggi rimesse al giudice amministrativo*”.

94 In argomento A. CRISAFULLI, *Disapplicazione di bando di gara: tra Corte di Giustizia e giurisdizione esclusiva (nota a Tar Lombardia, Milano, Sez. III, ord. 8 agosto 2000, n.234)*, op. cit., 1243-1248; più di recente Cons. St., Sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, pp. 1476- 1511 con commento di G. DE ROSA, *Disapplicazione del bando di gara: il Consiglio di Stato riapre il dibattito? [Nota a sentenza] Cons. Stato, Sez. V, 13/1/2011, n. 172.*

95 Tar Campania- Napoli, Sez. II, 31 gennaio 2022, n. 640 in www.giustiziamministrativa.it.

impugnato insieme all'atto applicativo, ma mentre quest'ultimo caso si può risolvere sempre con la disapplicazione normativa, non può farsi lo stesso nel caso del bando non impugnato insieme all'atto applicativo. Ciò in quanto, per i motivi sopra esaminati, il regolamento volizione preliminare ha sempre natura normativa, mentre il bando non ha natura normativa ma provvedimentale perché, come atto amministrativo generale, non detta regole astratte e generali, ma regole vevoli per una specifica procedura di gara o selettiva. Anche nel caso della mancata impugnazione del bando antieuropeo non inoppugnabile, la disapplicazione è l'unico strumento in grado di consentire al giudice di annullare l'atto applicativo che ne mutua il vizio, facendo prevalere la norma europea violata.

Come anticipato, tuttavia, anche nel caso del bando deve farsi prevalere il criterio sostanziale e cioè occorre verificare se in concreto la clausola antieuropea detti una norma generale e astratta e quindi se, non avendo natura provvedimentale, è suscettibile di disapplicazione normativa. Difatti, l'orientamento tradizionale sopraesposto impone al g.a. di seguire le stesse regole vevoli per i regolamenti anche per gli atti amministrativi generali che non abbiano un contenuto provvedimentale, ma normativo. Anche in tal caso, infatti i principi di gerarchia delle fonti, *iura novit curia* e il principio di legalità impongono di risolvere l'antinomia normativa tra fonti gerarchicamente eterogenee facendo prevalere la fonte superiore e disapplicando quella inferiore.

Orbene, nella prima delle ipotesi sopradescritte e cioè nel caso delle clausole c.d. immediatamente escludenti e divenute inoppugnabili, è difficile sostenere ragionevolmente che le clausole in grado di produrre una lesione diretta ed immediata nella sfera giuridica di uno o più destinatari possano avere natura sostanzialmente normativa poiché solo i provvedimenti sono in grado di incidere unilateralmente e autoritativamente nella sfera giuridica dei privati, distinguendosi proprio per questo dalle norme generali e astratte. Ne consegue che la disapplicazione di clausole siffatte sarebbe certamente una disapplicazione provvedimentale non consentita.

Invece, le clausole non escludenti possono considerarsi sostanzialmente normative se riproducono una norma imperativa interna antieuropea. In tal caso, infatti, anche se quella clausola non fosse stata inserita nel bando, la norma imperativa interna, contraria a quella europea, si applicherebbe comunque alla procedura di gara attraverso il meccanismo di eterointegrazione della *lex specialis*⁹⁶. Quella clausola, riproduttiva di una simile norma

96 È, infatti, pacifico in giurisprudenza che “l'eterointegrazione del bando costituisce – in relazione alla sua attitudine ad incidere in maniera significativa sull'affidamento che la platea dei potenziali concorrenti deve poter nutrire sulla chiarezza, precisione ed univocità delle condizioni richieste per l'accesso alle procedure evidenziali, la cui formulazione incombe alla stazione appaltante – dispositivo del tutto eccezionale, suscettibile di operare solo in presenza di norme di settore a generale attitudine imperativa, la cui deroga sia in principio preclusa alle opzioni programmatiche della stessa amministrazione aggiudicatrice” (cfr. Cons. St., Sez. V, 28 agosto 2019 n. 5922, in www.giustiziamministrativa.it). Nello stesso senso si veda anche, tra le altre, Cons. St., Sez. III, 18 ottobre 2023, n.9078 in *Foro amm.*, 2023, II, pp. 1296 e ss.; Cons. St., Sez. III, 14 dicembre 2022, n.10935, in www.giustiziamministrativa.it. Ad esempio, ha pacificamente natura imperativa l'art. 108, comma 9, d.lgs. n. 36 del 2023, che obbliga gli operatori economici ad indicare specificamente i costi per la manodopera nell'offerta economica (cfr., T.A.R. Catanzaro-Calabria, Sez. II, 22 aprile 2024, n.665, in www.giustiziamministrativa.it), così come le norme del codice che prevedono le cause di esclusione (T.A.R. Lazio Roma, Sez. II, 07 aprile 2023, n.6037, in *Foro amm.*, 2023, II, pp. 625 e ss.).

interna, non detta quindi una regola valevole per la sola procedura di gara, ma una norma generale e astratta applicabile *ad infinitum* a tutte le procedure di gara.

