

**T.a.r. Sicilia – Palermo, 12 luglio 2012, n. 1527.**

**Sul potere di disapplicazione del giudice amministrativo.**

L'articolo 5 della l. 20 marzo 1865, n. 2248, allegato E dispone: “*Le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi e i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi*”. Ciò vuol dire che il giudice ordinario gode del potere di disapplicare i provvedimenti amministrativi e i regolamenti illegittimi. Tale potere consente di escludere l'efficacia di un regolamento o di un provvedimento amministrativo “*incidenter tantum*”, cioè solo con riferimento alla questione sottoposta a giudizio (il regolamento e il provvedimento, quindi, restano, per il resto, vigenti ed efficaci) e decidere la questione “*tamquam non esset*”, vale a dire come se il regolamento o il provvedimento illegittimo non esistessero.

Allo scopo di rafforzare la tutela dei privati, gli interpreti discutono circa la possibilità di riconoscere al giudice amministrativo il medesimo potere disapplicativo spettante al giudice ordinario.

Orbene, a tal riguardo è bene premettere che il giudice amministrativo non ha, di certo, il potere di disapplicare atti amministrativi illegittimi. Il divieto di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi è un principio fondamentale del nostro ordinamento giuridico. Esso è espressione del c.d. principio di inoppugnabilità degli atti e di decadenza processuale secondo cui i provvedimenti amministrativi non possono essere più sottoposti al vaglio del giudice amministrativo decorso il termine utile per la loro impugnazione. Entrambi questi principi trovano il loro fondamento costituzionale nell'articolo 97 della Costituzione. Essi, infatti, consentono di attribuire certezza all'azione amministrativa: la Pubblica Amministrazione non può rimanere a lungo incerta sull'esito dei suoi atti, deve poter orientare l'azione amministrativa anche se ha posto in essere atti illegittimi. Se il giudice amministrativo potesse disapplicare gli atti illegittimi, violerebbe il principio di inoppugnabilità degli atti e di decadenza processuale in quanto formulerebbe un giudizio sull'atto impugnato e ne determinerebbe l'annullamento di fatto.

Il potere di disapplicazione dei provvedimenti amministrativi illegittimi è, invece, come sopra detto, riconosciuto al giudice ordinario dall'articolo 5 della Legge Abolitrice del Contenzioso amministrativo: il giudice ordinario non può annullare,

riformare o modificare un atto amministrativo illegittimo, ma qualora nella catena delle questioni che porta alla decisione del caso, si presenti la necessità di prendere in considerazione un atto amministrativo illegittimo, egli può decidere la controversia *tamquam non esset*, fermo restando che l'atto continuerà a produrre effetti nell'ordinamento giuridico fino a quando il giudice amministrativo non lo annulli o la Pubblica Amministrazione non agisca in autotutela.

Dottrina e giurisprudenza, tuttavia, concordano, a partire dalla pronuncia del Consiglio di Stato 1996, n. 222, nel ritenere che il divieto per il giudice amministrativo di disapplicare l'atto amministrativo illegittimo incontra un'eccezione: il giudice amministrativo può disapplicare il provvedimento amministrativo illegittimo (c.d. disapplicazione provvedimento) nell'ambito della giurisdizione esclusiva allorché l'atto amministrativo leda diritti soggettivi. In tale ipotesi, vigerà, in sede di giurisdizione esclusiva, il regime processuale proprio dei diritti soggettivi. Dunque, non troverà applicazione né il principio di decadenza, né il divieto di disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi.

