

MELANIA D'ANGELOSANTE

Professore Associato di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Scienze Giuridiche e Sociali dell'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara
mелania.dangelosante@unich.it

**LA DISAPPLICAZIONE DEGLI ATTI AMMINISTRATIVI
COME POSSIBILE ESITO DELLA RISOLUZIONE DEI
CONFLITTI FRA PRECETTI AUTORITATIVI**

**THE DISAPPLICATION OF ADMINISTRATIVE ACTS AS A POSSIBLE
CONSEQUENCE OF THE RESOLUTION OF CONFLICTS BETWEEN
AUTHORITATIVE PRECEPTS**

SINTESI

Il saggio che qui si propone rappresenta il prodotto di un più ampio studio sulla disapplicazione degli atti amministrativi, come tecnica alternativa all'annullamento e alla declaratoria di nullità, sia da parte del giudice – soprattutto amministrativo – sia da parte della p.a. La ricerca tende a dimostrare che nel processo amministrativo può considerarsi praticabile, oltre alla disapplicazione *normativa*, avente a oggetto i regolamenti, anche quella degli atti generali e puntuali, pur se con alcuni limiti. Tende inoltre a evidenziare che per la p.a. la *disapplicazione* presenta maggiori frizioni rispetto al principio di legalità, ma va distinta dalla *non-applicazione*, la quale è invece praticabile senza particolari difficoltà dalla stessa amministrazione e dal giudice.

ABSTRACT

This essay is the result of a broader study on the disapplication of administrative acts, as an alternative technique to the annulment and the declaration of nullity, both by the judge - especially the administrative one - and by the public administration. The research tends to demonstrate that in the administrative process this activity can be considered practicable non only for the regulations, but also for general acts and punctual acts, albeit with some limits. However, the research also tends to highlight that, as far as the administrative function and administrative procedure are concerned, the *disapplication* is generally in

breach with the principle of legality, while the *non-application* is usually possible as a faculty which can be traced back to the administrative power already existing.

PAROLE CHIAVE: Disapplicazione – atti amministrativi – giudice amministrativo – pubblica amministrazione – teoria delle fonti

KEYWORDS: Disapplication – administrative acts – administrative judge – public administration – sources of law's theory

INDICE: 1. Una introduzione. – 2. L'origine e l'evoluzione del modello di disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento italiano. – 3. La disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione, dal punto di osservazione soprattutto di quella amministrativa, con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti. – 4. La disapplicazione del contenuto dei propri atti da parte della stessa amministrazione, con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti. – 5. Le principali implicazioni e prospettive degli scenari tracciati, specialmente in riferimento alla teoria delle fonti del diritto e delle tecniche per comporne i contrasti reciproci, al principio di legalità e al principio di certezza del diritto.

1. Una introduzione

Questo studio rappresenta il prodotto di una più ampia indagine sulla disapplicazione degli atti amministrativi¹, come tecnica alternativa all'annullamento e alla declaratoria di nullità, sia da parte del giudice – soprattutto amministrativo – sia da parte dell'amministrazione.

Nell'ordinamento italiano la disapplicazione comporta, come noto, che in un caso specifico si possano paralizzare gli effetti di un atto amministrativo. Il potere è attribuito dalla legge al solo giudice ordinario e parzialmente a quello tributario. Altre autorità giurisdizionali, in particolare il giudice amministrativo, lo esercitano tuttavia in via pretoria.

La domanda fondamentale cui lo studio intende rispondere è se la disapplicazione degli atti amministrativi sia incompatibile con il processo amministrativo - fondato sulla centralità dell'azione costitutiva -, nonché con le tecniche di autotutela dell'amministrazione.

L'idea corrente è che i casi di disapplicazione ammessi dalla giurisprudenza amministrativa costituiscano un'eccezione giustificata dalla natura normativa degli atti disapplicati.

¹ Si v. M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione degli atti amministrativi tra potere e prassi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2022.

Attraverso l'analisi della casistica, una concettualizzazione del tema diversa da quella comune e un approccio che privilegia il principio di effettività e di pienezza della tutela giurisdizionale, la ricerca tende a dimostrare che nel processo amministrativo può considerarsi praticabile, oltre alla disapplicazione normativa, avente a oggetto i regolamenti, anche quella degli atti generali e puntuali, pur se con alcuni limiti.

Proprio l'esame della giurisprudenza amministrativa consente a sua volta di verificare che in qualche caso la disapplicazione è praticata anche direttamente dall'amministrazione. Questo fenomeno di "autodisapplicazione" è più diffuso di quanto si possa immaginare ed è ammesso dalla stessa giurisprudenza che permette di rilevarlo.

La ricerca si amplia quindi anche a questo campo e tende a evidenziare che per la p.a. la *disapplicazione* presenta maggiori frizioni rispetto al principio di legalità, ma va distinta dalla *non-applicazione*, la quale è invece praticabile senza particolari difficoltà dalla stessa amministrazione e dal giudice.

Non è ovviamente possibile, nel perimetro di questo contributo, dare spazio ai percorsi argomentativi che fondano tali affermazioni e che sono esposti nella ricerca più ampia da cui il saggio è tratto. Si cercherà a ogni modo di bilanciare la inevitabile assertività, che da ciò consegue, con una esposizione piana e comprensibile dei principali snodi logici del ragionamento, e con il necessario rinvio alle fonti di documentazione nelle note bibliografiche.

La struttura fondamentale dello studio consta di quattro sezioni: - l'esame dell'origine e dell'evoluzione del modello di disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento italiano, con uno sguardo anche al processo di integrazione europea e alle relative implicazioni; - l'analisi della disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione, dal punto di osservazione soprattutto di quella amministrativa, e con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti; - l'indagine sulla disapplicazione del contenuto dei propri atti da parte della stessa amministrazione, pure in questo caso con uno

sguardo a quanto accade in altri ordinamenti; - la ricerca e la valutazione delle principali implicazioni e prospettive degli scenari tracciati, soprattutto in riferimento alla teoria delle fonti del diritto e delle tecniche per comporre gli eventuali contrasti reciproci, al principio di legalità e al principio di certezza del diritto.

2. L'origine e l'evoluzione del modello di disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento italiano

Il concetto di disapplicazione preso in considerazione dalla ricerca riguarda la tecnica processuale introdotta con le leggi di unificazione amministrativa del Regno d'Italia per rispondere alla necessità di conciliare (a) le esigenze di tutela del cittadino avverso l'amministrazione e (b) la separazione fra il potere giurisdizionale e quello amministrativo.

Questa è la ragione per cui in quel contesto si è attribuita al giudice ordinario la potestà di ignorare *inter partes* gli effetti dell'atto amministrativo viziato, senza determinare conseguenze più stabili e impattanti sul potere esercitato dall'amministrazione².

L'evoluzione e le trasformazioni dell'ordinamento – riferibili agli sviluppi del sistema di giustizia amministrativa, all'avvento della Costituzione repubblicana, e al processo di integrazione euro-unitaria – hanno tuttavia condotto all'emersione di più forme di disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo, a volte di creazione giurisprudenziale, anche in presenza di poteri di annullamento dell'autorità disapplicante sull'atto da disapplicare.

Ciò consente di 'sistemare' tali modelli sulla base di due coppie di variabili, vale a dire: (a) il fondamento normativo o pretorio del potere; e (b) l'esistenza o l'inesistenza, in capo alla autorità disapplicante, di una giurisdizione di annullamento o costitutiva sull'atto eventualmente disapplicato.

² Gli artt. 4 e 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo consentivano (e consentono) peraltro di distinguere la fattispecie della disapplicazione degli atti amministrativi lesivi di diritti (art. 4) da quella della disapplicazione degli atti amministrativi «*in ogni altro caso*» (art. 5).

Il giudice ordinario - in generale - e il giudice tributario - in alcuni casi - sono a esempio titolari del potere disapplicativo per attribuzione normativa in assenza di un potere di annullamento sull'atto. Ma il giudice ordinario e quello tributario sono talvolta contemporaneamente titolari, per specifica attribuzione normativa, sia del potere di disapplicazione sia del potere di annullamento, in via eccezionale. In un terzo gruppo di fattispecie il giudice tributario esercita invece il potere disapplicativo senza esserne titolare per attribuzione normativa, ma solo in via pretoria, e comunque in assenza di una giurisdizione di annullamento. Infine, il giudice amministrativo esercita il potere di disapplicazione in via pretoria, ed è titolare per legge - in via generale - del potere di annullamento degli atti amministrativi.

Una parte delle "torsioni" dell'originaria configurazione della disapplicazione dipende dallo sviluppo del processo di integrazione euro-unitaria: è noto che la Corte di Giustizia ha elaborato la teoria del dovere dei giudici dei Paesi membri di disapplicare le norme nazionali contrastanti rispetto al diritto comunitario/unionale; ed è pure noto che a tanto ha proceduto per assicurare, con il massimo grado di effettività consentito, il primato dell'ordinamento sovranazionale su quelli interni. Il contesto e le finalità del potere disapplicativo sono dunque differenti da quelli che hanno caratterizzato la genesi e lo sviluppo dello stesso potere nell'ordinamento interno. Fra le due fattispecie si possono tuttavia rilevare interessanti punti di contatto sul piano degli effetti, in particolare con riferimento alla disapplicazione degli atti amministrativi che non sono fonti del diritto, sostenuta talvolta dalla Corte di Giustizia per assicurare maggiore effettività al principio del primato³.

³ La Corte afferma in sostanza la disapplicabilità degli atti nazionali anticomunitari sia legislativi sia amministrativi, generali/normativi oppure puntuali, anche quando sia decorso il termine per la loro contestazione secondo l'ordinamento interno. Per la più analitica ricostruzione di tali orientamenti, si v. R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, 2005, 136 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali. La Corte precisa tuttavia che la scelta di subordinare a termine decadenziale la proponibilità dell'impugnazione rientra nell'autonomia processuale degli Stati membri, esercitabile in assenza di una disciplina sovranazionale specifica; precisa inoltre che tale scelta risulta ragionevole e risponde ai principi di affidamento e certezza del diritto, senza compromettere i

Ebbene, il (presunto) discrimine tra atti-fonte e atti che non producono norme giuridiche è la principale chiave di lettura della ricerca, e assume rilievo sia quando il potere disapplicativo è esercitato in sede giurisdizionale, sia quando esso è esercitato in sede amministrativa.

In questo scenario è proprio la disapplicazione dell'atto amministrativo per anticomunitarietà a costituire un esito che accomuna le diverse conformazioni che tale potere assume quando è esercitato. Quest'ultimo, come si è visto,

criteri di effettività e di equivalenza del sistema delle garanzie, la cui violazione deve invece essere valutata in concreto, si v., *ex plurimis*, Corte Giust., 17 giugno 2004, n. 30, in www.europa.eu; Corte Giust., sez. II, 23 aprile 2020, n. 13, in www.europa.eu. Sul dovere degli Stati di prevedere strumenti adeguati ad assicurare l'esercizio delle posizioni soggettive protette dal diritto unionale, evitando che il diritto interno comprometta o renda eccessivamente oneroso tale esercizio, in applicazione del principio di effettività della tutela, si v. D.U. GALETTA, *Le fonti del diritto amministrativo europeo*, in M.P. CHITI (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Milano, Giuffrè, 2018, 113 ss.; S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubbl.*, 2013, 1, 1 ss. Per ulteriori approfondimenti si v. M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 5, 1092 ss.; V. STIGLIANI, *Atti amministrativi nazionali e norme comunitarie*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, 6, 1413 ss.; Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657, in www.giustizia-amministrativa.it, sulla possibilità che il giudice amministrativo disapplichi la norma secondaria contrastante rispetto all'ordinamento comunitario e non impugnata. Per un approfondimento sulla consistenza del principio della certezza del diritto nell'ordinamento dell'U.E., anche come presupposto dei principi di equivalenza e di effettività del sistema delle garanzie, nonché come indicatore dell'osservanza dei principi dello Stato di diritto e del grado di garanzia dei diritti, si v. M.L. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, 4, 767 ss. Per un ulteriore approfondimento si v. B.G. MATTARELLA, *Procedimenti e atti amministrativi*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 380 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: si v. Corte Giust., sez. II, 29 aprile 1999, n. 224, sulla necessità di disapplicazione di provvedimento di divieto la cui violazione ha determinato l'emanazione di sanzione amministrativa in contrasto rispetto al principio di libera prestazione dei servizi; Corte Giust., grande sez., 19 settembre 2006, n. 422, sull'autonomia procedurale dell'amministrazione nella scelta delle modalità di reazione all'anticomunitarietà degli atti amministrativi definitivi, fatto salvo l'eventuale regime derogatorio per garantire l'osservanza dei principi di equivalenza e di effettività della tutela; cfr. Cons. Stato, sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263, sulla possibilità dell'amministrazione di reagire alla anticomunitarietà dell'atto amministrativo con il rimedio dell'autotutela, piuttosto che con quello della disapplicazione; Id., 10 gennaio 2003, n. 35, sulla possibilità del g.a. di reagire alla anticomunitarietà dell'atto amministrativo generale, a domanda della parte lesa, con il rimedio dell'annullamento, piuttosto che con quello della disapplicazione, oppure con la declaratoria di nullità, ma nel solo caso in cui l'atto sia stato adottato in attuazione di norma attributiva del potere anticomunitario e quindi da disapplicare; per un ulteriore approfondimento si v. M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in M.P. Chiti (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, cit., pp. 383 ss.; A. CELOTTO, *Giudici nazionali e Carta di Nizza: disapplicazione o interpretazione conforme?*, in *Giustamm*, 2006, 5, e *ivi* i pertinenti riferimenti: Corte Giust., 9 settembre 2003, n. 19, sull'obbligo di disapplicazione di norma interna anticomunitaria anche da parte dell'autorità nazionale di regolazione della concorrenza e del mercato; Corte Giust., 9 marzo 1978, n. 106, sulla estensione dei presupposti per rilevare un'anticomunitarietà. Si v. inoltre, *ex plurimis*, Corte Giust., sez. III, 14 giugno 2007,

ha tuttavia una origine e ragioni differenti dallo stesso potere di genesi nazionale, rappresentando una tecnica introdotta dalla Corte di Giustizia a presidio del primato. Ciò determina un suo impatto significativo sul principio di autonomia procedurale, soprattutto quando – alla luce di alcune sue interpretazioni estensive promosse e sostenute dalla stessa Corte di Giustizia – viene riferito, oggettivamente, anche ad atti non normativi e, soggettivamente, anche all'amministrazione⁴.