Questo vuol dire che le clausole in questione, anche se non impugnate con la tecnica della doppia impugnazione insieme al loro atto applicativo, devono essere disapplicate dal giudice amministrativo, consentendogli così di annullare per violazione di legge il relativo atto applicativo. In tal caso, dunque, si avrebbe una normale disapplicazione normativa, pacificamente ammessa per gli atti normativi a prescindere dall'operatività del principio di primazia del diritto europeo e del dovere dei giudici nazionali di disapplicare le fonti interne contrastanti con quelle unionali. In altre parole, a prescindere dal rapporto tra l'ordinamento interno e quello eurounitario, per tutti gli atti normativi si segue l'impostazione consolidata per i regolamenti che impone la doppia impugnazione dell'atto generale e astratto e del relativo atto applicativo, ma al contempo consente la disapplicazione normativa qualora si deva risolvere l'antinomia tra fonti normative.

La stessa indagine sulla natura sostanzialmente normativa della *lex specialis* va condotta nel caso di illegittimità comunitaria diretta e cioè nel caso in cui il bando non contenente clausole escludenti vada a violare direttamente una norma europea senza l'intermediazione di una norma interna. In tale ipotesi, però, è difficile sostenere la natura normativa della clausola antieuropea del bando perché, mancando una norma interna identica alla clausola, quest'ultima risulta priva della generalità e innovatività tipica degli atti normativi, tanto che la regola in essa stabilita varrà per quella sola procedura di gara e non per un numero indefinito di casi. Conseguentemente, le clausole affette da illegittimità comunitaria diretta, pur non avendo carattere immediatamente escludente, vanno impugnate con l'atto applicativo e, quindi, il giudice non può disapplicare quando decide della legittimità di quest'ultimo.

4. Recenti (dis)orientamenti giurisprudenziali

Sul tema della disapplicazione del bando antieuropeo si è pronunciata di recente la Quinta sezione del Consiglio di Stato con due sentenze⁹⁷, che, a distanza di soli due mesi, hanno risolto la questione in modo antitetico. Peraltro, la discrepanza tra le soluzioni offerte dalle due decisioni in parola diventa ancora più significativa se si considera che dette pronunce riguardano clausole e, dunque, casi del tutto speculari.

Difatti, in entrambe le controversie le imprese ricorrenti chiedevano l'annullamento del provvedimento di esclusione e, congiuntamente, del disciplinare di gara nella parte in cui conteneva clausole che, osservando l'art. 83, comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016⁹⁸ e l'art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010⁹⁹, risultavano contrastanti con la sentenza pronunciata dalla Corte di Giustizia

⁹⁷ Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 321 in Appalti & contratti, 2024, 1-2, pp. 82-86 con nota di LAUDANI V., *I limiti alla disapplicazione delle clausole escludenti*; Cons. St., Sez. V, 7 marzo 2024, n. 2227, in www.giustiziamministrativa.it.

⁹⁸ L'art. 83, comma 8, terzo periodo del d.lgs. 50/2016 prevedeva che "La mandataria in ogni caso deve possedere i requisiti ed eseguire le prestazioni in misura maggioritaria".

⁹⁹ L'art. 92, comma 2, terzo periodo del d.p.r. 207/2010 disponeva che "Nell'ambito dei propri requisiti posseduti, la mandataria in ogni caso assume, in sede di offerta, i requisiti in misura percentuale superiore rispetto a ciascuna delle mandanti con riferimento alla specifica gara".

UE il 28 aprile 2022, nella causa C-642/20¹⁰⁰. In altre parole, in ambedue i casi *la lex specialis* di gara imponeva alla mandataria del raggruppamento temporaneo di imprese di possedere i requisiti di idoneità tecnico-professionale in misura maggioritaria, sebbene la CGUE nella sopracitata sentenza avesse ritenuto le clausole riprodotte dall'art. 83, comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016 e l'art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010 contrastanti con l'art. 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2014¹⁰¹.

Tuttavia, mentre Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 321 non ha ritenuto di poter disapplicare questa clausola contrastante con il diritto europeo, Cons. St., Sez. V, 7 marzo 2024, n. 2227 ha disapplicato la clausola *de qua*, facendo leva sulla natura officiosa del poterdovere del giudice e della p.a. di disapplicare le norme interne contrastanti con quelle comunitarie. La prima pronuncia approda alla soluzione contraria alla disapplicazione riflettendo sulla natura del vizio del bando antieuropeo: poiché il bando non è nullo per difetto assoluto di attribuzione¹⁰², ma annullabile per violazione di legge¹⁰³, si applicano le norme processuali ordinarie che in tal caso imponevano l'impugnazione immediata del bando, che, riproducendo le suddette norme interne antieuropee con clausole immediatamente escludenti, precludeva a monte la partecipazione del raggruppamento¹⁰⁴.

