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. 4/2022

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, Francesco Cardarelli, 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, Bruno Mercurio, 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, Andrea Marco Colarusso, Sergio Contessa, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Federica Lombardi, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Giovanni Pesce, 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"

La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi in una prospettiva comparata.

di Melania D'Angelosante

(Professore Associato di Diritto Amministrativo presso l'Università degli Studi G. d'Annunzio di Chieti-Pescara)

Sommario

1. Oggetto, ragioni, struttura e obiettivi dello studio – 2. La scelta dei sistemi oggetto della comparazione – 3. Poteri o prassi di disapplicazione in un sistema composito, monistico e 'integrante': la disapplicazione degli atti amministrativi dell'Unione europea da parte delle istituzioni della stessa Ue – 4. Poteri o pras-si di disapplicazione in un sistema a prevalente connotazione dualistica e indi-rettamente integrato: l'ordinamento francese – 5. Poteri o prassi di disapplica-zione in un sistema tendenzialmente e non integralmente monistico, già 'diffe-rentemente' integrato e recentemente 'disintegrato': l'ordinamento inglese – 6. Overview sulla disapplicazione giurisdizionale degli atti amministrativi nei sistemi esaminati – 7. Overview su possibili presupposti, casi e condizioni per la disapplicazione degli atti amministrativi da parte dell'amministrazione nei contesti ordinamentali dell'Unione europea, della Francia e del Regno Unito – 8. Osservazioni trasversali e di sistema

Abstract

This work proposes a comparative analysis of the theme of disapplication of the content of administrative acts as an alternative technique to that of annulment and possibly to the declaration of nullity.

The need to carry out a study of this type arises from the need to understand if and how some phenomena, powers and practices that can be traced in the Italian legal system find their correspondence elsewhere; as well as from the need to understand whether from the analysis of foreign experiences it is possible, even only indirectly, to draw useful elements to favor understanding or to untie some knots of the domestic picture.

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

ISSN 2036-7821

1. Oggetto, ragioni, obiettivi e struttura dello Studio.

Questo lavoro propone una analisi comparata del tema della *disapplicazione* del contenuto degli atti amministrativi come tecnica alternativa a quella dell'annullamento ed eventualmente alla declaratoria di nullità.

L'esigenza di svolgere uno studio di questo tipo nasce dalla necessità di capire se e come alcuni fenomeni, poteri e prassi che si rintracciano nell'ordinamento italiano trovino una loro corrispondenza altrove; oltre che dalla necessità di capire se dall'analisi delle esperienze straniere si possano anche solo indirettamente trarre elementi utili a favorire la comprensione oppure a sciogliere alcuni nodi del quadro domestico[1].

In Italia la disapplicazione comporta che in un caso specifico sono paralizzati gli effetti di un atto amministrativo. Si tratta di una tecnica processuale introdotta con le leggi di unificazione amministrativa del Regno 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 attribuito al giudice ordinario il potere di ignorare *inter partes* gli effetti dell'atto amministrativo viziato, senza determinare conseguenze più stabili e impattanti sul potere esercitato dall'amministrazione. Il potere è stato attribuito in origine dalla legge al solo giudice ordinario e in seguito parzialmente anche a quello tributario. Almeno per il giudice ordinario, l'attribuzione del potere disapplicativo è però avvenuta per ragioni del tutto indipendenti dal processo di integrazione europea, come testimoniato anche dalla ampia antecedenza temporale.

In ambito comunitario il processo di integrazione europea ha invece generato una forma di disapplicazione ben più nota di quella che si vorrebbe esaminare qui: ossia la disapplicazione di alcuni atti autoritativi nazionali in contrasto rispetto all'ordinamento dell'Unione, al fine di garantire la primazia di questo sugli ordinamenti nazionali. Si trattava in origine delle fonti primarie, ma in un secondo momento l'ambito oggettivo è stato esteso anche ad ulteriori atti normativi e infine ad atti autoritativi di altro genere. Questa diversa forma di disapplicazione ha peraltro influenzato in vario modo lo sviluppo della disapplicazione di genesi interna, determinandone una estensione in relazione alle autorità titolari del potere di disapplicare, ma anche agli atti da queste disapplicabili. Fra le due forme si rintracciano infatti punti di contatto sul piano degli *effetti*, soprattutto con riferimento alla disapplicazione di atti che non sono fonti del diritto.

In ambito domestico l'evoluzione e le trasformazioni dell'ordinamento hanno determinato l'emersione di più tipi di disapplicazione giurisdizionale dell'atto

[1] Per un approfondimento su quanto accade nel sistema domestico, si v. D'ANGELOSANTE M., *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi fra potere e prassi*, in corso di pubblicazione per ESI, Napoli, e ivi gli ulteriori riferimenti.

ISSN 2036-7821

amministrativo, a volte di creazione giurisprudenziale, e pure in presenza di poteri di annullamento dell'autorità disapplicante sull'atto da disapplicare. Alcune autorità giurisdizionali, in particolare il giudice amministrativo, esercitano tale potere in via pretoria. La disapplicazione è inoltre praticata anche dall'amministrazione. Questo fenomeno di "autodisapplicazione" è più diffuso di quanto si possa immaginare ed è conosciuto e ammesso dalla giurisprudenza amministrativa. Le principali opacità che emergono da questo quadro riguardano il fondamento, i contenuti e i limiti del potere di disapplicazione degli atti amministrativi esercitato in via di prassi da parte del g.a. e della stessa amministrazione.
La ricerca qui sviluppata intende quindi anche rintracciare tali elementi e la loro consistenza negli ordinamenti selezionati per la comparazione, a esempio per verificare se esista un legame fra le caratteristiche dei sistemi di tutela avverso l'attività amministrativa e la rilevanza della disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice e dell'amministrazione.
A tal fine la struttura del lavoro è articolata in una prima parte ove si precisano le ragioni della scelta dei sistemi selezionati per la comparazione; una seconda parte in cui si indagano presupposti, contenuti e limiti di eventuali poteri o prassi di disapplicazione degli atti amministrativi in sede sia giurisdizionale sia amministrativa, e per ciascuno di tali sistemi; una terza parte dedicata al raffronto dei sistemi in relazione alle due variabili della sede giurisdizionale o amministrativa della disapplicazione; infine una parte conclusiva dedicata ad alcune osservazioni e considerazioni trasversali.

2. La scelta dei sistemi oggetto della comparazione.

I contesti ordinamentali oggetto di analisi sono stati selezionati alla luce delle seguenti due variabili: il grado di 'integrazione' rispetto all'ordinamento italiano e l'esistenza o meno di un sistema di giustizia amministrativa almeno in qualche modo distinto dal sistema di giustizia ordinaria.
Si esaminerà dapprima l'ordinamento dell'Unione europea, che rappresenta un apparato composito e a forte integrazione rispetto a quello nazionale: si potrebbe dire, per parziale incorporazione attiva[2]. L'ordinamento unionale è inoltre caratterizzato dalla presenza di un modello di tutela avverso l'attività amministrativa prevalentemente riconducibile ai modelli monistici, vale a dire non separato da quello ordinario. L'analisi riguarderà non il modo in cui l'Unione influenza la disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento domestico per anticomunitarietà, ma la verifica della circostanza se nel contesto unionale si ponga un problema di disapplicazione degli atti amministrativi della stessa Ue, e se tale

[2] Nel senso che l'ordinamento sovranazionale avrebbe almeno in parte incorporato quelli nazionali, limitandone sensibilmente la sovranità.

