

La disapplicazione delle clausole illegittime dei bandi di gara*

di Giada Guerci

1. Premessa.

La decisione n. 35/2003 della Quinta Sezione del Consiglio di Stato si segnala per l'esame delle problematiche connesse alla possibilità di riconoscere al giudice amministrativo un potere di disapplicazione dei provvedimenti amministrativi.

La fattispecie dedotta in giudizio riguarda l'impugnativa di un provvedimento di esclusione da una gara per l'affidamento di servizi di assistenza riabilitativa e infermieristica di un'impresa che aveva presentato un'offerta espressamente in contrasto con una clausola del bando.

La sez. III del TAR Lombardia-Milano, con sentenza n. 3831/2000, ha accolto in primo grado il ricorso, ritenendo che la clausola del bando determinativa dell'esclusione contrastasse con il criterio di aggiudicazione della gara al prezzo più basso e presentasse, altresì, una irragionevolezza nella fissazione di una soglia minima di remunerazione dei dipendenti da parte dell'impresa aggiudicataria.

Per giungere a tale esito il Tribunale, pur riconoscendo il carattere immediatamente lesivo della prescrizione controversa e la tardività della sua contestazione, ha disapplicato l'art. 7 del capitolato speciale d'appalto e, quindi, ha annullato i provvedimenti applicativi di esclusione della ricorrente dalla procedura e di aggiudicazione del servizio ad altra società.

Di diverso avviso è stato, invece, il Consiglio di Stato che, con la decisione in commento, accoglie l'appello proposto dall'Azienda Sanitaria Locale n. 3 – Provincia di Milano e, in riforma della decisione impugnata, dispone l'irricevibilità del ricorso in primo grado.

La pronuncia in esame articola la *ratio decidendi* della soluzione adottata enunciando e riconfermando importanti principi con riguardo all'istituto della disapplicazione, da sempre uno dei temi più controversi del diritto amministrativo, codificato per la prima volta nell'art. 5 della l. n. 2248 del 1865, all. E, ma che « affonda le proprie radici in tempi ancora più remoti »¹. Disapplicare un atto amministrativo illegittimo consiste nella possibilità di risolvere la controversia oggetto del giudizio a prescindere dal contenuto dell'atto stesso (*tamquam non esset*), che viene appunto disapplicato nel caso di specie, conservando tuttavia la propria efficacia al di fuori della portata soggettiva ed oggettiva della sentenza².

* Il tema relativo ai poteri del giudice amministrativo in ordine alla disapplicazione degli atti amministrativi generali rappresenta questione di particolare interesse. Utili appaiono in proposito gli approfondimenti operati nell'ambito di questo studio relativo ad una pronuncia del Consiglio di Stato in ordine alla disapplicabilità delle clausole illegittime dei bandi di gara.

¹ Così E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950. Tale opera, tuttora fondamentale, fornisce degli indispensabili criteri di valutazione sul tema della disapplicazione. Come è stato autorevolmente riconosciuto da A. DE ROBERTO, *Relazione introduttiva* al convegno «*Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*» (Roma, Palazzo Spada, 16 maggio 1997), Torino, 1998, 3, «Cannada-Bartoli... fu il primo, agli albori di questo secondo cinquantennio, a cimentarsi con il complesso tema della disapplicazione, offrendo alla scienza ed alla pratica un contributo che, a distanza di quasi mezzo secolo, resta fondamentale nella materia».

² Secondo E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., « In senso proprio, disapplicare significa considerare un atto o provvedimento amministrativo efficace ma illegittimo, irrilevante con riguardo ad una determinata fattispecie per la produzione di un dato effetto giuridico. Ne risulta un impedimento alla produzione dell'effetto, non l'estinzione dell'efficacia dell'atto ». Sul punto vedi anche A. ROMANO, *La disapplicazione del provvedimento amministrativo da parte del giudice civile*, in *Dir. proc. amm.*, 1983, 22, il quale ritiene che: « Al di là delle incertezze che, anche per ragioni storiche, il tema della disapplicazione presenta, il criterio che presiede all'applicazione dell'art. 5 è comunque chiarissimo: deve trattarsi di una fattispecie in cui il provvedimento discrezionale costituisce il presupposto di un diritto che viene o contestato o fatto valere sulla base di un fondamento diverso dall'atto amministrativo, cioè della legge. La tutelabilità del diritto può essere negata, negando la legittimità

Nel corso degli anni, l'attenzione della dottrina e della giurisprudenza si è soffermata essenzialmente su due questioni legate al tema della disapplicazione. Innanzitutto, ci si chiede se il potere di disapplicazione sia espressione di un principio generale di diritto, come tale conferito non solo al giudice ordinario (come sembrerebbe, stando alla lettera dell'art. 5 l. n. 2248/1865, all. E) ma ad ogni altro giudice dello Stato. In tal senso, si ammette che anche il giudice amministrativo possa disapplicare atti amministrativi illegittimi, in quanto il potere-dovere di disapplicare si sostanzia in una indefettibile manifestazione del potere giurisdizionale che vale nel processo amministrativo allo stesso modo che nei processi civili e penali³.

Il secondo problema attiene, invece, alla portata oggettiva dell'istituto; si vuole, cioè, stabilire quali atti possano essere in concreto disapplicati. A tal proposito, è significativo che il legislatore del 1865, all'art. 5, abbia riferito la disapplicazione tanto agli atti amministrativi tanto ai regolamenti, per di più distinguendo puntigliosamente questi ultimi in « generali » e « locali ». Si ha allora una sorta di disapplicazione del regolamento distinta dalla disapplicazione del provvedimento, nella consapevolezza che, qualora si chieda la disapplicazione di una statuizione contenuta in un atto normativo, la censura deve dirigersi contro la singola norma e non già contro tutto il regolamento considerato nel suo insieme⁴.

2. La natura giuridica del bando di gara. Ragioni e limiti del principio di immediata impugnazione degli atti amministrativi generali direttamente lesivi dell'interesse a ricorrere.

La questione principale dibattuta tra le parti nella sentenza che si annota riguarda la disapplicabilità del regolamento di gara (bando o capitolato speciale) da parte del giudice amministrativo, nei casi in cui l'atto contenente la disciplina di gara non sia stato impugnato tempestivamente ma solo insieme all'atto applicativo della prescrizione che si assume illegittima.

La Quinta Sezione, quindi, verifica in via preliminare la sussistenza, nel caso di specie, dell'onere di immediata impugnativa del capitolato speciale, relativamente alla clausola contestata, affermando che: « La natura di atto amministrativo generale del bando (o del capitolato) parrebbe, ad un primo esame, esimere dall'onere della sua immediata impugnazione, posto che normalmente, a fronte di un atto con tale carattere, la lesione dell'interesse si concreta solo con l'adozione del provvedimento applicativo della regola generale e non anche con l'emanazione di questa ».

In tal modo, il Collegio prende posizione sul controverso tema della natura giuridica del bando di gara, ribadendo la qualificazione del capitolato speciale come un provvedimento formalmente e sostanzialmente amministrativo privo di carattere normativo e stravolgendo quanto

dell'atto su cui si fonda, ovvero affermata, affermandone l'autonomia rispetto al provvedimento: in entrambi i casi, disapplicando l'atto ».

³ Il citato art. 5 stabilisce che : « In questo come in ogni altro caso, le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi ». Nel senso di considerare tale norma come espressione di un principio generale di diritto si vedano V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, 172; L. PICCARDI, *Sulla disapplicazione degli atti amministrativi*, in *Riv. amm.*, 1968, 676; N. DI MODUGNO, *Note sulla disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, cit., 329. In particolare, l'Autore da ultimo citato ritiene che: « L'espressione "autorità giudiziarie", usata dall'art. 5, deve essere intesa in modo da ricomprendere anche il Consiglio di Stato ed i TAR; ne discende il pieno fondamento dell'interpretazione estensiva dell'art. 5 anche con riferimento al processo amministrativo ».

⁴ In giurisprudenza si è operato un distinguo tra disapplicazione « provvedimentale », riguardante atti non normativi e possibile all'interno della giurisdizione esclusiva con gli stessi poteri del giudice ordinario ex art. 5 l. n. 2248/1865, all. E, e disapplicazione « normativa », utilizzabile quale che sia la posizione soggettiva in gioco e riguardante la rilevanza d'ufficio dell'obiettiva esistenza di un atto regolamentare in contrasto con una superiore disposizione di legge, secondo i principi della gerarchia delle fonti: v., fra le altre, TAR Umbria, 23 aprile 1996, n. 176, in *Trib. amm. reg.*, 1996, I, 2572; TAR Lombardia-Milano, sez. II, 18 gennaio 1995, n. 64, in *ivi*, 1995, 113; TAR Lombardia-Milano, 27 settembre 1996, n. 1448, in *Giust. civ.*, 1997, I, 556.

contrariamente sostenuto nella pronuncia di primo grado dal TAR Lombardia, per il quale la riconducibilità del bando a fonte regolamentare era stato uno degli argomenti utilizzati al fine di ammetterne la disapplicazione.

La natura precettiva dei bandi di gara ha fatto ritenere a dottrina e giurisprudenza riduttivo considerarli alla stregua di una semplice proposta al pubblico, sulla falsariga del similare istituto privatistico: il bando, infatti, predispose in modo minuzioso e tendenzialmente completo la disciplina della procedura. Questa caratteristica, da cui è derivata l'espressione che identifica il bando nella *lex specialis*⁵ della gara, ha determinato alcune importanti conseguenze sul piano della interpretazione della loro natura giuridica anche se l'orientamento prevalente, così come il Consiglio di Stato nella decisione in commento, li considera atti amministrativi generali. Pertanto, il bando di gara, attesa la sua natura sostanzialmente e formalmente amministrativa, soggiace al regime ordinario di impugnazione e, quindi, al principio generale in tema di perentorietà del termine di impugnazione⁶.