100 Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 28 aprile 2022, causa C-642/20 in *Riv. trim. appalti*, 2022, 3, pp. 1035-1040 con nota di M. COZZIO, “Sui vincoli nazionali non conformi al diritto UE in tema di qualificazione (ed esecuzione) delle imprese mandatarie (Corte giust. UE, Sez. IV, 28 aprile 2022, causa 642/20)”; ID., in *Urbanistica e appalti*, 2022, 5, 649 – 659 con nota di B. GILBERTI- F. GASPARI, *Raggruppamenti temporanei di imprese ed inammissibilità di limiti generali alla loro organizzazione [Nota a sentenza: Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 28 aprile 2022, causa C-642/20]*; ID., in *Appalti & contratti*, 2022, 6, pp. 61- 63 con nota di A. DAMELE, *Sui requisiti di partecipazione dei raggruppamenti temporanei di imprese [Nota a sentenza: Cort Giust., sez. IV, 28 aprile 2022, causa C-642/20]*.

101 Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 28 aprile 2022, causa C-642/20, op. cit., ha chiarito che “l'articolo 63 della direttiva 2014/24/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sugli appalti pubblici e che abroga la direttiva 2004/18/CE, deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa nazionale secondo la quale l'impresa mandataria di un raggruppamento di operatori economici partecipante a una procedura di aggiudicazione di un appalto pubblico deve possedere i requisiti previsti nel bando di gara ed eseguire le prestazioni di tale appalto in misura maggioritaria”. Per un approfondimento sul tema si vedano M.B. CHITO, *Dai requisiti di ordine speciale alla 'nuova configurazione' dell'istituto del raggruppamento temporaneo di imprese: lo spunto offerto da Corte di giustizia UE, Sez. IV, 28 aprile 2022 in causa C-642/20*, *Riv. trim. appalti*, 2023, 1, pp. 158 – 200; F. CARNOVALE – N. MACDONALD, *Gli effetti della pronuncia della Corte di giustizia UE, 28 aprile 2022 (C-642/20) sul ruolo della mandataria. Risvolti e prime indicazioni operative fornite alle stazioni appaltanti*, *Appalti & contratti*, 2022, 12, pp. 18-27.

102 A sostegno della tesi della nullità per difetto assoluto di attribuzione della clausola conforme all'art. 83, c. 8 d.lgs. n. 50/2016 si veda anche Cons. St., Sez. IV, 20 novembre 2023, n. 9937, in www.giustiziamministrativa.it.

103 Il Collegio, infatti, aderisce alla sopraesposta tesi monistica secondo cui l'ordinamento interno si integra con quello europeo, imponendo al giudice di riservare il provvedimento violativo della normativa europea un trattamento identico a quello del provvedimento contrastante con la norma interna (cfr. Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 321, op. cit.).

104 Il collegio motiva sulla sussistenza dell'onere di immediata impugnazione della clausola antieuropea osservando che “nel caso di specie, inoltre, la sentenza della Corte di Giustizia che rendeva, ad avviso del r.t.i. ricorrente, il bando di gara incompatibile col diritto dell'Unione europea era stata già pubblicata prima della pubblicazione del bando, di modo che, già alla data di quest'ultima, era stato affermato il contrasto col diritto dell'Unione dell'art. 83, comma 8, del d.lgs. n. 50 del 2016, nella parte in cui imponeva il possesso maggioritario dei requisiti in capo alla mandataria. Infine, come detto, l'interpretazione del bando di gara non si prestava ad equivoci di sorta, essendo stata per di più oggetto di chiarimenti inequivocabili dell'amministrazione” (cfr. Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 321, op. cit.).

In altre parole, seguendo tale ricostruzione, il dovere del giudice nazionale di disapplicare le norme interne contrastanti con il diritto europeo non si estende ai bandi che riproducono tali norme interne, giacché in tal caso deve rispettarsi l'ordinario regime processuale dei provvedimenti annullabili¹⁰⁵.

Al contrario, con la sentenza n. 2227/2024, la Quinta sezione del Consiglio di Stato ha escluso esplicitamente che potesse configurarsi in capo al RTI un onere di immediata impugnazione della clausola antieuropea in questione, sostenendo che l'illegittimità di quest'ultima deriverebbe direttamente dall'applicazione dell'art. 63 della direttiva 2014/24, che, ex artt. 11 e 117, c. 1 Cost., prevale sull'art. 83, comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016 e sull'art. 92 d.P.R. n. 207 del 2010. Dunque, senza soffermarsi né sulla natura del vizio del provvedimento anti-comunitario né sulla compatibilità con il diritto europeo delle norme interne che prevedono termini di decadenza per le impugnazioni dei provvedimenti delle stazioni appaltanti, la seconda pronuncia fonda la soluzione della disapplicazione del bando antieuropeo sulla sola natura officiosa del potere-dovere del giudice di disapplicare delle norme interne contrastanti con il diritto europeo. Dunque, tale pronuncia, limitandosi ad argomentare sulla natura del potere di disapplicazione normativa, osserva che, se detto potere può e deve essere esercitato in assenza della domanda di parte, a maggior ragione il g.a. deve esercitarlo su domanda del ricorrente¹⁰⁶.

