

## La disapplicazione dell'atto amministrativo

**Autore:** Ronconi Sara

**In:** Diritto amministrativo

La generalità, intesa quale indeterminabilità dei soggetti destinatari di un atto, l'astrattezza, intesa quale indefinita ripetibilità ed applicabilità a fattispecie concrete e l'idoneità ad innovare l'ordinamento giuridico pregresso, sono i caratteri che definiscono sostanzialmente un atto amministrativo.

In particolare, l'atto amministrativo dotato di tali elementi promanante da un soggetto di diritto amministrativo assurge a fonte del diritto non suscettiva di contrastare, alla stregua del principio gerarchico, con le fonti primarie: ordinamento costituzionale, comunitario, leggi ed atti dell'esecutivo aventi forza di legge. La violazione delle norme costituzionali da parte di un atto amministrativo normativo, alla stregua del tenore letterale dell'art. 134 Cost., non è sindacabile dalla Corte Costituzionale essendo limitato agli atti normativi ma di fonte primaria. L'atto amministrativo normativo sottostà, in particolare, alle regole sia procedurali di emanazione che di tutela giurisdizionale previste per gli atti amministrativi in genere essendo atto formalmente amministrativo e solo sostanzialmente normativo, carattere questo che da solo, come visto, non lo promuove ad atto suscettivo di controllo di costituzionalità ex art. 134 Cost.. Il rimedio prospettabile avverso gli atti amministrativi normativi, tali essendo i regolamenti e, per orientamento prevalente gli statuti regionali, che contrastano con norme primarie è, pertanto, secondo il regime ordinario degli atti amministrativi in genere, l'impugnabilità dinnanzi al G.A.. Un ulteriore orientamento, largamente minoritario, ha prospettato, invece, con buona pace dei termini decadenziali di impugnazione, la nullità dell'atto normativo violativo della norma primaria. Questa è insieme fonte e limite del potere regolamentare sicché, qualora questo sia esercitato al di fuori dei limiti consentiti (principio di legalità e tassatività), si verifica una situazione invalidante di carenza di potere, non già in astratto previsto e riconosciuto ex lege, bensì in concreto. E naturalmente in una situazione siffatta nulla questo sulla suscettività di disapplicazione di un provvedimento nullo da parte dell'A.G..

Secondo l'orientamento dominante, invece, in ipotesi di esercizio di potere di normazione da fonte soggettivamente amministrativa in carenza, in astratto o in concreto, del conferimento ad hoc in forza di legge, il rimedio prospettabile è solo impugnatorio.

L'atto amministrativo generale contiene, invece, prescrizioni generali rivolte alla pluralità non determinabile a priori di destinatari, ma determinabile però a posteriori (es. bando di gara e di concorso). Rispetto agli atti amministrativi normativi è infatti privo dei caratteri dell'astrattezza e della capacità di innovare l'ordinamento pregresso.

Nell'applicazione pratica sono sorti dubbi sulla corretta qualificazione giuridica dei: piani regolatori generali, anche se sembra dominante la tesi che li considera non aventi natura né normativa né provvedimento bensì mista; dei provvedimenti prezzi, per i quali prevalente è l'indirizzo che li assume nell'ambito degli atti generali; dei bandi di gara e di concorso, anche per i quali è prevalente la tesi che li inquadra tra gli atti generali, nonostante li si definisca correntemente "leggi speciali". La peculiarità degli atti amministrativi normativi e generali si riflettono sul piano del regime giuridico vigendo, solo per gli atti normativi, i principi *iura novit curia*, *ignorantia legis non excusat*, i criteri interpretativi *ex art. 12 preleggi* ed imponendosi adeguate forme di pubblicità. Sempre in linea generale, solo per gli atti amministrativi generali, invece, non occorre una espressa autorizzazione di legge per la loro emanazione, essendo sufficiente che l'autorità competente abbia, in materia, potestà amministrativa. E', inoltre, possibile che gli stessi subiscano una deroga da parte di un atto singolare, a condizione, però, che quest'ultimo contenga una adeguata motivazione che giustifichi la deroga stessa, pena l'illegittimità del provvedimento applicativo per eccesso di potere.