n. 422, in www.europa.eu; G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'«insostenibile leggerezza» del processo impugnatorio)*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2008, 2, 519 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti: Corte Giust., 22 giugno 1989, n. 103, sull'obbligo di disapplicazione delle norme interne anticomunitarie da parte della p.a. Sulla insussistenza dell'obbligo delle autorità amministrative di riesaminare e/o annullare i propri atti contrastanti rispetto al diritto comunitario, pur se inoppugnati e definitivi, con l'eccezione delle ipotesi in cui tale obbligo sia previsto invece per gli atti amministrativi contrastanti rispetto al diritto interno, dovendosi garantire il principio di equivalenza degli strumenti di tutela, si v. Corte Giust., 19 giugno 2006, n. 392, *cit.* Per un approfondimento si v. M.P. CHITTI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2008, 2, 477 ss., e *ivi* anche i riferimenti all'orientamento del g.a. italiano a sostegno della doverosità dell'annullamento in autotutela degli atti amministrativi anticomunitari. Per l'orientamento della Corte di Giustizia a sostegno della doverosità del riesame a istanza di parte del provvedimento amministrativo, pur se 'stabilizzato' da una decisione del giudice nazionale che statuisce in ultima istanza, ma caratterizzato da anticomunitarietà sopravvenuta, si v. G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'«insostenibile leggerezza» del processo impugnatorio)*, *cit.*, e *ivi* i pertinenti riferimenti: Corte Giust., 13 gennaio 2004, n. 453; cfr. Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, sulla insussistenza della doverosità. La decisione della Corte di Giustizia è altresì richiamata da Cons. Stato, Ad. plen., 9 novembre 2021, n. 18, in www.giustizia-amministrativa.it, che tuttavia evidenzia l'eccezionalità della soluzione, affermando che di regola il principio del primato non incide sulla stabilità amministrativa o giurisdizionale degli atti nazionali. In tema si v. altresì P. MENGOZZI, *La Corte di giustizia dell'Unione e il diritto nazionale degli Stati membri*, in *Dir. Un. eur.*, 2016, 1, 167 ss. Sul tema della doverosità dell'annullamento in autotutela dell'atto anticomunitario si v. inoltre G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la forza sovrana dell'atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 2014, 1-2, 217 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti giurisprudenziali. Sulle oscillazioni della giurisprudenza amministrativa in punto di discrezionalità o doverosità dell'autoannullamento dell'atto amministrativo anticomunitario, si v. M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, Giuffrè, 2012, 163 ss. In senso contrario alla disapplicabilità degli atti amministrativi anticomunitari si v. invece G. GRECO, *Argomenti di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2008, 54 ss.

⁴ La fattispecie presa in considerazione dalla Corte di Giustizia riguarda infatti il contrasto fra la fonte sovranazionale e un *atto amministrativo* nazionale, il quale a sua volta può avere natura non soltanto normativa, quanto piuttosto anche provvedimentale. Il conflitto viene ritenuto rilevante sia se l'atto amministrativo debba essere applicato in sede giurisdizionale, sia se esso debba essere applicato dalla stessa amministrazione nell'esercizio delle proprie funzioni. Per i riferimenti giurisprudenziali e bibliografici si rinvia a quelli indicati nella nota precedente.

La Corte di Giustizia riconosce in particolare agli Stati l'autonomia di disciplinare lo svolgimento dell'azione delle amministrazioni pubbliche e dei processi giurisdizionali, nei casi in cui l'Unione Europea non detenga nè abbia esercitato la potestà di individuare le regole di svolgimento dei procedimenti e dei processi per l'attuazione del suo ordinamento. Precisa però che *l'autonomia procedurale* degli Stati è derogabile per assicurare *i principi di effettività e di equivalenza*, ossia per assicurare che le norme nazionali garantiscano al cittadino una tutela effettiva delle posizioni fondate sul diritto comunitario, e per assicurare che il grado di effettività della tutela di tali posizioni non sia deteriore rispetto al grado di effettività della tutela delle posizioni fondate sul diritto interno⁵.

⁵ Si v. Corte Giust., 17 giugno 2004, n. 30, in www.europa.eu. Per un approfondimento si v. D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, Cedam, 2005, 303 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; cfr. Corte Giust., sez. III, 5 ottobre 2006, n. 368, in www.europa.eu; A. BARONE, *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc amm.*, 2020, 3, 555 ss.; Id., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, 2008; C. FRANCHINI, *Nuovi modelli di azione comunitaria e tutela giurisdizionale*, in *Dir. amm.*, 2000, 1, 81 ss.; Id., *La pubblica amministrazione e il diritto amministrativo tra diritto europeo e diritto globale*, in Aa.Vv., *Scritti in onore di Eugenio Piccozza*, Napoli, 2019, 751 ss. Sulla generalità del regime secondo il quale spetterebbe invece agli Stati stabilire le modalità di esercizio e tutela dei diritti fondati sull'ordinamento comunitario aventi efficacia diretta dinanzi ai giudici nazionali in base al principio dell'autonomia processuale, oltre che designare i giudici competenti in base al principio dell'autonomia istituzionale, in ambedue i contesti sul presupposto dell'assenza di provvedimenti sovranazionali di armonizzazione, si v. A. IERMANO, *I principi di equivalenza ed effettività tra autonomia procedurale e "limiti" alla tutela nazionale*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, 3, 525 ss., e *ivi* anche i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: *ex multis*, Corte Giust., 16 dicembre 1976, n. 33. Sull'obbligo del giudice nazionale di disapplicare l'articolo 21 *octies* della legge generale sul procedimento amministrativo, laddove prevede l'irrilevanza dei vizi procedurali o sulla forma degli atti ai fini della annullabilità del provvedimento amministrativo, per contrasto rispetto all'articolo 41 della Carta di Nizza nella parte in cui correla il diritto a una buona amministrazione a requisiti anche formali e procedurali, si v. D.U. GALETTA, *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 della Carta dei diritti UE*, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 319 ss. Sulla astratta possibilità di rinvenire il contrasto anche nel rapporto fra diverse disposizioni della legge generale sul procedimento, richiamando indirettamente il suo articolo 1 anche la Carta di Nizza, si v. G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 259 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti bibliografici, nonché la verifica del carattere sostanzialistico della stessa giurisprudenza della Corte di Giustizia. Ciò si manifesterebbe in particolare nella valutazione in concreto della rilevanza del vizio formale-sostanziale per l'esito del procedimento e dunque per l'annullamento dell'atto, ma nella prospettiva della tutela effettiva del cittadino, piuttosto che dell'effettività dell'azione amministrativa, come riscontrato anche per la giurisprudenza nazionale.

Il giudice nazionale, dalla sua parte, nel qualificare la disapplicazione giurisdizionale degli atti amministrativi per anticomunitarietà, oscilla fra lo schema della doverosità e quello della facoltatività nell'*an*, ponendo a sistema questa distinzione con l'ulteriore distinzione fra anticomunitarietà diretta o indiretta⁶.

L'*anticomunitarietà diretta*, ossia la diretta violazione dell'ordinamento eurounitario da parte dell'atto, è generalmente trattata ricorrendo ai classici strumenti di reazione all'invalidità (annullamento o declaratoria di nullità, in base ai casi), con la sola eventuale eccezione degli atti amministrativi normativi e/o solo generali, per i quali si individua talvolta anche l'esito della disapplicazione. L'*anticomunitarietà indiretta*, che si verifica quando l'atto amministrativo oggetto del giudizio abbia attuato o eseguito un atto anticomunitario, viene invece generalmente trattata disapplicando l'atto direttamente anticomunitario e qualificando quello attuativo/esecutivo invalido in via derivata⁷, ciò che a sua volta

⁶ Questa variabile rileva dunque per la giurisprudenza amministrativa nazionale, la quale si è orientata a risolvere il contrasto con l'ordinario strumento dell'annullamento, nel caso di atto amministrativo affetto da vizio autonomo in quanto direttamente contrastante rispetto alla normativa comunitaria, senza intermediazione di normativa interna. Si è orientata invece a risolvere il contrasto disapplicando la norma interna, eventualmente previo rinvio pregiudiziale per l'ipotesi di norma sovranazionale priva dell'effetto diretto o della diretta applicabilità, nel caso di atto amministrativo affetto da vizio eteronomo poichè adottato in esecuzione di norma interna a sua volta contrastante rispetto al diritto comunitario. Ulteriore fattispecie è quella dell'atto amministrativo difforme da atto amministrativo presupposto; l'atto presupponente è adottato in esecuzione di norma interna conforme al diritto sovranazionale, ma l'atto presupposto è anticomunitario: qui il giudice si è orientato a disapplicare l'atto presupposto. Per un approfondimento si v. i riferimenti e la rassegna presenti in M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2008, 2, 477 ss. Sulla disapplicabilità del regolamento amministrativo non ritualmente impugnato, trattandosi di atto normativo per il quale il regime di reazione avverso l'anticomunitarietà va uniformato a quello delle altre norme nazionali, si v. G. MONTEDORO, *Il giudizio amministrativo fra annullamento e disapplicazione (ovvero dell'«insostenibile leggerezza» del processo impugnatorio)*, cit., pp. 519 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti: Cons. Stato, sez. VI, 17 ottobre 2005, n. 5826, sulla disapplicazione giurisdizionale del regolamento amministrativo anticomunitario, con effetti invalidanti sugli atti amministrativi a valle. Per un approfondimento sulla sostanziale equipollenza delle due fattispecie dell'anticomunitarietà diretta e indiretta in punto di contrasto dell'atto amministrativo rispetto al parametro unionale, si v. peraltro M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., pp. 125 ss.

⁷ Lo schema della *invalidità derivata*, per contrasto dell'atto presupponente sia rispetto al diritto unionale sia rispetto ad atti dell'ordinamento interno, viene peraltro in molti casi ritenuto inconferente per il potere disapplicativo. La fattispecie ricorrente, cui tali teorie si riferiscono, è in particolare quella della decisione giurisdizionale che applica un atto presupposto illegittimo e inoppugnabile, facendo da ciò derivare anche il rigetto della domanda di annullamento dell'atto applicativo impugnato: per evitare questo esito, si propone la distinzione fra *invalidazione* e *di-*

consente di applicare ancora, per esso, i classici strumenti di reazione all'invalidità.

Quanto invece al sostegno della disapplicabilità degli atti anti-comunitari da parte dell'amministrazione, si possono richiamare le ben note decisioni dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato, n. 17 e 18 del 9 novembre 2021, rese in relazione alla vicenda dell'obbligo di cessazione del regime delle concessioni demaniali marittime a uso turistico-ricreativo⁸.

3. La disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione, dal punto di osservazione soprattutto di quella amministrativa, con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti

La seconda sezione dello studio verte, come si è anticipato, sull'analisi della disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione, dal punto di osservazione soprattutto di quella amministrativa, e con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti.

sapplicazione; la prima consistente nell'accertare la trasmissione del vizio dall'atto presupposto a quello applicativo; la seconda consistente, invece, nel considerare l'atto pregiudiziale come improduttivo di effetti, e pertanto inidoneo a trasmettere i propri vizi a quello applicativo. Nella *invalidazione* il rapporto fra atti si configurerebbe quindi in termini di *presupposizione*; nella *disapplicazione* in termini di *pregiudizialità*. Per un approfondimento in questa direzione si v. A.M. SANDULLI, *Questioni recenti in tema di discriminazione delle competenze tra giudice ordinario e giudice amministrativo*, in *Foro it.*, 1952, 1073 ss.; Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 222, in www.giustizia-amministrativa.it. Sull'effetto caducante come ostativo alla disapplicazione, si v. inoltre T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 20 ottobre 2007, n. 833, in www.giustizia-amministrativa.it. In senso parzialmente dissonante rispetto a questa ricostruzione, si può tuttavia affermare che il rapporto di presupposizione/invalidazione pare limitato a una parte dei casi in cui la fattispecie è trilatera secondo il seguente schema: *legge – regolamento o atto amministrativo generale – provvedimento applicativo*. I casi sarebbero in particolare quelli caratterizzati da *simpatia* (ossia da conformità) fra il regolamento o l'atto generale (da una parte) e il provvedimento (dall'altra), i quali risulterebbero ambedue difformi dalla legge. Ove il ricorso fosse proposto solo avverso l'atto applicativo, la predetta fattispecie verrebbe infatti modificata se e nella misura in cui il giudice accogliesse la domanda di annullamento dell'atto presupponente, disapplicando quello presupposto. Quindi anche in questo scenario sarebbe ricavabile qualche spazio per la disapplicazione. Il rapporto di pregiudizialità/disapplicazione riguarda inoltre, come si è anticipato, le fattispecie trilaterali caratterizzate da *antipatia* (ossia da contrasto) fra il regolamento e/o l'atto generale (da una parte) e il provvedimento applicativo (dall'altra): in questo scenario l'atto illegittimo, mediano nella sequenza, è disapplicato, mentre il provvedimento applicativo è legittimo.

