amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo (Classe A)

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"

Direzione scientifica
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

Direttore Responsabile
Gaetano Caputi

Redazione
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

FASCICOLO N. 4/2021

Estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Antonio Barone, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Maria Cristina Cavallaro, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Mariaconcetta D'Arienzo, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Josè Manuel Ruano de la Fuente, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Sonia Caldarelli, Giovanni Cocozza, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Simona Terracciano, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.

ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

Brevi riflessioni in tema di disapplicazione da parte del G.A.

di Antonella Corsale

(Dottoranda di Ricerca presso l'Università degli Studi della Campania "Luigi Vanvitelli")

Sommario

1. Premessa. – 2. La giurisprudenza in materia di disapplicazione del G.A. prima del C.P.A. – 2.1. La rilevabilità ex officio della invalidità dell'atto amministrativo. – 3. La disapplicazione dopo il C.P.A. – 4. La compatibilità del potere di disapplicazione con il processo amministrativo. – 5. Brevi considerazioni conclusive.

Abstract

The administrative justice system - as is well known - has undergone profound changes since the now distant law abolishing the courts of administrative disputes (L. 2248/1865), whose art. 5 delegates "to the judicial authorities" the power to apply "administrative acts and general and local regulations insofar as they comply with the law".

The provision, which has always been at the center of a lively debate both in doctrine and in jurisprudence, was considered the main basis for the recognition in via pretoria to the administrative judge (hereinafter G.A.) of the power to set aside the administrative act.

* *Il presente lavoro è stato sottoposto al preventivo referaggio secondo i parametri della double blinde peer review.*

ISSN 2036-7821

1. *Premessa*

Il sistema di giustizia amministrativa – come è noto – ha subìto profondi mutamenti dalla ormai lontana legge abolitrice dei Tribunali del contenzioso amministrativo (L. 2248/1865), il cui art. 5 demanda «alle autorità giudiziarie» il potere di applicare «gli atti amministrativi ed i regolamenti generali e locali in quanto siano conformi alle leggi».

La disposizione, da sempre al centro di un animato dibattito sia in dottrina che giurisprudenza, è stata ritenuta il principale fondamento per il riconoscimento in via pretoria al giudice amministrativo (d'ora in poi G.A.) del potere di disapplicare l'atto amministrativo[1].

Nonostante la disapplicazione abbia indubbiamente irrobustito la tutela erogabile da parte del G.A., nel processo amministrativo contemporaneo il suo uso è diventato sempre meno frequente, il che può trovare una spiegazione: a) nella sempre più precisa definizione giurisprudenziale dei concetti di lesività e di interesse a ricorrere e nell'atteggiamento più prudente degli avvocati; b) nel recente cambiamento delle regole processuali che potrebbero aver fatto venire meno le ragioni che 'stimolavano' la disapplicazione o addirittura la possibilità del G.A. di disapplicare.

Dopo aver ripercorso le ragioni che hanno consentito l'affermazione della disapplicazione, con il presente saggio ci si propone di verificare la sua praticabilità alla luce del Codice del Processo Amministrativo (d'ora in poi C.P.A.), non sembrando venuta meno la sua utilità: attraverso il potere in parola il G.A. potrebbe giudicare della legittimità – beninteso, nei confronti di un atto amministrativo divenuto inoppugnabile – epperò non già attraverso l'annullamento, ma con una pronuncia incidentale, produttiva di effetti limitatamente al caso controverso, evitando ricadute negative derivanti dall'applicazione di un atto amministrativo illegittimo.

[1] La bibliografia in tema di disapplicazione è molto ampia. Fra i tanti si v.: E. CANNADA BARTOLI, *Disapplicazione di ufficio di norma regolamentare illegittima*, in *Giur. it.*, 1993, III, 1, pp. 653 ss.; ID., *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1950; S. BACCARINI, *Disapplicazione dei regolamenti nel processo amministrativo: c'è qualcosa di nuovo oggi nel sole, anzi d'antico*, in *Foro amm.*, 1993, pp. 446 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di atti generali e disapplicazione amministrativa*, in *Giur. it.*, 1998, pp. 2187 ss.; C. TUBERTINI, *Nuove prospettive in tema di tutela giurisdizionale nei confronti degli atti normativi e degli atti amministrativi generali della P.A.*, in *Dir. proc. amm.*, 1999, n. 4, pp. 1076 ss.; F. ANCORA, *La disapplicazione da parte del giudice amministrativo: disapplicazione provvedimentale e disapplicazione normativa*, in *Giur. merito*, 2000, pp. 944 ss.; D.F.G. TREBASTONI, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 2000, fasc. 2, II, pp. 675 ss; A. DE ROBERTO, *«Non applicazione» e «disapplicazione» dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministrativa*, in *"Impugnazione" e "disapplicazione" dei regolamenti*, Torino, 1998, pp. 15 ss.; G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 1997, pp. 661 ss.; D. CASCIONE, *Disapplicazione normativa e provvedimentale ad opera del G.A. e della P.A.*, in *Foro amm. Tar*, 2002, n. 2, pp. 682 ss. Fra i più recenti si v.:F. CINTIOLI, voce *Disapplicazione (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, III, 2010, p. 269 ss.; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011.

ISSN 2036-7821

Quanto al metodo, fra le varie opzioni quella assunta per il presente studio coniuga induzione e deduzione[2]. Così, attraverso lo studio della giurisprudenza amministrativa sullo specifico oggetto d'indagine, e l'analisi della dottrina che con essa si è confrontata, sarà possibile inferire le ragioni che sono alla base degli orientamenti dei giudici sul potere *de quo*. A seguire verrà esaminata in estrema sintesi la struttura del nuovo processo amministrativo al fine ultimo di comprendere se ancora esista la possibilità da parte del G.A., laddove ne ricorrano i presupposti, di fare uso della disapplicazione.

2. *La giurisprudenza in materia di disapplicazione del G.A. prima del C.P.A.*

A partire dal secondo dopoguerra, il monolitico orientamento giurisprudenziale negava che il G.A. potesse disapplicare i regolamenti illegittimi – rilevanti per la definizione del giudizio – in considerazione dell'interpretazione letterale dell'art. 5, L. 2248/1865, All. E, propugnando la tesi della doppia impugnazione, secondo la quale l'atto normativo secondario avrebbe potuto essere contestato in giudizio solo ove impugnato contemporaneamente, sebbene separatamente, con l'atto applicativo del regolamento che attualizzava la lesione[3].

---

[2] Cfr. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Il ruolo del giurista nel processo di modernizzazione della PA*, in *Dir. pubb.*, 2016, fasc. 3, pp. 1019-1041: «non pare discutibile che i confini dell'oggetto della scienza giuridica siano le norme e la loro concreta applicazione: quindi legislazione e giurisprudenza. È su queste, da queste, ed entro i confini di queste, che si può e si deve fare dottrina. Nella piena consapevolezza della opinabilità dei risultati che nella interpretazione, di volta in volta, si conseguono, e della loro piena e continua rivedibilità» (1026). […] «Ebbene sembra che quello oggi prevalente sia basato sulla combinazione di induzione e deduzione. La ricerca della conoscenza, infatti, non può non passare da una costante e progressiva opera di induzione dal 'diritto vivente', la verità in divenire dovendosi inferire dalla giurisprudenza, dagli orientamenti di concreta applicazione delle norme. Ma ciò, evidentemente, non è sufficiente. Se bastasse, il giurista studioso lascerebbe al giudice la elaborazione scientifica, appiattendosi sulle affermazioni di questi e rinunciando al suo compito 'scientifico'. Ed invece è necessario che egli vagli gli assunti derivanti dalla ricognizione della giurisprudenza in modo deduttivo, alla luce, quindi, della teoria generale del diritto, della logica giuridica e dei principi e valori fondamentali dell'ordinamento» (1029).