A conclusioni diverse, invece, sono giunti alcuni giudici di primo grado che hanno dato risposta affermativa al quesito relativo alla possibilità di estendere agli atti amministrativi generali i principi elaborati dalla giurisprudenza in tema di disapplicazione dei regolamenti da parte del giudice amministrativo, motivandola sulla considerazione che: « il bando di gara ha natura normativa, anche se la sua rilevanza ed i suoi effetti sono limitati al solo ordinamento interno della pubblica amministrazione che lo ha emanato »⁷. In realtà, proprio la precisazione della rilevanza meramente interna dell'atto in questione rende chiara la consapevolezza della natura amministrativa del bando di gara il quale, pur avendo un contenuto prescrittivo non provvedimentale, non può essere considerato fonte dell'ordinamento: non possiede, infatti, i requisiti della innovatività dell'ordinamento giuridico, in quanto esaurisce i suoi effetti limitatamente alla singola procedura, e della astrattezza, dal momento che non ha attitudine alla ripetizione indefinita⁸.

⁵ Per quanto attiene al bando di gara inteso come *lex specialis* si veda B. CAVALLO, *Provvedimenti ed atti*, in *Trattato di diritto amministrativo*, (a cura di) G. SANTANIELLO, Padova, 1993, vol. III, 117, che ritiene si tratti di una « immaginifica » espressione del linguaggio comune.

⁶ La perentorietà del termine a ricorrere, sancita dall'art. 36 del R.D. n. 1054/1924 (T.U. leggi sul Consiglio di Stato) e dall'art. 21 della l. n. 1034/1971 (legge TAR), rappresenta un connotato tipico del giudizio amministrativo, in quanto proietta la sua influenza non solo sulla procedibilità del ricorso ma sulla stessa proponibilità, determinando la non impugnabilità di una serie di atti (meramente esecutivi, preparatori, ecc.) e condizionando l'impugnazione di tutti gli atti per i quali sia difficile l'individuazione del *dies a quo* della lesione (come gli atti normativi e gli atti amministrativi generali).

⁷ Questa « formula di stile » viene ripetuta senza modifiche in diverse pronunce: TAR Lombardia – Milano, sez. III, 2 aprile 1997, n. 354, in *Urb. e app.*, 1997, 1138; TAR Lombardia - Milano, sez. III, 5 giugno 1997, n. 900, in *Urb. e app.*, 1997, 1140; TAR Lombardia – Milano, sez. III, 5 maggio, 1998, n. 922, in *Foro amm.*, 1998, I, 2452.

⁸ Merita di essere segnalata l'opinione di I. ZINGALES, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari dei bandi di gara contrastanti con la normativa primaria e con il principio di proporzionalità* (nota a TAR Lombardia – Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922) in *Foro amm.*, 1998, 2457, il quale arriva ad ammettere la disapplicazione dei bandi di gara e degli annessi capitolati speciali partendo da una distinzione degli stessi nelle seguenti tre categorie di statuizioni: « 1) quelle che partecipano della natura degli atti amministrativi generali (a contenuto non normativo) in quanto si limitano a stabilire elementi o modalità della gara non suscettibili di applicazione ripetuta nel tempo (come è invece a dirsi delle norme regolamentari) in quanto ontologicamente variabili di volta in volta, quali ad esempio la data di scadenza per la presentazione della domanda di partecipazione...; 2) statuizioni che, disciplinando elementi intrinsecamente suscettibili di normazione primaria o secondaria, quali ad esempio i requisiti soggettivi ed oggettivi di ammissione a determinati tipi di gara, invece, posseggono oltre al carattere della novità, il carattere della astrattezza e generalità tipica degli atti regolamentari ed adempiono quindi ad una funzione costitutiva dell'ordinamento e che, conseguentemente, sono suscettibili di applicazione indefinita nel tempo, di guisa che normalmente vengono reinserite nei successivi ed analoghi bandi di gara; 3) ed infine, le clausole tipicamente contrattuali contenute nei capitolati speciali ». Sulla base di queste premesse, l'Autore, mentre esclude la possibilità di ricorrere alla disapplicazione per le prescrizioni aventi natura di atto generale, la ammette per le statuizioni di natura regolamentare descritte *sub 2)*. C'è da dire, però, che non appare convincente quanto sostenuto da ZINGALES nella parte in cui giustifica la definizione, data dalla citata sentenza del TAR Lombardia, in termini normativi della disposizione

Preliminare allo studio dei problemi legati alla possibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi è l'esame dei presupposti di ricevibilità o di ammissibilità di un ricorso giurisdizionale, tra i quali, soprattutto, l'interesse ad agire e la legittimazione ad agire⁹. E' noto che soltanto chi faccia valere una lesione diretta ed attuale ad un proprio interesse personale, protetto dall'ordinamento, può avere titolo a che un giudice amministrativo si pronunci sul merito del ricorso. Per quanto riguarda la categoria degli atti presupposti, la giurisprudenza esclude, a causa della mancanza attuale della lesione di un interesse, che l'illegittimità di tali atti possa essere fatta valere autonomamente, se non al momento in cui sia stato emanato il provvedimento concretamente lesivo. In questi casi, si ritiene che l'atto presupposto vada impugnato in maniera autonoma, sebbene contestualmente all'atto che ne faccia applicazione, dichiarando inammissibile il ricorso contro tale provvedimento applicativo che non sia rivolto anche contro quello presupposto.

Il meccanismo di tutela processuale descritto, c.d. della « doppia impugnazione »¹⁰ (dell'atto presupposto e dell'atto applicativo), consente l'annullamento degli atti non immediatamente lesivi, salvaguardando al contempo il principio cardine del diritto amministrativo, dato dalla perentorietà del termine per la proposizione del ricorso. La mediazione tra questi opposti elementi è alla base di un altro consolidato principio, quello dell'onere di immediata impugnazione degli atti amministrativi che, anche se generali, contengano disposizioni idonee a provocare una lesione immediata e diretta¹¹.

Ora, se la costruzione di tali criteri di impugnazione, operata dalla giurisprudenza, presenta una indubitabile coerenza logica, essa però ha determinato, in sede di applicazione, numerosi inconvenienti pratici, legati soprattutto alla labilità del confine tra « disposizioni solo potenzialmente lesive » e « disposizioni immediatamente lesive ». Spesso la questione si è posta in riferimento all'impugnazione di bandi di concorso ed alla portata delle clausole di esclusione perché all'interpretazione in termini di immediata lesività di tali clausole, dimostrata dall'impossibilità di

contenuta nel capitolato speciale sulla base della semplice possibilità che l'amministrazione la reinserisca in altri, successivi bandi di gara: l'astrattezza tipica dei precetti normativi non consiste, infatti, nella loro semplice formulazione impersonale ed oggettiva ma nella effettiva (e non solo potenziale) ripetibilità nel tempo, che è esclusa quando la disposizione sia contenuta in un atto destinato ad una singola applicazione (su questo aspetto si veda G.U. RESCIGNO, *Regolamenti regionali, atti normativi, atti non normativi, alla luce delle sentt. nn. 311 e 348 del 1990 della Corte Costituzionale*, in *Giur. Cost.*, 1993, 1432).

⁹ L'« interesse a ricorrere » corrisponde sostanzialmente all'« interesse ad agire » di cui all'art. 100 c.p.c.. Si deve rilevare come non sia pacifica, in dottrina ed in giurisprudenza, l'autonoma rilevanza dell'interesse a ricorrere tra i presupposti processuali: alcuni, infatti, hanno sostenuto la sua sovrapposibilità rispetto alla titolarità di un interesse legittimo, distinta solitamente dal primo in quanto considerata requisito per l'accoglimento del ricorso (così G. ROMEO, *Interesse legittimo ed interesse a ricorrere: una distinzione inutile*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 495; diversa la posizione di S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, 1990, 194, che inserisce tra gli stessi fattori di legittimazione al ricorso la « posizione differenziata del ricorrente rispetto agli altri consociati »). Secondo la posizione più seguita, comunque, l'interesse a ricorrere si sostanzia nella concretezza ed attualità della lesione denunciata e nell'attualità o vantaggio derivante dall'ottenimento di una pronuncia favorevole nel merito: così V. DOMENICHELLI, *Il processo amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA, Bologna, 2001, vol. II, 1860.

¹⁰ Numerose sentenze hanno applicato il principio della « doppia impugnazione »: tra le tante cfr. Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 1952, n. 1032, in *Giur. it.*, 1953, III, 72; Cons. Stato, sez. V, 16 gennaio 1981, n. 3, in *Foro amm.*, 1981, I, 1, 44; Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 1997, n. 918, in *Cons. Stato*, 1997, I, 1061.

¹¹ Nell'esame dei problemi legati all'insorgenza dell'onere di impugnazione, è stato proposto di distinguere le disposizioni regolamentari in due tipi: le « volizioni azioni » (che incidono direttamente nella sfera giuridica dei soggetti cui esse sono applicabili, costituendo, modificando o estinguendo un rapporto giuridico tra tali soggetti e la p.a.) e le « volizioni preliminari » (che regolano la condotta che la stessa p.a. dovrà tenere in futuro nei loro confronti). Mentre per il primo tipo di disposizioni un ricorso al giudice amministrativo potrà e dovrà essere proposto subito, per il secondo tipo, invece, un ricorso immediato non sarà proponibile. La distinzione è di A. ROMANO, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti della pubblica amministrazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1955, 882, secondo cui essa può dirsi relativa, nel senso che: « un determinato atto, che rispetto ad un certo effetto giuridico si pone come volizione azione,...rispetto ad un altro effetto giuridico può essere considerato come una volizione preliminare...».

partecipare per i soggetti in questione, la giurisprudenza ha spesso affiancato l'idea della centralità del provvedimento applicativo di esclusione nella determinazione della lesione¹². Il meccanismo della doppia impugnazione si dimostra, quindi, foriero di conseguenze fuorvianti tutte le volte in cui il ricorso volto ad ottenere l'annullamento di un atto illegittimo è stato dichiarato inammissibile, anche in caso di evidente fondatezza, solo per la mancata impugnazione congiunta del regolamento o atto amministrativo generale di cui costituiva applicazione¹³.

L'esigenza di superare l'eccessivo formalismo esistente in relazione all'impugnazione degli atti amministrativi generali ha spinto parte della giurisprudenza a prospettare la possibilità che il principio del « dovere » di impugnazione immediata dell'atto direttamente lesivo venga superato ed inteso in termini di mera « facoltà » per l'interessato, con la conseguenza di consentire a quest'ultimo di impugnare il bando insieme all'atto applicativo di esso.

