

FRANCESCO FOLLIERI

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e dell'Impresa della LUM "Giuseppe Degennaro" di Casamassima (BA)

follieri@lum.it

DISAPPLICAZIONE DELL'ATTO AMMINISTRATIVO E GIUDICATO

NON-ENFORCEMENT OF THE ADMINISTRATIVE ACT AND RES JUDICATA

SINTESI

Scopo del presente scritto è di cogliere se e come la disapplicazione di un atto amministrativo pronunciata dal giudice amministrativo sia oggetto del giudicato: in altre parole se la portata oggettiva del giudicato includa anche la disapplicazione.

ABSTRACT

The purpose of this paper is to grasp whether and how the disapplication of an administrative act pronounced by the administrative court is the object of the judgement: in other words, whether the objective scope of the judgement also includes disapplication.

PAROLE CHIAVE: Disapplicazione, atto amministrativo, giudicato, processo amministrativo,

KEYWORDS: Disapplication, administrative act, adjudication, administrative process

INDICE: 1. Introduzione – 2. La giurisprudenza del g.a. sulla disapplicazione – 3. La disapplicazione come pronuncia costitutiva oggetto di giudicato – 4. Dall'efficacia di giudicato al principio dispositivo e ritorno

1. Introduzione

Lo scopo del presente scritto è cogliere se e come la disapplicazione di un atto amministrativo pronunciata dal giudice amministrativo sia oggetto del giudicato: in altre parole se la portata oggettiva del giudicato includa anche la disapplicazione. Si tratta di un tema sostanzialmente negletto dalla dottrina e

dalla giurisprudenza sul processo amministrativo¹. Il tema è stato invece indagato dalla dottrina (meno dalla giurisprudenza) che si è occupata della disapplicazione da parte del giudice ordinario. A questo scopo, la riflessione ha distinto la *disapplicazione in via principale* dalla *disapplicazione in via incidentale*².

In primo luogo, il giudice ordinario può disapplicare l'atto direttamente lesivo di un diritto soggettivo. In questo caso, prefigurato dall'art. 4, co. 1, l. ab. cont. («quando la contestazione cade sopra un diritto che si pretende leso da un atto dell'autorità amministrativa»), al giudice ordinario è permesso esclusivamente «conoscere degli effetti dell'atto stesso in relazione all'oggetto dedotto in giudizio» (art. 4, co.1, l. ab. cont.), ma gli è vietato annullare, revocare o modificare l'atto amministrativo. Sicché «*in questo [caso]*» il giudice applica gli atti amministrativi (di qualunque natura) «in quanto conformi alle leggi» (art. 5 l. ab. cont.) e perciò dis-applica quelli non conformi alle leggi, cioè illegittimi³.

1 Cfr. le considerazioni in proposito di F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, 2005, 241 s.; ID., *Disapplicazione*, in *Enc. dir.*, Milano, Ann. III, 2010, 295.

2 Tale conclusione è l'approdo di una lunga riflessione della dogmatica a proposito dei casi in cui il giudice ordinario può disapplicare l'atto amministrativo. Su tale evoluzione, si veda la ricostruzione di S. PERONGINI, *La disapplicazione e le invalidità che ne costituiscono il presupposto*, in AA. VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, 2020, 3999 ss.

3 Sulla base di un'interpretazione comparativa tra art. 5 l. ab. cont. e art. 24 della legge istitutiva della IV Sezione del Consiglio di Stato, in realtà, si traeva una distinzione tra la «conformità alle leggi» su cui era chiamato a pronunciarsi il giudice ordinario e la «legittimità» su cui era chiamato a pronunciarsi il giudice amministrativo: l'«illegalità» corrispondeva alla violazione di legge e all'incompetenza, mentre l'«illegittimità» ricomprendeva anche l'eccesso di potere. Se ne inferiva che al giudice ordinario era precluso disapplicare il provvedimento viziato da eccesso di potere. Sul punto cfr. V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in ID. (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, vol. III, 1901, 807; F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1960 (rist. dell'ed. del 1914), 696; O. RANELLETTI, *Le guarentigie della giustizia sulla pubblica amministrazione*, Milano, IV ed., 1934, 337 s.; M. D'AMELIO - SANTI ROMANO, *I contatti giurisdizionali della Corte di Cassazione e del Consiglio di Stato*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1929, I, 182; F. D'ALESSIO, *Le leggi sulla giustizia amministrativa commentate*, Torino, 1938, 77; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, Milano, VIII ed., 1958, II, 163; R. RESTA, *La giustizia amministrativa*, Roma, 1942, I, 74; G. SALEMI, *Corso di diritto amministrativo*, Padova, 1941, I, 95; U. FORTI, *Lezioni di diritto amministrativo. Parte generale*, vol. II, *Il rapporto - La teoria degli atti*, Napoli, II rist. della IV ed., 1950, 184 e 195; G.P. PONTICELLI, *La giurisdizione di merito del Consiglio di Stato*, Milano, 1958, 88.

Cfr. le ricostruzioni di L. MAROTTA, *Il sindacato del giudice ordinario sull'atto amministrativo*, Napoli, 1976, 45 ss., spec. 55 ss.; F. BASSI, «Conformità» alle leggi e «legittimità» dell'atto amministrativo, in *Scritti in onore di Massimo Severo Giannini*, Milano, 1988, 61 ss.

La dicotomia fra legittimità e legalità viene costruita anche con riferimento all'oggetto. Legittimo è il provvedimento, legale l'attività o l'azione o il comportamento dell'amministrazione: G.

Si tratta di ipotesi marginali, per via dell'idea secondo cui il provvedimento amministrativo degrada i diritti soggettivi ad interessi legittimi o comunque perché il potere amministrativo di regola si relaziona con gli interessi legittimi, ad eccezione dei c.d. diritti indegradabili (come il diritto alla salute). In queste rare ipotesi, la questione di illegittimità dell'atto amministrativo è la (o almeno una) questione principale del giudizio. Sicché, secondo la dottrina, quando il giudice

MORBIDELLI, *Legittimità e legalità nell'attività amministrativa (con particolare riguardo alla disciplina dell'abuso d'ufficio)*, in AA.VV., *Convivenza nella libertà. Scritti in onore di Giuseppe Abbamonte*, Napoli, 1994, vol. II, 1017 ss. L'A fa, però, coincidere il parametro delle due qualificazioni. Cfr., comunque, le critiche rivolte a questa tesi da F.G. SCOCA, *Attività amministrativa*, in *Enc. dir.*, Milano, Agg. VI, 2002, 92.

Il limite alla cognizione del giudice ordinario viene però superato dalla dottrina sulla base di argomenti diversi. Senza alcuna pretesa di completezza, E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, rist. anastatica della III ed., 1957, 340 e s.; R. ALESSI, *Principi di diritto amministrativo*, Milano, III ed., 1974, II, 773 s., e F. DELFINO, *L'eccesso di potere amministrativo e il giudice ordinario*, Napoli, 1963, 222, fanno leva sull'unità della nozione di legittimità. A. KLITSCHKE DE LA GRANGE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, 1961, 186; A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, II, 1259 s., e M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, III ed., 1983, 257, invece, appuntano la loro critica sull'art. 113 Cost.

Cfr., invece, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 166 ss., con cui concorda G. CORSO, *Validità (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, XLVI, 1993, 93 ove si distingue tra sindacato dell'A.G.O. in via principale, in base al quale il provvedimento può essere conosciuto in quanto illecito, e in via incidentale, dove l'atto amministrativo rileva quale titolo della pretesa fatta valere. Nel primo caso, secondo Cannada Bartoli, il giudice non può conoscere dell'eccesso di potere, nel secondo caso non avrebbe ragion d'essere alcuna limitazione. Con A. ROMANO, *Commento*, pp. 244 e s., si potrebbe dire che il giudice ordinario non conosce nel primo caso della violazione di norme d'azione (illegittimità), ma di violazione di norme di relazione (illiceità) e che, per ragioni strutturali, è escluso il sindacato per eccesso di potere. Sicché l'illegalità che si fa valere dinanzi al giudice ordinario (a seconda dei casi distinti da Cannada Bartoli) è il *genus*, corrispondente all'antigiuridicità, comprensivo dell'illegittimità (violazione di norme d'azione) e dell'illiceità (violazione di norme di relazione) del provvedimento. Cfr. sul punto di recente S. PERONGINI, *La disapplicazione e le invalidità*, cit., 4003 ss. Tale tesi, seppure suggestiva, confonde tuttavia due piani: il piano dell'accertamento, da parte del g.o., dell'illecito della p.a. (la cui antigiuridicità risiede nella violazione di norme primarie o regolative o di relazione, che dir si voglia) e il piano dell'accerto dell'illegittimità del provvedimento (che risiede nella violazione di norme secondarie o costitutive o di azione, che dir si voglia). L'illegittimità del provvedimento è solo una parte dell'illiceità della condotta della p.a. di cui si occupa il g.o.: è un elemento dell'illecito dell'amministrazione. Sicché affermare che il g.o. giudica dell'illiceità del provvedimento confonde il piano dell'illiceità e quello dell'illegittimità. Se l'illegittimità del provvedimento è elemento dell'illecito, essa non può essere "frazionata" o scissa, sulla base di molteplici argomenti, di diritto positivo (per cui si vedano gli autori già richiamati innanzi) e di teoria generale, su cui sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo. Ragionamento giuridico e modalità di sindacato*, Padova, 2017, 40 ss. e 89 ss.

conosce di un atto lesivo di un diritto soggettivo in una controversia fra cittadino e p.a.:

(a) conosce in via principale dell'illegittimità dell'atto amministrativo;

(b) (quindi) ne conosce con efficacia di giudicato⁴, tanto che l'art. 4, co.2, l. ab. cont. obbliga l'amministrazione a conformarsi a quel giudicato, eliminando gli effetti dell'atto che il giudice ordinario ha considerato illegittimo⁵.

La disapplicazione in questa ipotesi è una *disapplicazione in via principale*. Proprio per la sua natura principale, si ritiene che tale disapplicazione non sia un potere officioso, ma ad esclusiva istanza di parte: all'attore è accollato l'onere di introdurre le censure di illegittimità e di dimostrarle⁶.

Il giudice ordinario conosce anche dell'atto amministrativo che viene in rilievo in una controversia tra privati, cioè in una controversia in cui l'amministrazione non è parte, o in cui l'atto amministrativo sia solo il fondamento della

Discorso a parte è quello del sindacato di legittimità del giudice penale: la disapplicazione è, infatti, utilizzata per integrare elementi della fattispecie criminosa. Si veda R. VILLATA, *"Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, 108 ss., per la distinzione circa l'efficienza del provvedimento negli elementi del reato. Più di recente, sull'intera tematica, P. TANDA, *Attività amministrativa e sindacato del giudice civile e penale*, Torino, 1999, 212 ss.; S. PERONGINI, *La disapplicazione e le invalidità che ne costituiscono il presupposto*, cit., 4017 ss.