[3] Ammettere la possibilità di disapplicazione, ai sensi dell'art. 5, L. 20 marzo 1865, n. 2248, all. E, in sede di giurisdizione generale di legittimità, avrebbe significato negare ogni efficacia preclusiva al perentorio termine d'impugnazione previsto per gli atti amministrativi. Significativa di tale indirizzo è la pronuncia del T.A.R. Lazio, Sez. I, 1 marzo 1978, in *Trib. amm. reg.*, 1978, I, p. 1281: «l'istituto della disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi, previsto del resto dalla legge solo per i giudizi davanti alla magistratura ordinaria, si giustifica solo in tale tipo di giudizi nei quali al giudice non è dato di procedere all'annullamento degli atti, ma non ha alcuna ragione d'essere nei giudizi amministrativi nei quali al giudice è riconosciuto il ben più ampio potere di procedere all'annullamento degli atti (che siano impugnati nei termini di decadenza)». Si v. anche Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 1988, n. 334, in *Foro amm.*, 1988, p. 1393: «Gli atti amministrativi efficaci – ivi compresi i regolamenti – non possono essere disapplicati da parte del giudice amministrativo ma soltanto annullati se ritualmente impugnati per motivi di legittimità». In dottrina si v., fra gli altri, G. MORBIDELLI, *La disapplicazione dei regolamenti nella giurisdizione amministrativa* cit., secondo il quale «la presunzione di legittimità importa che "un organo della giurisdizione di annullamento non possa considerare illegittimo un atto amministrativo, che abbia applicato una norma regolamentare *contra legem*, se non sia stato investito anche di un'impugnativa diretta contro tale norma; in quest'ultima ipotesi l'organo della giurisdizione amministrativa, annullando l'atto, annulla anche, nei limiti della controversia portata al suo esame, la norma regolamentare"». Lo stesso A. sostiene che «altre volte

ISSN 2036-7821

Con la sentenza 154/1992[4], auspice parte della dottrina[5], il Consiglio di Stato ha operato un vero e proprio *revirement* giurisprudenziale, rilevando che «nessun ostacolo poteva connettersi al disposto dell'art. 5 dell'Allegato E recante la menzione del potere di disapplicazione in favore del solo giudice ordinario, dovendosi considerare che all'epoca il giudice amministrativo, appena abolito, non era ancora ricomparso sulla scena giudiziaria»[6]. Ma, siccome «in uno Stato di diritto non può mancare un meccanismo invalidante delle norme di grado inferiore che siano in contrasto con precetti poziori dell'ordinamento, e, dal momento che per le leggi tale sindacato si svolge dinanzi alla Corte Costituzionale, per le fonti subordinate alla legge la scelta non poteva che essere quella della loro disapplicazione da parte del giudice, ordinario o amministrativo, chiamato ad applicarle». Da ciò consegue – ad avviso del Collegio – che se un atto amministrativo normativo contrasta con una fonte primaria preesistente, «deve essere considerato non idoneo, a causa della maggior forza della norma primaria, ad innovare alle statuizioni da essa recate». Il

si fa leva sul fatto che avendo il giudice amministrativo il potere di annullamento, non gli si può chiedere un *minus*, qual è la disapplicazione. Vi sarebbe cioè una sorta di incompatibilità ontologica tra l'art. 5 e la giurisdizione amministrativa generale di legittimità: questa è una giurisdizione di annullamento degli atti amministrativi, che conosce della loro legittimità in via principale, ed in sede di tutela di interessi legittimi, mentre l'art. 5 sarebbe riferibile alle sole controversie innanzi al giudice ordinario, ove sono in gioco diritti soggettivi».

[4] Cons. di Stato, Sez. V, 26 febbraio 1992, in *Foro amm*., 1992, pp. 478 ss.

[5] Tuttavia, sia nella giurisprudenza (Tar Veneto, 16 febbraio 1995, n. 300, in *I Tar*, 1995, I, pp. 1684 ss.; Tar Abruzzo, Pescara, 20 luglio 1995, n. 263, in *Foro amm*., 1996, pp. 226 ss.; Cons. Stato, Sez. V, 24 maggio 1996, n. 597, *loco ult. cit*., 1996, pp. 1560 ss.), che nella dottrina successive (fra gli altri si v. S. GIACCHETTI, *Disapplicazione? No, grazie*, in *Dir. proc. amm*., 1997, pp. 716 ss., il quale sostiene che: «Il g.o. può annullare atti invalidi di diritto comune posti in essere dall'amministrazione e può disapplicare atti amministrativi illegittimi, così come il g.a. può disapplicare atti invalidi di diritto comune ed annullare atti amministrativi illegittimi»; G. ROMEO, *La disapplicazione dei regolamenti illegittimi: una pratica giudiziale dagli esiti incerti*, in *Dir. proc. amm*., 1998, n. 1, pp. 10 ss.), non mancavano opinioni ancora contrarie al potere di disapplicazione del G.A.

[6] Questa decisione è maturata in relazione ad una ipotesi di contrasto tra norme: una di carattere legislativo (art. 62, co. 1, t.u.l.rg. sull'ordinamento dei Comuni, approvato con decreto del Presidente della Giunta regionale del Trentino-Alto Adige 19 gennaio 1984 n. 6/L) e l'altra di carattere regolamentare (art. 53 del regolamento di esecuzione del detto testo unico, approvato con d.p.g.rg. del Trentino-Alto Adige 12 luglio 1984 n. 12/L). In tal evenienza, secondo il Consiglio, occorre applicare gli artt. 1, 3 e 5 delle disposizioni preliminari del c.c., nonché i principi generali sulla gerarchia delle fonti, per i quali non è consentito ad un regolamento di esecuzione dettare disposizioni in contrasto con quelle, di carattere superiore e prevalente, contenute per la stessa materia in un atto legislativo, a meno che in questo non vi sia una espressa previsione di deroga. Infatti, osserva il Collegio, inerisce al rapporto di sovraordinazione di una fonte ad un'altra l'idoneità dell'atto di rango superiore a determinare la non applicazione della norma inferiore. Pertanto, l'art. 53, d.p.g.rg. 12 luglio 1984 n. 12/L, nella parte in cui prescrive che a seguito della ricezione dei chiarimenti da parte dell'organo di controllo i termini per l'annullamento decorrono per il tempo ancora mancante alla scadenza, deve essere disapplicato, stante l'art. 62, co. 1, d.p.g.rg. 19 gennaio 1984 n. 6/L, in forza del quale, dopo l'adempimento da parte dell'amministrazione, ai fini della pronuncia dell'atto negativo di controllo, il termine inizia a decorrere nuovamente per intero. Sempre Cons. St., Sez. V, 7 aprile 1995, n. 531, in *Foro amm*., 1995, pp. 900 ss., nel richiamare la pronuncia del 1992, afferma che il principio di gerarchia delle fonti, così come stabilito dall'art. 4 disp. prel., deve prevalere sul divieto di disapplicazione, nei casi in cui la norma secondaria sopravvenuta regoli in modo difforme dalla legge situazioni giuridiche qualificabili come diritti.