Con l'ordinanza del 10 aprile 1998, n. 58, la IV sezione del Consiglio di Stato¹⁴ ha deferito tale opzione interpretativa, con riguardo ai bandi di concorso, all'esame dell'Adunanza Plenaria, la quale, con l'ordinanza del 4 dicembre 1998, n. 1¹⁵, ha affermato, avallando l'orientamento tradizionale, la necessità dell'immediata impugnazione delle clausole del bando direttamente lesive. In particolare, l'Adunanza Plenaria, nei casi di contestazione di clausole qualificabili immediatamente lesive, ritiene inammissibile sia il ricorso proposto avverso il solo provvedimento di esclusione, da intendersi quale atto meramente consequenziale e vincolato nel contenuto, sia del gravame proposto contro l'atto di esclusione ed il bando, ove siano decorsi i termini per l'impugnazione di quest'ultimo.

La Quinta Sezione, nella sentenza in commento, accogliendo la distinzione fatta dall'Adunanza Plenaria tra le « clausole immediatamente lesive degli interessi degli aspiranti » e le « altre regole di gara », dopo aver accertato « la palese idoneità della clausola contenuta nell'art. 7 del capitolato speciale a pregiudicare *ex ante* l'interesse della Omnia Medica a concorrere alla selezione in questione », sostiene che il capitolato speciale doveva essere immediatamente impugnato *in parte qua* dall'impresa esclusa dalla gara e che l'impugnazione del predetto atto

¹² L'artificialità del meccanismo viene in luce nell'ipotesi in cui la valutazione del giudice e quella dell'interessato circa la lesività immediata del regolamento non coincidano: qualora il secondo attenda l'emanazione dell'atto applicativo, potrebbe infatti vedersi respingere il ricorso per non aver tempestivamente impugnato il regolamento o l'atto generale, ritenuti invece dal giudice direttamente lesivo. Per una attenta analisi della questione, si veda F. BENVENUTI, *L'impugnazione dei regolamenti*, in *Foro amm.*, 1982, 538.

¹³ Ulteriore inconveniente pratico derivante dal regime della doppia impugnazione riguarda la competenza territoriale a conoscere sia l'atto presupposto sia l'atto applicativo, quando il primo sia un atto normativo generale emanato da un organo centrale ed il secondo un atto emanato da un organo periferico. Il problema nasce poiché mentre il giudizio relativo a ricorsi che siano rivolti ad atti generali, emanati da organi centrali ed efficaci su tutto il territorio nazionale, è devoluto in via esclusiva -ai sensi dell'art. 3, terzo comma, l. n. 1034/1971- al TAR Lazio, l'impugnazione di provvedimenti di organi periferici dello Stato ricade nella sfera giurisdizionale del TAR nel cui territorio si trovano gli organismi medesimi. Si ha, quindi, che in molte fattispecie che rilevano nell'esame in corso si verificherebbe uno spostamento della competenza al TAR Lazio, con notevole aggravio di spese per il ricorrente, facendo però venir meno quello che era lo spirito stesso della legge del 1971, cioè quello di evitare una concentrazione di giudizi e di consentire una maggiore accessibilità agli organi decentrati di giustizia amministrativa.

¹⁴ In *Cons. Stato*, 1998, I, 548. La questione oggetto della controversia era sorta in sede di impugnazione del provvedimento con cui una donna era stata esclusa da un concorso per maestro direttore della banda musicale dei Carabinieri, in applicazione della clausola del bando (non impugnato) che richiedeva quale requisito l'essere di sesso maschile. Il TAR Lazio, sez. I, 24 settembre 1997, n. 2401, aveva respinto il ricorso avendone riscontrato l'inammissibilità per tardività ed acquiescenza, in quanto la ricorrente avrebbe dovuto impugnare tempestivamente il bando, direttamente ed immediatamente lesivo, senza attendere il provvedimento di esclusione. La sentenza si segnala anche per la contestuale rimessione alla Corte Costituzionale della questione di costituzionalità della clausola medesima, nella parte in cui determina una irragionevole disparità di trattamento tra uomo e donna nell'accesso all'impiego.

¹⁵ In *Cons. Stato*, 1998, I, 887. Tra le pronunce che seguono l'orientamento tradizionale si segnalano: *Cons. Stato*, Ad. Plen., 24 gennaio 2001, n. 1; TAR Veneto, sez. I, 17 gennaio 2001, n. 133; *Cons. Stato*, sez. VI, ord. 27 marzo 2001; *Cons. Stato*, sez. VI, 19 gennaio 2001, n. 192; TAR Campania, sez. I, 27 marzo 2002, n. 1651.

unitamente al provvedimento, meramente consequenziale e vincolato, di esclusione ed a quello di aggiudicazione del servizio ad altra società si rivela tardiva e, come tale, irricevibile, in quanto « rivolta contro un atto rimasto inoppugnato¹⁶ e produttivo di effetti definitivamente consolidatisi per l'inutile decorso del termine di decadenza stabilito per la sua contestazione giudiziale ».

Si tratta, comunque, di un indirizzo particolarmente restrittivo che non tiene conto dell'attenzione prestata da una parte della giurisprudenza verso una tutela più piena dei privati nei confronti degli atti amministrativi generali, da realizzare attraverso la trasformazione dei meccanismi di tutela processuale. Infatti, nonostante l'ordinanza n. 1/1998 dell'Adunanza plenaria - come già detto - abbia disatteso le aspettative e riaffermato il proprio costante orientamento, le argomentazioni poste dalla Quarta Sezione del Consiglio di Stato a fondamento della remissione sono molto interessanti e, riecheggiando in parte le osservazioni compiute dalla dottrina in tema di disapplicazione, dimostrano la consapevolezza da parte del giudice amministrativo dell'eccessivo rigore della regola della necessaria impugnazione dell'atto generale immediatamente lesivo¹⁷. L'onere in questione, concepito come criterio volto a favorire la tutela immediata del ricorrente in deroga all'impugnazione congiunta, ha finito per costituire fonte di incertezze a causa dei frequenti casi di rigetto per tardività del ricorso presentato contro l'atto meramente applicativo, con la conseguenza che si è assistito ad un fenomeno di inversione tra regola ed eccezione nella impugnazione degli atti generali. Nella prassi, infatti, il più delle volte si procede all'impugnazione dell'atto generale, anche in caso di dubbia lesività di quest'ultimo, solo ai fini di garanzia, per evitare che il decorso dei termini precluda il ricorso contro l'atto applicativo.

3. *L'evoluzione dottrinale e giurisprudenziale sul tema della disapplicazione.*

Il Collegio procede poi alla disamina del problema relativo all'ammissibilità della disapplicazione del capitolato speciale tardivamente impugnato, richiamando il complesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale da cui il Consiglio di Stato ha preso le mosse per rivedere i limiti del potere di disapplicazione di atti amministrativi non impugnati o impugnati in ritardo, superando il rigido orientamento tradizionale che escludeva, quasi in assoluto, tale potere.

La dottrina si è sin dall'inizio interrogata sulla possibilità di riconoscere anche al giudice amministrativo un potere analogo a quello da sempre esercitato dal giudice ordinario, costituito dalla disapplicazione di un atto amministrativo illegittimo, a causa delle lamentate difficoltà derivanti dalla rigorosa applicazione del principio della contestuale impugnazione di regolamenti e atti amministrativi generali e dei loro atti applicativi.

¹⁶ In riferimento al tema della inoppugnabilità degli atti amministrativi è fondamentale considerare l'opera, ancora attuale, di BRACCI, *L'atto amministrativo inoppugnabile ed i limiti dell'esame del giudice civile*, in *Studi in onore di Federico Cammeo*, I, Padova, 1933, 149. L'Autore precisa che, in considerazione del concetto di « provvedimento definitivo », mentre nel linguaggio corrente la parola definitivo indica solitamente qualcosa che non può più essere modificato, nel linguaggio tecnico-giuridico, invece, il significato della parola cambia ed indica « non più un concetto assoluto, bensì uno relativo; indica, cioè, un provvedimento che non può più altrimenti essere modificato in un dato ordine di funzioni o la cui possibilità di modificazione non riguarda determinati effetti ».

¹⁷ Con la citata ordinanza n. 582/1998, la IV sezione del Consiglio di Stato, in primo luogo, sottolinea la natura amministrativa generale del bando di concorso e la conseguente centralità del provvedimento applicativo nell'avverarsi della lesione, prima del quale essa non solo non può considerarsi attuale ma nemmeno certa. In secondo luogo, sottolinea che, anche dopo l'avvenuta pubblicazione del bando, non può escludersi che l'amministrazione decida di non applicare le clausole del bando di cui si sia nel frattempo accertata l'illegittimità, oppure scelga una interpretazione conforme al dettato della norma di rango superiore: pertanto, la certezza della lesione può derivare dal solo provvedimento di esclusione, mediante il quale l'amministrazione dà attuazione alle clausole suscettibili di varia interpretazione.

Se in un primo periodo non erano mancate pronunce favorevoli alla disapplicazione degli atti normativi illegittimi anche in sede di giurisdizione generale di legittimità¹⁸, la giurisprudenza, valorizzando il profilo prettamente amministrativo della norma regolamentare, si era poi consolidata su posizioni contrarie¹⁹. L'unica eccezione era costituita dal regime processuale in sede di giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, relativamente alle controversie incidenti su diritti soggettivi, e ciò sia sulla base dell'equiparazione di una giurisdizione concernente posizioni di diritti soggettivi alla tutela giurisdizionale presso il giudice ordinario (*ex art. 5 della l. n. 2248/1865, all. E*) sia sull'assunto della natura non impugnatoria del giudizio²⁰.