Diversamente invece per la circolare. Avendo efficacia meramente interna al sistema organizzativo in cui opera non può avere conseguentemente natura né normativa né provvedimento. Sul piano processuale e diversamente da quanto avviene per gli atti amministrativi generali e normativi, non potrà essere oggetto né di impugnativa diretta né congiunta con il provvedimento attuativo. Fatta eccezione per le c.d. circolari regolamento o false circolari aventi contenuto precettivo immediatamente lesivo il cui trattamento giudiziale sarà quello a cui sono sottoposti gli atti normativi o amministrativi generali aventi analogia idoneità lesiva, sarà impugnabile il solo provvedimento applicativo qualora la circolare promani da un'amministrazione sovraordinata a quella che ha emanato il provvedimento sfavorevole ad un privato. Nonostante una decisione controcorrente (C. St. 112/98), la regola generale è la ultraneità di una specifica impugnativa. In un giudizio impugnatorio la circolare potrà venire in rilievo unicamente nei casi in cui la difformità dell'atto esterno dal contenuto della circolare stessa possa essere elemento sintomatico di un eccesso di potere.

Accanto agli atti amministrativi si pongono altresì gli atti collettivi e gli atti plurimi. I primi pur se diretti ad un soggetto determinato, come il Consiglio Comunale in caso sia disposto lo scioglimento per mafia, produce però effetti indirettamente nella sfera giuridica dei componenti rendendoli legittimati ad impugnare l'atto se illegittimo. I secondi, invece, atti formalmente unitari con una pluralità di destinatari, sono però scindibili in tanti atti quanti sono i destinatari (es. graduatoria di un concorso).

Il discrimen tra normatività o meno di un atto amministrativo rileva ai fini della assoggettabilità al regime disapplicativo *ex art. 5 L.A.C.*.

-La tutela giurisdizionale avverso gli atti amministrativi normativi illegittimi.

Unici soggetti legittimati a verificarne e sanzionarne la non conformità con le norme primarie sono i giudici ordinari ed amministrativi. I primi in base all'*art. 5 L.A.C.* hanno il potere di disapplicare "i regolamenti generali e locali" in contrasto con la legge decidendo la controversia come se il

provvedimento non fosse stato emanato (tamquam non esset). I secondi hanno, invece, un potere di annullamento che si realizza diversamente a seconda del diverso contenuto precettivo che il singolo regolamento in concreto presenta, del quale potere i giudici ordinari sono privi, limitandosi in applicazione del I c. art. 101 Cost., a disapplicare il regolamento illegittimo. In particolare, l'istituto della disapplicazione consente all'A.G. di considerare il regolamento tamquam non esset esclusivamente ai fini della risoluzione della singola controversia sottoposta al suo esame. Il giudicato pertanto non investirà anche la riscontrata illegittimità del provvedimento normativo, che potrà continuare ad esser applicato successivamente dalla P.A.. Si è però all'uopo rilevato che la disapplicazione di un regolamento accertato, incidenter tantum, illegittimo avrebbe di fatto una efficacia ultra partes considerato l'effetto nomofilattico che caratterizza generalmente le decisioni del Consiglio di Stato e dei T.A.R.. Inoltre la disapplicazione indurrebbe la P.A. a far uso dei propri poteri di autotutela, finanche a prospettare in capo a questa un vero e proprio obbligo di eliminare o modificare, mediante l'attivazione di un procedimento di II grado, la norma regolamentare disapplicata in uno o più giudizi amministrativi (Arg. Ex sent. 1987 Corte Giust. C.E. ed esperienze di altri ordinamenti, per es. quello francese). Come sopra accennato, i regolamenti che presentano un contenuto generale e astratto inidoneo in quanto tale a produrre una lesione che abbia i connotati della attualità e immediatezza richiesti per l'impugnabilità dei provvedimenti amministrativi, dovrebbero essere impugnati unitamente, ma con formale distinta impugnazione, con l'atto applicativo. L'interesse al ricorso diverrà attuale, infatti, solo allorché verrà emanato l'atto applicativo della norma regolamentare che, incidendo in maniera diretta e specifica sulle posizioni giuridiche dei privati, renda concreta e non più ipotetica la lesione lamentata. Il termine decadenziale di 60 gg. inizierà pertanto a decorrere dall'emanazione del provvedimento di attuazione. La regola della doppia impugnativa dell'atto applicativo inficiato da un vizio di invalidità derivata e dell'atto presupposto, viene ritenuta necessaria per garantire: innanzitutto, il rispetto del principio di perentorietà dei termini di impugnazione; il rispetto della coerenza interna del gravame che, essendo fondato su censure mosse all'atto normativo, sarebbe incompleto se non fosse accompagnato dalla contestuale impugnazione dell'atto stesso; l'esigenza di un contestuale annullamento dell'atto presupposto che, in caso contrario, potrebbe continuare ad espletare i propri effetti nonostante la sua accertata illegittimità. Secondo tale impostazione, l'impugnazione del solo atto applicativo inficiato da vizio di invalidità riflessa sarebbe inammissibile per carenza di interesse determinata dalla permanenza di efficacia di un regolamento suscettivo di indurre l'amministrazione all'emanazione di altri, identici, atti applicativi a quello impugnato. E' diversamente ed eccezionalmente ammessa l'impugnazione autonoma del solo atto applicativo qualora sia inficiato da vizi propri e del solo regolamento qualora sia, contra natura sua, immediatamente lesivo.