Per un *excursus* giurisprudenziale sul superamento del limite cognitorio del giudice ordinario, cfr. F. MODUGNO, M. MANETTI, *Eccesso di potere. II) Eccesso di potere amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, XII, 1989, 11.

4 M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, 1983, III ed., 233 ss.

5 Per la verità, l'art. 4, co.2, l. ab. cont. è stato interpretato in maniera molto più estensiva, fornendo materiale per gli argomenti che hanno aperto la strada al giudizio di ottemperanza anche delle sentenze del giudice amministrativo (e non solo di quelle del giudice ordinario, come inizialmente previsto dall'art. 4, n. 4, legge 31 marzo 1889 n. 5992) come creazione pretoria: le amministrazioni devono conformarsi a qualunque giudicato, incluso quello del giudice amministrativo – estensione dapprima limitata alle sentenze del g.a. sui diritti soggettivi (per analogia all'art. 4, co. 2, l. ab. cont.) e poi a tutte le sentenze del g.a. Su questa evoluzione, cfr. A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi al giudicato*, in *Atti del Convegno sull'adempimento del giudicato amministrativo*, Milano, 1962, ora in ID., *Scritti giuridici*, Napoli, 1990, vol. V, 439 ss.; più di recente, A. TRAVI, *Il giudizio di ottemperanza (profili generali)*, in *Diritto Online Treccani*, 2013, §1.

6 Per tutti, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 157 ss. Cfr. M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, III ed., Bologna, 1973, 255 s., secondo cui proprio per questa configurazione non si tratterebbe di vera e propria disapplicazione, quando questa è pronunciata in via principale sul provvedimento lesivo.

pretesa del privato nei confronti dell'amministrazione, non la fonte della lesione lamentata⁷.

Un atto amministrativo può rilevare in una controversia di questo genere per tre ragioni:

1. l'atto amministrativo è o compone il fatto costitutivo del diritto azionato;
2. l'atto amministrativo è o compone il fatto estintivo o preclusivo della pretesa attorea, eccetto dal convenuto;
3. più genericamente, l'atto amministrativo riguarda la medesima vicenda portata all'attenzione del giudice ordinario⁸.

Siccome l'art. 5 l. ab. cont. estende la disapplicazione ad «ogni altro caso» («*altro*» rispetto a quello in cui il diritto sia stato leso dall'autorità amministrativa *ex* art. 4, co. 1, l.ab. cont.) e siccome il divieto di annullamento, revoca o modifica dell'atto ha ragion d'essere *a fortiori* rispetto ad un atto non direttamente oggetto del giudizio, dottrina e giurisprudenza ritengono che anche in questa ipotesi il giudice ordinario possa solo disapplicare il provvedimento illegittimo.

In tutte le ipotesi indicate, secondo la giurisprudenza e una parte della dottrina, la questione di illegittimità dell'atto amministrativo è un antecedente logico-giuridico per la soluzione della controversia, cioè una questione pregiudiziale⁹. Sicché, la giurisprudenza e una parte maggioritaria della dottrina, senza avvertire differenze fra i tre casi, ritengono che in una controversia tra privati:

7 Cfr. L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, Napoli, 1960, 41 ss., secondo cui questa è l'unica ipotesi in cui il giudice ordinario conosce della legittimità di un atto amministrativo.

8 Per questa casistica, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 115 ss.; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, cit., 256; R. VILLATA, «Disapplicazione» dei provvedimenti amministrativi e processo penale, Milano, 1980, 31 ss. Discorso a parte è quello relativo alla disapplicazione operata dal giudice penale, su cui si veda, per tutti, R. VILLATA, *op. ult. cit.*

9 Già E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 119 e 127 ss.

(a) il giudice conosce *incidenter tantum* della legittimità dell'atto amministrativo, perché è privo della giurisdizione su quell'atto (*arg. ex art. 34 c.p.c.*);

(b) (quindi) ne conosce senza efficacia di giudicato¹⁰.

Si parla, perciò, di *disapplicazione in via incidentale*, la quale può essere anche officiosa (diversamente da quella in via principale)¹¹.

In verità, altra dottrina distingue il modo in cui l'atto viene in rilievo nella controversia fra privati al fine di determinare la portata dell'accertamento del giudice sulla illegittimità dell'atto amministrativo. Secondo questa idea, se l'atto è o compone il fatto costitutivo, estintivo o preclusivo del diritto azionato, la soluzione della questione di illegittimità dell'atto ed eventualmente la sua disapplicazione sono coperte dal giudicato, giacché questo copre l'accertamento (positivo o negativo) dei fatti costitutivi, estintivi e impeditivi del diritto (ossia la *causa petendi e decidendi*)¹²⁻¹³. Quando, invece, l'atto disciplina la stessa vicenda dedotta in giudizio, ma non è la fonte dei diritti e degli obblighi fatti valere, il giudice non conosce della legittimità dell'atto amministrativo e, quindi, non viene in rilievo la disapplicazione¹⁴. Salvo che il diritto positivo non preveda altrimenti-

10 In questi termini, L. MONTESANO, *Processo civile e pubblica amministrazione*, loc. cit.; cfr. la ricostruzione di R. VILLATA, "Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi e processo penale, cit., 28 ss.; F. FRANCIOSI, *Art. 5 l. ab. cont. amm.*, in A. ROMANO - R. VILLATA (a cura di), *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 2009, III ed., 82; F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, cit., 274 s.

11 Per tutti, E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità*, cit., 131 ss.; F. CINTIOLI, *Disapplicazione*, cit., 275.

12 R. VILLATA, "Disapplicazione", cit., 78.

Sull'estensione dell'efficacia oggettiva del giudicato alla *causa petendi*, oltre che al *petitum*, cfr. C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 129 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 189 ss.; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, 2017, 31 ss.

13 Tale giudicato è ovviamente limitato sul versante soggettivo alle parti e ai loro eredi o aventi causa (con esclusione quindi dell'amministrazione).

14 R. VILLATA, "Disapplicazione", cit., p. 92.

Tuttavia, all'interno di queste controversie, bisogna distinguere: (a) il caso in cui il provvedimento disciplina il rapporto giuridico dedotto in giudizio per effetto delle stesse norme e agli stessi fini invocati innanzi al giudice ordinario; (b) il caso in cui il provvedimento riguarda il medesimo fatto concreto, ma non disciplina il rapporto giuridico dedotto in giudizio e non è la fonte dei diritti e degli obblighi fatti valere.

Nell'ipotesi sub (a) (il provvedimento disciplina il rapporto giuridico dedotto in giudizio), infatti, il g.o. viene chiamato ad una disapplicazione in via principale, solitamente impedita dal difet-

ti, l'atto amministrativo è semplicemente irrilevante: al più potrebbe costituire un argomento di prova per i fatti o un argomento per sostenere una certa qualificazione giuridica di quei fatti.

Questo modo di impostare la questione, ossia cogliere la natura o se si preferisce il ruolo della questione di disapplicazione dell'atto amministrativo per desumerne se essa rientra nell'efficacia imperativa della sentenza¹⁵, deriva dall'impostazione "classica" dei limiti oggettivi del giudicato: il giudice decide con efficacia di giudicato sulla domanda, ossia sul *petitum* (formale e sostanziale) e sulla *causa petendi*; le eventuali questioni pregiudiziali sono decise con efficacia di giudicato solo se imposto dalla legge o per effetto della domanda di una delle parti (in via principale o riconvenzionale).

Tale disciplina dei limiti oggettivi del giudicato trova fondamento nel codice di procedura civile, particolarmente nell'art. 34¹⁶, e nel codice civile, precisamente nell'art. 2909 (laddove prevede che l'«accertamento» sia oggetto del giudicato). Questo regime può essere esteso al processo amministrativo, in base al c.d. rinvio esterno (art. 39, co. 1, c.p.a.). Questa delimitazione "di massima" dell'oggetto del giudicato trova poi conferma nell'art. 8 c.p.a., secondo cui nelle materie in cui non esercita giurisdizione esclusiva, il g.a. «conosce, senza efficacia di giudicato, di tutte le questioni pregiudiziali o incidentali relative a diritti, la cui risoluzione sia necessaria per pronunciare sulla questione principale» (co. 1), salvo le questioni pregiudiziali riservate al giudice ordinario (stato e capacità, tranne la capacità di stare in giudizio, e questione di falso). Infatti, tale norma

to di giurisdizione ordinaria perché sussiste la giurisdizione amministrativa.

Nell'ipotesi sub (b) (il provvedimento riguarda il medesimo fatto concreto), invece, il provvedimento amministrativo e l'emanando provvedimento giurisdizionale guardano alla medesima vicenda sotto profili diversi, a fini diversi, applicando norme diverse e disponendo diversi effetti: essi non interferiscono. Al più, atto amministrativo e provvedimento giurisdizionale possono essere vicendevolmente argomento per la dimostrazione della verità/correttezza della ricostruzione del fatto. Ciò accade perché l'ordinamento giuridico qualifica diversamente il medesimo fatto storico a fini diversi (c.d. pluri-qualificazione dei fatti)

15 Esempio in questo senso la trattazione di R. VILLATA, "Disapplicazione" dei provvedimenti amministrativi, cit., 31 ss.

16 In passato anche negli artt. 12 e 13 c.p.c., ossia nella versione previgente di queste due disposizioni: cfr., per tutti, C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, Padova, 2005, 136, anche per i riferimenti alla dottrina processualcivile.

presuppone (e dunque conferma) la distinzione tra questioni principali, decise con efficacia di giudicato, e questioni pregiudiziali, decise senza efficacia di giudicato – salvo che le parti lo richiedano o la legge lo imponga e purché il giudice amministrativo sia munito di giurisdizione.

Pertanto, il metodo impiegato dalla dogmatica a proposito dell'efficacia di giudicato della disapplicazione pronunciata dal giudice ordinario deve essere utilizzato anche per definire se e come la disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del g.a. possa essere oggetto del giudicato. Sicché si deve:

- (a) rappresentare se e come il g.a. disapplica gli atti amministrativi;
- (b) definire il “ruolo” della disapplicazione di questi atti rispetto al giudizio amministrativo; e
- (c) trarne se la disapplicazione è coperta o meno dal giudicato.