ISSN 2036-7821

aspetto sia considerato dall'ordinamento sovranazionale, in termini sia di previsione sia di applicazione e/o prassi, e infine la maniera in cui eventualmente lo sia.
La scelta di intraprendere la comparazione dal sistema dell'Ue è dovuta al carattere diretto della integrazione fra l'ordinamento sovranazionale e quello interno.
Seguirà la verifica di come il sistema Ue abbia influenzato alcuni di quelli dei Paesi membri o già membri, e/o ne sia stato influenzato.
I sistemi selezionati sono quello francese e quello inglese, che hanno espresso ed esprimono una diversa integrazione rispetto all'Unione europea.
Il livello di integrazione del Regno Unito è sempre stato più debole rispetto a quello degli altri Paesi membri, come si ricava a esempio dalla sua originaria estraneità all'unione monetaria e dalle originarie deroghe all'applicazione della Carta di Nizza nei suoi confronti. Negli ultimi anni il modello di *integrazione debole* è stato peraltro sostituito da quello della *disintegrazione*, avendo la Gran Bretagna avviato e completato le procedure per il recesso dai Trattati Ue, così innescando e portando a compimento la *Brexit*, il primo moto con direzione inversa rispetto a quella della integrazione europea.
Invece l'ordinamento francese può considerarsi indirettamente integrato rispetto a quello italiano, per il tramite della comune 'incorporazione' nell'Unione europea.
Il secondo criterio di selezione dei sistemi oggetto di studio riguarda il diverso approccio alla disciplina dell'attività amministrativa e della tutela avverso l'amministrazione.
Rispetto a tale criterio il modello francese è dualistico, come quello italiano, prevedendo un distinto giudice per l'amministrazione e una disciplina prevalentemente speciale per l'azione amministrativa.
Il modello inglese è invece monistico, prevedendo un unico giudice, a prescindere dal fatto che parte processuale sia l'amministrazione e che il processo verta sul potere amministrativo, in un contesto ove peraltro anche la disciplina dell'attività amministrativa può considerarsi prevalentemente comune rispetto a quella delle altre attività, come del resto accade nell'ordinamento unionale specialmente per l'aspetto della giurisdizione. All'interno della giurisdizione unica esistono però sezioni specializzate per il contenzioso sui *public law rights*.
L'esistenza di un rapporto di almeno tendenziale osmosi e influenza biunivoca fra l'Ue e i sistemi giuridici degli Stati membri o già membri[3] dovrebbe quindi consentire di indagare i modelli o le prassi di disapplicazione degli atti amministrativi in una dimensione comparata 'qualificata', idealmente scomponibile in due fasi. Vale a dire la ricerca dell'esistenza e l'analisi di tali modelli o prassi nell'ordinamento unionale, e quindi la valutazione del se e del come l'Unione abbia influenzato gli ulteriori

[3] Per un approfondimento si v. BARONE A., *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc amm.*, n. 3, 2020, 555 ss.; Id., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Cacucci, Bari, 2008.

ISSN 2036-7821

ordinamenti oggetto della comparazione o ne sia stata influenzata.

3. Poteri o prassi di disapplicazione in un sistema composito, monistico e 'integrante': la disapplicazione degli atti amministrativi dell'Unione europea da parte delle istituzioni della stessa Ue.

Un interessante studio edito alla fine degli anni '90 ha svolto una indagine sulla contestazione dell'atto amministrativo in modalità indiretta, ossia incidentale e oltre il termine previsto per la impugnazione diretta, nell'ordinamento comunitario e in quelli francese e inglese[4].

I principali strumenti cui tale studio fa riferimento per il contesto comunitario sono quelli che si rinvengono oggi negli artt. 263, 264 e 277 Tfue.

L'art. 263 attribuisce alla Corte di giustizia dell'Ue[5] la *giurisdizione* di legittimità sugli atti legislativi dell'Unione, sugli ulteriori atti vincolanti del Consiglio, della Commissione e della Banca centrale, nonché sugli atti del Parlamento, del Consiglio europeo e degli altri apparati dell'Ue destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Il Giudice comunitario ha precisato che l'oggetto del sindacato include, oltre agli atti legislativi dell'Unione, tutti gli atti vincolanti e definitivi o lesivi delle istituzioni comunitarie destinati a produrre effetti nei confronti di terzi[6], con l'esclusione dei contratti[7].

Il controllo di legittimità si svolge in particolare attraverso l'apprezzamento dei *vizi* di incompetenza, violazione delle forme sostanziali, violazione dei trattati o di qualsiasi regola di diritto relativa alla loro applicazione, e sviamento di potere. Il riferimento alla violazione delle forme sostanziali viene a sua volta considerato escludente rispetto vizi meramente formali e/o procedurali non essenziali, ritenuti sanabili e/o comunque inidonei a legittimare l'azione ex art. 263[8].

Lo *strumento* tecnico che consente di chiedere il controllo di legittimità è il ricorso, da

[4] Per gli approfondimenti sullo stato dell'arte della questione alla fine del secolo scorso si rinvia pertanto a MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, Trento, 1996, e ivi gli ulteriori ampi riferimenti.

[5] Intesa qui, ai sensi dell'art. 19 Tue, quale sistema giudiziario dell'Unione includente anche il Tribunale di primo grado e i Tribunali specializzati. La Corte di giustizia esercita in particolare le funzioni di giudice di appello, con o senza rinvio, per soli motivi di diritto, come previsto dagli artt. 58 ss. dello Statuto della Corte allegato al Tfue quale Protocollo n. 3; agisce invece in unico grado nei ricorsi proposti dai ricorrenti privilegiati, ossia gli Stati, la Commissione, il Parlamento o il Consiglio dell'Unione, oppure dalla Corte dei conti, dalla Bce o dal Comitato delle regioni per la tutela delle proprie prerogative. Per un approfondimento sul riparto di competenze fra Corte e giudice di primo grado secondo il criterio della materia, si v. l'art. 51 dello Statuto della Corte - Protocollo n. 3 allegato al Tfue.

[6] Si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, in CHITI M.P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffré, Milano, 2018, 384 ss. (spec. 421 ss.), e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

[7] Si v. Trib. primo grado, 3 ottobre 1997, n. 186, in www.europa.eu.

[8] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 572, e ivi gli ulteriori riferimenti: *ex plurimis*, Corte giust., 24 ottobre 1996, n. 329.