Dopo un quarantennio di pronunce costantemente orientate in tale direzione, si ha una importante svolta con la decisione della Quinta Sezione del Consiglio di Stato, 26 febbraio 1992, n. 154²¹, che rappresenta la prima di un numeroso gruppo di sentenze favorevoli al riconoscimento anche al giudice amministrativo del potere di disapplicare i regolamenti nelle ipotesi in cui l'impugnazione dell'atto applicativo non sia stata accompagnata dalla contestuale impugnazione della norma regolamentare illegittima. Non può, però, sottacersi come la portata innovativa di tale decisione viene parzialmente ridimensionata dal fatto di essere circoscritta alle sole ipotesi in cui l'atto oggetto di disapplicazione sia lesivo di diritti soggettivi, restando ferme le tradizionali preclusioni nei giudizi di impugnazione dei « provvedimenti autoritativi ».

Nelle successive pronunce, il Consiglio di Stato ha precisato ed ampliato l'orientamento, abbandonando il riferimento alla natura della situazione lesa e riconoscendo un più generale potere di disapplicazione degli atti normativi illegittimi da parte del giudice amministrativo²².

Anche se, a fronte del nuovo indirizzo giurisprudenziale, non sono mancate critiche da parte di chi ha sottolineato gli aspetti problematici di una progressiva evoluzione dei mezzi di controllo di

¹⁸ Si vedano, ad esempio, Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 1936, n. 68, in *Giur. it.*, 1936, III, 239, in cui si afferma che « il giudice ordinario, al pari di quello amministrativo, deve applicare i regolamenti locali solo in quanto obiettivamente siano conformi alle leggi »; Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 1937, in *Giur. it.*, 1937, III, 49; Cons. Stato, 14 febbraio 1941, n. 93, in *Giur. it.*, 1942, III, 17.

¹⁹ Tra le pronunce che negano la possibilità di disapplicazione da parte del giudice amministrativo sulle norme regolamentari non impuginate, si vedano Cons. Stato, sez. V, 28 giugno 1952, n. 1032, in *Foro amm.*, 1953, I, 2, 36; Cons. Stato, sez. VI, 30 dicembre 1958, n. 1017, in *Giur. it.*, 1959, 517; Cons. Stato, sez. V, 19 aprile 1964, n. 469, in *Foro amm.*, 1964, 483; Cons. Stato, sez. V, 5 maggio 1988, n. 271, in *Cons. Stato*, 1988, I, 622; Cons. Stato, sez. V, 8 febbraio 1991, n. 112, in *Foro amm.*, 1991, 356.

²⁰ Esempio della rilevanza della natura della posizione giuridica privata ai fini della disapplicazione per opera del giudice amministrativo, in sede di giurisdizione esclusiva, è dato dalla disapplicazione dei regolamenti relativi all'accesso ai documenti amministrativi, considerata dalla giurisprudenza prevalente una ipotesi di giurisdizione esclusiva, stante la qualificazione in termini di diritto soggettivo della posizione vantata da chi aspira all'accesso in presenza dei presupposti legittimanti. Va, peraltro, rilevato che anche dopo la decisione n. 16 del 1999 dell'Adunanza Plenaria, in *Cons. Stato*, 1999, I, 784, che ha qualificato la posizione in esame in termini di interesse legittimo, la tesi del diritto soggettivo è stata da ultimo ribadita da Cons. Stato, sez. IV, 24 luglio 2000, n. 4076, in *Cons. Stato*, 2000, I, 1794.

²¹ In *Foro amm.*, 1993, 466, con nota di S. BACCARINI, *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*. Il Consiglio di Stato, nell'esaminare le censure contro la sentenza di primo grado che aveva annullato una serie di atti del Comitato Regionale di Controllo per violazione dei termini per il controllo stabiliti da un regolamento regionale, ha accolto il ricorso sulla base dell'accertamento dell'illegittimità della norma regolamentare per contrasto con la legge regionale, procedendo alla sua disapplicazione e rovesciando in tal modo la decisione di primo grado che aveva annullato gli atti in questione in applicazione del menzionato regolamento.

²² Si veda Cons. Stato, sez. V, 24 luglio 1993, n. 799, in *Cons. Stato*, 1993, I, 930; Cons. Stato, sez. V, 19 settembre 1995, n. 1332, in *Foro amm.*, 1995, 1892; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 222, in *Foro amm.*, 1996, 488, nella quale il Consiglio ha ulteriormente distinto tra disapplicazione dell'atto normativo, la cui legittimità rilevi come questione pregiudiziale, e invalidazione, nel caso in cui l'atto normativo sia presupposto dell'atto impugnato ed il suo vizio determini l'invalidità derivata dell'atto applicativo; Cons. Stato, sez. VI, 12 aprile 2000, n. 2183, in *Cons. Stato*, 2000, I, 942, in cui vengono puntualizzati alcuni limiti del potere di disapplicazione normativa e, precisamente, si afferma che la disapplicazione non tocca i regolamenti eseguiti con atti diversi da quello impugnato, anche se collegati sul piano motivazionale.

legittimità sugli atti di normazione secondaria, l'esistenza di un principio generale della disapplicazione, come tale operante in ogni tipo di processo, è rilevabile sia dall'esame della Costituzione²³ e sia dai principi generali dell'ordinamento giuridico²⁴.

Per quanto riguarda più specificamente il processo amministrativo, la necessità della disapplicazione si impone come un indispensabile strumento di garanzia delle situazioni soggettive, alla cui tutela tale processo è finalizzato. Infatti, il processo amministrativo si sta ormai discostando dai rigidi parametri di un processo impugnatorio, che ha ad oggetto solo ed esclusivamente l'atto amministrativo, per divenire momento di verifica sostanziale delle situazioni soggettive azionate dalle parti²⁵. Alla luce di questa nuova concezione, anche i poteri del giudice non possono non adattarsi ad una realtà sempre più protesa a tutelare i « beni della vita » rispetto all'astratta esigenza di garantire la mera legittimità dell'azione amministrativa. La disapplicazione, consentendo al giudice amministrativo di prescindere dalla logica della rituale impugnativa dell'atto, si inserisce, pertanto, a pieno titolo in questa trasformazione strutturale del processo amministrativo, rappresentando un idoneo strumento di tutela degli interessi sostanziali sottesi al ricorso.

Se la giurisdizione amministrativa è posta a tutela degli interessi soggettivi, questi, oltre a costituire un presupposto essenziale per ricorrere, delimitano anche lo stesso ambito di realizzazione del processo, nel senso che il giudice amministrativo può intervenire solo nei limiti di quanto sia necessario al fine di tutelare la specifica situazione soggettiva di cui è stata lamentata la lesione. Si comprende, allora, come la pronuncia di annullamento, eliminando l'atto illegittimo dall'ordinamento con effetto *ex tunc* e nei confronti di tutti i soggetti destinatari non determinati (efficacia *ultra partes*), oltre a rappresentare una deroga al principio generale, sancito dall'art. 2909

²³ Precludere al giudice amministrativo la cognizione della legittimità di atti amministrativi che costituiscono norme rilevanti ai fini del giudizio di validità del provvedimento impugnatorio, disconoscendogli il potere di disapplicarli qualora li giudichi *contra ius*, significa inevitabilmente porre in stato di inferiorità, sul piano della tutela, l'interesse legittimo rispetto al diritto soggettivo. Significa, altresì, limitare la tutela del cittadino contro quegli atti amministrativi ad un solo particolare mezzo di impugnazione (la domanda di annullamento). Tutto questo in contrasto con il dettato costituzionale -in particolare con gli art. 2, 3, 24, 103, 113 Cost.- secondo cui il contenuto della tutela giuridica per gli interessi legittimi deve essere lo stesso di quello garantito ai diritti soggettivi. Si veda in tema di equiparazione della tutela giurisdizionale tra le due posizioni soggettive, diritto soggettivo e interesse legittimo, F.G. SCOCA, *Riflessioni sui criteri di riparto delle giurisdizioni*, in *Dir. proc. amm.*, 1989, 582. L'Autore, in un'altra opera, *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Milano, 1990, sottolinea la « pari dignità » costituzionale di diritto soggettivo e interesse legittimo (p. 13) e l'insoddisfacente livello di protezione giuridica in cui versa quest'ultima situazione giuridica soggettiva (p. 47): « Poiché alla figura dell'interesse legittimo è connesso, nell'ordinamento italiano, il nucleo centrale del sistema delle tutele dei privati nei confronti dei poteri pubblici, si può affermare che il mancato perfezionamento della tutela dell'interesse legittimo è anche (indice della) ridotta ed incompleta tutela dei privati nei confronti della amministrazione pubblica ». Concorda con tale impostazione A. POLICE, *La tutela del consumatore nel processo amministrativo*, in *Riv. giur. quadrim. pubbl. serv.*, 1999, 39, n. 2, il quale osserva che diritti ed interessi sono stati posti dal Costituente sullo stesso piano, a nulla rilevando che -in linea di principio- la loro tutela sia stata affidata a giurisdizioni differenti.

²⁴ E' significativa la riaffermazione del potere di disapplicare del giudice ordinario, in materia di controversie di lavoro con pubbliche amministrazioni, che si ritrova all'art. 68 del d.lgs. n. 29/1993, ove, al primo comma, è previsto che il giudice ordinario è competente « ancorché vengano in questione atti amministrativi presupposti » e che « quando questi ultimi siano rilevanti ai fini della decisione...li disapplica, se illegittimi ». Anche il d.lgs. n. 546/1992, all'art. 7, quinto comma, ha disposto che: « le commissioni tributarie, se ritengono illegittimo un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione, non lo applicano, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio... ».

²⁵ Per l'analisi di questo tema si rinvia a L. MIGLIORINI, *Disapplicazione e inapplicabilità*, in *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, Torino, cit., 238, secondo cui « ormai il processo amministrativo è stato pienamente ricostruito come processo di parti, come tale volto a tutelare situazioni giuridiche soggettive parzialmente protette da una norma che disciplina congiuntamente anche le correlate potestà discrezionali dell'amministrazione ». Si veda anche V. CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 1997. Nella stessa ottica, con riguardo specifico all'estensione della cognizione del giudice rispetto alle scelte discrezionali della p.a., A. POLICE, *Il ricorso di piena giurisdizione davanti al giudice amministrativo*, II, Padova, 2001.

c.c., in base al quale « la sentenza fa stato tra le parti, i loro eredi e gli aventi causa »²⁶, determina una vera e propria « aporia »²⁷ tra la natura dell'interesse sotteso al ricorso amministrativo ed i suoi effetti. Infatti, mentre il giudice è formalmente investito del solo potere di risoluzione della controversia proposta dalle parti, la sentenza di annullamento produce effetti che vanno ben oltre la sfera giuridica dell'interessato, ponendo il problema della piena ed effettiva attuazione del contraddittorio e della tutela dei controinteressati²⁸.