Peraltro, la stessa Quinta Sezione del Consiglio di Stato aveva già proposto sul tema una soluzione del tutto riconducibile a quella statuita da Cons. St., Sez. V, 10 gennaio 2024, n. 321 con la precedente sentenza n. 10640 del 11 dicembre 2023¹⁰⁷. Difatti, con la suddetta pronuncia, il giudice d'appello aveva ritenuto legittima la clausola della legge di gara che, violando il diritto europeo, imponeva alla mandataria di possedere in misura maggioritaria i requisiti tecnico-professionali per il sol fatto che non era stata tempestivamente impugnata dal ricorrente di primo grado. Invero, in quell'occasione, il Consiglio di Stato non si era pronunciato esplicitamente sul dovere-potere del giudice amministrativo di disapplicare la clausola antieuropea, ma di fatto aveva escluso questa soluzione chiarendo che, a causa della mancata impugnazione del bando contrario al diritto unionale, *“non potrebbero peraltro neppure assumere qui rilievo i principi affermati in relazione al detto art. 83, comma 8, dalla Corte di giustizia, CGUE, 28 aprile 2022, causa C-642/20, in un contesto in cui comunque è qui direttamente la lex specialis a richiedere il possesso maggioritario del requisito in capo alla mandataria”*¹⁰⁸. Tuttavia, proprio su quest'ultimo aspetto, sempre la stessa Sezione aveva in precedenza affermato che *“la mancata impugnazione della legge di gara non impedisce l'applicazione del*

105 Per una critica a tale ricostruzione si veda B. GILIBERTI- F. GASPARI, *Raggruppamenti temporanei di imprese ed inammissibilità di limiti generali alla loro organizzazione [Nota a sentenza: Corte di Giustizia UE, Sez. IV, 28 aprile 2022, causa C-642/20]*, op. cit., p. 85, ove si osserva che *“L'interpretazione fornita, infatti, conduce all'assurdo logico di ritenere disapplicabile la norma di legge ma di non ritenere disapplicabile la clausola che ne sia riproduttiva, così facendo sostanzialmente salvi proprio gli effetti di quella norma di legge che è stata ritenuta contrastante con il diritto europeo e quindi produrre il medesimo effetto della sua sopravvivenza”*.

106 Cons. St., Sez. V, 7 marzo 2024, n. 2227, op. cit.; in senso favorevole alla disapplicazione della clausola del bando conforme all'art. 83, c. 8 d.lgs. n. 50/2016 si pone anche C.G.R.A.S., Sez. I, 25 ottobre 2022, n.1099, in *Rivista Giuridica dell'Edilizia* 2023, I, pp. 116 e ss.

107 Cons. St., Sez. V, 11 dicembre 2023, n. 10640, in www.giustiziamministrativa.it.

108 Cons. St., Sez. V, 11 dicembre 2023, n. 10640, op. cit.

*principio affermato dalla sentenza della Corte di giustizia e la conseguente disapplicazione dell'art. 83, comma 8*¹⁰⁹. Ancora, a sostegno della soluzione della disapplicazione, può richiamarsi Cons. St., Sez. V, 30 maggio 2023, n. 5332, che in *obiter dictum* ha statuito che dovrebbero “non essere applicati” né l'art. 83, comma 8 d.lgs. n. 50 del 2016 né le prescrizioni dei bandi che ne riproducono il contenuto, giacché contrastanti con il diritto europeo¹¹⁰.

La breve disamina delle pronunce riguardanti le clausole riprodotte dall'art. 83, c. 8 d. n. 50/2016 offre un punto di vista privilegiato per ricostruire le tesi giurisprudenziali elaborate sul tema, rendendo evidente l'importanza della *querelle* sia per le sue ricadute pratico-applicative che per ragioni di certezza del diritto. Infatti, il fatto che la stessa sezione del Consiglio di Stato, in pochi mesi, si sia pronunciata in modo discordante su clausole del tutto simili permette di cogliere l'attualità del dibattito sulla disapplicazione del bando antieuropeo e di avvertire l'urgenza di un intervento chiarificatore dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato e della Corte di Giustizia dell'Unione europea. La necessità di tale intervento si fa ancora più pressante se allarghiamo il campo di indagine a casi dissimili sotto il profilo contenutistico delle clausole- ma tutti ugualmente fondati sul potere-dovere del G.A. di disapplicare le clausole del bando che contrastano con il diritto europeo¹¹¹.

Peraltro, può osservarsi come le sentenze sopracitate giungano a soluzioni opposte proprio perché seguono i due diversi percorsi argomentativi esplorati *supra* (§2-3), ora facendo leva sulla disapplicazione normativa del bando di gara, ora argomentando sul regime degli atti antieuropei. Il problema però andrebbe affrontato in maniera organica, prendendo posizione su entrambi gli aspetti o quantomeno prendendo coscienza del fatto che il rigetto della tesi del regime differenziato degli atti antieuropei non chiude la partita, dovendosi verificare se in concreto la clausola antieuropea ha natura sostanzialmente normativa. In particolare, come evidenziato *supra* (cfr. § 3.) la questione della natura sostanzialmente normativa della clausola antieuropea andrebbe affrontata approfonditamente qualora la clausola in questione sia riproduttiva di una norma interna imperativa, considerandosi anche che la clausola non può essere qualificata al contempo come immediatamente escludente e dotata di natura normativa.