⁸ In senso contrario si v. T.A.R. Puglia, Lecce, sez. I, 27 novembre 2020, n. 1321, in www.giustizia-amministrativa.it.

Nel processo amministrativo, come pure si è accennato, la disapplicazione riferita dalla legge di abolizione del contenzioso al solo giudice ordinario è stata introdotta in assenza di fondamento normativo specifico, ma in presenza di una giurisdizione di annullamento.

È però opportuno soffermarsi anche sulle altre giurisdizioni, al fine di valutare comparativamente la portata della disapplicazione in base a modelli di tutela nei confronti degli atti amministrativi ispirati a criteri in teoria diversi.

Qui è utile precisare che, se fine generale dello studio è indagare il fondamento della disapplicazione dell'atto amministrativo e il suo svolgimento, il suo fine più specifico è valutare le ricadute degli scenari tracciati su tre piani correlati, che si aprono a partire dalle tesi a sostegno della disapplicabilità nel processo amministrativo.

Tali tesi si fondano, a loro volta, essenzialmente sui seguenti argomenti: - l'antecedenza della fonte di legittimazione del potere di disapplicazione giurisdizionale (la legge di abolizione del contenzioso amministrativo, 20 marzo 1865, n. 2248, all. E) rispetto alla istituzione del giudice amministrativo (avvenuta invece nel 1889, con la introduzione della IV Sezione del Consiglio di Stato); - la necessità di privilegiare il principio di effettività della tutela, che sarebbe a esempio violato ove si consentissero sperequazioni fra la tutela dei diritti soggettivi dinanzi al g.o. (che può disapplicare) e la tutela dei diritti soggettivi dinanzi al g.a. in sede di giurisdizione esclusiva (ove si ritenesse che neppure in questo più specifico ambito si possa disapplicare).

Si tratta peraltro di tesi che, sebbene tutte affermative, non sono omologhe dal punto di vista dell'oggetto della disapplicazione, poiché, in base ai casi, tale oggetto può assumere dimensioni diverse e, in senso inversamente proporzionale, le tesi sono più diffuse quando l'oggetto è più stretto, e viceversa.

A esempio sono più diffuse le tesi a sostegno della sola disapplicabilità dei *regolamenti* da parte del g.a., meno diffuse quelle a sostegno della disapplica-

bilità *anche* degli *atti amministrativi generali*, e ancor meno diffuse quelle a sostegno della disapplicabilità *anche* dei *provvedimenti individuali*.

Si è ritenuto e si ritiene opportuno sottoporre dapprima tali tesi a verifica di tenuta e, successivamente, testarne l'idoneità a sostenere anche ulteriori esiti, mentre le tesi che negano la disapplicabilità tollerano aperture solo per il giudizio di ottemperanza e per l'anticipazione in sede di cognizione di alcune decisioni funzionali all'esecuzione.

La scelta di soffermarsi sulle tesi affermative, sottoponendole – appunto – a verifica di tenuta per poi testarne l'idoneità a sostenere anche ulteriori esiti, è dovuta alla circostanza che proprio in tale ambito si rilevi uno scollamento fra quanto con una certa diffusione accade nella prassi e la maggiore intensità delle incertezze e delle opacità che si frappongono alla legittimazione e alla giustificazione del fenomeno. Appare invece comparativamente meno problematico negare che il g.a. sia titolare del potere disapplicativo, perché la legge non glielo attribuisce espressamente e perché il suo esercizio può prestarsi a eludere la disciplina dell'azione di annullamento.

Ebbene, per riprendere il filo del discorso avviato poc'anzi, si può ora precisare che i tre piani individuati a partire dalle tesi a sostegno della disapplicabilità nel processo amministrativo, ed entro i quali la ricerca vorrebbe rintracciare e valutare le ricadute degli scenari tracciati precedentemente, sono i seguenti:

- il rapporto fra la disapplicazione e i principi e le regole della tutela giurisdizionale, con particolare riferimento alle conseguenze dell'esercizio del potere disapplicativo sull'immagine del processo dinanzi al g.a.;

- la teoria delle fonti del diritto, cui la discussione si estende attraverso l'indagine sul fondamento del potere di disapplicazione del g.a.; i ragionamenti sviluppati in questo ambito conducono a qualificare la disapplicazione come possibile conseguenza della risoluzione di alcuni tipi di antinomie (ossia quelle

che risultino componibili in base al criterio gerarchico o al criterio della competenza);

- l'indagine sulla relazione di funzionalità o di frizione fra la disapplicazione e i principi di legalità e certezza del diritto.

Il piano secondo è mediano fra il primo e il terzo in quanto li congiunge. Esso rappresenta – a ben vedere – il baricentro dell'intera indagine, e consiste nell'uso di una teoria delle fonti per l'analisi dell'esercizio della disapplicazione nel processo amministrativo. Conviene pertanto soffermarvisi ora con una attenzione particolare, e riprendere gli altri due piani successivamente.

La prima forma di disapplicazione emersa nella prassi dello svolgimento del processo amministrativo è infatti quella avente a oggetto i regolamenti (*disapplicazione normativa*). Essa consegue alla risoluzione di antinomie in base al criterio gerarchico, attuando il principio *iura novit curia* e a prescindere dall'esistenza di domande e di decadenze processuali. Si tratta della tipologia di disapplicazione più diffusamente praticata dal g.a., soprattutto (1) con riferimento ad atti non direttamente lesivi, (2) incidentalmente e (3) a prescindere dalla natura della posizione lesa⁹.

⁹ Queste tre caratteristiche risultano peraltro prevalenti, ma non esclusive. Per un approfondimento si v. V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, 163 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: Cons. Stato, sez. V, 18 dicembre 1941, n. 802; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in Aa.Vv., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, Torino, 1998, 23 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, 18 agosto 1936, n. 820, in *Foro amm.*, 1937, 2, 45; Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 1995, n. 1332, in *Cons. Stato*, 1995, 1233, sulla disapplicazione normativa come tecnica di risoluzione delle antinomie; E. CANNADA BARTOLI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in Aa.Vv., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, Torino, 1998, 145 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, Ad. plen., 18 dicembre 1940, n. 4; E. FURNO, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, in *Federalismi*, 2017, 2 Speciale, 1 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cons. Stato, Sez. V, 14 febbraio 1941, n. 93, in *Giur. it.*, 1942, 18, che esclude la disapplicabilità dell'atto presupposto immediatamente lesivo, impugnato congiuntamente a quello applicativo, ma dopo l'estinzione del termine di decadenza riferito allo stesso atto presupposto; S. BACCARINI, *La parabola della non disapplicabilità dei regolamenti amministrativi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in Aa.Vv., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, *cit.*, pp. 157 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, 13 gennaio 1937, sulla disapplicabilità del regolamento di igiene non impugnato, in giudizio avente a oggetto il diniego di licenza commerciale, in *Giur. it.*, 1937, 49. Si v. inoltre Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, in www.giustizia-amministrativa.it. Per un approfondimento ulteriore si v. R. VILLATA, *Introduzione al tema*, in Aa.Vv., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, *cit.*, pp. 5 ss.; A. DE ROBERTO, «Non applicazione» e «disapplicazione» dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministra-

La seconda forma di disapplicazione di cui si rinviene traccia nel processo amministrativo è decisamente meno diffusa della prima, riguarda gli atti amministrativi generali, ed è praticata talvolta dal g.a. per affinità della funzione materiale dell'atto generale rispetto al regolamento (*disapplicazione 'generale'*). Ciò avviene prevalentemente nella giurisdizione esclusiva a tutela di diritti soggettivi e/o per atti non direttamente lesivi, ma talvolta secondo lo schema della invalidità e talaltra secondo quello dell'antinomia (pur se, a ben vedere, l'invalidità è la conseguenza di una antinomia): la casistica riguarda soprattutto i bandi di gara e di concorso, nonché gli atti di pianificazione del territorio, specialmente laddove fissino *standard* urbanistici difformi da quelli ministeriali inderogabili¹⁰.

tiva, ibidem, 11 ss.; G. DE GIORGI CEZZI, *Giudice Amministrativo e tutela praeter legem del cittadino*, in AA.VV., *Evoluzione della giustizia amministrativa, integrazione europea e prospettive di riforma*, Milano, Giuffrè, 1998; Id., *Poteri d'ufficio del giudice e caratteri della giurisdizione amministrativa*, in Aa.Vv., *Annuario AIPDA 2012*, Napoli, 2013, 9 ss.; F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 43 ss.: Cons. Stato, Sez. V, 26 gennaio 1999, n. 59; N. DI MODUGNO, *Note sulla disapplicazione nel processo amministrativo*, in AA.VV., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti, cit.*, pp. 301 ss.; si v. inoltre T.A.R. Lazio, Roma, sez. I, 2 dicembre 2019, n. 13771; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 13 settembre 2017, n. 1808; Cons. Stato, sez. VI, 5 gennaio 2015, n. 1; Id., sez. V, 3 febbraio 2015, n. 515; Cons. Stato, sez. II, 9 gennaio 2020, n. 219; Cons. Stato, sez. V, 24 marzo 2014, n. 1430; Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 2017, n. 575, tutte in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 20 ottobre 1998, n. 2398, in *Mass. red. Giuffrè*, 1999.

¹⁰ Si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, Ad. plen., 4 dicembre 1998, n. 1 (ord.), in www.giustizia-amministrativa.it; Id., sez. IV, 15 marzo 2000, n. 1407, in *Foro amm.*, 2000, 821; Cons. Stato, sez. IV, 13 agosto 2018, n. 4916, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Piemonte, sez. II, 5 ottobre 2016, n. 1224, in www.giustizia-amministrativa.it. Si v. inoltre G. ROMEO, *La disapplicazione dei regolamenti illegittimi: una pratica giudiziale dagli esiti incerti*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 1, 10 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: T.A.R. Lombardia, sez. III, 2 aprile 1997, n. 354, che ha sottoposto alla Corte di Giustizia la questione pregiudiziale sulla disapplicabilità del bando di gara immediatamente lesivo e non impugnato nel termine di decadenza, alla luce del suo ruolo sostanzialmente normativo nell'ambito del procedimento cui si riferisce, e in ragione del presunto contrasto rispetto al diritto comunitario; T.A.R. Lombardia, Brescia, 4 novembre 2003, n. 1344, in www.giustizia-amministrativa.it, che ha ritenuto disapplicabile un Piano urbanistico, ma in base alla preliminare affermazione della sua natura normativa; in senso conforme, con riferimento a un Piano comunale di zonizzazione acustica, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, 10 luglio 2014, n. 597, in www.giustizia-amministrativa.it; sulla disapplicabilità degli atti amministrativi generali in quanto tali, si v. T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 14 dicembre 2004, n. 3772, in *Foro amm. Tar*, 2004, 12, 3871; T.A.R. Sardegna, sez. I, 2 agosto 2005, n. 1725, in *Foro amm. Tar*, 2005, 7-8, 2617; Cons. Stato, sez. IV, 30 ottobre 2017, n. 4992, in www.giustizia-amministrativa.it (sulla disapplicabilità dello strumento urbanistico per contrasto rispetto agli standard inderogabili definiti dal decreto ministeriale 2 aprile 1968, n. 1444); F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm. Tar*, 2003, 2779 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: T.A.R. Lombardia, sez. III, 8 agosto 2000, n. 234, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2000, 1166; Cons. Stato, sez. V, 10 novembre 1992, n. 1221, in *Foro amm.*, 1992, 2563; T.A.R. Lazio, sez. II, 25 ottobre 1994,

L'ultima forma di disapplicazione di cui si rinviene traccia nelle decisioni del giudice amministrativo è quella dei provvedimenti individuali (*disapplicazione provvedimento*). Essa è praticata ancor meno diffusamente dal g.a., e comunque prevalentemente nella giurisdizione esclusiva, per evitare sperequazioni rispetto alla tutela dei diritti dinanzi al g.o.¹¹. Se comparata alle altre due fattispecie, questa è quella ove l'esercizio del potere denota maggiori opacità. Se da un lato, infatti, la disapplicazione è svolta *non* secondo lo schema dell'antinomia e del principio *iura novit curia*, ma in base al modello classico della invalidità, tuttavia le caratteristiche che assume sono quelle giustificate dal ricorso al principio *iura novit curia* per risolvere antinomie: così è a dirsi, principalmente, per il suo esercizio d'ufficio, in ogni tempo e in via incidentale.

In molti casi il potere disapplicativo tende inoltre a essere considerato doveroso, pur se la potestà del giudice di qualificare l'intera fattispecie è idonea a determinare una convergenza verso lo schema del potere-facoltà.

Per gli atti amministrativi normativi e per quelli generali causa della lesione il ragionamento antinomico è usato invece più raramente e si rivela come correttivo o elemento dissonante rispetto al regime della doppia impugnazione dell'atto normativo o solo generale e dell'atto applicativo, oppure al regime della immediata impugnazione dell'atto normativo o solo generale, direttamente lesivo¹². Questo tipo di disapplicazione è emerso però in un secondo tempo ri-

n. 1340, in *Mass. red. Giuffrè*, 1995; Cons. Stato, sez. VI, 1 dicembre 2017, n. 5634, in www.giustizia-amministrativa.it; Id., sez. V, 21 febbraio 2021, n. 2707, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, Ad. plen., 26 marzo 2003, n. 4, *ibidem*; Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367, *ibidem*.

11 Si v. T.A.R. Emilia-Romagna, Parma, 9 febbraio 1999, n. 81, in *Mass. red. Giuffrè*, 1999. Sulla negazione della disapplicabilità provvedimento al di là di queste ipotesi, si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. V, 24 ottobre 2001, n. 5602, in *Foro amm.*, 2001, 2821. Sulla giustificazione dell'esito disapplicativo adducendo il carattere sostanzialmente normativo dell'atto puntuale, si v. T.A.R. Veneto, sez. II, 6 aprile 2006, n. 879, in *Foro amm. Tar*, 2006, 4, 1256. Una *ratio* simile si rinviene fra le righe in T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 4 maggio 2007, n. 3999, in *Foro amm. Tar*, 2007, 5, 1681. Sul carattere normativo del bando di gara si v. invece Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1476.