ISSN 2036-7821

proporsi nel termine di due mesi dalla conoscibilità legale dell'atto, o in subordine dalla sua conoscenza effettiva, salve cause di forza maggiore[9]. Per le ipotesi di inesistenza o nullità la giurisprudenza tende invece ad ammetterne la contestazione dell'atto anche oltre tale termine[10].

Al ricorso sono *legittimati attivi* – in via generale – ogni Stato membro, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione. Sono inoltre legittimati la Corte dei conti, la Bce o il Comitato delle regioni, ma avverso i soli atti assunti in violazione delle rispettive attribuzioni. È infine legittimata ogni persona fisica o giuridica[11], ma per i soli atti adottati nei suoi confronti, o che la riguardino direttamente e individualmente, nonché per quelli regolamentari che la riguardino direttamente e non comportino misure di esecuzione[12].

Secondo il successivo art. 264 il ricorso è definito con decisione che "dichiara *nullo* e *non avvenuto* l'atto impugnato". Ma la Corte, ove lo ritenga necessario, può anche *precisare* "gli *effetti* dell'atto *annullato* che devono essere considerati *definitivi*"[13].

L'art. 277 consente tuttavia a ciascuna parte di un giudizio pendente dinanzi al giudice unionale, qualora l'oggetto dell'azione riguardi "un atto di portata generale adottato da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione", di avvalersi degli stessi motivi di ricorso previsti dall'art. 263 "per invocare dinanzi alla Corte di giustizia […] *l'inapplicabilità* dell'atto", *anche dopo lo spirare del termine* di impugnazione.

Inoltre l'art. 267 consente alle autorità giurisdizionali nazionali, o richiede alle autorità giurisdizionali nazionali di ultima istanza, di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia quando l'interpretazione e/o un giudizio sulla validità degli atti delle istituzioni dell'Unione siano necessari alla risoluzione di un conflitto pendente dinanzi al giudice interno. Si tratta dei c.d. rinvii pregiudiziali di interpretazione o di invalidità: il rinvio pregiudiziale di invalidità può risultare in concreto particolarmente funzionale a garantire un determinato grado di effettività ai modi di tutela del ricorrente nei casi in cui l'azione di annullamento dell'atto unionale non possa essere proposta, a es. per difetto di legittimazione. Per i giudici di

[9] Art. 263 Tfue e 45 dello Statuto della Corte di giustizia, di cui al Protocollo n. 3 allegato al Tfue.

[10] Per un approfondimento si v. BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 175 ss.

[11] Per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, che estende la legittimazione attiva a tutti i centri di imputazione soggettiva, a prescindere dal formale possesso della personalità giuridica, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, in CHITI M.P. (a cura di), *Diritto amministrativo europeo*, Giuffré, Milano, 2018, e ivi i pertinenti riferimenti.

[12] Per un approfondimento sulla giurisprudenza unionale, che individua tali atti regolamentari unicamente in quelli delegati o di esecuzione subordinati agli atti legislativi in base agli artt. 290 e 291 Tfue, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.

[13] Corsivi aggiunti. La stessa previsione si riferisce alle decisioni di annullamento assunte in funzione di giudice di appello in alcuni casi di impugnazione o di riesame delle decisioni del giudice di primo grado (artt. 61 ss. dello Statuto della Corte allegato al Tfue quale Protocollo n. 3).

ISSN 2036-7821

ultima istanza l'obbligo di rinvio è ritenuto comunque non sussistente nelle ipotesi in cui sulla questione la Corte si sia già espressa in altro contesto. Il ruolo della Corte resta in ogni caso limitato al giudizio sulla interpretazione e/o sulla validità dell'atto dell'Unione, e non si estende alla conformità fra esso e gli atti nazionali, pur se una certa osmosi fra i due tipi di sindacato può verificarsi in concreto[14].

Gli artt. 278 e 279 consentono inoltre al giudice unionale di esercitare i poteri cautelari di *sospensione* degli atti impugnati nonché i poteri di *ordine* all'adozione dei provvedimenti provvisori necessari[15]. Il potere di sospensione è esteso dall'art. 299 Tfue ai procedimenti di esecuzione forzata fondati sull'inadempimento rispetto agli atti del Consiglio, della Commissione e della Bce comportanti obbligazioni pecuniarie a carico di persone fisiche o giuridiche diverse dagli Stati[16].

L'art. 266 riferisce infine agli apparati dell'Unione, i cui atti siano stati annullati o la cui inattività sia stata censurata in sede giurisdizionale, l'obbligo di conformarsi alla decisione giudiziale adottando i provvedimenti necessari[17]. Sull'art. 266 la Corte di

[14] Per un approfondimento, anche sulla giurisprudenza unionale in materia di obbligatorietà del rimedio - a prescindere dal grado del giudice interno - in tutti i casi in cui il giudice *a quo* abbia disposto una sospensione cautelare degli atti impugnati, di fatto ostacolando anche l'applicazione del diritto unionale, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti, pure sull'obbligo del giudice *a quo* di disapplicare la eventuale normativa nazionale contrastante rispetto alla praticabilità della sospensione cautelare dell'atto interno in attesa della definizione del rinvio pregiudiziale. Si v. inoltre BARONE A., *Nomofilachia, corti sovranazionali e sicurezza giuridica*, in *Dir. proc amm*., n. 3, 2020, 555 ss.; Id., *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Cacucci, Bari, 2008.

[15] L'art. 160 del Regolamento di procedura dinanzi alla Corte di giustizia e l'art. 39 dello Statuto della Corte precisano che le misure cautelari possono essere concesse, in condizioni di urgenza, sulla base di una cognizione sommaria del contenzioso, solo nell'ambito di un giudizio pendente, su istanza circostanziata e motivata della parte interessata e in osservanza del principio del contraddittorio, vale a dire consentendo alla controparte di produrre controdeduzioni e/o documenti e/o di essere ascoltata prima della decisione sulla misura. Tuttavia, in casi di particolare urgenza, la decisione può essere assunta anche in una fase antecedente rispetto all'esercizio del diritto di difesa. Inoltre, a prescindere da una domanda di parte, l'autorità giudiziaria ha il potere di modificare o ritirare in ogni tempo la misura accordata, la quale può anche essere appellata dinanzi alla Corte di giustizia, se emanata dal giudice di primo grado. Per un approfondimento sui presupposti individuati dalla giurisprudenza quali condizioni dell'emanazione del provvedimento cautelare, e articolati nella parvenza di fondatezza del ricorso principale, nel pericolo reale e attuale di danno grave e irreparabile derivante dall'attesa della definizione del contenzioso, e nella prevalenza dell'interesse privato alla concessione della misura rispetto a quello pubblico e a quello delle altre parti al mantenimento dello *status quo*, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 675 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali, anche al necessario carattere temporalmente limitato della decisione.