ISSN 2036-7821

G.A., dunque, svolgendo il suo sindacato sugli atti di normazione secondaria, potrebbe stabilire la loro «attitudine, in generale, ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa»[7].
Il nuovo indirizzo giurisprudenziale si fondava dunque su un'interpretazione sistematica dell'art. 5: per il G.A. era paradossale che – stante la inoppugnabilità dell'atto amministrativo e l'assenza di un potere diverso da quello di annullamento – il regolamento non impugnato facesse sopravvivere uno o più atti amministrativi successivi, sui quali si innervava la illegittimità del primo[8].
La svolta giurisprudenziale in parola riproponeva, inoltre, un meccanismo omologo a quello determinato dalla rilevantissima innovazione della disapplicazione delle norme interne confliggenti con il diritto comunitario, che proprio negli anni immediatamente precedenti alla sentenza n. 154, era stato oggetto della elaborazione da parte della Corte Costituzionale.
La Consulta, con le sentenze 170/1984 e 168/1991, aveva infatti affermato che la rilevazione del contrasto di una norma interna con una fonte comunitaria non determinava immediatamente una pronuncia caducatoria in sede di gravame di costituzionalità[9]. L'autonomia tra l'ordinamento nazionale e quello comunitario, e l'attribuzione in base alla Costituzione di alcune competenze normative all'Unione (art. 11 Cost.), determinava la prevalenza dell'atto comunitario – ove dotato dell'effetto diretto – assunto nell'esercizio di quelle competenze, con la conseguenza che la norma interna con esso contrastante non venisse in rilievo ai fini della disciplina del rapporto: la norma nazionale, dunque, non sarebbe stata suscettibile di annullamento, ma di disapplicazione[10].

---

[7] Così si legge nella sentenza 154/1992. In questi termini si pronuncia anche Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 1995, n. 1332, in *Cons. St.*, 1995, I, pp. 1233 ss., secondo cui «il giudice amministrativo può e deve, stante la gerarchia delle fonti normative sancite dall'articolo 4 delle preleggi, disapplicare le disposizioni regolamentari contrastanti con la legge e con i principi generali dell'ordinamento».

[8] È ciò che si rileva in alcune pronunce successive alla sentenza 154/1992, nelle quali i giudici affermano che l'accertamento della illegittimità della norma secondaria, non direttamente impugnata, la quale rileva comunque come atto presupposto, è compiuta solo incidentalmente perché è tale illegittimità a condizionare la legittimità dell'atto impugnato: «Nel caso in cui un atto amministrativo non sia immediatamente lesivo di un interesse legittimo e non debba, pertanto, essere impugnato *ex se*, esso, se dotato di autonomia funzionale, può rilevare nell'impugnazione di atti successivi, in primo luogo come atto presupposto nel giudizio di impugnazione dell'atto che lo presuppone, con conseguente sua invalidazione nel caso deciso (ed in quanto invalidante l'atto che lo presuppone ne determina l'annullamento); in secondo luogo come atto rilevante in via pregiudiziale nel giudizio di impugnazione dell'atto pregiudicato, con conseguente sua disapplicazione, se riconosciuto illegittimo, nel caso deciso» (così Cons. Stato, Sez. IV, 29 febbraio 1996, n. 222, in *Foro amm.*, 1996, pp. 488 ss.).

[9] Prima di queste pronunce la Corte costituzionale, sul rilievo che il rapporto era tra una legge ordinaria e una legge, quella di adattamento al Trattato, avente lo stesso rango, affermava che andava applicato il principio vigente in materia di successione delle leggi nel tempo e che, dunque, la legge nazionale andava sempre applicata in quanto successiva al Trattato (sent. 7 marzo 1964, Costa c. Enel).

[10] Cfr. Corte Cost., 10 novembre 1994, n. 384, in www.giurcost.it: «il contrasto tra la normativa comunitaria, direttamente applicabile, e la normativa interna incompatibile non darebbe luogo a questione di legittimità

ISSN 2036-7821

È, dunque, il primato, o la preminenza, del diritto europeo sulle norme nazionali con esso contrastanti (sia precedenti che successive) a generare – unitamente all'effetto diretto – la disapplicazione delle stesse, sì che il rapporto resti disciplinato dalla norma europea.
È dunque la gerarchia tra le fonti il valore che la disapplicazione mira a proteggere. Del resto, è così che viene giustificata nella giurisprudenza amministrativa[11], ossia al fine di evitare, nei limiti del processualmente possibile, che regolamenti illegittimi (in quanto difformi dalla disposizione primaria) trovino applicazione sacrificando la posizione giuridica soggettiva del privato[12].

2.1. *La rilevabilità ex officio della invalidità dell'atto amministrativo*

costituzionale, ma a disapplicazione della norma interna incompatibile, da parte di tutti i soggetti competenti, giurisdizionali e amministrativi».

[11] Si v., fra le altre, Cons. Stato, Sez. IV, 14 aprile 2006, n. 2142, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si sostiene che «il Giudice amministrativo non può procedere in via incidentale all'accertamento dell'illegittimità di un provvedimento amministrativo non espressamente impugnato, mentre gli è consentito, anche in mancanza di richiesta delle parti, sindacare gli atti di normazione secondaria al fine di stabilire se essi abbiano attitudine, in generale, ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa, con conseguente possibilità di giungere alla disapplicazione della disposizione regolamentare che si ponga in contrasto con la legge, qualora incida su una posizione di diritto soggettivo perfetto, riconducibile alla norma di legge (cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 10 aprile 2003, n. 1894 e, da ultimo: Sez. IV, 24 maggio 2005, n. 2631)».