Diverso il discorso per quanto attiene al potere di disapplicazione dei regolamenti normativi nazionali. A tal proposito, occorre premettere che il regolamento normativo può essere impugnato entro l'ordinario termine di decadenza e, in tal caso, essere annullato, se illegittimo, dal giudice amministrativo. Particolare attenzione occorre riservare alle condizioni di impugnazione del regolamento amministrativo. L'impugnazione in via principale del regolamento al fine di ottenerne l'annullamento con efficacia *erga omnes* e retroattiva, va proposta dinanzi al giudice amministrativo, la cui decisione è in grado di espungere il regolamento dall'ordinamento giuridico. Per poter impugnare il regolamento illegittimo è, tuttavia, necessario che il ricorrente abbia un interesse a ricorrere, derivante dalla lesione di una situazione giuridica soggettiva (art. 100 c.p.c.) e che l'impugnazione sia avvenuta entro i termini perentori previsti dalla legge. Da ciò la necessità di distinguere tra il c.d. regolamento volizione – preliminare e il c.d. regolamento volizione - azione: nel primo caso, il regolamento illegittimo non è direttamente e immediatamente lesivo di situazioni giuridiche soggettive e, quindi, non è impugnabile per carenza di interesse a ricorrere. Solo una volta emanato l'atto applicativo, nasce l'onere per l'interessato di impugnare tempestivamente sia l'atto immediatamente lesivo sia il regolamento da

cui l'atto amministrativo lesivo è scaturito. Il soggetto, in questo caso, ha l'onere della c.d. doppia impugnazione; pertanto, in caso di accoglimento del ricorso, il giudice amministrativo annulla sia il provvedimento, immediatamente lesivo della situazione soggettiva del ricorrente, sia il regolamento, di cui l'atto amministrativo costituisce esecuzione. Il ricorso è inammissibile qualora venga impugnato il solo atto lesivo e non anche il regolamento presupposto.

Nel secondo caso, invece, il regolamento incide direttamente sulle situazioni giuridiche soggettive dei destinatari del regolamento medesimo e, quindi, può essere impugnato immediatamente (in questo senso, da ultimo, Consiglio di Stato, sez. IV, 16 febbraio 2012, n. 812: *“per tradizionale affermazione giurisprudenziale - fondata proprio sulle surriportate caratteristiche dell'atto - il regolamento non è di per sé impugnabile, in quanto esso si presenta, almeno in linea di massima, privo di disposizioni immediatamente lesive, proprio perché aventi, al contrario, contenuto normativo, astratto e programmatico, a nulla rilevando che le dette disposizioni possano prefigurare una incisione futura sulla sfera giuridica di chi ne risulterà in concreto destinatario. Conseguentemente, esso potrà formare oggetto di impugnazione, e quindi il giudice potrà verificarne l'eventuale illegittimità delle disposizioni, unitamente agli atti che di queste ultime fanno applicazione, perché è attraverso tali atti che si realizza il pregiudizio della sfera soggettiva e, quindi, si attualizza l'interesse a ricorrere ( Cons. Stato, sez. VI, 12 febbraio 2001 n. 663; Trib. Sup. acque, 23 gennaio 2002 n. 8). Allo stesso tempo, allorché il regolamento contiene disposizioni immediatamente lesive, ne consegue la sua immediata impugnabilità (Cons. Stato, sez. IV, 15 febbraio 2002 n. 948 e 17 aprile 2002 n. 2032)”*).

Il problema della disapplicazione del regolamento può porsi per due ragioni: perché la parte non ha impugnato nei termini un regolamento o perché essa, onerata della doppia impugnazione, ha impugnato solo l'atto amministrativo e non anche il regolamento di cui l'atto costituisce esecuzione.

In entrambe le ipotesi, il divieto di disapplicazione impedisce al giudice amministrativo di neutralizzare l'illegittimità del regolamento, con la conseguenza che se l'atto amministrativo impugnato dalla parte è conforme al regolamento illegittimo, l'atto sarà pure illegittimo, ma non potendo il giudice amministrativo

pronunciarsi sulla legittimità/illegittimità del regolamento non impugnato, dovrà ritenere l'atto amministrativo impugnato legittimo; se l'atto amministrativo impugnato dalla parte è difforme dal regolamento illegittimo, ma conforme alla legge, visto che il giudice amministrativo non può prendere in considerazione il regolamento ma solo l'atto amministrativo (che è stato impugnato) e quest'ultimo è contrario al regolamento, il giudice amministrativo lo annulla, nonostante sia conforme alla legge. Dunque, per consentire al giudice di rendere la situazione conforme a legge e annullare il provvedimento impugnato se contrario alla legge comunitaria, si è posta l'esigenza di riconoscere al giudice amministrativo il potere di disapplicare il regolamento illegittimo.