[16] Per un approfondimento sulla comune natura cautelare di tali poteri e sui contenuti sospensivi o propulsivi che gli atti con cui essi sono esercitati possono assumere, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., 542 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali e al diritto unionale derivato.

[17] Più precisamente, alla definizione del ricorso consegue che "l'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato o la cui astensione sia stata dichiarata contraria ai trattati sono tenuti a prendere i provvedimenti" necessari all'esecuzione della sentenza (art. 266). Per un approfondimento sulla giurisprudenza unionale relativa alla permanenza, in questo contesto, di un qualche tasso di discrezionalità in capo alle istituzioni comunitarie, per garantire la tutela del legittimo affidamento alla stabilità dell'atto, anche in considerazione della ragionevolezza

ISSN 2036-7821

giustizia ha a esempio fondato il potere-dovere del giudice unionale di individuare un termine ragionevole entro il quale l'obbligo conformativo va adempiuto[18], nonché il potere-facoltà di indirizzare le istituzioni comunitarie nella individuazione dei modi di conformazione alle decisioni giurisdizionali, anche in seguito a pronunce di annullamento[19].

La coercizione giudiziale a fronte di una omissione antigiuridica di una istituzione comunitaria può invece essere realizzata solo attraverso un ricorso in carenza ex art. 265 Tfue, all'esito del quale la giurisprudenza comunitaria tende comunque a escludere poteri giudiziali di ingiunzione[20].

Invece l'applicazione dell'art. 266 è stata in alcuni casi considerata dal giudice amministrativo francese idonea a fondare poteri di ingiunzione del giudice interno nei confronti dell'amministrazione incaricata di attuare il diritto comunitario, anche prescindendo dalle limitazioni individuate dall'ordinamento nazionale nella necessità che il potere amministrativo coinvolto risulti vincolato[21].

L'obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giurisdizionali - ex art. 266 - può rilevare per questo studio anche se rapportato agli artt. 268 e 340, che attribuiscono al giudice unionale la giurisdizione sulle *controversie risarcitorie* introdotte per i danni arrecati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle rispettive funzioni[22]. Il rilievo si apprezza in particolare ove si consideri che, in via di principio, la Corte di giustizia afferma l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento dell'atto lesivo, pur potendo una domanda risarcitoria essere proposta nell'ambito di una azione di annullamento[23]. La Corte precisa però che tale autonomia si riferisce ai soli casi in cui la domanda risarcitoria si fondi su ragioni diverse e ulteriori rispetto alla illegittimità dell'atto, poiché, diversamente, si consentirebbe l'elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento. Questo limite non viene tuttavia riferito a quegli atti almeno generali o anche normativi rispetto ai quali le persone fisiche o giuridiche non sarebbero titolari di una azione di annullamento, per difetto del requisito di

---

del termine intercorrente fra la sua adozione e la sua rimozione, si v. SIMONATI A., *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Cedam, Padova, 2009, 128 ss.

[18] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 12 gennaio 1984, n. 266, in www.europa.eu.

[19] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 26 aprile 1988, n. 215, in www.europa.eu.

[20] Si v., *ex plurimis*, Trib. di primo grado., 10 maggio 2006, n. 395, in www.europa.eu.

[21] Si v. Conseil d'Ètàt, 29 giugno 2001, n. 213229, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 590 ss.

[22] Per un approfondimento sulla azione di responsabilità nei confronti degli Stati per violazione del diritto dell'Unione e sulla rintracciabilità della sua base giuridica essenzialmente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si v. MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Giuffrè, Milano, 2012, 157 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Per una distinzione delle fattispecie in cui gli Stati o le istituzioni nazionali abbiano violato il diritto unionale da quelle in cui essi abbiano invece correttamente attuato tale diritto, che però si assume illegittimo, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.

[23] Si v. Trib. primo grado, 13 dicembre 2016, n. 713, in www.europa.eu.

ISSN 2036-7821

legittimazione attiva consistente nella circostanza che l'atto oggetto di contestazione le riguardi direttamente e individualmente. Nei casi qui richiamati l'illegittimità dell'atto lesivo viene solo accertata incidentalmente, senza condurre al suo annullamento. A fronte di queste fattispecie può pertanto emergere il tema della disapplicazione dell'atto lesivo nel giudizio risarcitorio proposto autonomamente rispetto a quello impugnatorio[24], in un contesto ove la giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione è considerata esclusiva e piena[25].

L'obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giudiziali può inoltre assumere rilievo in riferimento al *potere di autotutela dell'amministrazione*. Il potere risulta al momento fondato prevalentemente sulla giurisprudenza unionale, piuttosto che su specifiche disposizioni normative, a esclusione di qualche disciplina settoriale[26], talvolta includente la previsione di organismi e procedure per la risoluzione del contenzioso in sede amministrativa[27]. Tale potere è di regola qualificato in termini di facoltatività/discrezionalità, e solo eccezionalmente in termini di doverosità/vincolatezza.

In via generale i presupposti per l'intervento in autotutela vengono individuati nella illegittimità degli atti che ne formano oggetto, mentre è eccezionale l'ammissibilità di un ritiro per ragioni di opportunità. Si tende anzi a richiedere ipotesi di illegittimità particolarmente gravi, e comunque la presenza di un interesse pubblico all'annullamento tale da distinguersi da quello al mero ripristino della legalità.

L'esercizio in concreto del potere è subordinato al bilanciamento dell'interesse alla ricostituzione della legalità con l'interesse alla tutela dell'affidamento riposto dai cittadini nella stabilità del provvedimento, e generato dalla pregressa azione amministrativa[28]. L'affidamento rispetto alla stabilità di atti favorevoli è a sua volta tanto più intenso quanto più ampio sia il tempo intercorso fra l'adozione dell'atto e la sua eventuale rimozione, e nei casi di atti legittimi. Nelle ipotesi di atti favorevoli la

---

[24] Per un approfondimento si v. BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali. In senso contrario alla disapplicabilità dell'atto lesivo in caso di azione di responsabilità, ma sulla piena autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di annullamento laddove la responsabilità per violazione del diritto unionale sia fatta valere dai cittadini nei confronti dello Stato, si v. peraltro MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., 160 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

[25] Per un approfondimento si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.

[26] Per un approfondimento si v. ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 104 ss.

[27] In riferimento a questo aspetto l'art. 188 del Regolamento di procedura dinanzi al Tribunale di primo grado vincola la domanda giurisdizionale all'oggetto di quella già proposta dinanzi all'organismo di risoluzione del conflitto in sede amministrativa. La giurisprudenza estende tale limite anche ai motivi addotti, si v. Trib. di primo grado, 19 giugno 2018, n. 413, in www.europa.eu.

[28] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 441 ss., spec. 497 ss., e ivi anche i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

giurisprudenza tende comunque a far coincidere il termine per il ritiro con quello per chiedere l'annullamento in sede giurisdizionale.