[12] Nella sentenza 154/1992 il G.A. afferma che la disapplicazione «è resa possibile dal fatto che ci si trova in presenza di un diritto soggettivo perfetto, non essendo consentito al giudice amministrativo disapplicare soltanto atti amministrativi autoritativi, in applicazione della regola del giudizio di impugnazione, con tutte le decadenze conseguenti, connessa a situazioni di interesse legittimo. Ma nel caso *de quo* si è in presenza di un rapporto paritetico (tra regione e provincia) e di diritti soggettivi il cui contenuto è completamente riconducibile ad una norma di legge». Negli stessi termini si esprime Tar Emilia-Romagna, 9 febbraio 1999, n. 81, in *Trib. Amm. Reg.*, 1999, I, pp. 1408 ss., pur aggiungendo che «Nelle ipotesi in cui l'ordinamento ha previsto la giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo, per assicurare la cognizione del rapporto da parte di un solo giudice naturale (indipendentemente dalla natura delle posizioni soggettive lese), sembra del resto coerente con i principi generali dell'ordinamento assicurare al Giudice amministrativo – che è qui anche Giudice del diritto soggettivo – l'esercizio dei medesimi poteri di disapplicazione che l'art. 5 della legge n. 2248 del 1865, all. E, attribuisce al giudice ordinario» (p. 1412). Si v., ancora, alcune pronunce dei T.A.R. che circoscrivevano il potere di disapplicazione alle fattispecie coinvolgenti diritti soggettivi (cfr. Si v. T.A.R. Catania, Sez. I, 27 aprile 2006, n. 643, in *Foro amm. Tar*, 2006, 4, pp. 1492 ss.: «è assolutamente non configurabile un potere di disapplicazione dei dinieghi e degli ordini rivolti al ricorrente, posto che non appare possibile l'esame incidentale della legittimità di un atto amministrativo – non ritualmente impugnato –, ai fini della cognizione di una domanda (principale) di risarcimento del danno di un diritto assertitamente ritenuto leso. Il potere del giudice amministrativo di disapplicare atti non ritualmente impugnati è invece rigorosamente circoscritto alle ipotesi di giurisdizione esclusiva, relativamente alle controversie concernenti originariamente diritti soggettivi, nonché nei riguardi di regolamenti illegittimi, sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento, sia quando sia conforme al presupposto atto normativo». In questi termini si era precedentemente espresso il T.A.R. Roma, Sez. II, 14 ottobre 2004, n. 11000, in *Foro amm. Tar*, 2004, pp. 3011 ss.). In dottrina si v. R. Proietti, *Disapplicazione, una nuova frontiera*, in *Dir. e Giustizia*, 2003, fasc. 26, pp. 44 ss., secondo il quale: «La possibilità di disapplicare regolamenti e atti normativi veniva però riconosciuta in caso di giurisdizione esclusiva riguardante diritti soggettivi, poiché tale situazione è equiparabile a quella posta all'attenzione del giudice ordinario al quale», prosegue l'A., «è attribuito il potere di disapplicare. In sostanza, facendo perno sulla natura non impugnatoria del giudizio, veniva rilevata l'assenza di termini decadenziali» (p. 44).

ISSN 2036-7821

Il dibattito dottrinario e giurisprudenziale sulla disapplicazione del G.A. ha riguardato un ulteriore profilo, quello dell'esercizio *ex officio* del potere *de quo*[13].
Il Consiglio di Stato, con sentenza 11 marzo 2003, n. 2750[14], nell'ammettere la disapplicazione d'ufficio, afferma che la tesi ad essa contraria[15] sarebbe da disattendere poiché, nello scegliere la norma applicabile al caso concreto, il giudice non può che far utilizzo del principio *iura novit curia* e del principio di gerarchia delle fonti, con la inevitabile conseguenza che, prendendo in considerazione l'intero quadro normativo, a prescindere da qualsiasi prospettazione che di esso fanno le parti in causa, qualora rilevi che la fattispecie sia regolata da una molteplicità di fonti

[13] Tra le prime sentenze aventi ad oggetto la disapplicazione *ex officio* delle norme secondarie si segnala quella del Cons. Stato, Sez. VI, 26 gennaio 1999, n. 59 cit. Il Supremo Collegio Amministrativo in quell'occasione si è espresso in questi termini: «è stato ritenuto che, in presenza di un conflitto tra fonte primaria ed atto di normazione secondaria che disciplini successivamente la medesima fattispecie in maniera contrastante con la prima, la norma di rango secondario, anche se non impugnata, deve considerarsi recessiva e quindi inapplicabile come regola di giudizio». Subito a seguire il G.A. sostiene che «la disapplicazione può prescindere dalla natura delle posizioni soggettive in gioco (diritto soggettivo o interesse legittimo), per investire la rilevabilità d'ufficio della obiettiva esistenza di un atto regolamentare in contrasto con una superiore disposizione di legge, secondo i principi della gerarchia delle fonti contenuti negli artt. 1,3 e 5 disp. prel. c.c.» (col. 111).

[14] Sentenza pubblicata in *Dir. e giustizia*, 2003, fasc. 26, pp. 40 ss. La decisione, che conferma la sentenza emessa in primo grado dal T.A.R. Umbria 176/1996, si distingue dalle precedenti in tema di disapplicabilità degli atti di normazione secondaria, poiché ha ad oggetto una norma contenuta in uno statuto comunale non oggetto di precedente impugnativa. Respinto il ricorso proposto da un segretario generale del comune di Perugia per l'accertamento del diritto all'indennità perequativa prevista dall'art. 51, co. 3, dello statuto comunale, o altro emolumento idoneo a garantire la preminenza del suo trattamento economico rispetto a quello degli altri dirigenti, il T.A.R. aveva ritenuto che la norma statutaria invocata, pur vigente, si poneva in contrasto con disposizioni di rango sovraordinato che attribuivano alla legge dello Stato la determinazione del trattamento economico del segretario comunale, e, pertanto, la norma stessa doveva essere disapplicata dal giudice, in conformità ad un orientamento giurisprudenziale ormai affermato. Il primo mezzo di gravame si risolveva nella contestazione del potere, esercitato dal primo giudice, di disapplicare l'atto normativo, nella specie lo statuto del comune, invocato dal ricorrente quale fondamento del diritto rivendicato, perché ritenuto contrastante con norme di rango legislativo. Secondo l'appellante, il T.A.R. si sarebbe uniformato ad una isolata decisione del Cons. Stato (19 settembre 1995, n. 1332, cit.) e non avrebbe tenuto conto dell'indirizzo giurisprudenziale prevalente, che si assumeva contrario all'attribuzione al G.A. del potere di disapplicare gli atti amministrativi a contenuto normativo che non abbiano formato oggetto di apposita impugnazione. In particolare, si osservava che l'Amministrazione disponeva del potere di annullamento d'ufficio e che pertanto non sarebbe stata legittimata ad invocare in giudizio l'inapplicabilità di una norma che ben avrebbe potuto rimuovere esercitando l'autotutela.

[15] Si v., fra le altre, Cons. Stato, Sez. VI, 12 dicembre 2002, n. 6657, in www.pluris.it: «Così un'interpretazione adeguatrice, in un'ottica di bilanciamento di valori costituzionali, pur ammettendo la possibilità della disapplicazione dell'atto di normazione secondaria ai fini della garanzia di effettività del diritto comunitario, deve tenere pur sempre conto del principio della domanda in quanto "il diritto comunitario non impone ai giudici nazionali di sollevare d'ufficio un motivo basato sulla violazione di disposizioni comunitarie, qualora l'esame di tale motivo li obblighi a rinunciare al principio dispositivo alla cui osservanza sono tenuti esorbitando dai limiti della lite quale è stata circoscritta dalle parti e basandosi su fatti e circostanze diversi da quelli che la parte interessata ha posto a fondamento della propria domanda; l'obbligo, per il giudice di attenersi all'oggetto della lite e di basare la propria pronuncia sui fatti che gli sono stati presentati, trova il proprio fondamento nel principio secondo il quale l'iniziativa di un processo spetta alle parti ed il giudice può agire d'ufficio nei soli casi eccezionali in cui il pubblico interesse esige il suo impulso».