Tradizionalmente, la giurisprudenza ha escluso tale possibilità in forza di tre argomenti principali: la chiarezza del dato normativo che attribuisce il potere di disapplicazione solo al giudice ordinario; l'idea che il potere di disapplicare il regolamento illegittimo costituisca una prerogativa minore rispetto a quella di annullamento del medesimo e che, pertanto, sarebbe superfluo attribuire al giudice, oltre al potere di annullamento, anche quello di disapplicazione; la ritenuta incompatibilità della disapplicazione del provvedimento con il principio di inoppugnabilità dell'atto amministrativo, decorsi i termini perentori per la sua impugnazione.

Tuttavia, con un epocale *revirement*, il Consiglio di Stato, a partire dalla sentenza della sez. V, 28 febbraio 1992, n. 154 ha affermato che il giudice amministrativo, seppur solo nell'ambito della giurisdizione esclusiva su diritti soggettivi, può disapplicare la norma regolamentare che si ponga in contrasto con la legge qualora incida su una posizione di diritto soggettivo perfetto, il cui contenuto è riconducibile alla norma di legge. Nella pronuncia citata, il Consiglio di Stato ha, infatti, osservato che se il giudice amministrativo non potesse disapplicare i regolamenti illegittimi, in quanto atti amministrativi, si giungerebbe all'esito paradossale di costringere l'autorità giudiziaria a disapplicare la legge, in violazione del principio costituzionale sancito nell'articolo 101, 2° comma della Costituzione che sottopone il suo operato al rispetto della legge stessa. Egli, infatti, dovrebbe considerare l'atto amministrativo impugnato legittimo (perché conforme al regolamento che attua) anche nell'ipotesi in cui il regolamento è illegittimo perché contrario alla legge.

Inoltre, con la successiva decisione n. 1332 del 1995, la giurisprudenza ha svincolato l'istituto della disapplicazione "normativa" dalla situazione giuridica incisa e dalla giurisdizione esercitata.

Ancor più di recente il Consiglio di Stato ha ammesso la c.d. "disapplicazione conservativa" (definita così perché preordinata a difendere l'efficacia della legge) con riferimento ai bandi di gara: se un soggetto viene leso da un provvedimento amministrativo (ad esempio, un provvedimento di aggiudicazione) che trova il proprio fondamento in un atto presupposto non normativo (ad esempio, un bando di gara) contrario a una norma primaria, il ricorrente deve impugnare dinnanzi al giudice amministrativo sia l'atto presupposto (il bando) che il provvedimento applicativo (l'aggiudicazione). Se il danneggiato impugna solo il provvedimento di applicazione, il giudice amministrativo potrà comunque disapplicare il bando e annullare il provvedimento che lo applica. Parimenti, se il soggetto viene leso da un provvedimento contrario al bando illegittimo, ma conforme alla legge e chiede l'annullamento del provvedimento perché contrario al disciplinare di gara, il giudice amministrativo può disapplicare quest'ultimo e "salvare" il provvedimento amministrativo legittimo perché conforme a legge.

Conferma il potere del giudice amministrativo di disapplicare i regolamenti illegittimi per contrasto con la norma primaria T.a.r. Sicilia – Palermo, 12 luglio 2012, n. 1527: *"[Vertendosi] in tema di tutela del diritto soggettivo allo studio, in materia (il servizio pubblico dell'istruzione) soggetta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo ai sensi dell'art. 133, comma 1, lett. c), cod. proc. amm. (impugnazione di un provvedimento adottato dalla pubblica amministrazione in un procedimento amministrativo), è ammissibile la domanda di disapplicazione della norma regolamentare in tesi illegittima (per contrasto con la citata norma primaria) sulla base della quale è stato adottato il provvedimento impugnato"*.