Non si distingue tuttavia fra efficacia *ex tunc* o *ex nunc* del ritiro in relazione alle ragioni di legittimità o di opportunità che lo abbiano determinato, e pertanto la scelta dell'estensione dell'efficacia risulta rimessa all'amministrazione, che dovrà svolgerla tenendo in considerazione i suindicati elementi di contesto[29]. In questa prospettiva, il ritiro dell'atto con efficacia retroattiva è a esempio consentito solo se intervenga entro un termine ragionevole dall'adozione dell'atto da ritirare e sulla base di un adeguato bilanciamento fra l'interesse pubblico al ripristino della legalità e il legittimo affidamento riposto dai cittadini sulla stabilità dell'atto[30].

Si distingue peraltro fra l'efficacia retroattiva degli atti di autotutela involgenti rapporti già definiti e quella degli atti di autotutela involgenti rapporti ancora in attesa di definizione: la prima è ritenuta ammissibile solo in senso favorevole agli amministrati e previo attento bilanciamento fra interesse pubblico e legittimo affidamento; in relazione alla seconda l'affidamento riceve invece una minore considerazione allorquando sin dalla emanazione del primo atto fosse prevedibile un mutamento della situazione di fatto o di diritto[31].

Il quadro composto da tali rimedi fa emergere, in primo luogo, e con riferimento almeno a quelli assistiti da legittimazione normativa, evidenti ambiguità correlate all'uso della terminologia: così è a dirsi per il riferimento congiunto a concetti quali quelli di *dichiarazione di nullità e dichiarazione della circostanza che l'atto non sia avvenuto*, *definitività degli effetti dell'atto annullato*, *inapplicabilità*. Tali ambiguità derivano evidentemente sia dalla origine della fonte in lingua diversa da quella italiana e dai limiti della traduzione, sia dalla circostanza che le disposizioni richiamate riflettano l'influenza dei modelli di tutela presenti nei diversi Stati membri sul modello unionale.

Se si tenta tuttavia di superare le opacità correlate a questi limiti, le disposizioni richiamate rendono l'immagine di un sistema di contestazione degli atti vincolanti delle istituzioni unionali nel quale, in primo luogo, *non si distingue, almeno formalmente, fra la natura normativa o solo amministrativa* di tali atti. I criteri di individuazione degli atti contestabili riguardano invece l'*autorità emanante* e gli *effetti dell'atto*, poiché l'impugnabilità si riferisce a *tutti gli atti legislativi*, cui si aggiungono *quelli vincolanti del Consiglio, della Commissione e della Bce* e infine *tutti gli atti degli*

[29] Per un approfondimento si v. BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

[30] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 441 ss., spec. 489 ss., e ivi i riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Trib. primo grado, 7 dicembre 2004, n. 251.

[31] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

ulteriori appartati dell'Unione destinati a produrre effetti nei confronti dei terzi.
Altro tratto caratterizzante consiste nel *diverso rapporto fra legittimazione attiva e interesse a ricorrere in relazione a fattispecie differenti, e quindi anche in relazione alle possibilità di tutela*.
Si distingue infatti fra diversi tipi di legittimazione.
La prima è una *legittimazione generale, o privilegiata*, e si riferisce a ogni Stato membro, al Parlamento europeo, al Consiglio o alla Commissione
La seconda è una *legittimazione limitata* alla circostanza che l'atto violi le "prerogative" del soggetto legittimato, e si riferisce alla Corte dei conti, alla Bce e al Comitato delle regioni.
L'ultima è una *legittimazione limitata* alla circostanza che l'atto si rivolga direttamente e individualmente al soggetto legittimato, oppure vi si rivolga direttamente e non richieda misure di esecuzione se trattasi di atto regolamentare[32], e si riferisce a ogni altra persona giuridica o fisica[33].
La presenza di due fattispecie rivolte a ogni altra persona fisica o giuridica è dovuta al fatto che, secondo una interpretazione successiva alle modifiche apportate al sistema delle tutele dal trattato di Lisbona, vi sarebbe una distinzione, per tipo di atto assoggettabile a contestazione, in relazione alle due ipotesi (a) della impugnazione degli *atti* che si riferiscano *direttamente e individualmente* alla ricorrente *persona fisica o giuridica*, nonché (b) della impugnazione di *regolamenti* che si riferiscano *direttamente*

[32] Sulla esclusione degli atti sanzionatori dalla categoria delle misure di esecuzione cui la disposizione si riferisce, si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 6, 2010, 1471 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

[33] Per un approfondimento sull'evoluzione dell'approccio della giurisprudenza unionale da un tendenziale formalismo a un tendenziale sostanzialismo, in particolare nella valutazione dei presupposti della legittimazione dei ricorrenti non privilegiati, soprattutto alla luce del nuovo quarto comma dell'art. 263 Tfue all'esito del Trattato di Lisbona, che consente l'impugnazione in via principale, da parte di tali ricorrenti, anche dei regolamenti che li riguardino direttamente e che non richiedano alcuna misura di esecuzione, si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, n. 6, 2010, 1471 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Qui si evidenzia, in particolare, che la modifica colma il precedente vuoto di tutela relativo agli atti generali e astratti i quali, in difetto di atto applicativo, non potevano essere contestati. Si argomenta inoltre il rapporto di cumulatività, piuttosto che di alternatività, fra rimedio diretto e rimedi indiretti, nel senso che, con specifico riferimento agli atti normativi, in ossequio al principio di effettività della tutela, la mancata proposizione del rimedio diretto non dovrebbe precludere quelli indiretti. Sulla riconduzione del carattere diretto della lesione alla circostanza che l'atto non richieda misure di attuazione, e sia invece immediatamente applicabile, si v., *ex plurimis*, Corte giust., 13 maggio 1971, n. 41-44, in www.europa.eu: questa interpretazione implica peraltro di ritenere improprio l'uso, nell'odierno art. 263 c. 4 Tfue, della congiunzione "e", interposta fra gli atti regolamentari diretti e quelli che non richiedono misure di esecuzione. Sulla riconducibilità del carattere individuale della lesione alla circostanza che la posizione della parte danneggiata sia fattualmente differenziata da quella degli altri consociati, si v., *ex plurimis*, Corte giust., 15 luglio 1963, n. 25, in www.europa.eu. Il carattere individuale (*individual concern*) non è tuttavia più richiesto, dopo la modifica all'odierno quarto comma dell'art. 263 Tfue da parte del Trattato di Lisbona, per l'impugnazione in via principale dei regolamenti che riguardino direttamente chi agisce e che non richiedano misure di esecuzione. La Corte di giustizia ha tuttavia interpretato l'ambito oggettivo di applicazione di tale disposizione in senso restrittivo, vale a dire come riferito agli atti regolamentari non legislativi (Corte giust., 3 ottobre 2013, n. 583, in www.europa.eu).