ISSN 2036-7821

di rango diverso, dovrà applicare la norma superiore disapplicando d'ufficio la norma gerarchicamente subordinata[16].
L'esclusione della disapplicazione *ex officio* dal processo amministrativo in assenza di un'apposita domanda di parte, comporterebbe in via generale che il giudice potrebbe prendere in esame solo quei profili d'illegittimità del provvedimento che il ricorrente abbia dedotto con il suo ricorso. Di conseguenza, nel caso in cui sia impugnato un atto che trovi il proprio precedente o presupposto in un altro atto del quale sia affermata l'illegittimità, deve ritenersi che il giudice non possa procedere d'ufficio all'accertamento *incidenter tantum* di profili d'illegittimità dell'atto presupposto non rilevati dal ricorrente.
Tuttavia, questa limitazione meriterebbe di essere in qualche modo temperata, pena la svalutazione di fatto del principio *iura novit curia* (deducibile che sia dal sistema nel suo complesso, o dal solo art. 113 c.p.c.[17]), il quale viceversa imporrebbe al giudice la rilevazione delle antinomie normative, al di là della domanda di parte.
Sicché, la disapplicazione ad iniziativa officiosa opererebbe in tutti i casi in cui, pur mancando la domanda di annullamento, nel giudizio emerga una illegittimità del regolamento per contrasto con un'altra fonte, la quale sia sovraordinata per ragioni di gerarchia[18] ovvero di competenza.

3. *La disapplicazione dopo il C.P.A.*
È noto che rispetto al passato il C.P.A. abbia codificato un maggior numero di azioni esperibili dinanzi al G.A., corrispondenti ai poteri che esso può esercitare: di annullamento, di condanna e di accertamento. Nel novero di questi non è entrato

[16] Così si è espresso il Cons. di St., Sez. V, nella decisione 10 gennaio 2003, n. 35, in *Foro it.*, 2004, parte III, col. 413: «L'orientamento ammissivo della disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati risulta, in particolare, fondato sul rilievo della natura normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quelle di rango superiore (e cioè alla legge o ad altro atto di normazione primaria)». Cfr. F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti*, in *Foro amm. Tar*, fasc. 9, 2003, p. 2779: «La disapplicazione in questi casi s'impone, dando risalto alla natura normativa dell'atto regolamentare e riconoscendo che in fondo si tratta solo di rimettere al giudice il compito di trovare la norma del caso concreto. Se nella materia convergono, con contenuti diversi, la legge ed il regolamento, l'ordine delle fonti va ristabilito anteponendo la prima al secondo».
[17] La disposizione afferma che «Nel pronunciare sulla causa il giudice deve seguire le norme del diritto, salvo che la legge gli attribuisca il potere di decidere secondo equità».
[18] L'ammissibilità della disapplicazione della norma regolamentare in conflitto con una norma di legge è espressa nella pronuncia del Cons. Stato, Sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2535, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che «al giudice amministrativo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti in termini di palese contrapposizione con il disposto legislativo primario, cui dovrebbe dare esecuzione». Nel caso di specie, tuttavia, il Supremo Collegio Amministrativo si limita soltanto a richiamare in punto di diritto l'orientamento, in quel momento risalente, in tema di disapplicazione del G.A., il regolamento della fattispecie concreta essendo «praeter legem, limitandosi a precisare l'ambito di operatività della normativa primaria, sempre nell'ottica e nella prospettiva di una valorizzazione dei principii informatori della medesima».

ISSN 2036-7821

quello di disapplicazione, così riproponendosi, anzi forse acuendosi, il problema della sindacabilità degli atti amministrativi contrastanti con fonti primarie ma conformi a fonti secondarie per le quali sia decorso il termine d'impugnazione[19].
Ciononostante, la giurisprudenza, sia dei T.A.R.[20] che del Consiglio di Stato[21], è stata tutt'altro che timida ed ha, in più di una occasione, ribadito l'utilizzabilità del potere

[19] Invero, così come era avvenuto per le azioni di condanna e di accertamento, ci si poteva aspettare che la giurisprudenza in tema di disapplicazione sarebbe stata recepita nel C.P.A. Infatti, come spiega G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2017, p. 207: «Alle previsioni del C.P.A. del 2010 […] si è pervenuti attraverso una lenta ma costante evoluzione della giurisprudenza, la quale aveva operato finendo per ampliare progressivamente il novero delle azioni proponibili davanti al G.A.». L'A., poco avanti, sostiene che «il processo amministrativo venne in origine concepito come processo impugnatorio, volto perciò essenzialmente ad ottenere l'annullamento di un atto illegittimo, con una vocazione dunque precipuamente caducatoria: esso, cioè, nasce funzionalizzato alla caducazione del provvedimento, alla sua eliminazione dal mondo giuridico con efficacia retroattiva, una volta che il giudice ne abbia accertato la illegittimità. Possiamo dire che, se storicamente questo è stato (se non l'unico, certamente) il prevalente, tipico e caratterizzante potere del G.A., oggi è significativamente mutata in estensione la fisionomia del processo amministrativo, benché il suo impianto si presenti tuttora influenzato dalla vocazione originaria» (p. 208).

[20] Si v. T.A.R. Napoli, Sez. VII, 10 giugno 2011, n. 3074, in *Foro amm. Tar*, 2011, 6, pp. 2068 ss.; T.A.R. Napoli, Sez. II, 25 luglio 2014, n. 4237, in www.giustizia-amministrativa.it, che stabilisce che l'esercizio del potere di disapplicazione «da parte del giudice amministrativo è ammesso nelle sole ipotesi di giurisdizione esclusiva, relativamente alle controversie relative ai diritti soggettivi, nonché nei riguardi di regolamenti illegittimi, sia quando il provvedimento impugnato sia contrastante con il regolamento sia quando sia conforme al presupposto atto normativo, e, in ogni caso, anche quando si verte in materia di interessi legittimi. […] in conclusione, l'orientamento ormai prevalente che ammette la disapplicazione dei regolamenti non ritualmente impugnati risulta, in particolare, fondato sul rilievo della natura sostanzialmente normativa del regolamento e sulla necessità, in caso di contrasto tra norme di rango diverso, di garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e di accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore. Si è così superata la risalente posizione volta a sopravvalutare il carattere formale dei regolamenti, intesi quali atti amministrativi, privilegiando viceversa la loro natura normativa e il ruolo che essi svolgono nel complessivo quadro normativo nel quale il giudice è chiamato a decidere la controversia». Si v., ancora, T.A.R. Milano, Sez. II, 27 luglio 2012, n. 2148, in *Foro padano*, 2013, 1, I, p. 102: «Il g.a., in sede di giurisdizione esclusiva, può disapplicare i regolamenti ritenuti illegittimi per assicurare il rispetto del principio di gerarchia delle fonti». In senso analogo si v. T.A.R. Latina, Sez. I, 12 giugno 2013, n. 542; T.A.R. Bolzano, Sez. I, 11 marzo 2013, n. 80. Da ultimo si è espresso il T.A.R. Napoli, Sez. VIII, 6 ottobre 2021, n. 6296, in www.giustizia-amministrativa.it: «Come è noto, infatti, il potere di disapplicazione dei regolamenti, anche se non ritualmente impugnati, è ammesso in caso di contrasto tra norme di rango diverso ma simultaneamente abilitate ad intervenire direttamente sulla stessa fattispecie concreta per garantire il rispetto della gerarchia delle fonti e accordare, quindi, prevalenza a quella di rango superiore, e cioè alla legge o comunque agli atti di rango primario».