2. La giurisprudenza del g.a. sulla disapplicazione

In primo luogo, il giudice amministrativo in sede di giurisdizione di legittimità esclude la disapplicazione degli atti direttamente lesivi: l'atto che arreca il pregiudizio deve essere impugnato entro il termine di decadenza e ammetterne la disapplicazione permetterebbe di eludere il termine decadenziale¹⁷. Tale considerazione sistematica, da tempo immemore presente in giurisprudenza, è oggi corroborata da un argomento testuale fondato sull'art. 34, co. 2, c.p.a. In base a tale disposizione, salvo quando conosca dell'illegittimità del provvedimento a fini risarcitori, «il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento di cui all'articolo 29». La disapplicazione ha come presupposto l'accertamento dell'illegittimità del provvedimento. Il provvedimento lesivo deve essere impugnato con l'azione di annullamento entro il termine di decadenza. Sicché il provvedimento direttamente lesivo non può essere disapplicato, perché il giudice non può

¹⁷ Di recente, *ex plurimis*, TAR Abruzzo, L'Aquila, Sez. I, 6 dicembre 2021 n. 543, a proposito della non disapplicabilità di un permesso di costruire, peraltro su eccezione della p.a. che lo aveva rilasciato. Si trattava in particolare del permesso di costruire che fungeva da premessa negli argomenti svolti dal ricorrente contro il diniego di permesso di costruire in sanatoria di cui chiedeva l'annullamento.

conoscere dell'illegittimità di quel provvedimento per via della sua omessa impugnazione¹⁸.

Sempre in sede di giurisdizione generale di legittimità, è ormai acclarato che il giudice non debba disapplicare il provvedimento lesivo quando giudica del risarcimento dei danni da questo arrecati¹⁹: il giudice accerta l'illegittimità quale elemento dell'illecito (*arg. ex* art. 30, co. 3, e art. 34, co. 4, c.p.a.), ma non ne disapplica gli effetti; anzi, gli effetti del provvedimento lesivo sono la causa (o la con-causa, insieme all'esecuzione) del danno e quindi devono essere presi in considerazione dal giudice, almeno ai fini della valutazione del nesso eziologico.

Si può poi configurare, in sede di giurisdizione esclusiva, il potere del g.a. di disapplicare il provvedimento direttamente lesivo dei diritti soggettivi, al pari del giudice ordinario²⁰. Tale conclusione è l'esito di un ragionamento "analogico" da tempo praticato nel nostro ordinamento, grazie al quale quando il g.a. è chiamato a conoscere dei diritti soggettivi si equiparano i poteri del giudice amministrativo a quelli del giudice ordinario e, di conseguenza, gli strumenti di tutela del cittadino esperibili innanzi al g.a. rispetto a quelli di cui disporrebbe davanti al g.o.²¹. Come si è visto, infatti, il giudice ordinario nei rari casi in cui è

18 V'è in realtà qualche sentenza, ancorché isolata, di carattere opposto: cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 19 dicembre 2019 n. 8568, che ha disapplicato una sanzione dell'AGCM per intesa restrittiva della concorrenza, annullata da TAR e Consiglio di Stato su ricorso di imprese diverse da quella che aveva instaurato il giudizio, in relazione ad una domanda di ripetizione (per indebito oggettivo) della somma versata da una delle imprese che erano state sanzionate ma che non aveva impugnato la sanzione anti-trust. Si tratta probabilmente, più che di una disapplicazione vera e propria, dell'estensione degli effetti soggettivi del giudicato di annullamento formatosi sul provvedimento sanzionatorio. Critico sulla soluzione adottata dal Consiglio di Stato F. GOISIS, *La disapplicazione come strumento di estensione del giudicato eliminatório in materia sanzionatoria antitrust?*, in *Dir. proc. amm.*, 2020, 756 ss.

19 Per tutti, R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, 2011, 216 ss., anche per la ricostruzione della discussione sul punto, molto florida all'interno del dibattito sulla c.d. pregiudiziale amministrativa, in cui il divieto di disapplicazione dell'atto lesivo era uno degli argomenti su cui il Consiglio di Stato fondava la tesi dell'inammissibilità della domanda autonoma di risarcimento del danno.

20 Cfr. V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, 162 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 149 ss.

21 Basti pensare all'estensione degli strumenti istruttori del giudizio ordinario alle controversie di giurisdizione esclusiva del g.a. conseguita alla sentenza della Corte cost. n. 146/1987. Sul punto, cfr. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 236 s.; nonché ID., *Disapplicazione*, cit., 296 s.; R.

chiamato a giudicare di un atto amministrativo lesivo di un diritto soggettivo in una controversia tra cittadino e p.a., può disapplicare l'atto direttamente lesivo in via principale. Sicché, si ritiene, anche il giudice amministrativo può disapplicare l'atto direttamente lesivo di un diritto soggettivo²². Tuttavia, si tratta di un'ipotesi marginale e che la giurisprudenza continua a rifiutare, tenendo fermo l'onere di impugnazione del provvedimento entro il termine di decadenza anche in sede di giurisdizione esclusiva²³.

L'unico caso in cui il g.a. effettivamente disapplica gli atti amministrativi riguarda gli atti normativi e gli atti generali: quale che sia la giurisdizione che si trovi ad esercitare, il giudice amministrativo disapplica gli atti amministrativi normativi e generali illegittimi²⁴, con la sola eccezione dei bandi di gara e di concorso.

Si tratta di un'evoluzione della giurisprudenza definitivamente consolidatasi nella seconda metà degli anni '90 del Novecento. Prima di allora, infatti, sulla base di una distinzione della dottrina²⁵, la giurisprudenza ha distinto tra i

DIPACE, *La disapplicazione*, loc. ult. cit.

22 Non a caso, nei primi casi di disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice amministrativo in favore del ricorrente (ossia di disapplicazione a cui conseguiva l'accoglimento del ricorso), il giudice amministrativo si rifugiava anche nell'argomento di esercitare la giurisdizione esclusiva e di decidere su un diritto soggettivo: cfr. Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992 n. 154, in *Dir. proc. amm.*, 1992, 53, criticata sul punto da E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di ufficio di norma regolamentare illegittima*, in *Giur. it.*, 1993, II, 1, 653 ss.; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998, 33 ss. Cfr. su questo profilo anche le considerazioni di F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 237 ss.

23 Cfr. relativamente di recente Cons. Stato, Sez. VI, 11 settembre 2013 n.4490, nonché le parole di A. DE ROBERTO, «Non applicazione» e «disapplicazione» dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministrativa, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 22 ss.

24 In realtà, nelle ipotesi in cui la legge riconosca al giudice ordinario una giurisdizione piena sugli atti amministrativi (come nel caso delle sanzioni amministrative di cui alla l. n. 689/1981), ossia comprensiva del potere di annullamento dell'atto lesivo, in deroga al divieto di cui all'art. 4, co.1, l. ab. cont., anche il giudice ordinario può disapplicare l'atto presupposto (l'atto precedente a quello impugnato e che l'atto impugnato applica o esegue o l'atto che deve precedere l'atto impugnato in una sequenza di provvedimenti) o l'atto amministrativo che funge da parametro di legittimità dell'atto impugnato. Cfr. F. FIGORILLI, *Giurisdizione piena del giudice ordinario e attività della pubblica amministrazione*, Torino, 2002, 68 ss.

25 Si tratta di una distinzione elaborata da SANTI ROMANO, *Principi di diritto costituzionale*, II ed., Milano, 1946, 82, applicata all'impugnazione dei regolamenti da A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 870, part. 882 ss.

regolamenti (e poi gli atti amministrativi generali) volizione-azione e i regolamenti (e poi gli atti amministrativi generali) volizione preliminare, o per meglio dire le parti di quegli atti che consistono in una volizione-azione e le parti di quegli atti che consistono in una volizione preliminare²⁶. Nel primo caso (volizione-azione), l'amministrazione produce un effetto giuridico concreto e individuale, assimilabile a quello del provvedimento (in senso stretto) e che dunque onera il privato all'impugnazione entro il termine di decadenza. Nel secondo caso (volizione preliminare), l'amministrazione pone una norma generale ed astratta, diretta solo all'amministrazione che l'applicherà esercitando un potere amministrativo. In termini più analitici, con la volizione-azione l'amministrazione produce una norma concreta e a struttura categorica ('dato che si è verificato il presupposto, allora effetto giuridico'), cioè *dispone* la produzione dell'effetto giuridico²⁷. Con la volizione preliminare, l'amministrazione pone una norma a struttura condizionale ('se fattispecie astratta, allora conseguenza giuridica'), la cui fattispecie astratta è generale, ossia i cui destinatari non siano individuabili nominativamente almeno *a priori*. Con la volizione preliminare l'amministrazione non dispone l'effetto giuridico, ma disciplina l'esercizio di un potere amministrativo, ossia *prescrive* in quali casi la stessa o un'altra amministrazione dovrà o potrà disporre un certo effetto giuridico (eventualmente consentendole di modularlo)²⁸. Tale prescrizione non è immediatamente lesiva, ma lo diviene una volta adottato il provvedimento applicativo (ossia una volta disposto l'effetto

26 Cons. Stato, Sez. V, 22 ottobre 1960 n. 743, in *Foro amm.*, 1961, I, 338; Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 1979 n. 645, in *Giur. it.*, 1980, III, 1, 286; Cons. Stato, Sez. IV, 15 febbraio 1985 n. 49, in *Giur. it.*, 1985, III, 1, 369. Ma cfr. già Cons. Stato, Sez. IV, 18 agosto 1936 n. 820, in *Il Consiglio di Stato nel quinquennio 1936 – 40*, vol. 2, 688 s.

La distinzione figura ancora nella giurisprudenza: a mero titolo d'esempio, TAR Campania, Napoli, Sez. I, 5 gennaio 2021 n.57.

27 In altre parole ancora, la p.a. pone una norma costitutiva o dispositiva, nel senso in cui intende questo lemma G. CARCATERRA, *Le norme costitutive*, Milano, 1974; ID., *La forza costitutiva delle norme*, in ID., *Norme giuridiche e valori etici. Saggi di filosofia del diritto*, Roma, 1991, 99 ss.

Si tratta in questo caso di un enunciato meramente performativo dell'amministrazione. Sulla distinzione tra performativo e deontico negli atti amministrativi, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, cit., 346 ss.

28 Si tratta cioè di un enunciato deontico, non performativo, che pone condizioni di validità di un potere amministrativo. Cfr. la nota precedente.

giuridico nei confronti del ricorrente, previsto dalla norma a struttura condizionale). Di conseguenza, sulla base della giurisprudenza secondo la quale l'onere di impugnazione vige (e dunque il relativo termine decorre) nel momento in cui v'è interesse a ricorrere, cioè quando si produce la lesione, si conclude(va) per l'impugnabilità congiunta della prescrizione prodotta dall'amministrazione con il provvedimento applicativo²⁹.