ISSN 2036-7821

alla ricorrente *persona fisica o giuridica, non richiedendo misure di esecuzione*.
Il secondo rimedio riguarderebbe in sostanza i soli *atti non legislativi vincolanti*, siano essi *delegati o di esecuzione*, mentre il primo riguarderebbe *tutti gli atti vincolanti* delle istituzioni unionali *riferiti direttamente e individualmente* alla parte ricorrente[34].
Quanto agli *effetti* del rimedio, essi sarebbero invece formalmente *dichiarativi* della *nullità* e della correlata *inefficacia*, ossia, per usare le parole del Trattato, della circostanza che l'*atto* sia da considerarsi "*non avvenuto*"[35]. Tuttavia la natura costitutiva dell'azione – confermata anche dal riferimento alla domanda di "annullamento", contenuto nell'art. 21 dello Statuto della Corte quale Protocollo 3 allegato al Tfue – induce a ritenere che essa è funzionale a consentire in primo luogo una pronuncia di rimozione dell'atto, piuttosto che dichiarativa della nullità, mentre non si prevede la possibilità di emanare decisioni sostitutive di quelle dell'amministrazione[36].
Anche il richiamo alla possibilità della decisione di precisare "gli effetti dell'atto *annullato*[37] che devono essere considerati definitivi" indica che essa è concepita per esprimere un contenuto costitutivo di annullamento[38]. Pare infatti doversi ritenere che tali effetti siano quelli stabilmente prodotti e resistenti all'annullamento, o almeno alla sua efficacia retroattiva[39]. A questo aspetto la giurisprudenza della Corte correla l'annullabilità con efficacia soggettivamente, oggettivamente o temporalmente limitata[40], su istanza di parte o d'ufficio[41]. Questo regime deroga peraltro a quello ordinario dell'annullamento con effetti retroattivi ed *erga omnes*, come desumibile dagli artt. 263 e 264. L'annullamento oggettivamente o soggettivamente limitato viene in particolare riferito ai casi di atti scindibili, mentre quello che preserva nel tempo alcuni effetti dell'atto è di regola correlato alla sussistenza di significative ragioni a sostegno della stabilità dell'atto[42].
Esiste però, come si è accennato, anche un rimedio dagli esiti opposti rispetto a quelli appena indicati. Esso è previsto dall'art. 277 Tfue, il quale consente a ciascuna parte[43]

---

[34] Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti.
[35] Corsivo aggiunto.
[36] Si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, Oxford, Hart, 2019, 572.
[37] Corsivo aggiunto.
[38] Per un approfondimento, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.
[39] In questi termini si v. TUFANO M.L., *La certezza del diritto nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Dir. Un. eur.*, n. 4, 2019, 767 ss., e ivi i pertinenti riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia.
[40] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 22 dicembre 2008, C-333/07, in www.europa.eu.
[41] Si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.
[42] Si v. 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. Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 555 ss.
[43] Ciò che indurrebbe a escludere una iniziativa d'ufficio, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.

ISSN 2036-7821

di un giudizio pendente dinanzi al giudice unionale di fondare sugli stessi motivi di legittimità che giustificherebbero il ricorso ex art. 263 Tfue, e anche dopo la estinzione del termine di impugnazione ivi previsto, una domanda di *inapplicabilità di un atto generale* adottato da una istituzione dell'Unione, e *rilevante nel giudizio ove la richiesta è avanzata*.

Anche su questo strumento si riflettono però le ambiguità riconducibili alla terminologia utilizzata: la circostanza che la domanda si fondi su ragioni di legittimità dovrebbe infatti indurre a ritenere che l'esito auspicato sia una *disapplicazione* – ossia la devitalizzazione degli effetti dell'atto nel caso specifico e per ragioni di legittimità - piuttosto che una *non applicazione* – vale a dire l'omessa applicazione dell'atto in ragione della circostanza che esso non sia riferibile alla fattispecie. L'effetto che la giurisprudenza della Corte di giustizia vi riconduce consiste peraltro in una vera e propria disapplicazione, ossia nella devitalizzazione degli effetti dell'atto limitatamente al caso deciso e alle parti processuali[44], per vizi di legittimità[45], in un contesto ove l'atto generale sarebbe astrattamente applicabile, in via diretta o indiretta, quale presupposto di quello che ne ha garantito attuazione. La disapplicazione non riguarda invece gli atti generali di cui quelli contestati non rappresentino attuazione[46].

La Corte ha comunque in alcuni casi escluso che l'eccezione sia sollevabile dai ricorrenti privilegiati, almeno in tutte le ipotesi in cui essi avrebbero potuto proporre una azione di annullamento e non vi abbiano invece provveduto. L'esclusione è stata talvolta estesa anche ai ricorrenti non privilegiati, nella misura in cui gravati dell'onere di impugnare nei termini di legge i regolamenti e gli atti generali immediatamente lesivi[47]. In tal modo la Corte ha in sostanza valorizzato, pure nelle decisioni centrate sulla natura dell'atto quale condizione di accesso alla eccezione, la circostanza che il rimedio sia funzionale a garantire il principio di *effettività* della tutela in tutti i casi ove soprattutto i ricorrenti a legittimazione limitata non abbiano potuto proporre una azione di annullamento, proprio alla luce dell'assenza del requisito della lesività riferito all'atto[48]. Ciò non le ha tuttavia impedito di ammettere la proponibilità dell'eccezione anche da parte delle istituzioni unionali e degli Stati membri, a esempio nei casi di giudizi aventi a oggetto regolamenti di esecuzione di

[44] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 5 ottobre 2000, n. 434, in wwww.europa.eu.
[45] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., V, 10 marzo 1992, n. 188, in wwww.europa.eu.
[46] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., Grande Sezione, 8 settembre 2020, n. 119, in wwww.europa.eu.
[47] Si v. Corte giust., 15 gennaio 2001, n. 239, in www.europa.eu.
[48] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 12 ottobre 1978, n. 156, in www.europa.eu. Per un approfondimento sugli orientamenti della Corte di giustizia si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