La disapplicazione, invece, limitando i propri effetti all'interno del singolo giudizio in cui viene attuata e, di conseguenza, garantendo l'efficacia dell'atto normativo o generale per i soggetti rimasti estranei al processo, è in grado di restituire al giudizio amministrativo quella dimensione soggettiva che ormai ne costituisce tratto caratterizzante²⁹.

4. *L'ambito di operatività della disapplicazione: è possibile una sua estensione agli atti amministrativi generali a contenuto non normativo?*

Se la disapplicazione delle norme regolamentari illegittime si conferma nel giudizio ordinario di legittimità, così come nella giurisdizione esclusiva, strumento insostituibile di tutela e di realizzazione di giustizia sostanziale, uno degli argomenti oggi più dibattuti in giurisprudenza è costituito dalla possibile estensione dei confini della disapplicazione anche agli atti amministrativi generali, con particolare riferimento a quelli che presentano una funzione precettiva, quali i bandi di gara e di concorso.

E' questo il problema che interessa più da vicino la decisione in commento che, in conformità all'orientamento prevalente, esclude tale possibilità e, contestando la correttezza del convincimento espresso in primo grado dal TAR Lombardia in merito all'ammissibilità della disapplicazione del capitolato speciale non tempestivamente impugnato, afferma che: « va esclusa la disapplicazione dei provvedimenti amministrativi non ritualmente impugnati e, in particolare, di quelli che, ancorché connotati da una valenza generale, risultano privi di natura normativa, posto che, ammettendo il sindacato incidentale di questi ultimi, si finirebbe per sovvertire le regole del giudizio impugnatorio, per snaturarne i caratteri essenziali e, in definitiva, per consentire l'elusione

²⁶ Si tratta del c.d. giudicato sostanziale, che consiste nella forza cogente attribuita dall'ordinamento alla statuizione del giudice; tale principio, accanto al c.d. giudicato formale, che allude invece alla immodificabilità che la sentenza raggiunge quando siano stati esperiti tutti i rimedi previsti dalla legge o siano scaduti i termini per proporli, trova applicazione anche nel giudizio amministrativo, seppur con una serie di particolarità, legate alla natura impugnatoria del giudizio amministrativo ed alla limitata applicazione alla p.a. del c.d. effetto preclusivo del giudicato. Per un maggiore approfondimento dell'argomento, si veda S. CASSARINO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, cit., 525.

²⁷ L'espressione è usata da L. MAZZAROLLI, *La giurisdizione sui regolamenti è di diritto oggettivo?*, in *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, cit., 5, per sottolineare la compresenza, nel giudizio amministrativo, di elementi propri della giurisdizione di tipo « soggettivo » e di tipo « oggettivo ».

²⁸ Il problema della estensione soggettiva del giudicato amministrativo e della carenza di strumenti processuali idonei a garantire la partecipazione in giudizio proprio a quei soggetti che in qualche modo vedranno ricadere su di sé gli effetti del giudicato è stato segnalato dalla dottrina anche in relazione ad un recente orientamento giurisprudenziale favorevole all'ampliamento *erga omnes* del giudicato derivante dalle sentenze apparentemente processuali, come quella che, dichiarando inammissibile il ricorso, « in realtà, una volta passata in giudicato, impegna l'amministrazione a non poter più trarre da quell'atto le conseguenze lesive che il giudice ha ritenuto inidonee a discendere dallo stesso ». Così F.G. SCOCA - L. GIANI, *Spunti sulle nozioni di interesse legittimo e giudicato amministrativo*, (nota a Cons. Stato, sez. VI, 19 gennaio 1995, n. 40) in *Dir. proc. amm.*, 1998, 310.

²⁹ La giurisprudenza più recente ha tentato di contenere entro limiti parzialmente più circoscritti l'efficacia *ultra partes* delle pronunce di annullamento, operando una rigorosa delimitazione della portata oggettiva del giudicato. In particolare, il Consiglio di Stato, sez. VI, 26 giugno 1996, n. 854, dopo aver sostenuto che « l'efficacia della pronuncia di annullamento di atti aventi natura regolamentare si estende a tutti i destinatari di essi, anche se non siano stati parte in senso formale del giudizio », ha aggiunto che ciò deve, però, avvenire « nei limiti oggettivi in cui il giudicato si è formato, ossia con riferimento al dispositivo, alla motivazione e all'oggetto del giudizio ».

del termine di decadenza stabilito al fine di ottenere dal giudice amministrativo l'eliminazione degli atti lesivi di interessi legittimi ».

E' necessario ora soffermarsi su quale sia il regime di impugnazione del bando di gara nell'impostazione tradizionale. Come già detto, le prescrizioni del bando si suddividono tra quelle che hanno una portata immediatamente lesiva e quelle che hanno una lesività solo potenziale, che si concreta con l'adozione dell'atto di esclusione o di non ammissione ovvero con l'esito finale della procedura. Per le prime si pone un onere di tempestiva ed autonoma impugnazione³⁰, mentre per le seconde il partecipante non ha l'onere, anzi non ha interesse ad impugnare immediatamente la prescrizione ritenuta illegittima, perché questa non lede direttamente la sua sfera giuridica. Esistono, poi, prescrizioni « plurivoche », caratterizzate da un sostanziale grado di ambiguità interpretativa, per le quali, attesa l'incertezza sul loro grado di lesività, si ritiene possibile impugnare il provvedimento che vi dia applicazione anche laddove non sia stato impugnato immediatamente il bando di gara³¹.

Accanto alla descritta impostazione tradizionale, sono emerse, nel recente panorama giurisprudenziale, soluzioni innovative che possono essere ricomprese in tre differenti indirizzi: a) la tesi volta ad ampliare il novero delle clausole immediatamente lesive, rendendo generale il principio della necessaria impugnazione del bando³²; b) la tesi che considera possibile l'impugnazione congiunta bando-atto applicativo anche laddove le clausole del bando si appalesino immediatamente lesive; c) la tesi favorevole alla disapplicazione del bando non impugnato in virtù della sola impugnazione dell'atto applicativo³³.

³⁰ Sul punto si veda, da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2001, n. 2645 e Cons. Stato, sez. V, 18 ottobre 2002, n. 5776, ove si reputa sussistente l'onere di impugnare immediatamente il bando anche nel caso di clausole asseritamente irragionevoli o di clausole relative ai criteri per la scelta del contraente ed al *modus operandi* fissato per il funzionamento della commissione aggiudicatrice.

³¹ Nelle conclusioni del 7 febbraio 2002, in riferimento alla causa C-327/00, l'Avvocato Generale della Corte di Giustizia, sul tema della disapplicazione dei bandi di gara, ha rimarcato che osta ai principi comunitari una soluzione processuale nazionale che precluda all'interessato di impugnare il provvedimento di esclusione dalla gara laddove non sia stata gravata una prescrizione del bando di gara la cui lesività non sia immediatamente e chiaramente percepibile da parte dell'impresa partecipante alla procedura. Sulla stessa linea, Cons. Stato, sez. V, 6 marzo 2002, n. 1342, che ha reputato non operante il principio della necessaria immediata impugnazione delle clausole lesive che, in materia di concorsi, fissano requisiti di partecipazione alla procedura, nel caso in cui il requisito prescritto non costituisca un elemento assolutamente obiettivo (nella specie si trattava del requisito di altezza minima) e laddove gli interessati non siano in grado, da subito, di percepire la portata lesiva della clausola che prescrive il requisito stesso.

³² La dottrina ha assunto un atteggiamento assai critico nei confronti di tale impostazione perché l'estensione dell'onere di impugnazione a clausole che non decretano l'esito sicuramente infausto della procedura finisce per stravolgere i concetti di interesse che legittima a ricorrere e di giudizio amministrativo. Si veda P. PINZA, *Impugnazione diretta del bando, clausole immediatamente lesive ed interesse a ricorrere: una tutela giurisdizionale incerta*, in *Dir. proc. amm.*, n. 3/2002, 726; S. BACCARINI, *Clausole non escludenti dei bandi di gara ed onere di impugnazione delle stesse: un inattendibile orientamento del Consiglio di Stato*, in www.giust.it; G. MARI, *Sulla disapplicabilità delle clausole del bando di gara e sul principio di regolarizzazione*, in *Foro amm.*, 2002, 1133. L'impostazione tradizionale è stata di recente ribadita da Cons. Stato, sez. VI, 22 gennaio 2001, n. 192, in *Urb. e app.*, n. 3/2002, con nota di MARTINELLI-SANTINI. La decisione, nel rigettare l'eccezione di tardività del capo di ricorso di primo grado rivolto a censurare la prescrizione del bando relativa all'unicità della busta recante l'offerta tecnica e quella economica, osserva che: « il ricorso giurisdizionale amministrativo non è rimedio dato nell'interesse oggettivo della giustizia ma per tutelare posizioni dei singoli, i quali non sono tenuti a denunciare l'illegittimità degli atti della quale pure abbiano conoscenza, se non nei limiti e nel momento in cui tale illegittimità si traduca concretamente in una lesione ai propri interessi ».