Inoltre, è opportuno rilevare come, invece, sulla questione del regime dell'atto antieuropeo, la giurisprudenza maggioritaria sembra ormai essersi assestata sulla tesi dell'annullabilità. Sul punto può citarsi, a titolo di esempio, la più recente sentenza con cui il Consiglio di Stato si è pronunciato sul potere del giudice amministrativo di disapplicare l'atto amministrativo contrastante con il diritto europeo che sia divenuto ormai inoppugnabile¹¹². Nel dettaglio, con sentenza n. 4419/2024 il giudice d'appello ha risposto a

¹⁰⁹ Cons. St., Sez. V, 27 luglio 2023, n. 7342, in www.giustiziamministrativa.it.

¹¹⁰ Cons. St., Sez. V, 30 maggio 2023, n. 5332, in www.giustiziamministrativa.it.

¹¹¹ In senso contrario alla disapplicazione del bando anticomunitario Cons. St., Sez. VI, 22 aprile 2024, n.4543; CGARS, Sez. I, 8 aprile 2024, n. 283; Cons. St., Sez. V, 09 aprile 2024, n.4161; Cons. St., Sez. IV, 15 febbraio 2022, n.1107; Cons. St., Sez. VI, 26 aprile 2021, n. 3321, tutte in www.giustiziamministrativa.it.

¹¹² Cons. St., Sez. VI, 17 maggio 2024, n. 4419, in www.giustiziamministrativa.it, riguardante l'incompatibilità comunitaria della disposizione di legge interna relativa alla redistribuzione delle quote latte non utilizzate. In argomento si vedano per completezza CGUE, Sez. VII, 27 giugno 2019, C-348/18, *Barausse* e CGUE, Sez. II, 11 settembre 2019, C-46/18, *San Rocco*, entrambe consultabili su www.dejure.it. Con tali pronunce la Corte di Giustizia ha statuito che l'art. 2, par. 4, del Reg. (CEE) n. 3950/92 del Consiglio del 28 dicembre 1992 osta a una

tale interrogativo distinguendo il caso in cui il provvedimento violi direttamente il diritto europeo dal caso in cui il provvedimento sia stato adottato sulla base di una norma interna contrastante con il diritto UE e ha chiarito che il provvedimento nel primo caso è sempre annullabile, mentre nel secondo caso è nullo per difetto assoluto di attribuzione se la norma interna è attributiva del potere, ma rimane annullabile se quest'ultima disciplina solo i criteri d'esercizio del potere¹¹³. Pertanto, secondo la ricostruzione proposta da Cons. St., Sez. VI, 17 maggio 2024, n. 4419, nei casi di mera illegittimità del provvedimento direttamente o indirettamente contrastante con il diritto europeo, il G.A. non può disapplicarlo se è divenuto inoppugnabile perché bisogna assicurare la certezza del diritto¹¹⁴.

Invero, anche sulla natura del vizio che colpisce il provvedimento contrastante con il diritto europeo è possibile individuare nella più recente giurisprudenza di primo grado alcune voci isolate che avversano la teoria sposata dalla giurisprudenza prevalente, confermata anche di recente dal Consiglio di Stato con la suddetta pronuncia n. 4419/2024. In particolare, di recente, il TAR Lombardia- Brescia ha sostenuto che i provvedimenti che riproducano norme nazionali violative del diritto europeo non sono annullabili, ma inefficaci e, pertanto, devono essere disapplicati anche se divenuti inoppugnabili¹¹⁵. Nonostante molte di queste sentenze siano state provvisoriamente contraddette dalle ordinanze cautelari pronunciate dal giudice di seconde cure nei giudizi di appello¹¹⁶, il TAR Lombardia- Brescia, Sez. II, 2 maggio 2024, n. 369¹¹⁷ è nuovamente tornato a ribadire la tesi dell'inefficacia, sia pure con una sentenza pronunciata in via non definitiva proprio per l'esigenza di attendere le decisioni del giudice di secondo grado sugli appelli pendenti avverso le sue precedenti pronunce.

La partita, quindi, potrebbe riaprirsi a sorpresa anche sul tema del vizio che colpisce l'atto antieuropeo, consentendo così di disapplicare il bando antieuropeo a prescindere dalla natura normativa delle clausole contrastanti con il diritto europeo.

normativa nazionale che, come l'art. 2, comma 3, D.l. n.157 del 2004, preveda che il rimborso dell'eccedenza del prelievo supplementare debba favorire, in via prioritaria, i produttori che abbiano adempiuto il loro obbligo di versamento mensile.

113 Nello stesso senso Cons. St., Sez. VI, 8 aprile 2024, n. 3214 in www.giustiziamministrativa.it; cfr., *ex plurimis*, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI, 5 aprile 2024, n. 3159; Id., 8 marzo 2024, n. 2283; Id., 9 febbraio 2024 n. 1316; Id., 2 gennaio 2024, n. 8; Id., 29 dicembre 2023, n. 11301; Id., 27 dicembre 2023, n. 11179; Id., 27 dicembre 2023, n. 11168; Id., 29 novembre 2023, n. 10303; Id., 15 novembre 2023, n. 9772; 7 agosto 2023, n. 760.