Questo orientamento, attualmente ancora granitico per le norme dei bandi di concorso e di gara³⁰, è stato superato negli anni '90 per gli atti normativi e gli altri atti generali.

Il giudice amministrativo, oggi, disapplica le prescrizioni prodotte da regolamenti, atti generali a portata normativa, circolari e atti simili³¹, ossia le pre-

29 Cfr. la giurisprudenza già richiamata, nonché A. ROMANO, *Osservazioni*, cit.

Tuttavia, secondo Alberto Romano la volizione preliminare impugnata insieme al provvedimento lesivo doveva essere semplicemente disapplicata, senza efficacia di giudicato, quale questione pregiudiziale rispetto alla questione principale dell'annullamento del provvedimento lesivo: infatti, posta la premessa dell'efficacia *erga omnes* dell'annullamento del regolamento o dell'atto generale (indiscussa in giurisprudenza tanto all'epoca quanto oggi - cfr. Cons. Stato, Ad. plen., 27 febbraio 2019 n. 4 e 27 febbraio 2019 n. 5), si notava che al ricorrente non interessava l'annullamento, nemmeno parziale, del regolamento o dell'atto generale, ma solo l'annullamento del provvedimento lesivo; sicché una pronuncia con efficacia di giudicato sull'atto parametro sarebbe stata sproporzionata rispetto alla soddisfazione dell'interesse del ricorrente, cui deve essere parametrata la portata della pronuncia in una giurisdizione di diritto soggettivo. La giurisprudenza dell'epoca, pur aderendo alla distinzione tra norma regolamentare o di atto generale immediatamente lesiva o meno e dunque all'idea dell'impugnabilità della norma di "fonte amministrativa" non immediatamente lesiva insieme al provvedimento lesivo, riteneva tuttavia che il ricorrente dovesse chiedere e il giudice dovesse pronunciare l'annullamento della norma "volizione preliminare", principalmente sostenendo che l'art. 5 l. ab. cont. disciplinasse solo i poteri del giudice ordinario e che dunque al giudice amministrativo fosse vietato disapplicare qualunque atto amministrativo, anche se a contenuto prescrittivo.

30 In tal senso, si vedano almeno Cons. Stato, Ad. plen., 23 gennaio 2003 n. 1 (su cui si veda L.R. PERFETTI, *Interesse a ricorrere e confini dell'azione di annullamento. Il problema dell'impugnazione del bando di gara*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 809 ss.); Cons. Stato, Ad. plen., 26 aprile 2018 n. 4.

In realtà, talvolta i giudici amministrativi hanno disapplicato anche i bandi, ma si tratta di pronunce rimaste isolate: TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 31 maggio 2000 n. 3831; più di recente Cons. Stato, Sez. V, 13 gennaio 2011 n. 172.

31 Si vedano, a mero titolo d'esempio e di recente, TAR Lazio, Roma, Sez. I, 27 gennaio 2020 n. 1076, che ha disapplicato (d'ufficio e a favore del ricorrente, ossia per accogliere il ricorso) un decreto ministeriale, asserendone la portata normativa (d.m. 129 del 2005), per contrasto con un decreto del Presidente della Repubblica (d.P.R. n. 903 del 1983); Cons. Stato, Sez. IV, 17 aprile 2018 n. 2284, che disapplica una circolare per violazione di normativa primaria (e richiama come precedenti specifici Cons. Stato, Sez. IV, 21 giugno 2010 n. 3877; Cons. Stato, Sez. IV, 13 settembre 2012 n. 4858; Cons. Stato, Sez. VI, 13 settembre 2012 n. 4859; Cons. Stato, Sez. IV, 28 maggio 2013 n. 2916; Cons. Stato, Sez. V, 30 aprile 2014 n. 2268; Cons. Stato, Sez. IV, 8 gennaio 2016 n. 30; Cons. Stato, Sez. IV, 28 gennaio 2016 n. 310; Cons. Stato, Sez. III, 26 otto-

scrizioni di fonte amministrativa, nel giudizio per l'annullamento del provvedimento lesivo (c.d. atto applicativo). Invece, qualora il regolamento o l'atto generale sia immediatamente lesivo, ossia disponga direttamente l'effetto giuridico nei confronti di taluni destinatari, la giurisprudenza ritiene ancora che il privato sia onerato a chiederne l'annullamento entro il termine di decadenza e dunque che quell'atto non possa essere disapplicato (oggi, *ex art. 34, co. 2, c.p.a.*)³².

Il giudice amministrativo trae questo potere di disapplicazione non tanto (o non più) dall'applicazione dell'art. 5 l. ab. cont. anche nel processo amministrativo, ma dal principio di legalità e dal canone *iura novit curia*³³, secondo un ragionamento che può essere riassunto così: il regolamento e l'atto generale che pongono prescrizioni sull'esercizio del potere sono parametro di legittimità del provvedimento lesivo di cui il ricorrente chiede l'annullamento; se il regolamento e l'atto generale sono illegittimi e vengono applicati dal giudice come parametro di legittimità del provvedimento lesivo, perpetuano la loro illegittimità e disarticolano l'ordinamento; sicché il giudice, nell'interpretazione del diritto che è di sua esclusiva competenza anche in assenza di argomenti, difese, eccezioni o domande di parte (per l'appunto *iura novit curia*), assicura preferenza al parametro di legittimità cui l'ordinamento impone di assicurare preferenza (per ragioni di gerarchia o di competenza) e dunque disapplica il regolamento o

bre 2016 n. 4478; Cons. Stato, Sez. III, 1° dicembre 2016 n. 5047); TAR Abruzzo, Pescara, Sez. I, 24 novembre 2007 n. 903, ma già anche Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 1996 n. 222 in *Foro amm.*, 1996, 488, per la disapplicazione di strumenti urbanistici contrastanti con la normativa secondaria.

32 A mero titolo d'esempio, si veda Cons. Stato, Sez. VI, 24 ottobre 2017 n. 4894 ed ivi ulteriori richiami. Secondo una parte della giurisprudenza, l'onere di immediata impugnazione si estende anche ai regolamenti o alle norme dei regolamenti che disciplinano direttamente la condotta dei cittadini (anche se con prescrizioni generali ed astratte) e non il potere della p.a. Sul punto, cfr. di recente TAR Campania, Napoli, Sez. II, 31 gennaio 2022 n. 640.

33 Questo orientamento può essere ricondotto a Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992 n. 194, cit.

Tale ricostruzione assume poi carattere ricorrente nella giurisprudenza più recente. Cfr. a mero titolo d'esempio, Cons. Stato, Sez. VI, 14 luglio 2014 n. 3623; di recente TAR Lazio, Roma, Sez. I, 27 gennaio 2020 n. 1076, secondo cui «l'istituto della disapplicazione di una norma regolamentare, per la sua intima struttura, si sostanzia in un'operazione ermeneutica delle norme che disciplinano il rapporto controverso, per cui può essere compiuta d'ufficio dal giudice e, anche, per la prima volta, in grado d'appello».

l'atto generale nella parte in cui contrastano con il parametro "superiore" (norma di rango ordinario, norma europea, norma costituzionale e così via)³⁴.

Tale disapplicazione è ammessa dalla giurisprudenza (e da più tempo) per respingere il motivo di ricorso: pur in assenza di ricorso incidentale o eccezione da parte di resistente e controinteressato, il giudice può respingere il motivo di annullamento con cui si faccia valere la violazione di un regolamento o di un atto generale illegittimo, disapplicando l'atto invocato dal ricorrente come parametro di legittimità³⁵. A partire da un celebre arresto del 1996³⁶, la giurisprudenza ammette questa disapplicazione anche per accogliere il motivo di ricorso: pur in assenza di impugnazione dell'atto parametro congiunta al provvedimento lesivo, il giudice può applicare direttamente la fonte superiore invocata dal ricorrente che ha "dimenticato" che vige un regolamento o un atto generale difforme, disapplicando il regolamento o l'atto generale.

Tale disapplicazione, almeno nell'impostazione tradizionale, non è in grado di passare in giudicato: si tratterebbe di una disapplicazione in via incidentale, assimilabile a quella praticata dal giudice ordinario nelle controversie fra privati³⁷. Questa ricostruzione è estremamente radicata anche in dottrina. Ad

34 Cfr. per la ricostruzione del fondamento dogmatico di tale ragionamento G. MORBIDELLI, *La disapplicazione*, cit., 39 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 192 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 201 ss.

Già in precedenza la dottrina aveva messo in evidenza le ragioni della disapplicabilità dei regolamenti, nell'ottica della gerarchia delle fonti: cfr. L. CARLASSARE, *Regolamenti dell'esecutivo e principio di legalità*, Padova, 1966, 334 ss.; L. PICCARDI, *Sulla «disapplicazione» degli atti amministrativi*, ora in ID., *Studi sulla giurisdizione amministrativa*, 1968, 199 ss.

35 In questo senso Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992 n. 194, cit.; ma già Cons. Stato, Sez. V, 22 gennaio 1936 n. 68, in *Foro amm.*, 1936, I, 74 (su cui cfr. R. DIPACE, *La disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice amministrativo*, in G. PASQUINI, A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 181 ss.); Cons. Stato, Sez. V, 18 agosto 1936 n. 820, in *Foro amm.*, 1937, I, 45.

Sulla giurisprudenza degli anni '30 cfr. S. BACCARINI, *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*, in *Foro amm.*, 1993, I, 466 ss. (che mette in evidenza la continuità tra la giurisprudenza degli anni '30 e quella degli anni '90 – ma *contra* questa riflessione, G. MORBIDELLI, *La disapplicazione*, cit., 35 ss.); nonché più di recente F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 101 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 155 ss.; S. PERONGINI, *La disapplicazione e le invalidità che ne costituiscono il presupposto*, cit., 4008 ss.

36 Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 1996 n. 222, in *Foro amm.*, 1996, I, 488.

37 Cfr. S. BACCARINI, *Parabola della non disapplicabilità dei regolamenti amministrativi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 161 ss.; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit., 111; R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 53, per

esempio, essa funge da premessa nella discussione circa la preferibilità della disapplicazione delle prescrizioni di fonte amministrativa rispetto all'annullamento o viceversa nell'ottica della certezza del diritto: sia chi ritiene che sia preferibile la disapplicazione per assicurare la certezza degli altri rapporti giuridici fondati sulla norma disapplicata³⁸, sia chi ritiene che sia preferibile l'annullamento per assicurare la certezza dell'estinzione degli effetti "distorsivi" della prescrizione di fonte amministrativa³⁹ da per scontato che la disapplicazione sia oggetto di mera cognizione incidentale, estranea al giudicato.