Contro le argomentazioni addotte a sostegno della teoria della doppia impugnativa, rilevano, in primis, la questione della assoluta assenza di interesse di un privato leso dal solo atto applicativo, l'unico idoneo a ledere la sfera giuridica di terzi, ad impugnare, congiuntamente a questo, anche l'atto "fonte" del vizio derivato, cioè l'atto regolamentare. La caducazione anche del regolamento con effetti che vanno al di là del caso concreto risponde, pertanto, come parte della dottrina ha evidenziato, ad un modello di "giurisdizione di tipo oggettivo" che assume come centrale l'interesse generale alla legittimità dell'azione amministrativa e meramente secondario l'interesse concreto del singolo. Inoltre, la necessità della doppia impugnazione determina, altresì, una deroga al principio generale dell'efficacia della sentenza limitata

alle parti, eredi e aventi causa (art. 2909 c.c.). Il giudicato di annullamento del regolamento amministrativo produrrebbe, infatti, effetti erga omnes senza però determinare l'automatica caducazione degli atti applicativi medio tempore adottati (regola di invalidità viziante). Questi dovranno essere oggetto di impugnazione ad hoc nel termine perentorio di 60 gg., a pena di inoppugnabilità.

L'orientamento prevalente della giurisprudenza del Consiglio di Stato, fino alla dec. C.S. 154 del 1992 era nel senso di negare in capo al G.A., in forza dell'applicazione estensiva della portata dell'art. 5 L.A.C., un potere disapplicativo dei regolamenti contra legem. L'apparentemente insuperabile ragione ostativa ad un'interpretazione siffatta consisteva nella perentorietà dei termini di impugnazione e del sotteso principi di certezza dei rapporti giuridici. La portata innovativa della dec. citata è parzialmente ridimensionata dalla definizione dei confini entro i quali il G.A. può disapplicare l'atto amministrativo illegittimo dovendosi infatti vertere in materia di giurisdizione esclusiva su diritti soggettivi, stante la loro assoggettabilità a termini prescrizionali e non già decadenziali.