12 La disapplicazione può infatti rappresentare anche un eventuale strumento di elusione del termine per ricorrere incidentalmente avverso l'atto disapplicato. Per un approfondimento sul rapporto fra disapplicazione e regime dell'impugnazione nel processo amministrativo con riferimento alla relazione fra atto generale e atto applicativo, si v. Cons. Stato, sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 222, *cit.* Per un ulteriore approfondimento si v. F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione*

spetto all'esordio della prassi disapplicativa nella giurisdizione del g.a., consentendo anche di distinguere – appunto – lo schema antinomico, prospettato in origine per la disapplicazione dei regolamenti, e lo schema della invalidità.

Alle fattispecie della disapplicazione degli atti normativi, degli atti generali o dei provvedimenti individuali è comune peraltro l'approdo al problema del rapporto fra disapplicazione e nullità dell'atto che ne formerebbe oggetto. In ciascuno dei tre contesti la nullità, pur dovendo essere considerata, in via di principio, ostativa alla disapplicazione (la cui utilità sarebbe esclusa dall'impro-

(diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, Annali, 2010, e *ivi* gli ulteriori riferimenti; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011, 176 ss., e *ivi* i riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 792; Id., sez. V, 7 novembre 2007, n. 5776, in *Foro amm. CdS*, 2007, 3150; L. PICCARDI, *Studi sulla giustizia amministrativa e altri scritti di diritto processuale*, Milano, 1968, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 1900; Id., sez. V, 4 febbraio 1910; Id., sez. IV, 28 settembre 1923; Id., 24 febbraio 1937, n. 13; Id., 2 marzo 1950, n. 85. Sulla limitazione della disapplicabilità ai regolamenti non immediatamente lesivi, nonché sull'effetto conformativo della pronuncia dichiarativa della illegittimità e funzionale alla disapplicazione si v. F. CINTIOLI, *Giurisdizione amministrativa e disapplicazione dell'atto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1, 43 ss.; Id., voce *Disapplicazione (diritto amministrativo)*, *cit.*, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, sez. IV, 29.2.1996, n. 222. Sulla limitazione della disapplicabilità ai regolamenti e agli atti amministrativi generali non immediatamente lesivi, nel giudizio avente a oggetto l'atto applicativo, si v. ancora M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, in *Dir. amm.*, 2013, 1-2, 53 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, Ad. plen., 29 gennaio 2003, n. 1; P. CHIRULLI, *Impugnabilità e disapplicazione dei bandi di gara: giurisprudenza "conservativa" e fermenti innovativi*, in *Dir. proc. amm.*, 2003, 792 ss. Per la tesi secondo cui il regime della doppia impugnazione potrebbe anche essere osservato, consentendo però di giungere all'esito disapplicativo per l'atto antecedente, si v. R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, *cit.*, pp. 181 ss. Sulla possibilità di estendere la disapplicabilità anche agli atti presupposti immediatamente lesivi, si v. F.G. COCA, *Novità in tema di tutela dell'interesse legittimo*, in *Giustamm*, 2004, 3, e *ivi* gli ulteriori riferimenti; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, *cit.*, pp. 53 ss, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2007, n. 1567. Si v. inoltre Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in www.giustizia-amministrativa.it; Tar Lazio, Roma, sez. I, 9 ottobre 2013, n. 8711, in *Foro amm. Tar*, 2013, 10, 3073. Si v. inoltre Cons. Stato, sez. II, 26 agosto 2019, n. 5859 sulla disapplicabilità di regolamento e Piano urbanistico locali contrastanti rispetto a regolamento ministeriale, in www.giustizia-amministrativa.it; N. DI MODUGNO, *Note sulla disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Aa.Vv.*, *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, *cit.*, pp. 301 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti. Si v. inoltre T.A.R. Lombardia, Milano, sez. III, 5 maggio 1998, n. 922, in *Ragiusan*, 2000, 195-196, 142; C.E. GALLO, voce *Processo amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, 1996, e *ivi* i pertinenti riferimenti giurisprudenziali; Cons. Stato, sez. IV, 6 marzo 2006, n. 1124, in www.giustizia-amministrativa.it; Cons. Stato, sez. V, 19 marzo 2002, n. 1053, *ibidem*. Si v. inoltre Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2002, n. 6657, in *Giur. it.*, 2003, 1030, sulla disapplicabilità di norma secondaria non impugnata, ma oggetto di eccezione della parte resistente, e contrastante rispetto al diritto comunitario; Id., sez. V, 18 dicembre 1997, n. 1587, in *Foro amm.*, 1997, 3082, sulla negazione della disapplicabilità dell'atto generale non impugnato.

duttività di effetti dovuta al tipo di vizio dell'atto), è tuttavia talvolta qualificata come condizione legittimante della disapplicazione (nella misura in cui l'esistenza del vizio venga comunque ricollegata alla produzione di qualche effetto, diversamente rispetto all'ipotesi della inesistenza dell'atto)¹³.

La legge di abolizione del contenzioso amministrativo non differenziava e non differenzia peraltro i tipi di atti amministrativi disapplicabili dal giudice ordinario: è stato invece il giudice amministrativo a introdurre la distinzione per giustificare l'uso del potere disapplicativo in via analogica nell'ambito della sua giurisdizione.

In questo scenario, come si è anticipato, la disciplina del processo amministrativo - fondato sulla centralità dell'azione di annullamento subordinata a termine di decadenza -, unitamente alla natura normativa degli atti ritenuti disapplicabili, ha indotto tuttavia il g.a. a concepire il potere disapplicativo come reazione a una antinomia rilevata attuando il principio *iura novit curia* e componibile in base al criterio gerarchico. Per evidente contiguità della funzione e della natura degli atti generali rispetto a quelli normativi, tale schema è stato tal-

13 In particolare, il g.a. provvede talvolta alla disapplicazione degli atti nulli o li dichiara disapplicabili, si v. Cons. Stato, sez. IV, 25 novembre 2003, n. 7778, in *Dir. e giust.*, 2004, 1, 77; T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 13 ottobre 2010, n. 32797, in *Giur. mer.*, 2011, 3, 805; Id., sez. III, 8 gennaio 2013, n. 116, in *Foro amm. Tar*, 2013, 1, 158; Tar Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15 febbraio 2011, n. 73, in *Foro amm. Tar*, 2011, 2, 520; Cons. Stato, sez. IV, 13 agosto 2018, n. 4916, in www.giustizia-amministrativa.it; T.A.R. Lombardia, Brescia, sez. I, 4 luglio 2018, n. 653, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 4, 1107. Per un approfondimento si v. R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, cit., e *ivi* gli ulteriori riferimenti. Lo stesso atteggiamento è riscontrabile presso il g.o., si v. Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26763, in *Foro amm.*, 2017, 3, 531; in senso contrario, si v. Cass. civ., sez. I, 22 dicembre 2016, n. 26763, in *Foro amm.*, 2017, 3, 531. Per un ulteriore approfondimento si v. T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 5 marzo 1998, n. 808, in *Foro amm.*, 1998, 10, 2877 ss., sulla possibilità per l'amministrazione di disapplicare l'atto nullo che difetti di requisiti essenziali richiesti dalla legge e l'assenza dei quali sia espressamente sanzionata dalla nullità, per incertezza sulla stessa provenienza dell'atto da una amministrazione. In senso sostanzialmente conforme: Id., sez. II, 10 febbraio 2000, n. 381, in *Foro amm.*, 2000, 1940. Riconosce al g.a. il potere di disapplicazione di atti amministrativi adottati in carenza assoluta di potere: Cass. civ., sez. un., 22 maggio 1998, n. 5144, in *App. urb. ed.*, 1999, 99; sulla disapplicabilità, da parte del giudice amministrativo, degli atti della p.a. inefficaci poiché emanati in carenza di potere, si v. anche Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 1999, n. 994, in *Foro amm.*, 1999, p. 1217. Per un approfondimento sulle conseguenze giuridicamente paradossali di questa posizione, si v. A. DE SIANO, *Contributo sul tema della nullità dell'atto amministrativo*, in *Dir. pubb.*, 2013, 1, 269 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti: A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2002, 118 ss.

volta esteso, appunto, anche agli atti generali. In ipotesi più rare la tecnica di-sapplicativa è stata riferita anche ai provvedimenti puntuali.

Soprattutto per gli atti generali, e a una prima impressione, il ricorso allo schema antinomico genera perplessità, aggiungendo opacità ai molti elementi che rivelano una precaria solidità dei criteri faticosamente elaborati per distinguere tali atti da quelli normativi dell'amministrazione. Nel caso dei provvedimenti individuali, invece, il giudice amministrativo non ricorre allo schema antinomico, ma a quello classico della invalidità (l'atto è disapplicato perché invalido): tuttavia non ne trae le conseguenze che dovrebbe trarne dal punto di vista della disciplina della disapplicazione, vale a dire la subordinazione a una domanda di parte, la soggezione a un termine di decadenza, la praticabilità in via principale, vale a dire quegli esiti conseguenti all'uso della disapplicazione quale alternativa all'annullamento o alla declaratoria di nullità. Il motivo è evidente: il g.a. ricorre alla disapplicazione per rispondere a una necessità di tutela quando, per qualche motivo, non può annullare o dichiarare la nullità.

Una più attenta analisi induce però, effettivamente, a ritenere che l'unico modo in cui la disapplicazione sembra poter funzionare nel processo amministrativo è proprio lo schema della possibile reazione a una antinomia rilevata applicando il principio *iura novit curia*, ma componibile usando, oltre al criterio gerarchico, anche quello della competenza, ossia quei criteri presupponenti la violazione dell'ordinamento da parte di uno degli atti in conflitto (ciò che non potrebbe invece affermarsi per il criterio di specialità o cronologico).

Gli interrogativi da porsi a questo punto diventano i seguenti: tale schema è riferibile ai soli atti normativi? Può estendersi a quelli generali? E a quelli individuali?

Per rispondere si propone una tesi orientata alla valorizzazione della tecnica antinomica rispetto a quella della invalidità, alla luce del contenuto precettivo e autoritativo che direttamente o indirettamente l'atto esprime, indipendentemente dalla sua normatività/generalità: si applica in sostanza anche a que-

sta fattispecie la teoria della *norma estesa*¹⁴ o dell'*atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, pur essendo stata la seconda elaborata solo per gli atti generali¹⁵.

Per giungere a queste conclusioni si può sostenere - da un lato - che denominatore comune agli atti dell'amministrazione astrattamente disapplicabili sia l'invalidità non ostativa alla produzione di effetti. Si può inoltre evidenziare che tali atti hanno in comune la struttura, articolata nei tre elementi dell'autorità emanante, del contenuto, e del destinatario. Le declinazioni che ciascun elemento può assumere consistono - rispettivamente - nella natura monocratica o collegiale della autorità emanante, in quella astratta o concreta del contenuto, e infine in quella generale o individuale del destinatario.

Dall'altro lato - si può ridimensionare l'efficacia degli indici di riconoscimento delle norme giuridiche, sia formali sia sostanziali, alla luce dei tre seguenti rilievi.

Il primo rilievo riguarda le opacità, le incongruenze e le almeno parziali sovrapposizioni riferibili al significato e all'ambito di rintracciabilità dei predetti indici di riconoscimento, anche in relazione ai rapporti di subordinazione, sussidiarietà o concorrenza fra essi. È noto che, per consentire la qualificazione normativa 'secondo il concetto', tali indici vengono riferiti essenzialmente alla *astrattezza* e alla *generalità* del precetto, ma frequentemente vi si aggiungono le caratteristiche della *novità*, della *efficacia erga omnes*, della *cogenza*, della *efficacia a tempo indeterminato*, della *finalità* (rivolta al *pre-vedere piuttosto che al prov-vedere*)¹⁶. È altrettanto noto, tuttavia, quale sia il livello di incertezza delle risposte che si

14 Si v. C. LUZZATI, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Milano, Giuffrè 1999.

15 Si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, Napoli, Jovene, 2003. Cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, Padova, Cedam, 2000; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit.

16 Si v., *ex plurimis*, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, Bologna, Zanichelli 1998-2003; F. MODUGNO, voce *Fonti del diritto*, in *Dig. disc. pubbl.*, 2010; L. PALADIN, *Saggio sulle fonti del diritto italiano*, in *Quad. cost.*, 1993; G. SANTANIELLO, *Gli atti amministrativi generali a contenuto non normativo*, Milano, Giuffrè 1962; G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit.; R. GUASTINI, *Teoria e dogmatica delle fonti*, Milano, Giuffrè, 1998.

vorrebbero e/o dovrebbero trarre dalla loro applicazione in concreto¹⁷, soprattutto in relazione a un aspetto essenziale per l'oggetto di questo studio: vale a dire la distinzione fra le norme secondarie e gli atti amministrativi generali¹⁸.

Il secondo rilievo riguarda i limiti delle tecniche di qualificazione degli atti normativi 'secondo il trattamento', che rivelano in concreto uno scarso tasso di efficacia e di effettività¹⁹. Ciò si può riscontrare, principalmente, dalla dissociazione fra forma e contenuto (che si verifica a es. per le leggi-provvedimento); o dall'esistenza di atti a forma non riservata (a es. non sempre è richiesto di indicare il *nomen iuris*, e talvolta le procedure per l'adozione di alcuni atti normativi e non normativi convergono); o, ancora, dall'esistenza di atti con forma sotto-rappresentata, o rappresentata in modo opaco (è a es. diffuso il fenomeno della adozione nella forma del decreto ministeriale di atti sostanzialmente regolamentari, per sfuggire alla disciplina della legge 23 agosto 1988, n. 400, oppure alla necessità di osservare la competenza regolamentare regionale definita dal comma sesto dell'art. 117 Cost.).