114 A sostegno di tale conclusione Cons. St., Sez. VI, 17 maggio 2024, n. 4419, op.cit., sottolinea che il principio di certezza del diritto è uno dei principi generali del diritto europeo, tanto che la stessa giurisprudenza europea ha chiarito che i c.d. rapporti giuridici esauriti non possono essere rimessi in discussione da una sopravvenuta pronuncia della Corte di Giustizia dell'Unione europea. In tal senso, il Consiglio di Stato richiama CGUE, 13 gennaio 2004, causa C-453-00, *Kuhne & Heitz*; CGUE, 21 dicembre 2021, causa C-497/20, *Randstad Italia*; CGUE., 7 luglio 2022, causa C-261/21, *Hoffmann-La Roche*, consultabili tutte su www.curia.eu.

115 TAR Lombardia- Brescia, Sez. II, 9 aprile 2024, n. 295; Id., 29 febbraio 2024, n. 164; Id., 26 febbraio 2024, n. 161; Id., 20 febbraio 2024, n. 135; Id., 20 febbraio 2024, n. 131; Id., 18 dicembre 2023, n. 915; Id., 18 dicembre 2023, n. 916; Id., 7 settembre 2023, n. 691; Id., 2 agosto 2023, n. 658; Id., 5 giugno 2023 n. 492; Id., 8 marzo 2023, n. 209; Id., 31 gennaio 2023 n. 88; Id., 31 gennaio 2023 n. 90, tutte in www.giustiziamministrativa.it.

116 Cons. St., Sez. VI, 27 marzo 2024, ord. n. 1123; Id., 16 febbraio 2024, ord. n. 570; Id., 6 ottobre 2023, ord. n. 4131, tutte in www.giustiziamministrativa.it.

117 TAR Lombardia- Brescia, Sez. II, 2 maggio 2024, n. 369, in www.giustiziamministrativa.it.

5. Rilievi critici conclusivi e ulteriori prospettive di indagine

L'analisi del tema della disapplicazione del bando antieuropeo lascia, in ultima istanza, la possibilità di avviare una riflessione sui limiti della giurisdizione amministrativa e della tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo.

Tale riflessione nasce da un'indagine sull'origine storica e sulla *ratio* del potere di disapplicazione, dalla quale emerge chiaramente come sia la giurisdizione piena, di spettanza del bene della vita, del giudice ordinario a sorreggere il potere di disapplicazione di cui all'art. 5, all. E. l. 20 marzo 1865, n. 2248. Difatti, proprio perché la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi non poteva essere subordinata o condizionata dall'annullamento del provvedimento, precluso alla giurisdizione ordinaria, si è permesso al g.o. di disapplicare i provvedimenti amministrativi illegittimi che vengano in rilievo per la decisione della controversia.

Al contrario, com'è noto, la giurisdizione amministrativa nasce come una giurisdizione di legittimità sull'atto, ove l'interesse legittimo non era concepito come situazione giuridica soggettiva sostanziale, dotata della stessa dignità del diritto soggettivo¹¹⁸, ma come un interesse strumentale al perseguimento dell'interesse pubblico¹¹⁹ o strumentale alla legittimità dell'azione amministrativa¹²⁰ o, al più, come interesse ad agire¹²¹. Proprio per questo, il processo amministrativo si è sempre strutturato come un giudizio essenzialmente

118 A proposito della scarsa considerazione che il legislatore della legge abolitrice del contenzioso amministrativo aveva degli interessi legittimi si ricordi il celebre discorso che Pasquale Stanislao Mancini tenne il 9 giugno 1864, in occasione dei lavori parlamentari che condussero all'approvazione della l. 20 marzo 1865, n. 2248, ove affermò che *“sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito alla sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, che non abbia saputo ottenere la massima somma di prosperità e di sicurezza pubblica mercè i suoi atti; sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permissione, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli, ovvero gli abbia ordinato di concorrere con soverchio e non necessario disagio allo scopo di un pubblico servizio, cui abbia potestà di provvedere con l'opera gratuita dei privati; sia pure che questo cittadino è stato in conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? Ed ecco, o signori, a questo punto sorgere il criterio proposto da più illustri pubblicisti, e adottato dalla Commissione. Che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testé discorse? Semplicemente una lesione degl'interessi? Ebbene, ch'ei si rassegni”* (cfr. P.S. MANCINI, *Discorsi Parlamentari*, Camera dei deputati, Roma, 1893, vol. 2, p. 41).

119 La teoria dell'interesse occasionalmente protetto fu elaborata da Meucci (cfr. L. MEUCCI, *Il principio organico del contenzioso amministrativo in ordine alle leggi recenti*, Giustizia Amministrativa, 1891, 4, p. 29; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, III, Fratelli Bocca Editore, Torino, 1892) e ripresa da Ranelletti (cfr. O. RANELLETTI, *A proposito di una questione di competenza della IV Sezione del Consiglio di Stato*, Avezzano, 1892; ID., *Principii di diritto amministrativo*, I, L. Pierro, Napoli, 1912, pp. 337 e ss.).