ISSN 2036-7821

altri regolamenti ritenuti illegittimi, a loro volta oggetto dell'eccezione[49].
In altri casi la Corte ha invece affermato la complementarità dell'azione di annullamento rispetto al rimedio di cui all'art. 277[50], e che lo *status* di ricorrente privilegiato non può rappresentare un limite alla utilizzabilità dello strumento di tutela previsto dall'art. 277[51]. Ha inoltre precisato la natura incidentale della domanda ex art. 277[52], oltre che la necessità di un nesso diretto fra l'atto cui essa si rivolge e l'atto oggetto del giudizio ove essa è sollevata[53]. Il nesso diretto si apprezza in particolare se il primo atto rappresenta un fondamento del secondo, riflettendo concretamente un rapporto di pregiudizialità[54]: in un contesto diverso l'esito dell'eccezione sarebbe invece inutile. Talvolta la Corte ha tuttavia ritenuto adeguato anche un legame meno diretto e intenso[55], e chiarito che l'eccezione è strumentale pure a consentire la dichiarazione di nullità o inesistenza dell'atto, in caso di vizi particolarmente gravi. Ne ha infine esteso l'ambito di applicabilità, includendovi i ricorsi in carenza, nella misura in cui la contestazione dell'omissione di una istituzione dell'Unione dipenda da un atto generale ritenuto viziato e che invece legittimerebbe l'inerzia[56].
L'applicabilità alle procedure di infrazione va invece posta a sistema con la circostanza che lo Stato leso dalla condotta di altro Paese membro, in quanto ricorrente privilegiato, ben potrebbe e/o avrebbe potuto contestare la validità dell'atto generale con una azione ex art. 263. Ciò si verifica nella misura in cui la contestazione dell'infrazione di uno Stato dipenda da un atto generale ritenuto viziato e che invece legittimerebbe la condotta tenuta contro l'interesse di altro Stato.
Anche il rinvio pregiudiziale c.d. di validità, come si è accennato, può consentire peraltro alla parte di accedere a una tutela effettiva avverso gli atti unionali nelle ipotesi in cui non le sia possibile contestarli in via diretta, a esempio per difetto di legittimazione attiva, sebbene il giudice *a quo* possa respingere la sua richiesta di rinvio. Il rimedio non è comunque subordinato a termine di decadenza, né può

[49] Per un approfondimento sulla giurisprudenza della Corte di giustizia, che estende la legittimazione attiva a tutti i centri di imputazione soggettiva, a prescindere dal formale possesso della personalità giuridica, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.
[50] Si v. Corte giust., 6 marzo 1979, n. 92, in wwww.europa.eu.
[51] Si v. Corte giust., II, 15 maggio 2008, n. 442, in wwww.europa.eu.
[52] Che va rigettata in caso di rigetto della domanda principale (si v., *ex plurimis*, Corte giust., V, 22 giugno 1993, n. 222, in www.europa.eu), mentre la decisione sulla eccezione è idonea a stabilizzarsi col giudicato, pur se per prassi le istituzioni dell'Unione provvedono a modificare o abrogare gli atti disapplicati, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.
[53] Per un approfondimento si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.
[54] Si v., *ex plurimis*, Corte giust., 31 marzo 1965, n. 21, in www.europa.eu.
[55] Come nel caso del rapporto fra l'atto generale determinativo dei modi di applicazione del tributo e l'atto impositivo, si v., *ex plurimis*, Corte giust., 28 giugno 2005, n. 189, in www.europa.eu.
[56] Per un approfondimento sugli orientamenti della Corte di giustizia si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

ISSN 2036-7821

qualificarsi come giudizio di parti. La pronuncia di definizione del giudizio ha inoltre natura dichiarativa, ed efficacia *inter partes* se affermativa della validità dell'atto, non impedendo che la questione sia riproposta in altro contesto. Ha invece efficacia *erga omnes*, e produce pertanto effetti equiparabili nella sostanza a quelli di un giudicato di annullamento, se dichiarativa della invalidità dell'atto.
L'efficacia della decisione di definizione del rinvio pregiudiziale c.d. interpretativo è invece sempre *erga omnes*[57].
All'esito di questa prima parte dello studio, si può rilevare che il più significativo strumento previsto dall'*ordinamento unionale* per la disapplicazione giudiziale di alcuni atti delle istituzioni comunitarie è il *rimedio contemplato dall'art. 277 Tfue*, il quale in parte corrisponde a quanto si rintraccia nell'ordinamento interno e in parte se ne discosta. L'art. 277 consente a ciascuna parte di un giudizio pendente dinanzi al giudice unionale, qualora l'oggetto dell'azione riguardi "un atto di portata generale adottato da un'istituzione, organo o organismo dell'Unione", di avvalersi degli stessi motivi di ricorso previsti dall'art. 263 "per invocare dinanzi alla Corte di giustizia […] *l'inapplicabilità* dell'atto", *anche dopo lo spirare del termine* di impugnazione.
Le *affinità* rispetto al quanto si rintraccia nell'ordinamento italiano consistono nelle *conseguenze* della disapplicazione, nei suoi *presupposti*, in *alcune* sue *condizioni* di ammissibilità, e infine in alcune sue *caratteristiche*, desumibili anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Le *conseguenze* consistono nella devitalizzazione degli effetti dell'atto limitatamente al caso deciso. I *presupposti* sono riconducibili alla invalidità dell'atto, in questo caso per uno dei vizi codificati dall'art. 263 Tfue. Le principali *condizioni* di ammissibilità si riferiscono alla necessità di qualche legame fra l'atto disapplicabile e quello oggetto del giudizio, nonché all'irrilevanza dell'eventuale estinzione del termine per chiedere l'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale. Le *caratteristiche* consistono infine nella natura incidentale della domanda e della pronuncia, nonché nella inidoneità della decisione a stabilizzarsi nel giudicato.
Le principali *differenze* fra la fattispecie fondata sull'art. 277 e l'*ordinamento interno* riguardano la tipologia degli atti disapplicabili, che dal Tfue è circoscritta ai soli atti generali rilevanti per la definizione del giudizio pendente, a prescindere però dalla natura legislativa o amministrativa di tali atti. Il parametro per definire l'oggetto dell'art. 277 resta infatti l'art. 263, il quale a sua volta si riferisce a tutti gli atti legislativi, agli atti vincolanti del Consiglio, della Commissione e della Bce, nonché agli altri atti delle istituzioni unionali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Tali atti consistono in quelli vincolanti e definitivi, o comunque

[57] Per un approfondimento, anche sulla giurisprudenza unionale che ammette il rimedio pure per gli atti non vincolanti e per quelli privi di effetto diretto, con la sola esclusione dei provvedimenti giurisdizionali, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti.