Il terzo argomento consiste nel comune ruolo di edificazione dell'ordinamento svolto almeno dagli atti autoritativi e precettivi degli apparati pubblici o a essi equiparati. Ciò trova riscontro anche in una parziale convergenza o coincidenza dei regimi giuridici. Si pensi: al sistema di tutela giurisdizionale, il quale è comune, nei suoi tratti essenziali, agli atti amministrativi normativi e non normativi; o, ancora, al carattere non necessario della motivazione, previsto per gli atti amministrativi sia normativi sia generali, così come gli atti generali sono soggetti al regime della pubblicazione al pari di quelli normativi; anche l'abrogazione, infine, è idonea a regolare la successione nel tempo non solo fra atti

17 Si v., *ex plurimis*, M. JORI, A. PINTORE, *Introduzione alla filosofia del diritto*, Torino, Giappichelli, 2014; G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, cit.; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit., e *ivi* i pertinenti riferimenti alla giurisprudenza amministrativa.

18 Si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, cit. Cfr. G. DELLA CANANEA, *Gli atti amministrativi generali*, cit.; M. RAMAJOLI, B. TONOLETTI, *Qualificazione e regime giuridico degli atti amministrativi generali*, cit.

19 Per un approfondimento si v. *ex plurimis*, G.U. RESCIGNO, *L'atto normativo*, cit., e *ivi* gli ulteriori riferimenti.

normativi con la stessa forza, ma anche fra atti amministrativi non normativi ritenuti a loro volta equiparabili dal punto di vista della forza.

Pure l'argomento fondato sulla circostanza che gli atti normativi denoterebbero, rispetto a quelli non normativi, un legame più solido rispetto al principio democratico²⁰, può essere a ben vedere ridimensionato, poiché tale rapporto non è dello stesso livello neppure per tutti gli atti-fonte (si pensi a una legge rispetto a un atto normativo dell'Esecutivo), e poiché, anche per gli atti amministrativi non-fonte, esso è almeno indirettamente rintracciabile, in ragione delle relazioni interorganiche interne alle amministrazioni territoriali, nonché delle relazioni intersoggettive fra le amministrazioni territoriali e quelle non territoriali.

Gli atti amministrativi possono dunque caratterizzarsi in termini di astrattezza vs. concretezza, generalità vs. individualità, legame diretto vs. legame indiretto col principio democratico: il regolamento emanato dal Consiglio Regionale esprime a es. un legame diretto rispetto a tale principio.

In ragione del possesso, per ciascun binomio, dell'una o dell'altra delle caratteristiche alternative che si sono indicate, gli atti amministrativi possono inoltre realizzare i valori di *uguaglianza formale*, *certezza*, *equità* e/o *uguaglianza sostanziale*, alternativamente e/o con intensità diversa, mantenendo però il comune ruolo di elementi costitutivi dell'ordinamento, sebbene diversamente articolato.

L'insieme di queste deduzioni consente di svolgere *in astratto*, con esito positivo, la verifica della applicabilità dei criteri di risoluzione delle antinomie anche ai conflitti che coinvolgono atti amministrativi non-fonte, rispetto ad altri atti amministrativi non-fonte o rispetto ad atti-fonte, anche legislativi o di grado superiore.

La verifica di applicabilità *in concreto* può essere svolta a partire dal criterio gerarchico e privilegiando i maggiori gradi astrattezza, generalità, legame col

²⁰ Si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *L'atto amministrativo fonte del diritto obiettivo*, cit., pp. 13 ss., 95 ss.

principio democratico. L'applicabilità degli ulteriori criteri di risoluzione delle antinomie anche alla composizione dei conflitti che coinvolgono il contenuto di atti amministrativi non-fonte può invece conseguire alla presenza delle stesse condizioni che ne consentirebbero l'uso per i conflitti fra norme: violazione di regole attributive della competenza da parte di uno dei precetti in conflitto, oppure equiordinazione dei precetti ed esistenza fra essi di un rapporto di specialità per contenuto, o infine equiordinazione dei precetti e loro diversa datazione. In questo scenario la possibilità di ricorrere ai criteri *gerarchico* o di *competenza* riflette una violazione dell'ordinamento da parte di uno degli atti in conflitto. Il rimedio può quindi astrattamente consistere in un annullamento o in una declaratoria di nullità, o in una disapplicazione. La possibilità di ricorrere al criterio di *specialità* non riflette invece la violazione dell'ordinamento da parte di uno dei precetti in conflitto, ma comporta unicamente che alla fattispecie sarà applicabile il precetto dal contenuto speciale, derogatorio di quello dal contenuto generale, mentre questo risulterà semplicemente *non applicato*, alla luce di una *deroga*.

Pure la possibilità di ricorrere al criterio *cronologico* non riflette la violazione dell'ordinamento da parte di uno dei precetti in conflitto, ma comporta unicamente che alla fattispecie concreta sarà applicabile il precetto più recente, abrogativo di quello meno recente, mentre quest'ultimo risulterà *non applicato* come conseguenza di una *abrogazione*. Rispetto alla abrogazione *espresa*, quella *tacita* e/o *implicita* si fonda però su una attività interpretativa che conduce a non applicare l'atto recessivo in un caso specifico, e quindi con efficacia limitata. Tuttavia l'invalidità può trasmettersi anche all'azione che eventualmente si svolga senza tenere conto del modo in cui il contrasto debba risolversi applicando i criteri di specialità o cronologico.

Entro questa cornice, esistono *ulteriori tre argomenti* per sostenere il potere di disapplicazione del giudice amministrativo, anche in una dimensione più estesa di quella ricavabile oggi dall'esame della giurisprudenza. Ognuno di tali

argomenti è idoneo a fondare autonomamente il potere, ma l'opportunità di usarli congiuntamente rafforza la base legittimante.

Il *primo argomento* si riferisce alla differenza strutturale fra annullamento e declaratoria di nullità (da una parte) e disapplicazione (dall'altra): la paventata elusione dei termini di decadenza previsti per la pronuncia di annullamento o per la declaratoria di nullità si ridimensiona, in sostanza, ove si consideri che la disapplicazione è strumento meno impattante degli altri due rimedi, essendo soggettivamente e oggettivamente limitata al caso deciso. Concretamente, tuttavia, la sua praticabilità dovrà essere subordinata a una valutazione che metta a sistema le regole e i principi che la legittimerebbero con le regole e i principi che invece la ostacolerebbero, per ricercare una interpretazione idonea a prevenire il conflitto o per individuare una regola di prevalenza.

Al *secondo argomento* si giunge considerando che fra tali regole e principi rivestono un ruolo centrale quelli ricavabili dagli artt. 24, 101 e 113 Cost., e proponendone una interpretazione a sostegno della disapplicabilità degli atti amministrativi da parte del giudice amministrativo.

In particolare l'art. 24 fonda il principio di *effettività della tutela* riferendolo ugualmente alla lesione dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi.

L'art. 101 subordina il giudice solo alla legge, richiedendogli quindi di trovare soluzioni che garantiscano il primato nella legge anche – e soprattutto – nei casi di contrasti fra precetti in genere: in questo scenario disapplicare un atto in quanto invalido, in assenza di soluzioni alternative, è strumento di realizzazione del primato della legge se e nella misura in cui una interpretazione idonea a prevenire il conflitto o una regola di prevalenza consentano di individuare questa soluzione.

Infine, l'art. 113 Cost. rappresenta il *primo strumento di realizzazione del principio di effettività della tutela* fondato dall'art. 24: afferma infatti che, contro gli atti della pubblica amministrazione, è *sempre* ammessa la tutela giurisdizionale dei diritti soggettivi e degli interessi legittimi, subordinando però la *giurisdizione di*

annullamento di tali atti a una specifica *riserva di legge*. Emerge quindi che il primo strumento previsto dalla stessa Costituzione per realizzare il principio di effettività della tutela contro gli atti dell'amministrazione è il *principio di atipicità delle azioni diverse da quella di annullamento* (la quale è, evidentemente, la più impattante sull'esercizio del potere amministrativo, ed è pertanto subordinata a cautele più specifiche). Lo stesso Codice del processo amministrativo valorizza del resto il principio di atipicità, qualificando espressamente come atipiche l'azione cautelare e quella di condanna, con la sola eccezione della condanna a emanare il provvedimento. Anche l'ottemperanza può peraltro considerarsi atipica in base al Codice del processo, pure in assenza di una esplicita qualificazione in tal senso, ma in ragione del fascio di poteri attribuiti al giudice in questa fattispecie. L'interpretazione delle disposizioni costituzionali qui suggerita può peraltro evidentemente ampliare l'area dell'atipicità oltre tali orizzonti.

Il *saldo del principio di atipicità con quello di effettività della tutela* contribuisce altresì a sottolineare che la disapplicazione è idonea ad accelerare e consolidare la trasformazione del processo amministrativo in un tipo di giudizio vertente sul rapporto fra amministrazione e cittadino, piuttosto che sugli atti in cui tale rapporto normalmente si esprime. Resterebbe tuttavia da comporre un eventuale contrasto di questa interpretazione rispetto alla *riserva di legge in materia processuale* prevista dall'art. 111 Cost.²¹: la soluzione potrebbe essere rintracciata ipotizzando che la riserva si riferisca al modo di svolgimento del processo, piuttosto che ai tipi e ai contenuti delle domande processuali, se diverse da quella di annullamento e rispetto a essa più scarsamente impattanti sul potere amministrativo, almeno per la tutela avverso gli atti dell'amministrazione.

Il *terzo argomento* per sostenere il potere di disapplicazione del giudice amministrativo, anche in una dimensione più estesa di quella ricavabile oggi dall'esame della giurisprudenza, riguarda l'esistenza di quello che a ben vedere

²¹ Per un approfondimento si v., *ex plurimis*, A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 1, 121 ss.; S. TARULLO, *Il giusto processo amministrativo: studio sull'effettività della tutela giurisdizionale nella prospettiva europea*, Milano, Giuffrè, 2004.

pare un rapporto di funzionalità (piuttosto che frizione) fra la disapplicazione e i *principi di legalità e certezza del diritto*.

La funzionalità rispetto al *principio di legalità* si riferisce alla qualificazione della disapplicazione come reazione a una forma di invalidità, come reazione proprio alla violazione del principio di legalità, pur se con scarso grado di stabilità rispetto alle soluzioni dell'annullamento o della declaratoria di nullità. Le frizioni più significative della disapplicazione rispetto al principio di legalità riguardano tuttavia gli atti inoppugnabili o per cui si sia estinto il potere di autotutela dell'amministrazione. Di fronte a questi possibili scenari, ma anche nelle ipotesi di frizioni meno evidenti, torna quindi l'opportunità di mettere in concreto a sistema regole e principi, per ricercare una interpretazione idonea a prevenire il conflitto o per individuare una regola di prevalenza.

Le paventate frizioni della disapplicazione (dell'atto amministrativo da parte del g.a.) rispetto ai *principi di certezza del diritto e di affidamento*, richiedono invece di essere valutate ampliando il ragionamento in corso al rapporto fra *certezza e diritto*, e tentando in particolare di argomentare che la certezza sia una naturale vocazione del diritto, piuttosto che un suo canone assoluto e indefettibile. In questo scenario si può tentare di rintracciare un legame diversificato fra la certezza del diritto e – rispettivamente – gli atti generali e astratti, gli atti solo generali e infine gli atti individuali, ritenendolo però compatibile rispetto all'ordinamento in ciascuna delle tre declinazioni. Tuttavia la maggiore vaghezza correlata alla astrattezza e alla generalità veicola inevitabili elementi di incertezza. Si possono in sostanza rintracciare diversi tipi di legami con la certezza del diritto, che si sviluppano in modo reciprocamente differente con riferimento al ciclo di vita delle regole, il quale si snoda a partire da quelle orientate al *pre-vedere* (le norme giuridiche strettamente intese) per giungere a quelle orientate al *prov-vedere* (i provvedimenti amministrativi, soprattutto individuali), passando per quelle che manifestano nella sostanza elementi delle une e delle altre (è evidentemente il caso degli atti amministrativi generali). Si muove dalla maggio-

re prevedibilità e al contempo dalla maggiore vaghezza correlate alle regole più astratte e più generali, per giungere infine alla minore prevedibilità e al contempo alla maggiore precisione delle regole più concrete e con destinatari puntualmente individuabili. Come si vede, la certezza, in forme diverse, consistenti nella *prevedibilità oppure nel contenuto puntuale*, può alternativamente caratterizzare sia i precetti che aprono la filiera del 'ciclo di vita delle regole' (quelli astratti e generali) sia i precetti che la chiudono (quelli concreti e individuali).

Dal raffronto fra quanto accade nella giurisdizione amministrativa e quanto accade nelle altre giurisdizioni (essenzialmente quella ordinaria civile e quella tributaria) emerge infine un dato interessante. Vale a dire che, nei casi in cui il giudice sia legislativamente munito del potere di disapplicazione, questi si mostra restio a utilizzarlo, o almeno a farlo secondo l'ampiezza prevista dalla legge.