La disapplicazione di tali prescrizioni non ha tuttavia sostituito la tesi dominante nella giurisprudenza precedente e che, si ripete, ancora regge il regime dell'impugnazione dei bandi di gara e di concorso, ma l'ha integrata⁴⁰. Sicché, pur tralasciando l'ipotesi del regolamento e dell'atto generale che dispongono effetti concreti e che dunque devono essere immediatamente impugnati (perché immediatamente lesivi), si possono porre le seguenti alternative:

(a) il ricorrente chiede (e il giudice pronuncia) l'annullamento della prescrizione che legittima il provvedimento lesivo insieme al provvedimento lesivo. In questo caso, l'annullamento della prescrizione ha efficacia di giudicato – l'efficacia *erga omnes* che la giurisprudenza pacificamente riconosce all'annullamento di tal genere di norme;

quanto riguarda i regolamenti e gli atti amministrativi generali (anche se Dipace non esclude la disapplicazione dell'atto direttamente lesivo, di qualunque natura).

38 Anche in virtù della sproporzione dell'annullamento (*erga omnes*) della norma regolamentare per la tutela del ricorrente, interessato all'annullamento del provvedimento lesivo: A. ROMANO, *Disapplicabilità di norme regolamentari (sfaccettature di un problema)?*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 125 ss.; L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, ivi, 186 ss. (per l'esposizione degli argomenti a favore della disapplicazione); S. BACCARINI, *Parabola*, loc. cit.; F. PUGLIESE, *Ragioni a favore della "disapplicazione" degli atti normativi, degli atti presupposti e degli stessi provvedimenti impugnati*, ivi, 205 ss.; F.P. LUISO, *Impugnazione e "disapplicazione" degli atti normativi*, ivi, 219 ss.; G. VACIRCA, *Disapplicazione dei regolamenti illegittimi*, ivi, 243 s.

39 Cfr. in questo senso G. MORBIDELLI, *La disapplicazione*, cit., 44 s.; G. ZAGARI, *Impugnazione e disapplicazione della normativa regolamentare*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 88 ss.; L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, ivi, 189 ss.; S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, ivi, 195 ss.; P.G. LIGNANI, *Disapplicazione e incertezza del diritto*, ivi, 227 ss.;

40 Si veda, a mero titolo d'esempio e di recente, TAR Lazio, Roma, Sez. II, 27 ottobre 2020, n.10981; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit. 240, parla infatti di un «sistema di tutela mista sui regolamenti, di annullamento e disapplicazione».

(b) il giudice disapplica, su domanda del ricorrente o meno, la prescrizione che legittima il provvedimento lesivo e perciò annulla il provvedimento lesivo. In questo caso, la disapplicazione non ha efficacia di giudicato, perché verte su questione pregiudiziale, diversamente dall'annullamento del provvedimento lesivo che invece assume efficacia di giudicato (con effetti limitati alle parti del giudizio);

(c) il controinteressato o l'amministrazione (quantomeno se è diversa dall'amministrazione che ha adottato la prescrizione in discussione) propone ricorso incidentale chiedendo l'annullamento della prescrizione che comporterebbe l'annullamento del provvedimento impugnato dal ricorrente. In tal caso, la pronuncia di annullamento della prescrizione passa in giudicato;

(d) il giudice disapplica, su eccezione del resistente e/o del controinteressato o meno, la prescrizione illegittima che comporterebbe l'annullamento del provvedimento lesivo impugnato dal ricorrente. In questo caso la disapplicazione non ha efficacia di giudicato⁴¹.

Una questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa può venire in rilievo anche nel giudizio avverso il silenzio: ad esempio, per il regolamento che disciplina il termine di conclusione del procedimento. Sebbene non risulti che la giurisprudenza se ne sia mai occupata, la questione pare avere i medesimi contorni: vi può essere la disapplicazione della prescrizione posta dall'amministrazione ai fini dell'accoglimento del ricorso avverso il silenzio o ai fini del suo rigetto; e in entrambi i casi il ricorrente o le parti convenute posso-

41 Resta estranea all'oggetto del presente scritto la questione della portata del giudicato di rigetto del motivo, anche se cagionata dalla disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa. Il punto controverso è se almeno per l'amministrazione il rigetto del motivo di ricorso possa comportare l'efficacia di accertare l'assenza del vizio e quindi precludere l'esercizio del potere di autotutela. Su tale questione, si vedano, senza alcuna pretesa di completezza: S. LESSONA, *Giudicato di legittimità dell'atto amministrativo e potere di autoimpugnativa*, in *Foro it.*, 1949, III, 172 ss.; P. MOREA, *Giudicato amministrativo e vincoli della P.A. Spunti ricostruttivi*, in *TAR*, 1981, 163 ss.; G. PALEOLOGO, *Intervento al XXVII Convegno di studi di Scienza dell'amministrazione sul tema "il giudizio di ottemperanza"*, Milano 1983, 283; M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, 1989, 56 ss.; P.M. VIPIANA, *Contributo allo studio del giudicato amministrativo: profili ricognitivi ed individuazione della natura giuridica*, 149 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo nella teoria del processo*, Milano, 2016, 171 ss.; S. VACCARI, *Atti vincolati, vizi procedurali e giudicato amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2019, 481 ss., § 5.

no chiederne l'annullamento in via principale o incidentale, contestualmente alla domanda avverso il silenzio (che radica l'interesse a ricorrere contro la prescrizione che disciplina la conclusione del procedimento). Nel primo caso, estendendo le conclusioni della giurisprudenza appena esposta, il g.a. conosce dell'illegittimità della prescrizione *incidenter tantum*, mentre nel secondo ne conosce con efficacia di giudicato (e nel rito ordinario, per via del cumulo di domande).

Grazie all'identità del ruolo della disapplicazione nel giudizio di annullamento e in quello avverso il silenzio, per alleggerire l'esposizione ci si riferirà solo al giudizio di annullamento, con l'avvertenza che tutto quanto si dirà in seguito va esteso anche al giudizio avverso il silenzio.

3. La disapplicazione come pronuncia costitutiva oggetto di giudicato

Proseguendo secondo il metodo indicato dalla dogmatica sulla disapplicazione da parte del giudice ordinario, ci si deve chiedere se la questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa sia una questione pregiudiziale e perciò se essa possa o debba essere soggetta a tale regime; oppure sia inevitabilmente oggetto del giudicato.

Tralasciando l'aporia del trattamento processuale dei bandi di gara e di concorso, la giurisprudenza sembra trattare la questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa come una questione pregiudiziale: se le parti richiedono di esaminarla con la forza del giudicato, tramite la domanda di annullamento in via principale, il giudicato include anche la soluzione della questione di illegittimità di tale prescrizione; se le parti non lo richiedono, il giudice (eventualmente anche d'ufficio, sulla base del canone *iura novit curia*) ne conosce incidentalmente ed eventualmente la disapplica, senza efficacia di giudicato⁴².

42 Analogamente G. VERDE, *Disapplicazione del giudice ordinario e del giudice amministrativo*, in AA. VV., *Impugnazione e "disapplicazione"*, cit., 262 s.; opta per questo modo di intendere la cognizione dell'illegittimità dell'atto disapplicato anche R. DIPACE, *La disapplicazione*, cit., 45 ss.

F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 111 ss., invece anche se imposta in questi termini l'analisi dei profili processuali della disapplicazione dei regolamenti, poi solleva in termini almeno parzialmente diversi il problema del giudicato sulla disapplicazione (115), come si vedrà più avanti.

L'ipotesi che la questione di illegittimità della norma di fonte amministrativa sia una questione pregiudiziale potrebbe essere poi corroborata dall'art. 13, co. 4 *bis*, c.p.a. In base a tale disposizione, la competenza viene determinata dall'efficacia del «provvedimento da cui deriva l'interesse a ricorrere» (ossia dal provvedimento lesivo): il giudice competente per questo provvedimento è competente anche a giudicare degli atti presupposti, «tranne che si tratti di atti normativi o generali, per la cui impugnazione restano fermi gli ordinari criteri di attribuzione della competenza». Il riferimento alla sola «impugnazione» degli atti normativi e generali e non alla semplice cognizione circa la questione di illegittimità delle norme da quegli atti prodotti, potrebbe essere letto come un'eco dell'art. 34 c.p.c.: il giudice competente sulla questione principale, ossia sull'annullamento del provvedimento lesivo, decide senza efficacia di giudicato la questione pregiudiziale di illegittimità della norma di fonte amministrativa; se invece una delle parti impugna (anche solo parzialmente) l'atto normativo o generale, cioè ne chiede l'annullamento (anche solo parziale) tramite ricorso principale o incidentale perché il giudice decida sulla questione pregiudiziale con efficacia di giudicato, allora la competenza viene rimessa al giudice competente sulla questione pregiudiziale.

Tale ipotesi è però incompatibile con l'idea (anche) della giurisprudenza secondo cui la disapplicazione è un'operazione ermeneutica, di soluzione delle antinomie, legittimata dal canone *iura novit curia*: se così fosse, infatti, la disapplicazione sarebbe la (costruzione della) *causa petendi* e *decidendi* e dunque sempre oggetto del giudicato⁴³.

Detto altrimenti, secondo la posizione “tradizionale”, la questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa è una questione pregiudiziale ai fini della portata del giudicato, ma è parte della *causa petendi* e *decidendi* ai fini della fonte e della titolarità del potere di disapplicare.

43 Sull'inclusione della *causa petendi* e *decidendi* nell'efficacia oggettiva del giudicato si veda la dottrina citata innanzi, alla nota 10.

È difficile mettere in dubbio che la questione di illegittimità della prescrizione di fonte amministrativa sia un antecedente in senso logico della sentenza (o del capo di sentenza) che si pronuncia sull'illegittimità del provvedimento che applica o meno quella prescrizione. Ed è altrettanto difficile mettere in dubbio che la conclusione di quella questione (disapplicazione o applicazione di quella prescrizione) contribuisca a completare la *causa petendi e decidendi*. Sicché sembrerebbe inevitabile propendere per una delle due alternative innanzi delineate.

Tale impostazione della questione assume tuttavia che la disapplicazione sia un mero accertamento. Tanto la questione pregiudiziale, quanto il punto meramente antecedente rispetto ad uno degli elementi della questione principale possono essere rappresentati solo da accertamenti, ossia da mere qualificazioni giuridiche di fatti, ma non possono avere né efficacia costitutiva, né efficacia di condanna⁴⁴. La cognizione meramente incidentale (eventuale per la questione pregiudiziale o inevitabile per l'antecedente di uno degli elementi della questione principale) esclude infatti che la decisione su quella questione o su quel punto possa produrre effetti eliminatori, modificativi o obbligatori nei confronti di atti o persone. Se la questione antecedente ha portata costitutiva o di condanna, se cioè è necessario alla costruzione della questione principale la produzione di un effetto costitutivo o di condanna, allora la questione antecedente dà luogo ad un altro dispositivo, ad un autonomo *petitum e decisum*, inevitabilmente oggetto del giudicato⁴⁵. Sicché qualificare la disapplicazione della

44 Cfr. M. CAPPELLETTI, *Il valore delle sentenze straniere in Italia*, in *Riv. dir. proc.*, 1965, 203 ss., part. 205; V. DENTI, *Questioni pregiudiziali. Diritto processuale civile*, in *Nss. Dig. it.*, Torino, 1967, XIV, 676; C.E. GALLO, *Questioni pregiudiziali. III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1991, XXV, 8.