120 Tra gli altri, si rimanda a P. VIRGA, *Diritto Amministrativo*, II ed., vol.VI, Giuffrè, Milano, p. 168, in cui sostiene che *“l'interesse legittimo può definirsi come la pretesa alla legittimità dell'atto amministrativo, che viene riconosciuta a quel soggetto che si trovi rispetto all'esercizio di un potere discrezionale della pubblica amministrazione in una particolare posizione legittimante. L'interesse legittimo quindi si risolve nella facoltà di pretendere l'esercizio legittimo del potere da parte della p.a.”*

121 Per le teorie c.d. processualistiche dell'interesse legittimo si guardino G. CHIOVENDA, *Principii di diritto processuale civile*, III ed., Jovene, Napoli, 1923, p. 336; E. GUICCIARDI, *Concetti tradizionali e principii ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, in *Archivi di diritto pubblico*, 1937, p. 12, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1967, p. 13; ID., *La giustizia amministrativa*, III ed., Padova, CEDAM, 1954, 69.

impugnatorio e incentrato sulla tutela di annullamento¹²², rispetto alla quale la disapplicazione rappresenta una deviazione.

Solo grazie alla teoria normativa di Nigro¹²³, l'interesse legittimo ha assunto pari dignità rispetto al diritto soggettivo, divenendo una posizione giuridica soggettiva sostanziale ancorata al bene della vita¹²⁴, tutelata dalla Carta costituzionale alla stregua del diritto soggettivo¹²⁵.

La descritta evoluzione dell'interesse legittimo ha portato ad una parallela evoluzione del processo amministrativo da giudizio di legittimità sull'atto a giudizio sul rapporto, consacrata con il d.lgs. 2 luglio 2010, n. 104 e rafforzata dal principio di atipicità delle azioni statuito dall'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato con le decisioni nn. 3 e 15 del 2011¹²⁶. Oggi, dunque, la fondatezza della pretesa sostanziale è centrale nel processo amministrativo, non solo perché gli articoli 31, c. 3¹²⁷ e 34, c. 1, lett. c) c.p.a.¹²⁸ consentono esplicitamente al giudice di pronunciarsi sulla stessa, ma anche perché la spettanza del bene della vita viene in rilievo indirettamente anche quando si decida del risarcimento del danno o dell'annullamento del provvedimento amministrativo. Infatti, anche la storica tutela di

122 F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Vallardi, Milano, 1911, p. 798; ID., *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, *Giur. it.*, 1905, 4, pp. 46 ss.

123 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Il mulino, Bologna, 1982, p. 117 e ss.; ID., "Ma che cos'è questo interesse legittimo? Interrogativi vecchi e nuovi spunti di riflessione", *Foro it.*, 1987, 5, 469 ss. Una teoria c.d. sostanziale dell'interesse legittimo è stata elaborata anche da G. GRECO, *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, *Diritto amministrativo*, 2014, pp. 484 ss.

124 Per una disamina più approfondita della storia e dell'evoluzione dell'interesse legittimo si rimanda a F.G. SCOCCA, *L'interesse legittimo Storia e teoria*, Torino, Giappichelli, 2017.

125 Gli articoli 24 e 113 Cost. pongono sullo stesso piano i diritti soggettivi e gli interessi legittimi, prevedendo rispettivamente che "tutti possono agire in giudizio per la tutela dei propri diritti e interessi legittimi" e che "contro gli atti della pubblica amministrazione è sempre ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti e degli interessi legittimi dinanzi agli organi di giurisdizione ordinaria o amministrativa".

126 Cfr. Cons. St., Ad. Plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *Foro it.*, 2012, 1, pp. 31 e ss., mentre per un commento si veda M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (Brevi note a margine di cons. stato, Ad. Plen., 23 marzo 2011 n. 3 in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU. 23 marzo 2011 nn. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, *Riv. giur. edilizia*, 2010, 6, pp. 479-488. Cons. St., Ad. Plen., 29 luglio 2011, n. 15, in *Riv. giur. edilizia*, 2011, 2-3, pp. 513-535 con nota di M.A. SANDULLI, *Prmissima lettura della Adunanza plenaria n. 15 del 2011*, in commento si veda anche E. SCOTTI, *Tra tipicità e atipicità delle azioni nel processo amministrativo (a proposito di Ad. Plen. 15/11)*.

127 L'art. 31, c. 3 c.p.a., nel disciplinare l'azione avverso il silenzio-inadempimento, consente al giudice amministrativo non solo di accertare l'inadempimento da parte della p.a. del dovere di cui art. 2 l. n. 241/1990 di provvedere espressamente ed entro i termini e condannarla a provvedere, ma gli permette anche di pronunciarsi "sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio 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 debbano essere compiuti dall'amministrazione". Sul tema si guardi A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, *Dir. proc. amm.*, 2017, 2, pp. 450-498.