[21] Si v., fra le altre, Cons. Stato, Sez. V, 7 aprile 2011, n. 2155, in *Foro amm.: Consiglio di Stato*, 2011, 4, pp. 1224 ss., in cui si legge: «La Circolare del Ministero della Sanità n. 1200/RSC/956/M.G., del 22 aprile 1996, avente ad oggetto "D.P.R. 484/96: assegnazione delle zone carenti di assistenza primaria e di continuità assistenziale", è stata fatta oggetto di impugnativa proprio con il ricorso deciso con la sentenza n. 660/98 del T.A.R. Umbria, passata in giudicato, ed è quindi stata già esclusa dal mondo giuridico, in quanto annullata in quella sede con effetto erga omnes». Il Collegio prosegue sostenendo che la circolare in questione è «atto generale passibile, in ogni caso, di disapplicazione in via incidentale da parte del giudice amministrativo, ove il suo (del tutto ipotetico) contenuto normativo sia ritenuto in contrasto con norme di fonte superiore e primaria dell'ordinamento statale; nonché soggetto comunque a doverosa disapplicazione anche da parte di ogni Autorità amministrativa, ove reputato in contrasto con normative di fonte comunitaria (quale, nella specie, la direttiva del Consiglio C.E.E. 15 settembre 1986, n. 457, recepita nell'ordinamento interno con il decreto legislativo 8 agosto 1991, n. 256), in aderenza all'ormai consolidato orientamento di tutte le giurisdizioni (cfr. C.d.S., Sezione V, 6 aprile 1991, n. 452,

ISSN 2036-7821

di disapplicazione, pur non aggiungendo, nelle argomentazioni, nulla rispetto alle pronunce antecedenti al 2010. Ancora una volta, infatti, si richiama la tesi, più volte sostenuta, secondo cui i regolamenti, sono sì atti amministrativi, ma sostanzialmente normativi e, dunque, se sono in evidente contrasto con norme di rango superiore devono essere disapplicati, dagli organi giurisdizionali (ordinari od amministrativi), in modo analogo alla disapplicazione delle fonti primarie contrastanti con quelle euro-comunitarie[22].

Sebbene piuttosto di rado, il G.A. si è espresso anche in tema di disapplicazione *ex officio*, accogliendo l'orientamento favorevole all'utilizzo del potere in parola quando manchi un'apposita richiesta di parte, ciò perché la disapplicazione attiene alla interpretazione delle norme e, pertanto, «può essere compiuta anche d'ufficio dal giudice»[23].

Non mancano, però, pronunce contrarie all'esercizio d'ufficio del potere di disapplicazione quando dalla parte non è prospettata «alcuna illegittimità delle disposizioni regolamentari» né è fatta richiesta dell'esercizio del potere *de quo*, ciò determinando una preclusione di ordine processuale[24]. A questo riguardo, va

---

che richiama Corte Cost. 11 luglio 1989, n. 389, sulla scorta di Corte di giustizia C.E.E. 9 marzo 1978, causa 106/77, "Simmenthal") secondo cui "*tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi ed agli atti aventi forza o valore di legge, tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tale potere, come gli organi amministrativi, sono giuridicamente tenuti a disapplicare le norme interne incompatibili con quelle comunitarie direttamente applicabili*"». In senso analogo si è espresso Cons. Stato, Sez. IV, 8 febbraio 2016 n. 475, in www.giustizia-amministrativa.it, in cui si afferma che «In base ad un ormai consolidato orientamento giurisprudenziale, dal quale il Collegio non intende discostarsi, il potere di disapplicazione degli atti regolamentari è principio da lungo tempo recepito dal giudice amministrativo. Si afferma, infatti, che a quest'ultimo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti in termini di palese contrapposizione con il disposto legislativo primario (cfr. fra le tante Cons. Stato, Sez. V, 26 settembre 2013 n. 4778; Sez. VI, 29 maggio 2008, n. 2535 e 3 ottobre 2007, n. 5098)».

[22] Con sentenza 24 luglio 2017, n. 3666, il Cons. Stato ha disapplicato la disposizione regolamentare di cui all'art. 1, co. 1, lett. a), del D.P.C.M. n. 174 del 1994, nella parte in cui essa prevede che i posti dei livelli dirigenziali delle amministrazioni dello Stato siano riservati ai soli cittadini italiani, ritenendola non conforme alla normativa europea sull'accesso dei cittadini degli Stati membri al lavoro nella pubblica amministrazione.

[23] Così Cons. Stato, sez. VI, 14 luglio 2014, n. 3623, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Supremo Collegio afferma che «In sede di appello possono esser denunziati, con pertinenti censure, tutti i vizi, che l'appellante, ritiene di individuare nella sentenza appellata. In questa prospettiva l'appellante non può esser privato del bene della vita cui aspira se il giudice di primo grado abbia scelto di adottare una sentenza in forma semplificata, senza pronunciare sulla possibile disapplicazione del regolamento. Poiché la disapplicazione attiene all'interpretazione delle norme che disciplinano il rapporto controverso, può essere disposta d'ufficio e, quindi, per la prima volta, in grado d'appello». Ribadisce inoltre che «al giudice amministrativo è consentito disapplicare, ai fini della decisione sulla legittimità del provvedimento amministrativo, la norma secondaria di regolamento, qualora essa contrasti in termini di palese contrapposizione con il disposto legislativo primario, cui dovrebbe dare esecuzione». Negli stessi termini si esprime Cons. Stato, Sez. IV, 8 febbraio 2016, n. 475 cit.

[24] Così Cons. Stato, Sez. VI, 2 febbraio 2018, n. 677, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale, prosegue sostenendo che «anche per i principi di cui agli articoli 101 e 104 del codice del processo amministrativo, non sembra possibile che a vantaggio del soccombente si possa disapplicare una norma regolamentare, in assenza di uno specifico motivo d'appello». Il G.A. ricorda, inoltre, che «per quanto riguarda la questione processuale se il giudice amministrativo possa disapplicare una norma regolamentare risultante in contrasto con una norma di

ISSN 2036-7821

ricordata quella parte di dottrina che ritiene che il principio della domanda, di cui all'art. 112 c.p.c.[25], impedirebbe al giudice di pronunciarsi oltre i limiti della domanda proposta; qualora tale divieto venga violato si incorre nel vizio di ultrapetizione (se il giudice integri o ampli gli effetti giuridici della domanda rispetto a quanto richiesto dalle parti), o di extrapetizione (se il giudice sostituisca altri effetti rispetto a quelli connessi alla domanda proposta)[26].

Comunque, al netto del problematico profilo attinente alla disapplicazione d'ufficio, in generale non si registrano particolari ostacoli all'utilizzo del potere di disapplicazione, del quale la giurisprudenza amministrativa ha chiaramente affermato la praticabilità[27].

---

rango superiore, dalla complessiva giurisprudenza di questo Consiglio (cfr. per tutte Cons. Stato, Sez. III, 6 settembre 2016, n. 3820) emerge che – fermi i principi sull'onere di impugnare un regolamento lesivo (cioè ostativo alla pretesa fatta valere) unitamente all'atto autoritativo applicativo, di cui si sia chiesto l'annullamento – la disapplicazione (in coerenza col principio iura novit curia) può essere disposta dal giudice amministrativo: – quando il ricorrente chieda la tutela di diritti soggettivi (ad es. in materia di restituzione di oneri di urbanizzazione) e la pretesa risulti fondata su una disposizione di legge, rispetto alla quale risulti illegittimo il regolamento lesivo per il medesimo ricorrente (cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 luglio 1993, n. 799); – quando il ricorrente chieda la tutela di un interesse legittimo e l'annullamento di un provvedimento (deducendo la violazione di un regolamento e non che questo sia ostativo alla pretesa), ma la domanda vada respinta, perché il regolamento invocato risulta illegittimo».