Solo con la giurisprudenza successiva anche tale ultimo baluardo è caduto di fronte alla necessità di rilevare ex officio un effettivo contrasto tra norma secondaria, anche non impugnata, e norma gerarchicamente superiore (artt. 1, 3 e 5 disp.att.) a prescindere dalla natura (diritti soggettivi o interessi legittimi) della posizione in gioco. In particolare, le ragioni sottese al riconoscimento di un generale potere disapplicativo del G.A. possono ravvisarsi: nel principio della gerarchia delle fonti quale criterio di risoluzione delle antinomie tra fonti di grado diverso. Non consentire al G.A. di disapplicare, anche in assenza di una espressa impugnazione, l'atto regolamentare contra legem significherebbe sovvertire l'ordine dei valori sancito dagli artt. 1, 3 e 5 disp. att. oltre che a livello costituzionale; nel principio iura novit curia quale diretta proiezione sul piano processuale del principio gerarchico.

L'A.G. deve d'ufficio, a prescindere da prospettazioni di parte, individuare la regola iuris da applicare al caso concreto all'uopo disapplicando l'atto normativo amministrativo configgente con una norma gerarchicamente superiore.

L'A.G. è, infatti, "giudice" della sola legittimità dell'atto normativo amministrativo ovvero di fonte secondaria essendo ex I c., art. 101 Cost. sottoposto soltanto alla legge; nel principio di effettività della tutela giudiziale (art. 113 Cost.). Il potere di disapplicazione non rappresenta già un minus rispetto al "naturale" potere annullatorio bensì un quid pluris che si risolve in una maggior tutela del cittadino dinnanzi alla P.A..

Il riconoscimento, inoltre, in capo al G.A. di un sindacato incidentale evita il rischio di dover pervenire, nonostante la fondatezza del ricorso, alla declaratoria di inammissibilità per mancanza della "ulteriore" impugnativa avverso l'atto normativo; nell'esigenza di coerenza sistematica e di ragionevolezza dell'ordinamento. Sarebbe infatti estremamente incongruente non riconoscere al G.A. il potere di disapplicare il regolamento configgente con norme primarie prive di una "copertura comunitaria", laddove deve sempre disapplicare la norma interna, anche primaria, contrastante col diritto comunitario nonché

rimettere alla C. Cost. la questione di sospetta incostituzionalità di una norma precludendosi al medesimo la relativa applicazione. Inoltre, precludendo al G.A. il potere di disapplicare il regolamento illegittimo si finirebbe irragionevolmente col consentirgli la relativa applicazione *contra legem* ovvero disapplicando quest'ultima con una sorta di applicazione del principio gerarchico alla rovescia. Pertanto l'autonoma impugnazione dell'atto applicativo lesivo ed illegittimo perché conforme a regolamento illegittimo non sarebbe annullabile appunto perché conforme a un regolamento che in quanto non impugnato ed in assenza di un relativo potere disapplicativo del giudice, diventerebbe legale!; ed, infine, nell'esigenza di evitare le "aporie" connesse agli effetti *erga omnes* dell'annullamento della disposizione regolamentare.

La disapplicazione, limitando i propri effetti soltanto all'interno del singolo giudizio, sarebbe in grado di restituire al processo quella dimensione soggettiva inficiata dalla scomoda appendice di una anacronistica "giurisdizione oggettiva". Si può ulteriormente addurre a sostegno del riconoscimento generale del potere disapplicativo la formulazione dell'art. 7, V c., d. lgs. 546/1192 secondo cui "le commissioni tributarie, se ritengono illegittimo un regolamento o un atto generale rilevante ai fini della decisione, non lo applicano, in relazione all'oggetto dedotto in giudizio, salva l'eventuale impugnazione nella diversa sede competente".

La prima e prevedibile obiezione sollevata avverso il riconoscimento in capo al G.A. del potere di disapplicazione consiste nell'elusione dei termini per impugnare.

Contra però si può rilevare, oltre al riferimento ai già citati principi "iura novit curia" e di gerarchia delle fonti, che di elusione si tratterebbe sol però considerando idoneamente lesivo della posizione del terzo il solo atto applicativo del regolamento, nell'annullamento del quale risiede evidentemente l'interesse del ricorrente, non è pertanto paventabile una violazione dei relativi termini per impugnare.

Inoltre è stata ravvisata nella violazione del principio di uguaglianza dei cittadini di fronte alla legge una ulteriore obiezione. Il riconoscimento incidentale della illegittimità del regolamento da parte del giudice esplica i propri effetti soltanto all'interno del singolo processo, continuando la disposizione regolamentare ad esplicare i propri effetti nei confronti di tutti coloro che non hanno partecipato al giudizio.