45 Che sul *petitum* e dunque sul *decisum* si formi il giudicato è uno dei pochi aspetti della portata oggettiva del giudicato su cui la dogmatica concorda e a prescindere dalla ricostruzione dell'oggetto del processo amministrativo su cui le differenti tesi si fondano: A.M. SANDULLI, *Consistenza ed estensione dell'obbligo delle autorità amministrative di conformarsi ai giudicati*, Milano, 1960, 39 ss.; F. BENVENUTI, *Giudicato (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1969, XVIII, 803 ss.; E. CAPACCIOLI, *Per l'effettività della giustizia amministrativa (saggio sul giudicato amministrativo)*, in *ID.*, *Scritti vari di diritto pubblico*, Padova, 1978, 465 ss.; M. NIGRO, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in *AA. VV.*, *Il giudizio di ottemperanza. Atti del XXVII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione, Varenna 17-19 settembre 1981*, Milano, 1983, *passim*; nella dogmatica più re-

prescrizione di fonte amministrativa come questione pregiudiziale o punto antecedente rispetto alla *causa petendi e decidendi*, prefigurando perciò anche solo l'eventualità della sua cognizione meramente incidentale, presuppone che la disapplicazione sia una questione di mero accertamento⁴⁶.

Secondo una parte della dottrina la disapplicazione è infatti un potere dichiarativo⁴⁷, principalmente sulla base dell'interpretazione degli artt. 4 e 5 della l. ab. cont. Per effetto dell'art. 4, co. 2, l. ab. cont. al giudice ordinario è precluso «rivoca[re] o modifica[re]» l'atto amministrativo: il g.o. può solo disapplicarlo ex art. 5. Il divieto di revoca e modifica include il divieto di annullamento, di modo che al giudice è vietato disporre qualsivoglia effetto costitutivo sugli atti amministrativi, sulla base della separazione dei poteri intesa in senso rigido e formalistico. Se ne trae che la disapplicazione è un potere di mero accertamento, non costitutivo⁴⁸. Pertanto, si ritiene che la disapplicazione consista nel “congelare” gli effetti dell'atto illegittimo ai fini della controversia: il giudice ignora gli effetti prodotti dall'atto illegittimo per decidere la controversia, li considera *tamquam non essent*⁴⁹. Più analiticamente e fuor di metafora, in quest'impostazione la disapplicazione «è un impedimento di carattere processuale alla produzione dell'effetto dell'atto nella controversia»⁵⁰, un «accerta-

cente, M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, cit., 44 ss. e *passim*; C. CALABRÒ, *Giudicato. III) Diritto processuale amministrativo*, in *Enc. giur.*, Roma, 1989, XV, 2; C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 129 ss.; S. VALAGUZZA, *Il giudicato amministrativo*, cit., 171 ss.; S. VACCARI, *Il giudicato amministrativo*, cit., 31 ss.

46 Cfr. C.E. GALLO, *Questioni pregiudiziali*, cit., 8.

47 In questo senso, espressamente, L. PICCARDI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1968, 602 s.; M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Enc. dir.*, Milano, XIX, 1970, 289 ss.; S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4006 s. (il quale tuttavia scinde la disapplicazione dai suoi effetti, considerando la disapplicazione l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, «alla quale consegue una sentenza costitutiva di inidoneità di quest'ultimo a produrre i suoi effetti tipici, limitata alla vicenda sottoposta alla diretta cognizione del giudice».

48 Cfr. l'argomento portato da M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria*, cit., 290. In questo senso sembra intendere tali disposizioni anche S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4006 s.

49 P. STELLA RICHTER, *Giudizio civile e pubblica amministrazione*, in *Giust. civ.*, 1979, II, 79; L. VERRIENTI, *Art. 5 Lab. cont. amm.*, in A. ROMANO, *Commentario breve alle leggi sulla giustizia amministrativa*, Padova, 1992, 88.

50 E. CANNADA BARTOLI, *La disapplicazione*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, cit., 146.

mento giudiziale dell'illegittimità del provvedimento, da cui consegue *ope legis* la perdita dell'efficacia per il caso concreto»⁵¹, il giudice che disapplica l'atto «si limit[a] a dichiararlo inefficace per quanto riguarda il caso sottoposto al suo giudizio»⁵².

Tuttavia, l'argomento sistematico non può essere esteso al giudice amministrativo. A quest'ultimo è infatti espressamente attribuito il potere di annullare gli atti amministrativi⁵³. Sicché nel processo amministrativo manca il divieto "generale" di disporre l'estinzione (quantomeno) degli effetti giuridici dell'atto dal quale si trarrebbe la natura dichiarativa del potere di disapplicare. Inoltre, l'argomento sistematico, anche nel processo innanzi al g.o., si fonda un equivoco. Pur ad ammettere l'interpretazione tradizionale dell'art. 4, co. 2, l. ab. cont., secondo cui tale disposizione vieta al giudice ordinario di estinguere o modificare gli effetti dell'atto amministrativo, comunque l'art. 5 l. ab. cont. (secondo l'interpretazione altrettanto tradizionale) gli attribuisce il potere di disapplicare. Sicché, anche ad ammettere che l'art. 4 l. ab. cont. vieti al giudice ordinario di adottare pronunce costitutive su atti amministrativi, l'art. 5 l. ab. cont. potrebbe costituire un'eccezione a quel divieto.

Inoltre, questo argomento si fonda sulla distinzione tra disapplicazione e annullamento, secondo un ragionamento di questo tipo: disapplicazione e annullamento sono poteri diversi; il potere di annullare ha efficacia costitutiva; *ergo* quello di disapplicare non ha efficacia costitutiva. Tale modo di ragionare cela però una petizione di principio. Esso infatti assume che la disapplicazione e l'annullamento si distinguano sulla base della natura degli effetti: solo se la disapplicazione e l'annullamento si distinguono per la natura dichiarativa e costitutiva degli effetti, allora l'efficacia costitutiva dell'annullamento implica l'efficacia dichiarativa della disapplicazione. Tuttavia, così ragionando, la natura dichiarativa della disapplicazione è (anche) la premessa del ragionamento, non (solo)

51 M.S. GIANNINI, A. PIRAS, *Giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria nei confronti della pubblica amministrazione*, cit., 291

52 S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4006 s.

53 Fin dalla legge n. 5992 del 1889; oggi cfr. art. 29 c.p.a.

la sua conclusione: il ragionamento è circolare, per l'appunto è una petizione di principio⁵⁴. Del resto, la differenza tra disapplicazione e annullamento potrebbe risiedere anche nell'oggetto di questi due poteri, ancorché entrambi costitutivi: l'annullamento potrebbe riguardare l'atto, la disapplicazione solo gli effetti dell'atto rilevanti per la decisione della controversia⁵⁵.

Di poi, anche chi afferma la natura dichiarativa della disapplicazione rileva che la disapplicazione non opera per gli atti nulli o inesistenti, sostenendo che la loro inefficacia rende inutile la disapplicazione⁵⁶. Tale affermazione presuppone che la disapplicazione incida in qualche modo (almeno) sugli effetti dell'atto disapplicato, producendo un'efficacia almeno in senso lato costitutiva.

Si potrebbe però obiettare che la disapplicazione delle prescrizioni di fonte amministrativa sia non il potere previsto dall'art. 5 l. ab. cont., ma una disapplicazione di carattere "ermeneutico", fondata sul principio di legalità e sulla garanzia della gerarchia delle fonti. Così intesa, la disapplicazione sarebbe un metodo di risoluzione delle antinomie, non un potere costitutivo. Tuttavia, per un verso, l'antinomia è solo il presupposto della disapplicazione. L'antinomia è

54 Più precisamente, la petizione di principio è la fallacia logica che consiste «nel presupporre per la dimostrazione un equivalente o sinonimo di ciò che si vuole dimostrare» (G. PRETI, *Petitio principii*, in N. ABBAGNANO, *Dizionario di filosofia*, III ed. agg. e ampliata a cura di G. FORNERO, Torino, 2013, 818, ossia un ragionamento «nel quale si assumono come premesse una o più proposizioni che sono identiche (o semplicemente equivalenti) alla conclusione che deve essere dimostrata, o che avrebbero bisogno della conclusione per essere provate, o che sono più forti della conclusione stessa e la contengono come caso particolare o come sua conseguenza immediata» (A. CHURCH, *Petitio principii*, in D.D. RUNES, *The Dictionary of Philosophy*, trad. it. a cura di A. DEVIZZI, *Dizionario di filosofia*, Milano, 1963).

Si tratta di una fallacia di presunzione: essa, in realtà, produce un sillogismo tecnicamente valido, giacché la conclusione "segue" dalle premesse; tuttavia, è un sillogismo inutile, ossia privo di capacità dimostrativa perché la conclusione si "annida" nelle premesse: cfr. I.M. COPI – C. COHEN, *Introduction to Logic*, 1998, trad. it. a cura di G. LOLLI, *Introduzione alla logica*, Bologna, III ed., 2006, 192 s., ossia è tautologico.

55 Come sostiene, a mero titolo d'esempio, F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, Milano, 1965, 116 (in nota).

56 In questo senso, L. MONTESANO, *Processo civile*, loc. cit.; P.G. GALASSI, *L'istituto della "disapplicazione" nell'attuale contesto giuridico*, in TAR, 1977, II, 89, il quale riporta che «non v'è dubbio che non si da adito alla disapplicazione quando l'atto è nullo: in tale ipotesi non viene disapplicato alcunché, ma si prende soltanto atto che il provvedimento amministrativo è *tamquam non esset*».