[25] La disposizione così recita: «Il giudice deve pronunciare su tutta la domanda e non oltre i limiti di essa; e non può pronunciare d'ufficio su eccezioni, che possono essere proposte soltanto dalle parti». La norma si applica anche al processo amministrativo per effetto del rinvio esterno operato dall'art. 39 C.P.A. che stabilisce: «Per quanto non disciplinato dal presente codice si applicano le disposizioni del codice di procedura civile, in quanto compatibili o espressione di principi generali».

[26] Cfr. P. GOTTI, *Spunti di riflessione in tema di disapplicazione d'ufficio dei regolamenti illegittimi da parte del G.A.*, in *Foro amm*., 2015, vol. 2, pp. 86-98: «a favore della tesi tradizionale contraria all'ammissione della disapplicazione, sono stati invocati i principi generali della domanda e della certezza giuridica. Il principio della domanda, di cui all'art. 112 c.p.c., impedirebbe al giudice di verificare d'ufficio la ricorrenza dei vizi di legittimità del regolamento senza che questi siano stati oggetto di specifici motivi di censura. Mentre il principio di certezza non consentirebbe una soluzione che, a fronte dell'illegittimità del regolamento, non ne tragga la immediata conseguenza del suo annullamento, così decretandone l'ultravigenza e l'applicazione permanente» (p. 89).

[27] Così Cons. Stato, 9 gennaio 2020, n. 219, in www.giustizia-amministrativa.it. Il Supremo Collegio Amministrativo, afferma che «Nel caso in esame non ricorre un conflitto fra disposizioni di rango diverso che debba essere risolto attraverso la disapplicazione della disposizione regolamentare antinomica rispetto alla normativa primaria, trattandosi della prospettazione di un contrasto tra disposizione primaria e disposizione secondaria che non riguarda il precetto normativo a monte del provvedimento impugnato in primo grado, ma il sistema delle competenze e, segnatamente, la possibilità per il regolamento edilizio di un comune munito di piano regolatore […] di attribuire alla Commissione edilizia la funzione di adottare pareri anche in merito al valore architettonico, al decoro e all'ambientazione delle opere nonostante ciò, in tesi, non sarebbe stato consentito dall'art. 33 della legge urbanistica, là dove quest'ultimo rimetteva allo stesso regolamento edilizio lo stabilire disposizioni in tema di altezze, distacchi ed aspetto dei fabbricati, nonché disciplinare, in via generale, le caratteristiche dei tipi di costruzione su ogni area fabbricabile e la formazione di complessi edilizi di carattere unitario»; ad avviso del G.A. la disapplicazione opera solo laddove ricorra «un'effettiva antinomia tra fonti», pertanto «il giudice che è chiamato a giudicare della legittimità di un provvedimento conforme al regolamento ma in contrasto con la norma primaria, o viceversa, deve dare prevalenza a quest'ultima, in ragione della gerarchia delle fonti». Ad analoga conclusione giunge il Cons. giust. amm. Sicilia nella sentenza 16 giugno 2021, n. 549, loco ult. cit. Il Collegio decide per la «non percorribilità della disapplicazione» non rilevando alcun contrasto tra fonte primaria e fonte secondaria.

ISSN 2036-7821

4. *La compatibilità del potere di disapplicazione con il processo amministrativo*

Le pronunce appena passate in rassegna dimostrano che il C.P.A. sarebbe privo di ostacoli rispetto alla utilizzabilità del potere di disapplicazione.

Eppure, l'intervenuta tipizzazione poteva far pensare che per il potere in parola non ci fosse più spazio. Tuttavia, quantunque il G.A., ogni qual volta ne abbia fatto uso, non si sia intrattenuto nel fornire argomentazioni circa la sua compatibilità della disapplicazione con il nuovo impianto processuale, evidentemente così non è.

La ragione per la quale la disapplicazione è sopravvissuta alla mancata espressa previsione nel C.P.A. verosimilmente risiede nel fatto che essa implementa lo strumentario a tutela delle situazioni giuridiche soggettive, avendo caratteristiche che non sono rinvenibili nelle altre azioni che hanno trovato spazio nella regolamentazione codicistica del 2010.

Invero, l'arricchimento del sindacato del G.A. attraverso l'affermazione della disapplicazione regolamentare potrebbe condurre alla garanzia di una giurisdizione piena sugli atti della P.A.[28]. Ciò assicurerebbe una forma di tutela più avanzata, in nome del principio euro-unitario della effettività della tutela, codificato, peraltro, nell'art. 1 C.P.A.[29].

Né sembra essere cambiata la posizione della disapplicazione, se esercitata *ex officio*, rispetto al principio della domanda, nonostante l'art. 34, co. 1, C.P.A.: la mancata disciplina *ex lege* del potere di cui si discute non sembra essere un argomento sufficiente per escludere la sua operabilità nel processo amministrativo[30].

La disapplicazione regolamentare, pertanto, affermatasi come strumento di risoluzione delle antinomie, pare rappresentare a tutt'oggi un evoluto modello di tutela delle posizioni giuridiche soggettive nei confronti della P.A., nella misura in cui consente di rimediare alla illegittimità di un atto regolamentare non impugnato, sì, ma presupposto del (o pregiudiziale al) provvedimento amministrativo in contestazione.

In definitiva, potrebbe non infondatamente ritenersi che quelli disciplinati nel C.P.A. non siano i soli poteri di cui è dotato il G.A., il processo amministrativo garantendo la tutela non solo delle posizioni giuridiche soggettive, ma anche del diritto

[28] Cfr. R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo* cit., *passim*.

[29] La disposizione così recita: «La giurisdizione amministrativa assicura una tutela piena ed effettiva secondo i principi della Costituzione e del diritto europeo».

[30] In dottrina si v. A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia*, in *Dir. e proc. amm.*, n. 1/2020, p. 86, secondo cui: «l'elaborazione giurisprudenziale mostra come la capacità delle parti di disporre del processo che le riguarda possa comunque soffrire dei limiti, i quali, per effetto della riserva di cui all'art. 111, comma 1, Cost., dovrebbero essere previsti dalla legge, quantunque non ne manchino di provenienza giurisprudenziale. Risulta così sufficientemente chiaro che il Consiglio di Stato provi a far convivere il potere delle parti con quello del giudice, miscelando gli elementi (decisamente prevalenti) di giurisdizione soggettiva con qualcuno di giurisdizione oggettiva».

ISSN 2036-7821

obiettivo[31]: una finalità che le azioni tipiche non sempre appaiono in grado di garantire[32].

Il potere di disapplicazione, infatti, in quanto non collegato alla necessaria impugnazione dell'atto presupposto nel termine decadenziale, ed essendo dal giudice esercitabile finanche d'ufficio, consentirebbe un accertamento costante della conformità degli atti amministrativi normativi alle fonti sovraordinate dell'ordinamento giuridico, a garanzia, non solo del principio di gerarchia delle fonti, ma anche di quello di certezza dei rapporti giuridici[33]. Attraverso tale potere, infatti, si riconosce al G.A. la possibilità di mitigare e ridimensionare i rigori del termine di

[31] Su questo punto cfr. G. COCOZZA, *Riflessioni sul controllo giurisdizionale dei regolamenti e degli atti amministrativi generali*, in www.federalismi.it, 2, 2017:«il potere di disapplicazione costituisce espressione di un principio generale dell'ordinamento (anche per la sua attribuzione agli organi giurisdizionali); la risoluzione delle antinomie è sempre espressione dell'attività richiesta al giudice, e il principio *iura novit curia* […] è al centro dell'analisi del potere di disapplicazione» (p. 14).