Ad esempio il giudice tributario ne limita l'esercizio agli atti lesivi di diritti, secondo l'interpretazione più restrittiva degli artt. 4 e 5 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo. Nella giurisdizione tributaria non emerge comunque la distinzione fra antinomia e invalidità²², che è invece essenzial-

22 Si v. Comm. Trib. Prov. Pisa, sez. V, 10 marzo 1999, n. 22, in *Riv. giur. trib.*, 2000, 70; Comm. Trib. Prov. Torino, sez. IV, 17 agosto 1999, n. 68, in *Fisco*, 2000, 134; Comm. Trib. Reg. Lombardia, Brescia, 5 novembre 2001, n. 35, in *Fin. loc.*, 2003, 76; Cass., sez. Trib., 11 novembre 2003, n. 16870, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 11; Id., 28 novembre 2019, n. 31112, in *Giust. civ. mass.*, 2000; Cass., sez. Trib., 12 settembre 2019, n. 22767, in www.cortedicassazione.it; Id., 10 aprile 2019, n. 10010, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Id., 30 giugno 2010, n. 15528, in www.cortedicassazione.it; Cass., sez. Trib., 5 agosto 2004, n. 15073, in *Giust. civ. mass.*, 7-8, 2004; Id., 6 maggio 2005, n. 9441, in *Giust. civ. mass.*, 2005, 9; Id., 25 gennaio 2008, n. 1609, in www.cortedicassazione.it; Comm. Trib. Reg. Abruzzo, Pescara, sez. IX, 25 novembre 2011, n. 307, in *Dir. e giur. st. online*, 2012, 1; Comm. Trib. Prov. Brescia, sez. XI, 17 dicembre 1998, n. 524, in *Boll. Trib.*, 1999, 1624; Comm. Trib. Reg. Lombardia, Milano, sez. XXXVII, 9 maggio 2000, n. 211, in *Giur. mer.*, 2001, 500; Comm. Trib. Prov. Firenze, sez. X, 26 maggio 2001, n. 126, in *Riv. giur. trib.*, 2002, 549; Comm. Trib. Prov. Roma, sez. XXIV, 20 novembre 2002, n. 433, in *Red. Giuffrè*, 2012; Comm. Trib. Reg. Friuli V.G., Trieste, sez. X, 20 aprile 2015, n. 147, in *Red. Giuffrè*, 2015; Cass., sez. Trib., 13 giugno 2012, n. 9642, in *Riv. dir. trib.*, 2012, 6, 419; Comm. Trib. Prov. Reggio Emilia, sez. II, 18 aprile 2013, n. 74, in *Red. Giuffrè*, 2013; Cass., sez. Trib., 14 marzo 2007, n. 5929, in *Giust. civ. mass.*, 2007, 3; Comm. Trib. Prov. Lecce, sez. I, 7 aprile 1999, n. 105, in *Boll. trib.*, 1999, 1537; Cass., sez. Trib., 23 maggio 2019, n. 14039, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Id., 24 gennaio 2019, n. 1952, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Cass., sez. Trib., 25 giugno 2009, n. 14979, in www.cortedicassazione.it; Comm. Trib. Reg. Lombardia, Milano, sez. X, 16 giugno 2017, n. 2710, in *Red. Giuffrè*, 2017; Comm. Trib. Reg. Lombardia, sez. XXXVI, 20 settembre 2011, n. 119, in *Mass. Comm. trib. Lombardia*, 2013, 1, 224. Per ulteriori approfondimenti, si v. P.

mente frutto della giurisprudenza amministrativa (*supra*). Il giudice ordinario in sede civile esclude invece talvolta il potere disapplicativo per gli atti che ritenga stabilizzati dal giudicato²³, se non normativi²⁴, e nelle controversie ove egli sia titolare di una giurisdizione costitutiva sull'atto della cui disapplicazione si tratta²⁵ e/o nelle quali sia parte la p.a.²⁶. In alcuni casi, inoltre, egli limita l'invalidità idonea a legittimare la disapplicazione alla violazione di legge in senso stretto²⁷.

Naturalmente, per definizione, un atteggiamento opposto a quello del *self restraint* si rinviene laddove a fondare il potere disapplicativo si pervenga per via interpretativa, come accade nella giurisdizione amministrativa.

POZZANI, *Premesse per uno studio sulla pregiudizialità amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2016, 395 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali: Cass. civ., sez. un., 7 febbraio 2002, n. 1733, in *Corr. trib.*, 2002, 21, 1895; F. MONTANARI, *La prevalenza della sostanza sulla forma nel diritto tributario*, Padova, Cedam, 2019, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cass., sez. Trib., 9 maggio 2018, n. 11052.

23 Si v. Cass. civ., sez. I, 8 gennaio 2003, n. 60, in *Giust. civ. mass.*, 2003, 19; Id., 3 febbraio 1997, n. 982, in *Giust. civ. mass.*, 1997, 169; Id., 27 marzo 1997, n. 2721, in *Giust. civ. mass.* 1997, 475; Cass. civ., sez. II, 15 febbraio 2007, n. 3390, in *Foro amm. CdS*, 2007, 5, 1373; Cass. civ., sez. un., 6 maggio 1998, n. 4573, in *Giust. civ. mass.*, 1998, 952.

24 Si v. Cass. civ., sez. I, 29 maggio 1999, n. 5263, in *Giust. civ. mass.*, 1999, 1218.

25 Si v. a es. Cass., sez. lav., 29 giugno 1984, n. 3849, in *Giust. civ.*, 1985, 412. Sulla disapplicabilità degli atti amministrativi datoriali emanati nei rapporti di impiego pubblico privatizzato, si v. tuttavia Pret. Genova, 22 marzo 1999, in *Riv. it. dir. lav.*, 2000, II, 651. Sulla limitazione di tale forma di disapplicabilità ai soli atti autoritativi emanati dal datore di lavoro pubblico, si v. invece Pret. Napoli, 24 marzo 1999, in *Giust. civ.*, 1999, 3504. Per un approfondimento sulla giurisdizione ordinaria nei confronti dell'amministrazione datrice di lavoro, si v. A. PIOGGIA, *Giudice e funzione amministrativa – Giudice ordinario e potere privato dell'amministrazione datore di lavoro*, Milano, Giuffrè, 2004.

26 Si v. Cass. civ., sez. un., 2 novembre 2018, n. 28053, in *Giust. civ. mass.*, 2019; Id., 6 febbraio 2015, n. 2244, in *Foro amm.*, 2015, 6, 1652; Cass. civ., sez. I, 13 settembre 2006, n. 19659, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 9, 9; Id., 4 luglio 2018, n. 17485, in *Guida al dir.*, 2019, 2, 62.

27 Si v. Cass. civ., sez. un., 26 maggio 1997, n. 4670, in *Giur. it.*, 1998, 85; Cass. civ., sez. I, 29 settembre 2006, n. 21173, in *Giust. civ. mass.*, 2006, 9; Cass. civ., sez. un., 3 novembre 1982, n. 5751, in *Giust. civ.*, 1983, 842. Si v. inoltre A. KLITSCHKE DE LA GRANDE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 1961, 181 ss., e *ivi* i riferimenti a: Cass., 29 luglio 1955, n. 2194; si v. altresì L. PICCARDI, *Studi sulla giustizia amministrativa e altri scritti di diritto processuale*, Milano, Giuffrè, 1968, 200 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Cass. civ., sez. un., 14 marzo 1961, n. 578, in *Giust. civ.*, 1961, 1258. Per un approfondimento, in via generale, sui poteri del g.o. nei confronti della p.a., si v. V. FANTI, *I poteri del giudice ordinario nei confronti della P.A. nell'ottica dell'effettività e della pienezza della tutela giurisdizionale*, in E. Follieri (a cura di), *La giurisprudenza della Corte Costituzionale sul processo amministrativo*, Bari, Cacucci, 2018, 101 ss.; Id., *Tutela demolitoria e risarcitoria dell'interesse legittimo innanzi al giudice ordinario e al giudice amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2006; Id., *L'annullamento e la disapplicazione dell'atto amministrativo nel giudizio di risarcimento dei danni innanzi al giudice ordinario*, in E. Follieri (a cura di), *La responsabilità civile della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2004, 95 ss.

Una tendenza espansiva dell'uso della disapplicazione *praeter legem* si riscontra anche in altri ordinamenti. Si possono prendere in considerazione la Francia e il Regno Unito, in quanto la prima possiede un sistema 'a diritto amministrativo', a differenza del secondo, ove non esistono - in via generale - una disciplina separata per la funzione amministrativa e la giurisdizione nei confronti dell'amministrazione, e neppure un giudice appositamente dedicato alle controversie sull'esercizio del potere amministrativo. Ulteriore ragione della scelta consiste nel diverso livello di integrazione dei due ordinamenti rispetto alla Unione Europea, storicamente intenso e stabile per la Francia, e invece interrotto dalla Brexit per il Regno Unito, in un contesto ove peraltro il Regno Unito, rispetto alla maggior parte degli altri Paesi membri, aveva già optato per una integrazione meno intensa. È opportuno prendere tuttavia in considerazione anche lo stesso ordinamento dell'Unione Europea, per verificare se e in che misura gli atti delle sue istituzioni siano o possano essere disapplicati.

Da ciascuno dei tre contesti si può rilevare che il potere di disapplicazione degli atti amministrativi è riferito o riferibile prevalentemente al giudice, piuttosto che all'amministrazione, ed essenzialmente a quello comune, come sua facoltà accessoria, piuttosto che a quello amministrativo o alle sezioni specializzate.

In particolare, nell'ordinamento dell'Unione, a differenza che negli altri, la disapplicabilità in sede giurisdizionale è limitata agli atti generali, anche normativi, inclusi quelli legislativi²⁸.

28 Per un approfondimento, si v. B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996, e *ivi* gli ulteriori ampi riferimenti; M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, in ID. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo, cit.*, pp. 384 ss. (spec. 421 ss.), e *ivi* i pertinenti riferimenti giurisprudenziali; Trib. primo grado C.E., 3 ottobre 1997, n. 186, in www.europa.eu; E. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court decisions*, in C. BACKES, M. ELLANTONIO (eds.), *Judicial review of administrative action*, Oxford, 2019, 572, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Corte Giust., 24 ottobre 1996, n. 329; G. BERTEZZOLO, *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 175 ss.; si v. inoltre lo Statuto della Corte di Giustizia allegato al T.F.U.E. quale Protocollo n. 3 e il Regolamento di procedura dinanzi alla Corte di Giustizia; si v., ancora, A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Padova, Cedam 2009, 128 ss.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali, cit.*, pp. 157 ss.; Trib. primo grado U.E., 13 di-

Tuttavia, l'osservazione più attenta dei sistemi giuridici, della prassi delle Corti e del fenomeno disapplicativo nel suo complesso, consente di rintracciare spazi per la disapplicabilità anche nello svolgimento delle funzioni dei giudici speciali o dell'amministrazione.

La comparazione permette, in estrema sintesi, di rilevare la presenza di giudici unici²⁹, o di giudici amministrativi³⁰, o di sezioni specializzate per il con-

cembre 2016, n. 713, in www.europa.eu; B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2010, 6, 1471 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; M.L. TUFANO, *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, 2019, 4, 767 ss., e *ivi* i pertinenti riferimenti alla giurisprudenza della Corte di Giustizia; Corte Giust., 22 dicembre 2008, C-333/07, in www.europa.eu; Corte Giust., 23 ottobre 1974, n. 17; Id., 28 maggio 1998, n. 22; Id., 11 settembre 2003, n. 211; Id., 3 settembre 2008, n. 402, tutte in www.europa.eu; Id., 5 ottobre 2000, n. 434, *ibidem*; Id., sez. V, 10 marzo 1992, n. 188, *ibidem*; Id., grande sezione, 8 settembre 2020, n. 119, *ibidem*; Corte Giust., 15 gennaio 2001, n. 239, *ibidem*; Id., 12 ottobre 1978, n. 156, *ibidem*; Id., 6 marzo 1979, n. 92, *ibidem*; Id., sez. II, 15 maggio 2008, n. 442, *ibidem*; Id., sez. V, 22 giugno 1993, n. 222, *ibidem*; Corte Giust., 31 marzo 1965, n. 21, *ibidem*; Id., 28 giugno 2005, n. 189, *ibidem*. Per una indicazione più ampia delle fonti di documentazione si rinvia peraltro a M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi in una prospettiva comparata*, in *amministrativ@mente*, 2022, 4, 128-169.

29 In particolare, nell'ordinamento dell'Unione esiste un *unico modello di disapplicazione* in sede *giudiziale*, a *fondamento sia normativo sia parzialmente giurisprudenziale*. La disapplicazione a fondamento normativo è riferibile all'*eccezione di disapplicazione* ex art. 277 T.F.U.E., per i motivi di invalidità di cui all'art. 263 T.F.U.E.; è inoltre riferibile all'*annullamento parziale* ex art. 264 T.F.U.E., al *rinvio pregiudiziale di validità con effetti dichiarativi* ex art. 267 T.F.U.E., all'*azione risarcitoria autonoma da quella di annullamento*. La disapplicazione a fondamento giurisprudenziale è riconducibile, a esempio, agli orientamenti della Corte di Giustizia che ammettono l'annullamento parziale, per ragioni di evidente affinità fra i due strumenti. Pare inoltre possibile individuare *fattispecie differenti* ove la disapplicazione potrebbe ritenersi almeno astrattamente praticabile. Il caso della disapplicazione correlata all'azione risarcitoria autonoma da quella di annullamento è però controverso, in ragione del fatto che esiste un dibattito, sviluppatosi soprattutto nell'ordinamento interno, sulla compatibilità/incompatibilità della disapplicazione dell'atto lesivo non impugnato né annullato rispetto al risarcimento dei danni da esso provocati: alla tesi che esclude la disapplicabilità in ragione della circostanza che gli effetti dannosi dell'atto sarebbero condizione per il risarcimento, si oppone infatti quella secondo cui la illegittimità dell'atto rimane comunque elemento costitutivo della fattispecie dal punto di vista dell'antigiuridicità, alla quale si dovrebbe reagire non solo con l'accertamento del vizio, ma anche, se possibile, con l'annullamento, oppure, in subordine, con la disapplicazione. Se non esiste un interesse contrapposto a quello della parte danneggiata tale da saldarsi all'interesse pubblico precludendo l'annullamento e pure la disapplicazione (si pensi all'ipotesi dell'appalto illegittimamente aggiudicato e che tuttavia abbia avuto principio di esecuzione, richiedendo alla stazione appaltante sia di retribuire l'appaltatore sia di risarcire il concorrente leso), è in sostanza difforme al principio di buon andamento risarcire il danno e al contempo consentire che esso continui a prodursi, legittimando quindi la proposizione anche di richieste di ristoro ulteriori.