³³ Tale orientamento, a cui si è già fatto riferimento, è stato seguito, in particolare, da alcune pronunce del TAR Lombardia, secondo cui l'estensione del rimedio della disapplicazione ai bandi trova fondamento nel riconoscimento della caratterizzazione normativa degli stessi e nella conseguente esigenza sostanziale di apprestare un meccanismo invalidante delle norme di grado inferiore contrarie ai precetti superiori dell'ordinamento. Questa tesi ha registrato una battuta di arresto con la decisione del Cons. Stato, sez. IV, 27 agosto 1998, n. 568, in *Urb. e app.*, 1999, 530, con nota di A. CRISAFULLI, nella quale si afferma che la disapplicazione, normativa o provvedimentale, opera soltanto in presenza di posizioni di diritto soggettivo, ossia solo nelle ipotesi di giurisdizione esclusiva, con conseguente negazione della possibilità di disapplicare il regolamento o altro atto in sede di giudizio di legittimità. La decisione si discosta dalla

Le tesi in esame sono state sottoposte all'attenzione dell'Adunanza Plenaria con ordinanza 6 maggio 2002, n. 2406, della V Sezione del Consiglio di Stato. Il Supremo Consesso Amministrativo, con la decisione n. 1 del 23 gennaio 2003, chiamato a prendere posizione circa « l'esatta delimitazione dell'ambito oggettivo dell'onere di immediata impugnazione », afferma che è l'atto applicativo che concretizza la lesione, che la rende immediatamente percepibile al ricorrente lasciandogli contestualmente affiorare l'interesse al gravame. È questo il motivo per cui, in materia di atti amministrativi generali, la regola non può che essere quella della non immediata impugnativa dei medesimi, anche quando talune clausole appaiono da subito come illegittime, nell'attesa del provvedimento applicativo capace di tradurre tale illegittimità in una lesione concreta ed attuale per il destinatario. Unico caso, continua l'Adunanza Plenaria, in cui appare riscontrabile in seno agli atti preliminari ad una procedura concorsuale un pregiudizio non già meramente potenziale ma attuale per gli aspiranti al bene della vita che con la detta procedura si intende assegnare (aggiudicazione di un contratto, stipula di un contratto di lavoro subordinato etc.) è quello delle clausole che fissano imprescindibili requisiti soggettivi di partecipazione alla procedura medesima che, pertanto, andranno immediatamente impugnate.

Le argomentazioni favorevoli alla estensione del rimedio della disapplicazione agli atti amministrativi generali sono state ricondotte in dottrina al principio di legalità sostanziale ed alla connessa esigenza di adattare le forme di tutela processuale alla necessaria prevalenza delle norme sovraordinate rispetto agli atti secondari (e, quindi, anche agli atti amministrativi) in contrasto con esse. A ciò va aggiunto che escludere l'istituto della disapplicazione in relazione agli atti amministrativi generali non normativi significherebbe ridurre notevolmente la portata del potere riconosciuto al giudice amministrativo e creare una differenziazione di trattamento processuale degli atti generali e degli atti normativi secondari, rendendo ancora più importante, sul piano degli effetti, la complessa opera di identificazione della natura normativa o non normativa dell'atto.

Alla luce di queste considerazioni, è possibile comprendere i limiti a cui perviene la Quinta Sezione che, nella sentenza in esame, esclude la disapplicazione della regola di gara, avente natura di atto amministrativo generale, non tempestivamente impugnata, « nel rispetto dei principi generali, connaturati al sistema processuale nazionale, della certezza del diritto e della stabilità degli effetti ». Secondo il Collegio, la violazione -come nel caso di specie- di una norma che regola l'azione dell'amministrazione in modo da escludere qualsiasi scelta discrezionale nell'esercizio del relativo potere comporta « l'onere, in capo al soggetto leso dal provvedimento così viziato, di impugnarlo entro il termine perentorio al fine di farne accertare l'illegittimità e di ottenerne l'annullamento, non essendovi alcuna possibilità per il giudice amministrativo di sancirne l'inefficacia, prescindendo dalla sua rituale contestazione in giudizio ».

Accogliendo l'indirizzo che considera possibile una trasposizione delle regole sancite in materia di disapplicazione dei regolamenti nel settore degli atti amministrativi generali, i motivi di dubbio ravvisabili nella conclusione cui perviene la Quinta Sezione sono i seguenti.

Innanzitutto, nella sentenza si legge che l'esclusione della disapplicazione nel caso *de quo* è imposta dal rispetto del principio di certezza e stabilità dei rapporti giuridici. Questa obiezione si basa sulla constatazione che il riconoscimento incidentale della illegittimità dell'atto da parte del giudice esplica i propri effetti soltanto all'interno del singolo processo in cui opera creando, così, uno stato di grave incertezza nei destinatari dell'azione amministrativa i quali non sapranno se poter fare o meno affidamento su un atto *incidenter tantum* considerato illegittimo³⁴. Ad essa si è, però,

recente evoluzione dello stesso Collegio in tema di disapplicazione degli atti normativi. Sul tema si veda, da ultimo, D. CASCIONE, *Disapplicazione, normativa e provvedimentale, ad opera del giudice amministrativo e pubblica amministrazione*, in *Foro amm.*, 2002, 682.

³⁴ Tale obiezione è avallata, in particolar modo, da S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 716, secondo cui neanche nei singoli giudizi instaurati è assicurato il rispetto del principio di certezza e del principio di uguaglianza di tutti i cittadini di fronte alla legge atteso che « ciò che un giudice vede non è detto che sia

risposto -e questa è l'interpretazione più convincente- che non tiene in conto che la disapplicazione di un atto amministrativo, pur se circoscritta alla questione controversa, ha di fatto una efficacia *ultra partes* in considerazione della « funzione nomofilattica »³⁵ assolta dalla giurisprudenza amministrativa al pari dello stimolo all'autotutela che dovrebbe derivare dalla disapplicazione giurisdizionale. Secondo parte della dottrina, si potrebbe addirittura andare oltre e ritenere che sussista un vero e proprio obbligo della pubblica amministrazione di eliminare o modificare, mediante l'attivazione di un procedimento di secondo grado, l'atto disapplicato in uno o più giudizi amministrativi. Infatti, se è vero che normalmente tali procedimenti vengono instaurati su iniziativa discrezionale della pubblica amministrazione, è altrettanto vero che, in questi casi, la portata generale dell'atto in questione potrebbe giustificare una deroga a tale principio³⁶.

In secondo luogo, i giudici della Quinta Sezione considerano ulteriore motivo di esclusione della disapplicazione del provvedimento viziato (nel caso di specie, l'art. 7 del capitolato speciale) il fatto che non vi è alcuna possibilità per il giudice amministrativo di sancirne l'inefficacia, prescindendo dalla sua rituale impugnazione. Si vuole dire che la possibilità che il giudice verifichi in via ufficiosa la ricorrenza di vizi di legittimità dell'atto, senza che questi siano stati oggetto di specifici motivi di censura, violerebbe il principio della domanda di cui all'art. 112 c.p.c. e, quindi, la necessaria corrispondenza tra chiesto e pronunciato. Autorevole dottrina ha, però, rilevato che il meccanismo attraverso il quale si dispone la disapplicazione non comporta inevitabilmente una alterazione delle regole del giudizio di impugnazione. Ciò perché l'episodio di vita sottoposto al vaglio del giudice è sempre disciplinato dalla legge la cui violazione è stata invocata. Nell'ipotesi in cui, pertanto, il provvedimento impugnato sia applicativo di un atto presupposto illegittimo, il giudice amministrativo « deve fare riferimento alle questioni davanti a lui proposte tra cui vi è quella del contrasto legge-provvedimento »³⁷. Da ciò consegue che l'aver il ricorrente pretermesso

visto allo stesso modo da altro giudice ». Potrebbe, in altri termini accadere che un giudice attivi solertemente i propri poteri disapplicando l'atto di cui ravvisi profili di illegittimità, mentre un'altra autorità giudiziaria rimanga inerte applicando lo stesso atto in altra sede qualificato invalido. A questo rilievo critico è stato risposto da I. ZINGALES, *Disapplicazione da parte del giudice amministrativo di prescrizioni regolamentari dei bandi di gara contrastanti con la normativa primaria e con il principio di proporzionalità*, cit., 2464, che lo stesso finirebbe per provare troppo, in quanto lo stesso inconveniente è riscontrabile in tutte le controversie giudiziarie connotate dalla identità di *petitum* e *causa pretendi*. Si tratterebbe, pertanto, di una evenienza ineliminabile nella dinamica del diritto vivente, per la quale l'ordinamento appresta il rimedio del doppio grado di giurisdizione. In ordine, invece, all'assunta violazione del principio di uguaglianza nei confronti di coloro che non hanno partecipato al processo, l'Autore replica che il rispetto di tale principio deve essere valutato in astratto e non in concreto, a nulla rilevando che alcuni soggetti non esperiscano i rimedi giuridici assicurati dal sistema, mentre altri, trovandosi nella medesima situazione di fatto e di diritto, chiedano ed ottengano la prevista tutela giurisdizionale.

³⁵ Così G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, 661, secondo cui « la disapplicazione induce a far uso dei propri poteri di autotutela e i terzi ad attivare rituali giudizi di impugnazione ».

³⁶ Si veda, in tal senso, V. LOPILATO, *La disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo*, in *Diritto e formazione*, n. 1/2001, che parla di un « sistema obbligatorio di autotutela », sottolineando che tale meccanismo, proposto per garantire maggiore certezza dei rapporti giuridici, non sarebbe del tutto estraneo al sistema, in quanto riprodurrebbe un modello operativo simile a quello affermato in ambito comunitario per sanzionare la normativa interna in contrasto con la normativa comunitaria direttamente applicabile. Potrebbe, quindi, essere ipotizzata la medesima soluzione operante sulla base del principio espresso dalla Corte di Giustizia delle Comunità Europee (nella consapevolezza della diversità dei valori che ne hanno determinato l'affermazione): evitare le incertezze conseguenti alla mera disapplicazione mediante l'imposizione -in capo ai soggetti che hanno emanato l'atto illegittimo- dell'obbligo di provvedere al suo annullamento o alla sua modifica in sede di autotutela.

³⁷ Così G. MORBIDELLI, *op. cit.*, 701, per il quale, inoltre, « si potrebbe anche evitare...di parlare di disapplicazione e parlare invece di diretta applicazione della legge » e si potrebbe, altresì, affermare che l'atto presupposto « non viene né annullato né disapplicato, perché l'accertamento del ricorso (e, dunque, della illegittimità del provvedimento) prescinde da tale atto presupposto e si compendia nel rapporto diretto legge -provvedimento applicativo ». Se, però, l'atto applicativo venisse impugnato per motivi diversi (ad esempio, per la violazione di una legge diversa da quella con cui confligge l'atto presupposto) il principio dispositivo diventerebbe, in tale ipotesi, un ostacolo insuperabile per l'istituto

ogni riferimento all'atto presupposto non sarebbe ostativo di un corretto radicamento della domanda, essendo sufficiente che la parte abbia contestato la difformità tra atto applicativo e legge³⁸.