Tale ragionamento si fonda sull'assunto, tutt'altro che scontato, dell'inefficacia dell'atto amministrativo nullo. Contro quest'assunto, cfr. M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo*, Pisa, 2013, 300 ss.; nonché, se si vuole, F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., 90 ss.

infatti il contrasto tra norme, tale che la norma gerarchicamente inferiore o soccombente in base al criterio di competenza risulta illegittima, se prodotta da un atto successivo rispetto alla norma “superiore” (in senso lato). Questo peculiare caso di antinomia è una delle forme di illegittimità: in particolare, l’illegittimità sintattica⁵⁷. Si tratterebbe al più di una peculiare ipotesi di disapplicazione, con l’esclusione di tutte le illegittimità dei regolamenti e degli atti generali rientranti nell’illegittimità pragmatica: ossia di tutte le illegittimità che attengono più propriamente all’atto (vizi formali, di competenza o attribuzione, procedurali, di eccesso di potere). Sicché, affermare che la disapplicazione è un metodo di risoluzione delle antinomie significa solo che la disapplicazione è uno dei rimedi contro talune delle illegittimità delle prescrizioni di fonte regolamentare. Con la conseguenza che tale argomento non prova alcunché in relazione agli effetti della disapplicazione: la medesima illegittimità può condurre anche all’annullamento della medesima norma (ossia all’annullamento parziale dell’atto che l’ha prodotta), ossia all’esercizio di un potere costitutivo.

Del resto, e più in generale, tutte le antinomie si risolvono tramite l’inefficacia della norma “soccombente”. Se la norma di fonte “superiore” è successiva, essa abroga la norma “inferiore”: *lex posterior derogat priori*. Si tratta di un rimedio esclusivamente fondato sull’efficacia. Se la norma di fonte “superiore” è invece precedente, la norma “inferiore” è illegittima e viene rimossa, anche al solo fine di decidere la singola controversia. Le norme di cui si discute, come tutte le altre prescrizioni dell’ordinamento, si rivolgono (per quanto qui rileva) tanto all’amministrazione, quanto al giudice, vincolando entrambi alla loro applicazione: all’amministrazione come disciplina per l’esercizio del potere amministrativo, al giudice come disciplina della decisione⁵⁸. Sicché, quando il giudice

57 Ossia l’incompatibilità tra la prescrizione “inferiore” e quella “superiore”, sulla base delle opposizioni deontiche. Sul punto sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., 346 ss., nonché 555 ss.

58 È la complessità deontica delle norme (anche) costitutive. Sul punto sia consentito rinviare nuovamente a F. FOLLIERI, *Logica del sindacato*, cit., 129 ss.

disapplica la prescrizione di fonte amministrativa, estingue quantomeno l'efficacia vincolante che quella prescrizione produce nei suoi confronti.

In sostanza, spogliandosi da ipoteche concettuali, la disapplicazione è un potere costitutivo. Anche nelle definizioni che ne forniscono gli autori secondo cui si tratta di un potere dichiarativo emerge che la disapplicazione “colpisce” gli effetti dell'atto⁵⁹: il giudice che “non tiene in considerazione gli effetti dell'atto” o che “dichiara l'inefficacia” dell'atto illegittimo, estingue l'efficacia dell'atto (per intero o parzialmente)⁶⁰, ancorché limitatamente alla controversia decisa, cioè limitatamente alle parti e all'oggetto in causa⁶¹. Insomma, sia che si faccia riferimento alla disapplicazione *ex* art. 5 l. ab. cont., sia che si faccia riferimento alla disapplicazione “ermeneutica”, la disapplicazione produce effetti costitutivi⁶².

Per la disapplicazione delle prescrizioni di fonte amministrativa, tale efficacia costitutiva è poi almeno in parte retroattiva. La illegittimità del provvedimento amministrativo deve infatti essere giudicata alla stregua delle norme vigenti al momento dell'adozione del provvedimento⁶³. Sicché, affinché sia utile

59 Cfr. in termini generali G. GUARINO, *Abrogazione e disapplicazione delle leggi illegittime*, in *Jus*, 1951, 357.

60 Cfr. F.G. SCOCA, *Il termine giudiziale nell'adempimento delle obbligazioni della pubblica amministrazione*, loc. cit.

61 Cfr. S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4007, ma a proposito del segmento conseguente alla disapplicazione, nella distinzione da questo Autore costruita tra disapplicazione e sentenza costitutiva dell'inefficacia.

62 Per questa conclusione: A. ROMANO, *La pregiudizialità*, cit., 481 ss.; ID., *Disapplicazione e accertamento incidentale di legittimità dell'atto amministrativo non impugnato*, in *Foro it.*, 1966, III, 75;

G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1960, 416 ss., part. 418; F. LA VALLE, *Cognizione principale ed incidentale dei regolamenti nel giudizio amministrativo*, in *Ius*, 1967, 172; C. FERRI, *Profili dell'accertamento costitutivo*, 1970, 146 ss.; P. STELLA RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 49 ss.; C.E. GALLO, *Questioni pregiudiziali*, cit., 8; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit., 113 ss.

63 Si tratta di un'applicazione del criterio *tempus regit actum* al provvedimento amministrativo. Su questo canone in relazione all'esercizio del potere amministrativo, si veda per tutti A. M. SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940, 410.

Esso è un canone pacificamente applicato dalla giurisprudenza: Cons. Stato, Sez. V, 30 ottobre 1997 n. 1209, in *Foro amm.*, 1997, 2748; Cons. Stato, Sez. IV, 29 gennaio 1996 n. 73, *ivi*, 1996, 89; più di recente, TAR Sicilia, Palermo, Sez. I, 23 novembre 2018 n. 2430; Cons. Stato, Sez. V, 10 aprile 2018 n. 2171; Cons. Stato, Sez. IV, 16 novembre 2020 n. 7052. In senso critico nei confronti di tale giurisprudenza, R. VILLATA- M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 392.

per giudicare della illegittimità del provvedimento impugnato, la disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa che legittima o vieta l'adozione del provvedimento gravato deve retroagire quantomeno al momento dell'adozione dell'atto impugnato. Detto altrimenti, perché la norma di fonte amministrativa disapplicata non sia più parametro di legittimità del provvedimento gravato, il giudice deve estinguerne l'efficacia quantomeno a partire dal momento di adozione di quell'atto.

Ciò sarebbe già sufficiente ad affermare che la disapplicazione è una pronuncia, cioè un *petitum* e un *decisum*, non una questione pregiudiziale o una mera parte della *causa petendi* e *decidendi* e che dunque la disapplicazione è oggetto di giudicato. A ciò si deve aggiungere che l'efficacia costitutiva della disapplicazione deve essere anche "ultrattiva" rispetto al giudizio per assicurare l'effetto utile della sentenza sul provvedimento lesivo, ossia deve attingere il rapporto sostanziale⁶⁴. Se infatti la prescrizione di fonte amministrativa venisse privata degli effetti solo per quanto strettamente necessario a giudicare dell'illegittimità del provvedimento impugnato, ossia solo in relazione al momento dell'adozione del provvedimento lesivo, l'amministrazione dopo l'annullamento sarebbe comunque soggetta all'applicazione di quella norma.

Infatti, ad eccezione dei casi di illegittimità per violazione del diritto europeo, l'amministrazione non può disapplicare i regolamenti e gli atti amministrativi generali (al più può discostarsi dalle circolari, motivando). In altre parole, come si è già accennato, regolamenti e atti generali producono come effetto tipico quello di obbligare l'amministrazione di cui disciplinano il potere a rispettare le norme che pongono. Sicché, se la disapplicazione estinguesse l'effi-

Il criterio è stato particolarmente indagato dalla dottrina che si è occupata del fenomeno della retroattività delle norme che disciplinano il potere: cfr. F. LA VALLE, *La retroazione della pronuncia d'incostituzionalità sui provvedimenti e sugli adempimenti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1963, 894 ss.; G. PAGLIARI, *Contributo allo studio della c.d. invalidità successiva dei provvedimenti amministrativi*, Padova, 1991, *passim*; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 ss.

⁶⁴ L'esigenza è evidenziata in questi termini da F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 113 ss.; ID., *Disapplicazione*, cit., 295; ma già ben presente, sebbene risolta in maniera differente, da G. VACIRCA, *Disapplicazione dei regolamenti illegittimi*, cit. 244.

cacia della norma di fonte amministrativa solo al momento dell'adozione del provvedimento lesivo, non "libererebbe" l'amministrazione dall'onere di rispettare quella norma dopo la sentenza che ha annullato o meno il provvedimento lesivo, privando di ogni utilità pratica la sentenza per la parte che ha vinto e in favore della quale è stata pronunciata la disapplicazione.

Ad esempio, pronunciato l'annullamento di un diniego di permesso di costruire fondato su una norma illegittima del regolamento edilizio comunale, tramite la disapplicazione di questa norma (in favore del ricorrente), l'amministrazione in sede di ri-esercizio del potere sarebbe ancora soggetta a quella norma del regolamento edilizio, se la sentenza non avesse disposto con efficacia di giudicato l'estinzione di quella norma (ossia di quell'effetto) del regolamento anche *pro futuro*, ancorché solo tra le parti e in relazione a quel procedimento. Altrettanto avverrebbe per un'ordinanza di ingiunzione a demolire un fabbricato per difformità da una prescrizione del regolamento edilizio comunale sopravvenuta e tuttavia espressamente munita di efficacia anche per i fabbricati già realizzati (e perciò illegittima): ottenuto l'annullamento, previa disapplicazione di questa norma, l'amministrazione non solo potrebbe, ma dovrebbe ri-adottare l'ordinanza di ingiunzione a demolire, se la disapplicazione non estinguesse definitivamente la norma del regolamento edilizio, ancorché solo tra le parti e in relazione a quella specifica vicenda concreta.

Lo stesso è a dirsi nei casi di disapplicazione in favore delle parti "convenute" (resistente e controinteressato), almeno in relazione ai dinieghi. Respinto il ricorso contro il diniego di permesso di costruire per violazione di una norma del regolamento edilizio che consenta espressamente di edificare ciò per cui è stato richiesto il permesso, previa disapplicazione di tale norma perché illegittima, il privato potrebbe ri-presentare l'istanza di permesso di costruire per il medesimo immobile e lo stesso fabbricato e l'amministrazione sarebbe tenuta a valutarla sulla base della norma del regolamento edilizio già disapplicata dal giudice, se la disapplicazione non estinguesse definitivamente la norma del re-

golamento edilizio, ancorché solo tra le parti e in relazione a quella specifica vicenda concreta.

L'unico caso in cui la disapplicazione "non definitiva" potrebbe essere soddisfacente per la parte vittoriosa è la disapplicazione funzionale al rigetto di un ricorso contro un provvedimento restrittivo, in ragione della decadenza dall'azione di annullamento del provvedimento restrittivo nel frattempo maturata in capo all'originario ricorrente e che dunque comporta l'intangibilità degli effetti del provvedimento restrittivo nei suoi confronti. Ma se, per ipotesi, l'amministrazione fosse tenuta a provvedere sulla richiesta di annullamento in autotutela del provvedimento restrittivo o si potesse attivare un altro rimedio amministrativo (ad es., un potere di annullamento straordinario intestato ad un altro livello territoriale, come quello previsto dall'art. 39 TUE per i titoli edilizi), l'amministrazione sarebbe tenuta ad applicare la prescrizione di fonte amministrativa disapplicata per l'adozione di questo provvedimento di secondo grado, se la disapplicazione non estinguesse definitivamente quella norma, ancorché solo tra le parti e in relazione a quella specifica vicenda concreta.