30 In Francia si possono a esempio distinguere *l'eccezione di illegittimità dinanzi al g.o. o al g.a. nel giudizio di annullamento dell'atto presupponente* (da una parte) e *il rinvio pregiudiziale al g.a. per una*

tenzioso di diritto pubblico³¹, titolari del potere di annullamento degli atti amministrativi, ma cui al contempo può essere riferito anche quello di disapplicarli, in ragione di una base normativa pure indiretta, che consente di assumere decisioni almeno nella sostanza disapplicative. Si rilevano inoltre orientamenti giurisprudenziali per l'ulteriore estensione del potere in via pretoria³².

pronuncia dichiarativa (dall'altra). Per un approfondimento, si v. B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.; B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, cit., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; Conseil d'État, 11 maggio 2004, n. 255886, in R. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court decisions*, in C. BACKES, M. ELIANTONIO (eds.), *Judicial review of administrative action*, cit., pp. 555 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Conseil d'État, 1 giugno 1970, n. 6410; Conseil d'État, 3 dicembre 2003, n. 240267; Id., 6 febbraio 2004, n. 240560; Conseil d'État, 19 gennaio 2001, n. 228815; Id., 14 febbraio 2014, n. 375081; Id., 29 maggio 1908, n. 25488; Id., 30 dicembre 2013, n. 367615; Id., 18 maggio 2018, n. 414583; Id., 27 maggio 2002, n. 227338; si v. inoltre A. SIMONATI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, cit., pp. 3 ss.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., pp. 354 ss.; R. NOGUELLOU, *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administratif: le cas français*, in Aa.Vv., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Annuario 2012 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Napoli, 2013, 167 ss.; si v. altresì il *Code de justice administrative*; H. PÜNDER, A. KLAFKI, *Grounds of review and standard of review*, in C. Backes, M. Eliantonio (eds.), cit., pp. 441 ss., spec. 489 ss.; Conseil d'État, 21 marzo 2007, n. 284586, in C. BACKES, M. ELIANTONIO (eds.), cit., p. 304. Per una indicazione più ampia delle fonti di documentazione si rinvia infine a M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi in una prospettiva comparata*, cit.

31 Nell'ordinamento inglese si possono a esempio distinguere il *collateral attack* dinanzi al giudice comune per la tutela dei *private law rights* e la *judicial review* dinanzi alla Sezione specializzata del giudice comune per la tutela dei *public law rights*. Qui, inoltre, l'azione risarcitoria non è autonoma da quella di annullamento, mentre la *judicial review* può condurre ad annullamento parziale e a decisioni dichiarative, inibitorie, tendenzialmente atipiche, entro il cui ambito potrebbero collocarsi anche esiti sostanzialmente disapplicativi. Per un approfondimento si v. C. FRANCHINI, *Il giudice di fronte alla pubblica amministrazione nell'ordinamento inglese*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 1985, 4, 1113 ss.; B. MARCHETTI, *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; House of Lords, 2 aprile 1998, in E. CHEVALIER (ed.), *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., pp. 639 ss., spec. 641; D. DE PRETIS, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in G. FALCON (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Padova, Cedam, 2005, 303 ss., e *ivi* gli ulteriori riferimenti; T. PERROUD, *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, in C. Backes, M. Eliantonio (eds.), cit., pp. 16 ss.; M. ELIANTONIO, *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in C. BACKES, M. ELIANTONIO (eds.), cit., pp. 53 ss.; S. PELLIZZARI, *La stabilità e la contendibilità del provvedimento amministrativo nell'esperienza inglese*, in G. FALCON, D. DE PRETIS (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, cit., pp. 95 ss.; Supreme Court, 4 febbraio 2010, in E. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., pp. 555 ss.; High Court (Queen's Bench Division), 24 giugno 1999, in E. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court*

4. La disapplicazione del contenuto dei propri atti da parte della stessa amministrazione, con uno sguardo anche a quanto accade in altri ordinamenti

Attraverso due percorsi che giungono a intersecarsi, il tema della disapplicazione degli atti amministrativi può essere esteso anche alla pubblica amministrazione, collocandolo in una dimensione contigua a quella dell'autotutela.

Il *primo percorso* si riferisce al potere di disapplicazione per anticomunitarietà, poiché talvolta esso viene esteso dalla Corte di Giustizia – soggettivamente – anche alla p.a.³³ e – oggettivamente – anche agli atti amministrativi (soprattutto, ma non solo, normativi)³⁴. Per il giudice interno prevale invece il principio dell'autonomia procedurale, che richiama le reazioni tradizionali alla invalidità, anche tenendo conto della distinzione fra anticomunitarietà diretta e indiretta (*supra*).

In questo scenario, la teoria della disapplicazione per anticomunitarietà induce a domandarsi se siano giustificabili due regimi o se alcuni strumenti, una volta introdotti per far posto al diritto comunitario, debbano essere generalizzati.

Il richiamo dei principi unionali da parte della legge sul procedimento amministrativo rafforza peraltro il regime del primato, che si salda alla disapplicazione per anticomunitarietà come tecnica per renderlo effettivo.

Il *secondo percorso* si riferisce all'analisi della giurisprudenza amministrativa, dalla quale si ricava che talvolta il g.a. legittima o favorisce l'uso della disapplica-

decisions, cit., pp. 171 ss., 605 ss.; M. ELIANTONIO, F. GRASHOF, *Types of administrative action and corresponding review*, e E. CHEVALIER, *Remedies and consequences of Court decisions*, ambedue in C. Backes, M. Eliantonio (eds.), *Judicial review of administrative action, cit.*, pp. 171 ss., 593 ss.; B. MARCHETTI, *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE, cit.*, e *ivi* gli ulteriori riferimenti; D. SORACE, *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in www.astrid-online.it, 2008, e *ivi* gli ulteriori riferimenti; L. HERING, *I vizi procedurali nella disciplina giuridica dell'amministrazione diretta dell'Unione europea, fra correzione e irrilevanza*, in *Riv. inter. dir. amm. pubb.*, 2021, 2, e *ivi* gli ulteriori riferimenti. Per l'indicazione di ulteriori fonti di documentazione si v. infine M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi in una prospettiva comparata, cit.*

32 Si v. le tre note bibliografiche precedenti.

33 Si v. le note bibliografiche del paragrafo secondo.

34 Si v. le note bibliografiche del paragrafo secondo.

zione 'in autotutela' da parte della p.a., anche per argomentare l'esistenza del potere disapplicativo dinanzi a sé, e pure al di là dell'anticomunitarietà.

Un primo contesto in cui ciò si può rilevare riguarda alcune fattispecie trilateri in condizione di *antipatia* dell'atto mediano rispetto agli altri due: il caso è in sostanza quello del contrasto dell'atto provvedimento applicativo rispetto all'atto regolamentare o generale che lo precede, il quale a sua volta contrasta rispetto alla legge.

La casistica è abbastanza variegata e riguarda, fra le altre fattispecie, i bandi di gara o di concorso, in riferimento ai quali si può talvolta assistere al rigetto dei ricorsi avverso gli atti di aggiudicazione che li abbiano violati: il giudice, rilevando a esempio il contrasto del bando rispetto alla normativa comunitaria o al principio del *favor participationis*, dichiara la legittimità dell'atto di aggiudicazione che abbia violato la *lex specialis*, giustificando quindi anche la condotta dell'amministrazione che, così operando, abbia sostanzialmente disapplicato un proprio atto generale³⁵.

Altro caso è quello della c.d. etero-integrazione legale dell'atto amministrativo: la violazione degli *standard* urbanistici inderogabili (si pensi alla distanza minima fra pareti finestrate di edifici che si fronteggino anche solo parzialmente) da parte degli atti di pianificazione del territorio determina in sostanza, per consolidato orientamento giurisprudenziale, la necessità di disapplicare il Piano difforme, considerandolo automaticamente etero-integrato dalla previsione normativa violata, e imponendo di rilasciare i titoli edificatori tenendo conto al tempo stesso della disapplicazione e della etero-integrazione³⁶.

35 Si v. Cons. Stato, sez. V, 13 gennaio 2011, n. 172, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 4, 1476. In senso sostanzialmente conforme, T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 5 luglio 2013, n. 647, in *Foro amm. Tar*, 2013, 7-8, 2414. In senso contrario su fattispecie analoga si v. invece T.A.R. Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 15 febbraio 2011, n. 73, in *Foro amm. Tar*, 2011, 2, 520; sulla negazione della disapplicabilità del bando di gara nella parte relativa ai requisiti formali dei contenuti degli atti di partecipazione, si v. inoltre Cons. Stato, sez. IV, 16 aprile 2012, n. 2190, in *Foro amm. CdS*, 2012, 4, 902. Sulla negazione della disapplicabilità anche con riferimento a parti del disciplinare di gara inopportuna o incongruamente formulate, si v. T.A.R. Basilicata, sez. I, 8 marzo 2017, n. 195, in www.giustizia-amministrativa.it.

36 Le fattispecie ricondotte alla 'etero-integrazione' riguardano soprattutto il rapporto fra lo standard minimo della distanza di 10 metri fra pareti finestrate di edifici fronteggianti e gli

Ulteriori ipotesi di disapplicazione degli atti amministrativi da parte dell'amministrazione, di cui si rinviene sempre traccia esaminando la giurisprudenza amministrativa che li giustifica, riguardano gli atti interni (in specie le circolari) e alcuni tipi di accordi (come le convenzioni per l'organizzazione dei servizi pubblici locali o gli accordi dei commissari straordinari conclusi in base a poteri *extra ordinem* degli stessi commissari)³⁷.

atti di pianificazione urbanistica o i regolamenti edilizi comunali: gli standard sono quelli previsti dall'articolo 9 del decreto ministeriale n. 1444/1968, si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3094, in *Riv. giur. ed.*, 2007, 6, 1691; Id., sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5759, in *Foro amm. CdS*, 2011, 10, 3125; T.A.R. Piemonte, 9 ottobre 2013, n. 1052, in *Foro amm. Tar*, 2013, 10, 2961; T.A.R. Campania, Napoli, sez. VIII, 19 maggio 2015, n. 2791, in www.giustizia-amministrativa.it.

37 Sulla *insussistenza delle caratteristiche della normatività e della vincolatezza* delle circolari, cui si accompagna peraltro la *disapplicabilità da parte sia dell'amministrazione sia del giudice, a prescindere dalla domanda*, nell'ambito della contestazione della legittimità dell'atto applicativo, si v. Cons. Stato, sez. IV, 21 giugno 2010, n. 3877, in *Foro amm. CdS*, 2010, 6, 1227; si v. inoltre Cons. Stato, IV, 15 gennaio 2019, n. 367, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla *disapplicabilità* delle circolari e sulla conseguente *esclusione dell'onere di impugnazione*, si v. Cons. Stato, sez. IV, 27 novembre 2000, n. 6299, in *Foro amm.*, 2000, 11; Id., sez. IV, 11 ottobre 2001, n. 5354, in *Foro amm.*, 2001, 2719; Id., sez. IV, 26 marzo 1999, n. 421, in *Foro amm.*, 1999, 643; T.A.R. Calabria, 24 giugno 1998, n. 663, in *Mass. red. Giuffrè*, 1998; Cons. Stato, sez. IV, 28 maggio 2013, n. 2916, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla *vincolatezza*, e sulla correlata *negazione della disapplicabilità da parte dell'amministrazione*, si v. invece Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 1989, n. 546, in *Foro amm.*, 1989, 2832. Sulla limitazione della *vincolatezza* delle circolari al caso in cui esse siano *legittime*, e pertanto sulla *doverosità della disapplicazione in sede amministrativa di quelle illegittime*, si v. R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, cit., pp. 182 ss., e *ivi* i riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 26 marzo 1999, n. 421, in *Foro amm.*, 1999, 643. Nello stesso senso T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 8 giugno 2012, n. 5201, in *Foro amm. Tar*, 2012, 6, 1979. Sulla *disapplicabilità delle circolari interpretative da parte del giudice amministrativo e dell'amministrazione*, si v. Cons. Stato, Ad. plen., 14 novembre 2011, n. 19, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla *insussistenza delle caratteristiche della normatività e della vincolatezza delle circolari*, cui si accompagna peraltro la loro affermata *disapplicabilità in relazione alla contestazione della legittimità dell'atto applicativo*, anche da parte della p.a., si v. Cons. Stato, 30 maggio 2005, n. 2768, in *Foro amm. CdS*, 2005, 5, 1422; sul *dovere di disapplicazione delle circolari illegittime da parte della p.a.* si v. Cons. Stato, sez. IV, 16 ottobre 2000, n. 5506, in www.giustizia-amministrativa.it. Sulla *impossibilità di disapplicare le circolari in sede amministrativa alla luce del loro carattere vincolante all'interno dell'apparato*, si v. invece Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 1989, n. 546, in *Foro amm.*, 1989, 2832. Per un ulteriore approfondimento si v. A. GASPARI, *I poteri di disapplicazione del giudice amministrativo e dell'autorità amministrativa tra il nuovo e l'antico*, in *Giustamm*, 2002, 11, e *ivi* gli ulteriori riferimenti: Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 1988, n. 733, in *Foro amm.*, 1988; Id., Ad. plen., 25 maggio 1973, n. 2; Id., sez. IV, 17 giugno 1993, n. 620, in *Foro amm.*, 1993. Altro caso è quello degli accordi accessivi a provvedimenti, a loro volta disapplicati dal Commissario straordinario per l'attuazione dei Piani di rientro dal disavanzo sanitario: la fattispecie non pare tuttavia propriamente riconducibile allo schema descritto. Inoltre, in ambedue le ipotesi l'apparato disapplicante non è una amministrazione terza rispetto a quella emanante, bensì il suo organo straordinario e temporaneo. Infine, nella seconda ipotesi la legittimazione del potere si

Soprattutto per i bandi e gli atti etero-integrati, la fattispecie intercetta il tema dell'atto implicito di autotutela, in alternativa alla disapplicazione: il limite principale che si frappone alla possibilità di individuare un atto implicito consiste tuttavia nella necessità che i poteri impliciti osservino il principio di legalità, soprattutto se esercitati in forma tacita; ulteriori difficoltà potrebbero emergere nelle ipotesi in cui l'elemento presupponente sia un comportamento, piuttosto che un atto³⁸.