Nella decisione in commento, il Collegio, quanto alle modalità di impugnazione del bando di gara, critica le argomentazioni del TAR Lombardia - Milano sotto un duplice profilo: a) in riferimento alla natura del capitolato speciale, da intendersi quale provvedimento formalmente e sostanzialmente amministrativo, privo di carattere normativo; b) in riferimento all'inconfigurabilità, nel caso di specie, del principio di eterointegrazione negoziale, ex art. 1339 e 1419 c.c., perché se l'istituto dell'inserzione automatica di clausole presuppone l'esistenza di un contratto già stipulato, nel quale inserire le norme inderogabili che impongono il contenuto delle obbligazioni e dei diritti nascenti dall'accordo, « il bando di gara è un provvedimento amministrativo volto a regolare il procedimento di selezione del contraente e non contiene alcuna disposizione precettiva in ordine alla misura dei diritti e degli obblighi nascenti dal contratto che sarà stipulato all'esito della procedura ».

In aggiunta a tali considerazioni, il Collegio osserva che il ragionamento del Tribunale lombardo è inficiato da un altro errore, in quanto il TAR -pur non affermandolo espressamente- fonda l'*iter* logico della decisione sul riscontro nell'atto disapplicato di una invalidità radicale, paragonabile alla nullità, determinata dall'inosservanza di norme di azione dettate con forza imperativa, mentre « il vizio generato dalla inosservanza di una disposizione normativa diretta a regolare l'azione della pubblica amministrazione consiste nella sola illegittimità per violazione di legge, che implica, al pari del vizio di annullabilità dei negozi giuridici, l'efficacia dell'atto fino al suo annullamento da parte del giudice amministrativo o della stessa amministrazione (in sede giustiziale o di autotutela) ». Secondo la sentenza in esame, poi, non è possibile, nell'ambito del diritto amministrativo, una distinzione tra norme di legge derogabili e norme di legge imperative, cioè tra norme che « regolano la condotta dell'amministrazione in modo da lasciarle un margine di scelta discrezionale nell'esercizio concreto del potere, da quelle che la vincolano in modo così puntuale da non consentirle alcuna ulteriore valutazione ». In entrambe le ipotesi, infatti, la violazione comporta la illegittimità dell'atto per violazione di legge e, quindi, la sua annullabilità « senza che possa in alcun modo configurarsi una più grave ipotesi di invalidità che impedisca al provvedimento di produrre i suoi effetti tipici e che autorizzi il giudice amministrativo a disapplicarlo ».

Viene, così, in rilievo il tema della natura del vizio da cui è affetto l'atto amministrativo contrastante con la legge. Secondo la dottrina prevalente³⁹, si ha nullità esclusivamente nei casi in cui una norma espressamente la sancisca, nel caso di incompetenza assoluta dell'amministrazione emanante o di grave deficienza strutturale dell'atto sotto il profilo della mancanza di un elemento essenziale dello stesso. Al di là di questi casi, i provvedimenti amministrativi sono illegittimi e, quindi, annullabili o disapplicabili ex art. 4 e 5 della l. n. 2248/1865, all. E.

Le conclusioni a cui giunge la sentenza appaiono troppo rigide se si considera che proprio il Consiglio di Stato ha a suo tempo individuato una serie di norme la cui violazione comporta una forma di illegittimità diversa, c.d. « illegittimità forte », dell'atto amministrativo. L'Adunanza

della disapplicazione. Si veda, poi, L. PALADIN, *Le fonti del diritto italiano*, Bologna, 1996, 62, il quale ritiene che la necessità che il chiesto corrisponda al pronunciato non esclude che i giudici, civili o amministrativi, « debbano...interpretare le disposizioni sulle quali si fondino le domande o i ricorsi...; debbano altresì tenere conto di tutto il restante materiale normativo, suscettibile di incidere sulla fondatezza di quelle domande, così come prospettate. Ed è in questi termini che l'imperativo *jura novit curia* si riafferma sotto i più vari profili e ai più vari effetti ».

³⁸ In tale senso, Cons Stato, sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657, ove si afferma che la tecnica della disapplicazione non si pone in contrasto ma va armonizzata con il principio della domanda.

³⁹ Si veda R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in AA. VV., *Diritto amministrativo*, (a cura di) L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. SCOCA, cit., 1455.

Plenaria, con decisione del 29 febbraio 1992, n. 2⁴⁰, ha affermato che « se è vero che l'illegittimità è la qualificazione tradizionale del provvedimento non conforme a legge, idoneo a ledere anche interessi particolari, tuttavia, quando la situazione è ribaltata perché il provvedimento favorisce il singolo, attribuendogli utilità che non gli spettano e lede, con effetti continuativi, principalmente interessi pubblici, la qualificazione di illegittimità, vuoi per la presumibile mancanza di soggetti legittimati all'impugnazione, vuoi per le non improbabili remore dell'autorità emanante ad esercitare i poteri di autotutela prima della convalida dell'atto per decorso del tempo, non è idonea allo scopo ». L'Adunanza Plenaria conclude, dunque, che, in tali ipotesi, « non sorprende che lo spostamento del fulcro della garanzia dal polo privatistico a quello pubblicistico dell'esercizio del potere dia luogo a quella qualificazione giuridica di illegittimità forte, che è la nullità in senso tecnico ».

La riportata decisione dell'Adunanza Plenaria dimostra che la giurisprudenza del Consiglio di Stato, contrariamente a quanto sostenuto in sentenza, ha evidenziato ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo e, riguardando la decisione dal punto di vista del potere di disapplicazione, sembra potersi ricavare la possibilità di esercizio di tale potere anche nell'ambito della giurisdizione di legittimità, allorché vengano in esame atti amministrativi la cui contrarietà a legge sia riconducibile alla nullità e non alla illegittimità/annullabilità⁴¹.

5. Il problema della disapplicazione degli atti amministrativi generali non tempestivamente impugnati contrastanti con il diritto comunitario.

La Quinta Sezione, da ultimo, afferma che anche la complessa questione della disapplicabilità di atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto comunitario -che, però, non interessa la materia controversa- andrebbe risolta negando il relativo potere del giudice amministrativo, come per il caso di violazione di norme dell'ordinamento interno. Tale conclusione si impone perché « l'inosservanza di una disposizione comunitaria direttamente applicabile comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità del provvedimento viziato nonché, sul piano processuale, l'onere della sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo entro il prescritto termine di decadenza, pena la sua inoppugnabilità ». Ne discende che, in tali casi, il provvedimento amministrativo può essere solo annullato ma non disapplicato.

⁴⁰ In *Foro it.*, 1993, III, 31, con nota di S. CASSESE. Il caso oggetto della decisione dell'Adunanza Plenaria riguardava un provvedimento di costituzione del rapporto di pubblico impiego, in violazione del divieto di assunzioni nella pubblica amministrazione.

⁴¹ In tal senso, O. FORLENZA, *Viene negata al giudice amministrativo l'attribuzione del potere di disapplicazione*, in *Guida al diritto*, n. 17/2003, 82, secondo cui: « In questa ipotesi, in cui il giudice amministrativo ha disposto di non riconoscere effetti all'atto amministrativo, quale potere è stato esercitato, sia pure senza citarlo espressamente se non un potere di disapplicazione dell'atto, in ossequio all'art. 5 della l. n. 2248/1865, all. E, in base al quale "le autorità giudiziarie applicheranno gli atti amministrativi...in quanto siano conformi alle leggi"?...E' pur vero che la decisione richiamata parla di "improduttività di qualsiasi effetto giuridico" da parte dell'atto nullo; ma, d'altra parte, potrebbe sostenersi che la disapplicazione dell'atto è anch'essa una forma di constatazione della inidoneità dello stesso a produrre i suoi effetti per contrarietà a legge ». E' interessante ricordare quanto sostenuto da E. CANNADA-BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit., che evidenzia come il concetto della disapplicazione non sia riferibile agli atti nulli, in quanto « un atto per essere disapplicato dovrebbe essere applicabile », e « l'atto nullo, in quanto è intrinsecamente inefficace, non tanto è disapplicabile, quanto, per definizione, non può essere applicabile ». Una diretta conseguenza è che « l'accertamento della nullità di un atto non richiede l'attribuzione di uno speciale potere di sindacato, né, tantomeno, di disapplicazione ». D'accordo sul fatto che, in casi del genere, « non c'è da disapplicare un bel niente », S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, cit., il quale, però, parte dal presupposto che si debba parlare di « fantasma di atto amministrativo » e che, pertanto, « ci si limita a constatare la sua inesistenza come entità reale ».

Ancora una volta le considerazioni addotte dalla sentenza in commento appaiono particolarmente impegnative quanto meno in riferimento all'indirizzo giurisprudenziale che fa capo all'ordinanza 23 giugno 2000 della Terza Sezione del TAR Lombardia⁴².

Con essa il TAR lombardo ha deferito alla Corte di Giustizia delle Comunità Europee la questione della compatibilità con l'ordinamento comunitario dell'orientamento del Consiglio di Stato che disconosce al giudice amministrativo il potere di disapplicazione della clausola del bando di gara contrastante con il diritto comunitario (nella specie, con il principio di massima partecipazione alle gare pubbliche e di non discriminazione tra le imprese) ma non impugnata entro i brevi termini di decadenza previsti dal diritto processuale italiano.