Contra è però da rilevare che un'eventualità siffatta è un inconveniente "inevitabile" in quanto riscontrabile in tutte le controversie giudiziarie connotate dalla identità di *petitum* e *causa petendi*. Inoltre il rispetto del principio di uguaglianza deve essere valutato in astratto e non in concreto, a nulla rilevando che alcuni soggetti non esperiscono i rimedi previsti dal sistema mentre altri, trovandosi nella medesima situazione di fatto e di diritto, chiedono ed ottengono la prevista tutela giurisdizionale. Inoltre è stato obiettato contro il potere disapplicativo del G.A. che se quest'ultimo consente all'A.G. di considerare il regolamento *tamquam non esset* ai fini della risoluzione della singola controversia, la P.A. ben potrebbe continuare ad applicarlo in successivi episodi di esercizio dei poteri di amministrazione attiva. A contrario è stato rilevato che da un lato la disapplicazione ha di fatto una efficacia *ultra partes* a fronte dell'effetto *nomofilattico* delle decisioni del Cons. di St. e dei T.A.R., dall'altro indurrebbe l'amministrazione a ricorrere agli strumenti di autotutela nonché i terzi ad attivare giudizi di impugnazione. In particolare si

potrebbe ipotizzare l'imposizione di un obbligo in capo all'autorità emanante l'atto regolamentare illegittimo di provvedere al suo annullamento o modifica in sede di autotutela. Si potrebbe quindi impiegare lo strumento disapplicativo per risolvere antinomie tra norme ed evitare il formarsi di un differente regime giuridico tra regolamenti contrastanti con mere norme interne e norme di legge dotate di "copertura comunitaria". Nel primo caso, infatti, il regolamento disapplicato potrebbe continuare rimanere nel sistema nonostante ne sia stata accertata l'illegittimità; nel secondo dovrebbe, sulla base dell'orientamento espresso dalla corte di Giustizia, essere rimosso definitivamente dall'ordinamento in nome di ineludibili esigenze di sicurezza dei rapporti giuridici.

Mette conto in ultimo rilevare come nell'ordinamento francese, in cui l'eccezione di illegittimità è sempre ricevibile nei confronti di atti regolamentari, sussista sempre l'obbligo per la P.A. di non fare più applicazione di quegli atti la cui legittimità sia stata incidenter tantum accertata dal giudice.

Conclusivamente, la dottrina dominante ritiene che quando la cognizione del G.A. investa direttamente, senza la intermediazione di un provvedimento autoritativo, il rapporto dedotto in giudizio sia possibile il ricorso all'istituto della disapplicazione. I poteri del G.A. a fronte di un diritto soggettivo sulla falsariga di quelli del G.O. non potrebbero non ricomprendere anche il potere di sindacare incidenter tantum l'atto amministrativo paritetico. Qualora, invece, la P.A. adotti un provvedimento autoritativo riemergerebbero le regole del giudizio di impugnazione con esclusione del potere disapplicativo, con l'unica eccezione, secondo una parte della dottrina, della disapplicabilità dei regolamenti.

Quindi, in sintesi, per l'orientamento maggioritario è sempre configurabile il potere disapplicativo sia normativo che provvedimentale di fronte alle sole situazioni di diritto soggettivo, ed anche di interesse legittimo per una parte minoritaria della dottrina. D'altro canto, se l'indirizzo giurisprudenziale prima del 1992 ha escluso in radice qualunque potere disapplicativo del G.A., salvo rare eccezioni, dopo il 1992 lo ha riconosciuto con riferimento a provvedimenti normativi qualunque sia la situazione vantata (disapplicazione normativa) e solo con riferimento a situazioni di diritto soggettivo per i provvedimenti non normativi (disapplicazione provvedimentale).

**D.ssa Sara Ronconi**

<https://www.diritto.it/la-disapplicazione-dell-atto-amministrativo/>