128 L'art. 34, c. 1, lett. c) c.p.a. disciplina nel secondo periodo la cosiddetta condanna pubblicistica, prevedendo che "l'azione di condanna al rilascio di un provvedimento richiesto è esercitata, nei limiti di cui all'articolo 31, comma 3, contestualmente all'azione di annullamento del provvedimento di diniego o all'azione avverso il silenzio". In argomento, si veda A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, *Dir. proc. amm.*, 2018, 1, pp. 175-269.

annullamento ha subito un'evoluzione in chiave sostanziale con l'introduzione della disciplina dei vizi non invalidanti di cui all'art. 21-octies, c. 2 l. 241/1990, che costringe il giudice a non annullare il provvedimento illegittimo quando oggettivamente il bene della vita non spetta all'istante.

Nonostante l'avvicinamento della giurisdizione amministrativa alla giurisdizione ordinaria, vige ancora per il g.a. il divieto di disapplicazione provvedimentoale, giacché l'art. 34, c. 2 c.p.a. gli impedisce di "conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29"¹²⁹, salvo che debba accertare l'illegittimità del provvedimento per fini risarcitori ex art. 34, c. 3 c.p.a.

Il divieto di disapplicazione provvedimentoale cade, come spiegato *supra* (§ 3), solo quando il giudice amministrativo si trovi a decidere una controversia in materie di giurisdizione esclusiva ove si contesti la lesione di un diritto soggettivo da parte della p.a., proprio perché in tal caso gli spettano gli stessi poteri del giudice ordinario.

Tanto dimostra come l'interesse legittimo leso dalla p.a., anche nelle materie di giurisdizione esclusiva, soffra ancora di una minorata tutela rispetto al diritto soggettivo, che in tal caso viene giustificata dall'esigenza di garantire la certezza del diritto¹³⁰.

Pur consapevole di questo *deficit* di tutela, il presente contributo si è proposto di trovare una soluzione al problema della disapplicabilità del bando antieuropeo percorrendo ora la strada del regime differenziato dell'atto antieuropeo ora la via della disapplicazione normativa del bando, senza mai superare le colonne d'Ercole della disapplicazione provvedimentoale. È evidente, tuttavia, che costringere il giudice amministrativo a rigettare la domanda di annullamento dell'atto applicativo del bando antieuropeo, non impugnato o divenuto inoppugnabile, significa non solo tradire il principio di effettività della tutela giurisdizionale e quello di primazia del diritto eurounitario, ma anche mettere in disparte la fondatezza della pretesa sostanziale. Difatti, non può negarsi che il bene della vita spetta all'operatore economico che è stato escluso da un provvedimento attuativo di una clausola del bando che contrasta con il diritto europeo, tanto più in un contesto ove la giurisprudenza non è univoca nello stabilire quando e se simili clausole vadano impuginate immediatamente.

È altrettanto evidente, però, che estendere la disapplicazione provvedimentoale alla giurisdizione del g.a. sugli interessi legittimi porterebbe alla soppressione o quantomeno all'affievolimento del regime degli atti amministrati inoppugnabili, che garantisce la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici. Tuttavia, è necessario quantomeno un assestamento giurisprudenziale sul tema, poiché l'operatore economico colpito dagli atti applicativi del bando antieuropeo deve essere messo nelle condizioni di sapere quando, se e come debba impugnare le clausole della *lex specialis* contrastanti con il diritto eurounitario.

129 F. FRANCESCO, *Disapplicazione dell'atto amministrativo e giudicato*, op. cit., p. 102.

130 Sulla rilevanza dell'evoluzione del processo amministrativo ai fini della risoluzione del problema della disapplicazione si veda F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, op. cit., pp. 15-25. In particolare, l'Autore si chiede se l'evoluzione del processo amministrativo, coinvolgendo il rapporto tra cognizione piena e accertamento della legittimità degli atti, fosse in grado di "svelare come, anche nel giudicare dei regolamenti, possa esservi l'esigenza di indagare oltre la dimensione statica dell'atto e di cogliere la portata concreta della norma in relazione agli interessi in gioco" (cfr. p. 25).

In una prospettiva futura, invece, è auspicabile un intervento del legislatore nazionale che bilanci l'esigenza di certezza del diritto, correlata all'inoppugnabilità dell'atto non tempestivamente impugnato, con i principi di effettività della tutela e di gerarchia delle fonti, dando rilievo alla primazia del diritto europeo su quello nazionale e tenendo conto dell'attitudine del processo amministrativo a guardare alla spettanza del bene della vita. La via più facile sarebbe, probabilmente, quella che passa per l'introduzione di una disciplina sostanziale e processuale *ad hoc* non solo per i bandi, ma per tutti gli atti amministrativi contrari al diritto europeo. Invece, la rimeditazione o riparametrazione del potere di disapplicazione del giudice amministrativo porterebbe ad una nuova e ulteriore evoluzione della giurisdizione amministrativa, con il rischio di incidere e deformare i suoi tratti identificativi¹³¹.

131 Per una più ampia riflessione sulle possibili evoluzioni del processo amministrativo e sui suoi limiti si consenta di rinviare a C.E. GALLO, *Linee per una riforma non necessaria ma utile del processo amministrativo*, Il Processo, 2020, 2, pp. 347-371.