Nell'ordinanza si sottolinea la dubbia compatibilità della soluzione che esclude la verifica d'ufficio della illegittimità comunitaria del bando non impugnato con il principio di primazia dell'ordinamento comunitario rispetto a quello nazionale e con il principio di effettività della tutela giurisdizionale delle posizioni giuridiche di derivazione comunitaria⁴³. Le norme comunitarie direttamente applicabili sono, infatti, fonte immediata e diretta di diritti e obblighi e, pertanto, il giudice nazionale è chiamato ad applicarle e a garantirne piena efficacia, disapplicando, di propria

⁴² La questione oggetto di tale ordinanza attiene all'impugnazione di un provvedimento di esclusione da una gara per la fornitura diretta a domicilio di prodotti assorbenti per l'incontinenza di un'impresa che aveva presentato un'offerta non conforme a quanto previsto da una clausola del bando, secondo cui requisito di ammissione alla gara era il possesso di un fatturato minimo nella fornitura di prodotti identici a quelli oggetto della procedura. Il TAR lombardo afferma che la clausola controversa sia incompatibile tanto con l'art. 22 della direttiva 93/36 tanto con l'art. 13 del decreto legislativo n. 358/92 e, di conseguenza, anche a ritenere tardiva l'impugnazione del bando di gara, si sarebbe dovuto procedere in ogni caso alla disapplicazione della detta clausola a motivo della violazione dei principi comunitari in materia di concorrenza.

⁴³ La Corte di Giustizia ha affermato il primato del diritto comunitario a partire dalla sentenza del 2 luglio 1964, causa 6/64 (caso COSTA-ENEL), in *Foro it.*, 1964, IV, 137. Nella sentenza 9 marzo 1978, causa 106/77 (caso SIMMENTHAL), in *Giur. it.*, 1978, I, 1153, la Corte comunitaria ha statuito il principio della immediata disapplicabilità, ad opera del giudice comune, di qualunque norma interna incompatibile con un regolamento comunitario. Successivamente la Corte Costituzionale (si veda, in particolare, la sentenza 8 giugno 1984, n. 170) ha definitivamente accolto l'orientamento comunitario secondo cui il compito di far prevalere i regolamenti CE, sia anteriori sia posteriori alle norme interne, non le compete ma spetti direttamente al giudice nazionale: la prevalenza del diritto comunitario su quello interno impone al giudice di applicare il diritto comunitario, disapplicando quello interno eventualmente confliggente. È stato così superato il precedente indirizzo in virtù del quale la Corte escludeva, da un punto di vista concettuale, la possibilità per il giudice nazionale di disapplicare in senso proprio la norma interna contrastante con quella comunitaria, principalmente in base alla ritenuta separazione dei due ordinamenti, preferendo parlare di « effetto di non applicazione piuttosto che di disapplicazione, che evoca vizi della norma in realtà non sussistenti ». In coerenza con tale prospettiva paneuropea, la Corte Costituzionale ha ammesso la diretta applicabilità non solo dei regolamenti e delle sentenze comunitarie (si veda Corte Cost., 18 aprile 1991, n. 168, in *Giur. it.*, 1992, I, 1652) ma anche delle direttive. Con sentenza del 22 giugno 1989, causa 103/88 (caso F.LLI COSTANZO), in *Riv. it. dir. pubb. com.*, 1991, 423, la Corte di Giustizia ha poi affermato che l'obbligo di disapplicare la norma interna confliggente con quella comunitaria incombe anche sull'amministrazione. Il quadro descritto suggerisce alcune osservazioni. Innanzitutto, ciò che emerge immediatamente è che nell'ordinamento italiano il potere di disapplicazione è stato ormai introdotto dall'ordinamento comunitario come principio generale. La generalizzazione di tale principio emerge, in particolare, sotto due aspetti strettamente legati. In primo luogo, il fatto che coinvolga gli atti di normazione primaria, pur in presenza di un organo giurisdizionale specificamente deputato all'accertamento della loro legittimità costituzionale; in secondo luogo, il fatto di riguardare anche tutti gli atti di normazione secondaria ed amministrativi in genere (in tal senso, si veda GRECO, *Incidenza del Diritto Comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, 571). Quest'ultimo profilo rileva le incoerenze della giurisprudenza che esclude la possibilità di rilevare eventuali contrasti tra atti amministrativi e fonti sopraordinate nazionali mediante la disapplicazione, richiedendo sempre una loro formale impugnazione. Ecco perché è stato giustamente notato come: « a leggere le numerose sentenze pronunciate in base alla disciplina comunitaria e per le quali la disapplicazione è ben ammessa, si ha l'impressione che nel nostro ordinamento vi siano due principi di legalità: l'uno debole per il diritto interno; l'altro forte con riguardo al diritto comunitario... In realtà, il principio debole è tale perché è debole l'interpretazione che ne immagina limiti di dubbio fondamento giuridico ma consoni ad un modello forte di *publica potestas*, con la conseguenza che l'atto amministrativo è più resistente rispetto alle norme interne di quanto non sia rispetto a quelle comunitarie ». Così E. CANNADA-BARTOLI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, cit., 153.

iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, senza dover attendere la previa rimozione. I giudici lombardi, quindi, ritengono che lo strumento della disapplicazione degli atti normativi e dei regolamenti non conformi al diritto comunitario debba essere esteso anche alle clausole del bando di gara non impugnate nel termine di decadenza, per le quali altrimenti non vi sarebbe possibilità di accertare la violazione del diritto comunitario.

Problema generale è, quindi, quello di verificare la compatibilità con il diritto comunitario della previsione di un termine di decadenza di sessanta giorni per l'impugnazione di provvedimenti illegittimi nonché della previsione di un sistema di preclusioni che inibisca l'impugnazione dell'atto applicativo in caso di omessa impugnazione dell'atto presupposto. La Corte di Giustizia, più volte investita della questione, ha affermato che non esiste, al riguardo, una regola generale, perché i sistemi processuali nazionali possono regolare il proprio funzionamento fissando termini e preclusioni che, in rapporto alla specificità della materia, risultino idonei a consentire una efficace tutela giurisdizionale⁴⁴. Si deve, allora, verificare che il termine perentorio di decadenza ed i limiti al potere d'ufficio del giudice di conoscere il contrasto con il diritto comunitario, così come fissati dal nostro ordinamento, siano conformi al sistema di giustizia comunitaria, consentendo all'interessato di far valere, in modo adeguato, le proprie ragioni in caso di contrasto con la normativa comunitaria.

Questo orientamento è alla base del giudizio della Corte di Giustizia nella sentenza del 27 febbraio 2003, nel procedimento C-327/00, avente ad oggetto le questioni pregiudiziali proposte dal TAR Lombardia con la richiamata ordinanza del 23 giugno 2000. La Corte afferma che se, da un lato, il termine di decadenza di sessanta giorni applicabile in materia di appalti pubblici in forza dell'art. 36, comma 1, del R.D. n. 1054/1924 risulta ragionevole sotto il profilo sia del principio della certezza del diritto sia del principio dell'effettività della tutela giurisdizionale, dall'altro, tale ragionevolezza va valutata con riguardo al ruolo di detta norma nell'insieme del procedimento, nonché allo svolgimento ed alle peculiarità di quest'ultimo. Pertanto, se un termine di decadenza non è di per sé contrario al principio di effettività, non si può escludere che, per particolari circostanze, l'applicazione di tale termine al caso concreto possa comportare una violazione di tale principio.

Nella specie, l'organo di giustizia comunitaria ha concluso sostenendo che: « La direttiva comunitaria 89/665...deve essere interpretata nel senso che essa - una volta accertato che un'autorità aggiudicatrice con il suo comportamento ha reso impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario a un cittadino dell'Unione leso da una decisione di tale autorità - impone ai giudici nazionali competenti l'obbligo di dichiarare ricevibili i motivi di diritto basati sull'incompatibilità del bando di gara con il diritto comunitario, dedotti a sostegno di un'impugnazione proposta contro la detta decisione, ricorrendo, se del caso, alla possibilità prevista dal diritto nazionale di disapplicare le norme nazionali di decadenza in forza delle quali, decorso il termine per impugnare il bando di gara, non è più possibile invocare una tale incompatibilità ».

In dottrina, si è giunti a conclusioni diverse a seconda che si tratti di regolamenti o provvedimenti amministrativi: se per i regolamenti amministrativi, in virtù della loro forza normativa, la spinta comunitaria conduce verso l'ammissione generalizzata della disapplicazione

⁴⁴ La giurisprudenza comunitaria accoglie il principio secondo cui sono legittime, in linea di principio, le preclusioni d'ufficio che impediscono la cognizione dell'illegittimità comunitaria di atti applicativi di provvedimenti non impugnati, sempre che dette preclusioni siano dettate ed attuate nel rispetto dei due limiti della non discriminarietà e dell'effettività della tutela. In particolare, la Corte di Giustizia, nella sentenza del 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau e a.*, ha statuito che, sebbene spetti all'ordinamento nazionale di ogni Stato membro definire le modalità relative al termine di ricorso destinate ad assicurare la salvaguardia dei diritti conferiti dal diritto comunitario ai candidati e agli offerenti lesi da decisioni delle amministrazioni aggiudicatrici, tali modalità non devono mettere in pericolo l'effetto utile della direttiva 89/665, la quale è intesa a garantire che le decisioni illegittime di tali amministrazioni aggiudicatrici possano essere oggetto di un ricorso efficace e quanto più rapido possibile.

nel rispetto del principio di supremazia del diritto comunitario, al contrario, per i provvedimenti amministrativi, alla luce della specificità della fattispecie, si obietta che il termine di decadenza, previsto in sessanta giorni, risulta ragionevole e che non è possibile scardinare completamente il sistema processuale che presuppone l'impugnazione al fine di consentire al giudice di sindacare l'illegittimità del provvedimento per violazione del diritto comunitario.

Accogliendo queste considerazioni, il Consiglio di Stato, con la sentenza in commento, ritiene che il regime di tutela, previsto dal sistema processuale amministrativo italiano, per il quale non è ammessa la disapplicazione del bando chiaramente lesivo ma non tempestivamente impugnato si rivela conforme ai principi di equivalenza e di effettività di tutela, nel significato che ad essi viene assegnato dalla Corte di Giustizia.

Rimane, in tal modo, penalizzata la soluzione avanzata in prospettiva paneuropea secondo cui il giudice, d'ufficio, in virtù della particolare coerenza della normativa comunitaria, può verificare in ogni momento qualsiasi violazione del diritto comunitario operata sia da provvedimenti sia da regolamenti, utilizzando a tale scopo gli strumenti processuali più idonei, quali l'annullamento o la disapplicazione.