A questo scopo, si potrebbe obiettare, è sufficiente l'effetto conformativo della sentenza⁶⁵. Tuttavia, questa tesi, per un verso, riguarda solo le sentenze di annullamento del provvedimento lesivo, cioè solo i casi di disapplicazione in favore del ricorrente, e perciò non spiega in che modo la disapplicazione possa rivolgersi effettivamente in favore del resistente e del controinteressato. Per le sentenze di annullamento è poi un modo di nascondere la distinzione tra disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa e l'annullamento del provvedimento lesivo che ne ha fatto applicazione, ignorando la portata costitutiva della disapplicazione. L'effetto conformativo è infatti la conseguenza dell'*accertamento* del vizio del provvedimento lesivo, ma non può comportare di per sé l'*inefficacia* della prescrizione di fonte amministrativa, per la stessa ragione per

65 G. VACIRCA, *Disapplicazione dei regolamenti illegittimi*, loc. cit.; cfr. anche F. CINTIOLI, *Potere regolamentare*, cit., 113 ss.; ID., *Disapplicazione*, loc. cit., ancorché questo Autore ponga come premessa dell'effetto conformativo esteso alla disapplicazione anche la natura costitutiva della disapplicazione del regolamento.

cui l'effetto eliminatorio dell'annullamento del provvedimento lesivo non si estende alla prescrizione di fonte amministrativa: si tratta di pronunce costitutive che hanno oggetti (*petita* e *decisa*) distinti, frequentemente parametri distinti (*causae petendi* e *decidendi*) e riguardano poteri e interessi legittimi (*petita* e *decisa* sostanziali) distinti.

La questione di disapplicazione riguarda infatti un altro atto o una delle norme prodotte da un altro atto, diverso dal provvedimento oggetto della pronuncia di annullamento e può essere condotta anche alla stregua di un parametro diverso (si pensi alla disapplicazione del regolamento per incompetenza, che preluda alla violazione della legge ordinaria da parte del provvedimento lesivo). Sul piano del *petitum* e *decisum* sostanziale, l'interesse legittimo e il potere attinti dalle due pronunce sono diversi. Il potere di adottare l'atto normativo o generale non è il potere di adottare il provvedimento lesivo: ne sono diversi i presupposti e gli effetti e (almeno potenzialmente) anche i fini. E che siano poteri distinti è dimostrato dal fatto che possono essere attribuiti (e in pratica lo sono con una certa frequenza) ad amministrazioni diverse, l'una titolare del potere di regolare l'esercizio del potere dell'altra amministrazione⁶⁶. L'interesse legittimo correlato al potere di adottare l'atto normativo o generale può condividere l'interesse materiale (il c.d. bene della vita) con l'interesse legittimo correlato al potere di adottare il provvedimento lesivo. Tuttavia, sono diverse le condizioni di tutela dell'uno e dell'altro, cioè la dimensione deontica di tali situazioni giuridiche soggettive, e questi interessi legittimi possono avere anche diversa natura. Le condizioni di tutela dell'interesse legittimo opposto al potere normativo o generale e dell'interesse opposto al potere "concreto ed individuale" corrispondono ai limiti previsti dall'ordinamento a quei due poteri, cioè alle condizioni di validità di tali poteri – sono il loro "specchio". Le condizioni di validità

66 I poteri amministrativi infatti possono essere distinti sulla base della loro disciplina, particolarmente in base ai presupposti cui il loro legittimo esercizio è subordinato, agli effetti che producono e all'interesse pubblico primario che sono chiamati a curare. Su questi profili M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 179 ss., che fonda tale conclusione sulla base della nozione di potere come «schema di validità degli atti» (154 ss.).

dei due poteri sono diverse, perché diversa ne è la disciplina: presupposti, limiti all'efficacia, fini, competenza e così via per i due poteri sono diversi. Sicché sono diverse anche le condizioni di tutela di questi due interessi legittimi. Tali interessi, poi, possono avere natura diversa: l'uno oppositivo e l'altro pretensivo. Ad esempio, chi si duole (chiedendone la disapplicazione) dell'illegittimità della norma regolamentare che gli ha impedito di ottenere il permesso di costruire vanta in quella vicenda un interesse legittimo oppositivo nei confronti del potere regolamentare e un interesse legittimo pretensivo dei confronti del potere di autorizzare la costruzione.

Sicché la disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa è una pronuncia costitutiva, retroattiva e definitiva, nel senso che ha efficacia anche sostanziale, distinta da quella di annullamento del provvedimento lesivo, ancorché logicamente antecedente a quest'ultima. Perciò, oltre che per assicurare l'utilità della sentenza sulla domanda di annullamento alla parte vittoriosa, essa è sempre oggetto del giudicato.

4. Dall'efficacia di giudicato al principio dispositivo e ritorno

Qualificare la disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa non come questione pregiudiziale o parte della *causa decidendi* della questione principale, ma come *decisum* costitutivo distinto dall'annullamento comporta una conseguenza: la disapplicazione non è un potere officioso.

È infatti uno dei cardini del processo dispositivo che l'efficacia di giudicato copra solo l'oggetto dedotto dalle parti in giudizio, ad eccezione dei casi in cui sia previsto diversamente dalla legge⁶⁷ e, secondo una parte della dottrina, ad eccezione dei soli accertamenti (e non delle pronunce costitutive e di condanna) su questioni pregiudiziali logiche⁶⁸. Tale norma è un diretto corollario del principio della corrispondenza fra chiesto e pronunciato (art. 112 c.p.c., art. 34, co. 1, c.p.a.), a sua volta discendente dal principio di imparzialità del giudice

67 È l'idea dei cerchi concentrici di chiovendiano impianto, su cui per tutti (in relazione al processo amministrativo), C. CACCIAVILLANI, *Giudizio amministrativo e giudicato*, cit., 129 ss.

68 S. MENCHINI, *I limiti oggettivi del giudicato civile*, Milano, 1987, *passim*.

(art. 111 Cost.)⁶⁹: salvo che l'ordinamento non preveda altrimenti, il giudice non può ampliare d'ufficio il *thema decidendum*. Anche ad ammettere che l'art. 5 l. ab. cont. possa trovare applicazione nel processo amministrativo, l'officiosità del potere di disapplicazione non pare si possa trarre dall'art. 5 l. ab. cont. Anche nel processo civile, infatti, quando assume portata principale ed è idonea a passare in giudicato, la disapplicazione è considerata un potere del giudice esercitabile solo su istanza di parte⁷⁰.

Al contempo, proprio perché la disapplicazione è una pronuncia costitutiva e richiede una domanda di parte, la disapplicazione deve essere richiesta con le forme e nei modi delle domande principali e incidentali, ossia con ricorso (o ove consentito con motivi aggiunti) o ricorso incidentale (da parte del controinteressato e almeno da parte dell'amministrazione che non abbia adottato l'atto di cui chiede la disapplicazione), notificato anche all'amministrazione che ha adottato l'atto di cui si chiede la (eventualmente parziale) disapplicazione⁷¹. Ciò implica, per le parti diverse dal ricorrente, la soggezione al termine di cui all'art. 42 c.p.a. e, per il ricorrente, la soggezione al termine di cui all'art. 41 c.p.a. Se la soggezione al termine per la notifica del ricorso incidentale discende dalla natura di domanda incidentale avanzata dalle parti "convenute", la soggezione al termine di decadenza dell'azione di annullamento per il ricorrente dipende dal ruolo che la domanda e la pronuncia di disapplicazione rivestono. La disapplicazione è, come si è detto, una pronuncia costitutiva per la costruzione della *causa petendi* dell'annullamento del provvedimento lesivo: senza la disapplicazione non c'è il vizio del provvedimento lesivo. Sicché essa è parte integrante di almeno uno dei motivi e insieme ad esso deve essere avanzata, come ha ritenuto l'Adunanza plenaria per la nullità delle cause di esclusione previste nei

69 Sul fondamento del principio della domanda, in tutte le sue declinazioni, nella regola di imparzialità del giudice, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 247 ss.

70 Si veda *supra*, § 1.

71 Sulla problematicità della disapplicazione senza contraddittorio con l'amministrazione che ha adottato l'atto disapplicato, cfr. F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale*, cit. 222.

bandi di gara *ex art.* 83, co. 8, d.lgs. n. 50/2016, rispetto all'annullamento dell'esclusione dalla gara⁷².

L'unico "correttivo" a questa rigidità risiede nel potere/dovere del giudice di interpretare e qualificare la domanda (art. 34, co.2, c.p.a.)⁷³: il giudice dovrà disapplicare la prescrizione di fonte amministrativa anche in assenza di una domanda espressa in tal senso, purché l'illegittimità di tale norma emerga dal motivo di annullamento proposto contro il provvedimento lesivo.

In sostanza, per la disapplicazione della prescrizione di fonte amministrativa si profila un regime sostanzialmente identico a quello dell'annullamento della medesima prescrizione (ossia dell'annullamento parziale del regolamento e dell'atto generale)⁷⁴: pronuncia su domanda di parte entro il termine di decadenza (in via principale o incidentale), pronuncia costitutiva ad effetto eliminatorio, retroattività almeno parziale, efficacia oggettiva di giudicato. L'unica differenza rimarrebbe l'efficacia soggettiva del giudicato: la disapplicazione ha effetto solo tra le parti in causa, l'annullamento (anche se parziale) del regolamento o dell'atto generale ha effetto *erga omnes*, secondo la giurisprudenza confermata nel 2018 dall'Adunanza plenaria. Che non sia forse giunto il momento di rimeditare l'efficacia *erga omnes* quantomeno dell'annullamento parziale di regolamenti e atti generali non direttamente lesivi, ossia delle prescrizioni di fonte amministrativa, per riportare ad unità sistematica ciò che appare (ingiustificatamente ed inutilmente) frammentario?

72 Cons. Stato, Ad. plen., 16 ottobre 2020 n. 22.

73 Sui limiti di questo potere del giudice amministrativo, sia consentito rinviare a F. FOLLIERI, *Qualificazione e conversione dell'azione alla prova del principio della domanda*, in *Dir. proc. amm.*, 2013, 177 ss.

74 Confermando l'idea dell'incompatibilità strutturale della disapplicazione nel processo amministrativo: S. PERONGINI, *La disapplicazione*, cit., 4044 ss.