A queste fattispecie si aggiunge il tema della conformazione amministrativa alla disapplicazione realizzata in sede giurisdizionale: qui emerge la necessità di valorizzare il significato sostanziale della attività di conformazione e la concezione del giudizio come vertente sul rapporto fra amministrazione e cittadino, piuttosto che sui soli atti in cui il rapporto si esprime³⁹. In questi termini, la conformazione potrebbe essere svolta tramite (i) l'autotutela su atti non direttamente incisi dalla decisione del giudice, oppure attraverso (ii) il riesercizio del potere primario.

Le modalità in cui l'attività conformativa potrebbe realizzarsi richiamano, a loro volta, gli ulteriori temi del rapporto fra le due opzioni e il principio di legalità, degli effetti sostanzialmente abrogativi del riesercizio del potere primario sugli atti difformi non incisi dalla pronuncia giurisdizionale, e – infine – del rapporto fra l'eventuale estinzione del potere e la possibilità o il dovere del suo

fonda essenzialmente sul possesso di competenze *extra ordinem* da parte dell'apparato disapplicante. Per i riferimenti giurisprudenziali si v. Cons. Stato, sez. IV, 27 aprile 2012, n. 2470, in *Foro amm. CdS*, 2012, 4, 923, sulla disapplicabilità degli accordi accessivi o integrativi rispetto a provvedimenti ritenuti illegittimi o inopportuni, da parte del Commissario regionale per il rientro dal disavanzo sanitario e nell'ambito dei suoi poteri *extra ordinem*. Si v. altresì Cons. Stato, sez. V, 23 febbraio 2001, n. 1045, in www.giustizia-amministrativa.it.

38 Per un approfondimento si v. A. DE SIANO, *Brevi osservazioni sull'atto amministrativo implicito*, in *Giustamm*, 2014, 6, e *ivi* gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici. Per uno studio più generale sul tema, si v. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, Giuffrè, 2001.

39 Per un approfondimento si v. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, cit.; A. GIUSTI, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Napoli, 2012, 171 ss.; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

riesercizio con effetti sostanzialmente abrogativi (ciò che a es. si può rilevare nella successione fra Piani urbanistici).

Per l'amministrazione, alla quale non sono riferibili gli artt. 24 e 113 Cost., il principale problema riguarda però il rapporto tra disapplicazione e nucleo essenziale del principio di legalità sostanziale: le tesi che negano la disapplicabilità si fondano in sintesi sull'esistenza del potere di autotutela o della possibilità di riesercitare quello primario, valorizzandone l'inesauribilità⁴⁰, la quale – come noto – è stata tuttavia ridimensionata dalla introduzione di fattispecie di decadenza dall'autotutela⁴¹. Il tema induce a indagare il rapporto fra la disapplicazione e alcune attività dell'amministrazione che vi si possono correlare: l'esercizio di poteri impliciti o l'adozione di atti di sospensione cautelare, ma anche l'azione conformativa rispetto a una possibile disapplicazione giudiziale (con l'autotutela o il riesercizio del potere primario, appunto).

L'esistenza di un potere di disapplicazione “in autotutela” al di fuori dei casi di anticomunitarietà risulta quindi più difficilmente sostenibile. Ma ciò non esclude la possibilità e/o l'opportunità di ricercare ancora una risposta in concreto, ragionando sui rapporti reciproci fra i precetti che l'intero sistema ordinamentale esprime. Nel complesso, tali rapporti appaiono tuttavia orientati a sostenere una soluzione negativa, sebbene intensamente stridente rispetto a ciò

40 Per un approfondimento si v. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2013; C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa: tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, Giuffrè, 2007; cfr. M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018; A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento del cittadino nei confronti dell'amministrazione*, in *Dir. pubb.*, 2018, 1, 121 ss. In questo scenario un ulteriore e assorbente limite è stato individuato nella circostanza che la disapplicazione consisterebbe in un mero strumento processuale, inidoneo pertanto a esplicare i propri effetti fuori dal processo, si v. S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 4, 1112 ss. Appare tuttavia difficile immaginare che gli effetti di una disapplicazione processuale non si riverberino in ambito sostanziale. La giurisprudenza nazionale tende peraltro a limitare ai soli regolamenti la disapplicabilità dell'atto amministrativo da parte dell'amministrazione per contrasto rispetto alle fonti interne primarie e al diritto comunitario immediatamente applicabile, si v. Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 2 luglio 1997, n. 242, in www.giustizia-amministrativa.it.

41 Si pensi ai limiti temporali per l'annullamento in autotutela dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici, introdotti dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, e poi ulteriormente intensificati dalle riforme amministrative approvate nel periodo pandemico.

che accade o può accadere nella prassi, e di cui, come si è visto, si ha contezza indirettamente attraverso l'esame della giurisprudenza amministrativa⁴².

Diverso è il caso del potere di non-applicazione, che conduce – in un contesto di apparente contrasto fra prescrizioni concorrenti e gerarchicamente equiparabili per la disciplina di un fatto – a scegliere il precetto da applicare per ragioni diverse dalla invalidità di quello escluso: a esempio in base al contenuto, ricorrendo al criterio di specialità, oppure in base alla datazione, ricorrendo al criterio cronologico, se quello di specialità non può essere utilizzato per omogeneità dei contenuti. Questa attività sembra potersi considerare, a buon diritto, una facoltà dell'amministrazione strumentale e immanente rispetto ai poteri di cui essa è già titolare. È pur vero, peraltro, che la distinzione fra *disapplicabilità* e *non-applicabilità* risente del limite rappresentato dalla necessità di una attività interpretativa per discernere le diverse fattispecie, e che ciò veicola inevitabili elementi di incertezza. Si può a questo punto declinare il tema in argomento tornando a volgere lo sguardo, come nel paragrafo precedente, agli ordinamenti che si sono selezionati per la comparazione.

In ciascuno dei tre contesti esaminati (U.E., Francia e Regno Unito) la fattispecie della disapplicazione degli atti amministrativi da parte della p.a. può rappresentare l'estrema risposta dell'ordinamento alla gestione di situazioni

42 Per il tema della disapplicabilità dei propri atti da parte dell'amministrazione può astrattamente rilevare anche il rapporto fra gli eventuali esiti disapplicativi e la natura dei vizi idonei a determinarli. Si fa riferimento alla disciplina dei vizi procedurali o di forma ex art. 21 *octies* della legge generale sul procedimento amministrativo, estesa, in via interpretativa, dall'annullamento giurisdizionale a quello in autotutela da parte della p.a. È evidente che l'atto affetto da tali vizi, pur se non annullabile, è comunque antigiuridico, e quindi astrattamente disapplicabile. Tuttavia lo svolgimento di questo potere trova una scarsa rappresentazione nelle decisioni del g.a. (con riferimento alla disapplicazione sia da parte dello stesso giudice amministrativo sia da parte dell'amministrazione), riguardando essenzialmente la disapplicazione dei bandi di gara per violazione del *favor participationis*, in un contesto caratterizzato peraltro da un potere amministrativo discrezionale. A questo si correla peraltro l'ulteriore tema della disapplicabilità del comma 2 dell'art. 21 *octies* per violazione dell'art. 41 della Carta di Nizza (per un approfondimento si v. D.U. GALETTA, *Le garanzie procedurali dopo la legge 15/2005: considerazioni sulla compatibilità comunitaria dell'art. 21 octies* L. 241/90, anche alla luce della previsione ex art. 41 della Carta dei diritti UE, in L.R. PERFETTI (a cura di), *Le riforme della legge 7 agosto 1990, n. 241, tra garanzia della legalità ed amministrazione di risultato*, Padova, Cedam, 2008, 319 ss.; G. MANNUCCI, *Il regime dei vizi formali-sostanziali alla prova del diritto europeo*, in *Dir. amm.*, 2017, 2, 259 ss.).

concrete ove l'atto debba cessare di essere attuato, ma non esistano rimedi ancora praticabili o altrettanto proporzionali rispetto agli effetti che si vogliono o si debbano assicurare. Il caso in cui questa utilità può risultare più percepibile consiste in quello dell'adeguamento ampio alle decisioni giurisdizionali stabilizzate dal giudicato o provvisoriamente esecutive, in un contesto ove i poteri di ritiro o riforma da parte della p.a. non siano esercitabili per qualche motivo⁴³.

5. Le principali implicazioni e prospettive degli scenari tracciati, specialmente in riferimento alla teoria delle fonti del diritto e delle tecniche per comporne i contrasti reciproci, al principio di legalità e al principio di certezza del diritto

In estrema sintesi, sia per il giudice sia per la p.a. la disapplicazione può rivelarsi strumento di realizzazione o di violazione dei principi di legalità e cer-

43 A esempio, se si guarda all'ordinamento dell'U.E., può emergere il tema della attività conformativa della p.a. o dei giudici alla dichiarazione di illegittimità resa nel rinvio pregiudiziale di validità ex art. 267 T.F.U.E.; o il tema dell'obbligo degli apparati dell'UE di conformarsi alle decisioni giurisdizionali di annullamento dei loro atti ex art. 266 T.F.U.E. (si pensi alla disapplicazione di atti non direttamente interessati dal sindacato svolto, ma la cui esecuzione sia ostativa a realizzare l'assetto di interessi che la decisione giurisdizionale ha inteso tutelare); oppure, ancora, può emergere il tema dell'attività conformativa degli apparati dell'U.E. alle sentenze di condanna al risarcimento dei danni provocati dalla p.a. pronunciate in assenza di annullamento dell'atto lesivo. Fattispecie come queste potrebbero coinvolgere il potere di autotutela della p.a., ritenuto di regola facoltativo nell'*an* e discrezionale nel contenuto, e solo in casi eccezionali doveroso nell'*an* e vincolato nel contenuto, anche in riferimento alla scelta della efficacia retroattiva o *ex nunc*. Il potere è fondato prevalentemente sulla giurisprudenza unionale, e solo per qualche fattispecie particolare è assistito da base normativa. Fra i presupposti per il suo esercizio, il rilievo di forme di invalidità meno gravi o di ragioni di opportunità è escluso o eccezionale. Sono però, in alcuni casi, previsti termini per l'attivazione e lo svolgimento di una parte dei poteri di autotutela: ciò può in sostanza far emergere l'ulteriore tema della potestà dell'amministrazione di disapplicare gli atti da essa stessa non più annullabili o revocabili per l'avvenuta decorrenza del termine, soprattutto ove ciò sia funzionale alla conformazione alle decisioni giurisdizionali. Considerazioni e ragionamenti dello stesso tipo possono essere estesi agli ordinamenti della Francia e del Regno Unito. Per un approfondimento si v. M.P. CHITI, *La tutela giurisdizionale*, cit.; A. SIMONATI, *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, cit.; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit.; M. ELIANTONIO, *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in C. BACKES, M. ELIANTONIO (eds.), *Judicial review of administrative action*, cit.; *Un'indagine comparata*, cit.; H. PÜNDE, A. KLAFKI, *Grounds of review and standard of review*, cit., pp. 441 ss., spec. 489 ss., e *ivi* anche i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Trib. primo grado, 7 dicembre 2004, n. 251; si v. inoltre Corte Giust., 12 gennaio 1984, n. 266, in www.europa.eu; Corte giust., 26 aprile 1988, n. 215, in www.europa.eu; Trib. primo grado, 13 dicembre 2016, n. 713, in www.europa.eu; T. PERROUD, *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, cit.; M. ELIANTONIO, *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, cit., pp. 53 ss.

tezza, ma le condizioni di componibilità del potere disapplicativo rispetto alle attività consentite dall'ordinamento all'amministrazione e al suo giudice vanno ricercate in concreto.

Il bilanciamento reciproco fra i diversi obiettivi delle regole/decisioni può avvenire individuando il livello di certezza o incertezza ritenuto accettabile per consentire al diritto di svolgere la sua funzione sociale. La medesima affermazione si può estendere agli obiettivi di uguaglianza formale nonché di uguaglianza sostanziale e di equità.

La stessa scelta di affidare all'amministrazione la cura degli interessi ritenuti più meritevoli di considerazione, fra quelli espressi dalla comunità, riflette l'esito di un bilanciamento: fra la predeterminazione generale e astratta di tutte le possibili regole di comportamento e il pieno rinvio all'autonomia privata.

La predeterminazione generale e astratta di tutte le possibili regole di comportamento rappresenta la condizione teorica del grado massimo di certezza/prevedibilità, uguaglianza formale. Il pieno rinvio all'autonomia privata rappresenta invece la condizione teorica del grado massimo di incertezza/parcelizzazione, equità, uguaglianza sostanziale.

La flessibilità, l'equità, l'uguaglianza sostanziale, e quindi l'incertezza con-naturale alla decisione del caso concreto, diventano così funzionali a consentire l'applicazione della regola, e strumentali anche alla certezza della sua effettività.