[32] A tal proposito si v. R. DIPACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo,* in *Dir. proc. amm*., fasc. 4, 2012, pp. 1273 ss., il quale sostiene che: «è emerso semmai che l'azione di annullamento tradizionale non poteva essere pienamente satisfattiva delle pretese del privato, per cui si doveva allargare il novero delle azioni e delle conseguenti domande da proporre innanzi al giudice amministrativo» (p. 1305).

[33] In questi termini si è espresso P. GOTTI, *Spunti di riflessione in tema di disapplicazione d'ufficio dei regolamenti illegittimi da parte del G.A.* cit., p. 90: «Le risposte positive alla questione se il g.a. abbia o meno il potere di disapplicare i regolamenti illegittimi sono state, pertanto, molteplici ed in particolare si è asserito che, come per tutte le fonti del diritto, anche per i regolamenti devono trovare applicazione nel processo amministrativo i principi fondamentali, ricavabili dagli articoli delle preleggi, dello *jura novit curia* e di gerarchia delle fonti. […] In base al principio di gerarchia delle fonti, il giudice deve, invece, dare applicazione alla fonte gerarchicamente sopraordinata, disapplicando d'ufficio (si tratta della c.d. disapplicazione normativa) quella sottordinata contrastante con la prima: in sostanza, in caso di regolamento contrario ad una disposizione primaria, il primo dovrà essere disapplicato in favore della legge ed il giudice risolverà la controversia applicando direttamente ed unicamente la legge. Ovviamente, la questione si pone ove il regolamento sia successivo alla legge; in caso contrario […] la legge 'abrogherà' direttamente il regolamento incompatibile». Si v., inoltre, F. CINTIOLI, *L'effettività della tutela giurisdizionale nell'annullamento dei regolamenti* cit., p. 2787: «Questa forma di disapplicazione a ben vedere non funge da strumento di elusione del termine di decadenza e di allargamento degli spazi del sindacato su atti presupposti inoppugnabili e si distingue perciò da recenti utilizzazioni dell'istituto in questa chiave. Quand'anche si ribadisse l'obbligo di impugnare il regolamento insieme al provvedimento attuativo, non vi sarebbe bisogno della predetta disapplicazione per accogliere il gravame che non avesse espressamente riguardato anche l'atto normativo: assecondando la concezione moderna di processo, deve ammettersi che l'impugnazione dell'atto esecutivo importi impugnazione implicita del regolamento sol che nel ricorso sia dedotto lo specifico vizio risalente all'atto normativo. La disapplicazione qui serve a ben altro: è la coerente conseguenza dell'impostazione di fondo ispirata all'esclusività della giurisdizione di diritto soggettivo. Si tratta di proporre un nuovo regime di tutela giurisdizionale sui regolamenti, da sostituire a quello tradizionale. Esso avrebbe altri benefici concreti: eviterebbe pericolose disarmonie per i controinteressati e i terzi in genere, nonché inevitabili difetti di informazione e verosimili contrasti di giudicati, inconvenienti dovuti alla carenza di sistemi di pubblicità ed inevitabili se si mantenesse l'annullamento *erga omnes*. L'idea proposta dunque varrebbe anche a definire un regime processuale dalle conseguenze più sicure ed a raggiungere un assetto più coerente e in definitiva meglio rispondente al principio di certezza dei rapporti giuridici (dato che tutti avrebbero chiaro che la giustizia contro il regolamento illegittimo deve chiedersi individualmente e può realizzarsi solo con apposita sentenza di annullamento dell'atto esecutivo, previa disapplicazione *ad hoc*)».

ISSN 2036-7821

decadenza per occuparsi delle conseguenze applicative di un atto regolamentare indipendentemente dalla prospettazione e/o dalla impugnativa fattane dalla parte.
La compatibilità con il sistema di giustizia amministrativa di questo istituto rimasto atipico si ricava, dunque, anche dalla necessità – evidentemente non soddisfatta dal C.P.A. – che il G.A. continua a rinvenire nel suo utilizzo.

5. *Brevi considerazioni conclusive*
Al termine dell'analisi occorre brevemente dare conto dei risultati ai quali si è pervenuti.
Si è visto che, a dispetto del fatto che il legislatore abbia mancato di inserirla nel novero dei poteri del G.A., quest'ultimo perdura a ricorrere alla disapplicazione con una discreta frequenza.
Del resto, la sua utilità è apparsa indiscutibile. Si è avuto modo di sottolineare come essa consenta di ottenere una tutela per certi versi più ampia rispetto a quella tradizionale, affiancando alla protezione della situazione giuridica soggettiva del privato quella del diritto obiettivo, la disapplicazione evitando l'utilizzazione di una fonte secondaria difforme da quella primaria.
Il fatto poi che gli effetti della disapplicazione siano limitati al caso controverso trova (parziale, in quanto discrezionale) rimedio nell'annullamento d'ufficio doveroso[34].
In definitiva, pare doversi prendere atto del fatto che il plesso di poteri tipizzati nel C.P.A. possa, anzi vada, integrato con quello atipico[35] di disapplicazione dei regolamenti illegittimi: essa è strumento che garantisce una diversa, e per certi versi più estesa, tutela giurisdizionale, ciò in piena aderenza al principio di effettività di cui all'art. 1 del C.P.A.

[34] In tema di annullamento doveroso si v. G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Lezioni di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2012, il quale sostiene che la doverosità fa sì che «per motivare il relativo provvedimento non è richiesto il riscontro di un effettivo interesse pubblico ulteriore e diverso da quello consistente nel rimediare alla illegittimità dell'atto» (p. 622). Più avanti l'A. afferma che nei casi di annullamento doveroso «la P.A. non è tenuta alla motivazione del relativo provvedimento, questa essendo esplicitata *aliunde*: in una sentenza del giudice ordinario, in un atto di controllo, nell'annullamento di un atto presupposto» (p. 624).

[35] Sul tema dell'atipicità delle azioni e dei poteri giurisdizionali si v. A. DE SIANO, *Dall'atipicità delle azioni all'atipicità dei poteri del G.A. Torsioni del processo amministrativo in nome della giustizia* cit., pp. 74-75, secondo il quale: «allo scopo di limitare le 'escursioni' della giurisprudenza non ha aiutato neppure il c.p.a., nel quale sarebbe stato sancito il principio di atipicità, in particolare per quel che attiene al tema delle azioni: in ragione del complessivo impianto codicistico – in cui, per un verso, non sono espressamente previste le azioni di accertamento e di adempimento, nei cui confronti v'è ad ogni modo stata una diffusa adesione, e, per altro verso, sono presenti una serie di clausole normative relative alle pronunce di merito (*id est* ai poteri del G.A.) delle quali è difficile tratteggiare i confini – è decisamente prevalente la tesi secondo cui il rapporto tra legge processuale e G.A. sia meno rigido rispetto al passato, nel senso che sarebbe oggi vigente un sistema di tutela atipico in cui è generalmente tollerato che il giudice adegui il processo alla situazione tutelata».

ISSN 2036-7821