ISSN 2036-7821

lesivi, con la sola esclusione dei contratti, come precisato dalla Corte di giustizia.
Nell'*ordinamento interno* il potere di disapplicazione a fondamento legislativo riguarda invece oggettivamente solo gli atti amministrativi, di regola a prescindere dalla loro natura anche normativa, e riguarda soggettivamente il solo giudice ordinario e in parte quello tributario. La disapplicabilità a fondamento giurisprudenziale si estende ad altri giudici, come il g.a., ma anche il giudice tributario, al di fuori del potere disapplicativo che gli è attribuito dalla legge. Il presuposto è sempre la sussistenza di un vizio dell'atto. Se giustificata dalla anticomunitarietà, l'area della disapplicazione ha un oggetto più ampio: riguarda innanzi tutto gli atti legislativi, poi quelli amministrativi di tipo normativo, talvolta anche gli altri atti amministrativi. L'estensione agli altri atti amministrativi è favorita dalla preliminare estensione alle norme secondarie, ma in un numero limitato di fattispecie.
Altra differenza rispetto all'ordinamento interno consiste nella idoneità della *eccezione di disapplicazione ex art. 277 Tfue* a consentire anche *pronunce dichiarative* della nullità o dell'inesistenza dell'atto. Tale idoneità è legittimata dalla Corte di giustizia, ma appare di minore impatto rispetto alle differenze già indicate. Questo esito è comunque più coerente rispetto a quello della disapplicabilità degli atti nulli rinvenibile nell'ordinamento nazionale.
La *legittimazione attiva* alla eccezione di disapplicazione si riferisce infine a tutte le parti di eventuali giudizi pendenti dinanzi ai giudici unionali, sebbene in alcuni casi la Corte l'abbia esclusa per quanti non abbiano proposto una azione di annullamento pur essendovi legittimati, e in altri l'abbia però ammessa anche per i ricorrenti c.d. privilegiati[58], affermando a esempio la complementarità fra azione di annullamento ed eccezione di disapplicazione.
Invece nell'*ordinamento interno* le fonti normative del potere ne enfatizzano soprattutto la titolarità in capo alla autorità giurisdizionale, piuttosto che la legittimazione attiva di parte collegata al principio della domanda, tant'è che la giurisprudenza sostiene anche la sua esercitabilità d'ufficio. Inoltre il potere di annullamento in sede giurisdizionale si aggiunge talvolta a quello di disapplicazione nella stessa sede: ciò avviene su base normativa o giurisprudenziale; talaltra il potere è invece ritenuto escludente rispetto alla disapplicabilità: ciò avviene al contrario in via interpretativa.
Nel contesto unionale la disapplicabilità degli atti può ritenersi tuttavia praticabile anche sulla base della circostanza che l'*art. 264* Tfue sembra ammettere una forma di *annullamento parziale*. Ciò in quanto consente al giudice comunitario di precisare gli effetti dell'atto annullato da considerarsi definitivi, con conseguenze assimilabili pertanto non solo a quelle di un annullamento parziale, ma anche a quelle di una

[58] Vale a dire gli Stati, la Commissione, il Parlamento e il Consiglio dell'Unione.

ISSN 2036-7821

disapplicazione, stante la sostanziale affinità fra i due rimedi in punto di effetti materiali. La stessa Corte di giustizia ammette del resto forme di annullamento con effetti temporalmente, soggettivamente od oggettivamente limitati, in specie per gli atti scindibili e in presenza di ragioni a sostegno della tutela dell'affidamento nella stabilità dell'atto.

Qualche legame con alcuni effetti almeno sostanzialmente disapplicativi si può rintracciare anche nel rimedio del *rinvio pregiudiziale c.d. di validità*, fondato sull'*art. 267 Tfue*. Il rimedio è facoltativo per le autorità giurisdizionali nazionali, e obbligatorio per le autorità giurisdizionali nazionali di ultima istanza. In particolare il rimedio consente o richiede di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia quando una *pronuncia dichiarativa* sulla validità degli atti delle istituzioni dell'Unione sia necessaria alla risoluzione di un conflitto pendente dinanzi al giudice interno. Per i giudici di ultima istanza l'obbligo è escluso dalla sola circostanza che sulla questione la Corte si sia già espressa in altro contesto. In questo ambito la decisione della Corte ha efficacia *erga omnes*, e produce pertanto nella sostanza effetti equiparabili a quelli di un giudicato di annullamento, se dichiarativa della invalidità dell'atto. Il rimedio può dunque risultare materialmente funzionale a garantire effettività alla tutela del ricorrente quando l'azione di annullamento dell'atto non possa essere proposta, a esempio per difetto di legittimazione. L'effettività è a sua volta correlabile alla circostanza che una pronuncia pregiudiziale sulla invalidità dell'atto dell'Unione dovrebbe poter legittimare il giudice interno a disapplicarlo: si tratterebbe però di una estensione dei poteri disapplicativi dei giudici nazionali, piuttosto che di una ulteriore fattispecie di disapplicabilità dell'atto comunitario da parte del giudice unionale.

Assumono infine in qualche modo rilievo gli *artt. 268 e 340 Tfue*, che attribuiscono al giudice unionale la giurisdizione sulle *controversie risarcitorie* introdotte per i danni arrecati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle rispettive funzioni. Il rilievo si apprezza in particolare ove si consideri che in genere la Corte di giustizia afferma l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento dell'atto lesivo, pur potendo una domanda risarcitoria essere proposta nell'ambito di una azione di annullamento. La Corte precisa tuttavia che tale autonomia si riferisce ai soli casi in cui la domanda risarcitoria si fondi su ragioni diverse e ulteriori rispetto alla illegittimità dell'atto, poiché altrimenti si consentirebbe l'elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento. Tale limite non viene però riferito a quegli atti generali o normativi rispetto ai quali le persone fisiche o giuridiche non sarebbero titolari di una azione di annullamento, per difetto del requisito di legittimazione attiva consistente nella circostanza che l'atto oggetto di contestazione le riguardi direttamente e individualmente. In questi casi l'illegittimità dell'atto lesivo viene solo accertata

ISSN 2036-7821

incidentalmente: allo stesso modo che per l'ordinamento interno, anche qui può pertanto emergere il tema della eventuale necessità di disapplicare l'atto lesivo nel giudizio risarcitorio proposto autonomamente rispetto a quello impugnatorio.

4. Poteri o prassi di disapplicazione in un sistema prevalentemente dualistico e indirettamente integrato: l'ordinamento francese.

Nell'ordinamento francese la principale forma di tutela giurisdizionale del cittadino nei confronti dell'amministrazione consiste nel *ricorso per eccesso di potere dinanzi al giudice amministrativo*. Il rimedio, da esperirsi in un breve termine di decadenza per assicurare stabilità e certezza ai rapporti di diritto pubblico, è strumentale a contestare la legittimità dell'atto amministrativo definitivo chiedendone l'annullamento. Questo esito è ammesso dalla giurisprudenza anche con efficacia temporalmente e/o oggettivamente parziale, in base alle esigenze concrete[59]. Esso è comunque considerato evitabile in presenza di vizi procedurali e/o formali allorquando l'azione amministrativa si è svolta in condizioni tali per cui, anche in assenza del vizio, il contenuto della decisione non avrebbe potuto essere diverso. Negli stessi casi al giudice è riconosciuto il potere di modificare la decisione amministrativa emendandone i vizi formali e preservandone il contenuto sostanziale, purché sia assicurato il diritto di difesa dell'interessato[60]. Il ricorso per eccesso di potere dinanzi al g.a. si riferisce peraltro a una dimensione prevalentemente orientata alla tutela dell'interesse oggettivo alla legalità, e solo mediatamente anche di quello soggettivo alla difesa della posizione della parte lesa[61].

Una deviazione dallo schema della decadenza per il ricorso al g.a. è rappresentata dal regime di alcuni atti riconducibili alle c.d. *operazioni amministrative complesse*. La giurisprudenza ammette infatti che tali atti possano essere sindacati anche se non annullati e a prescindere dalla avvenuta estinzione del termine di decadenza per impugnarli, nel corso del giudizio di annullamento instaurato avverso il successivo provvedimento per la cui emanazione essi hanno rappresentato un presupposto necessario. Questo tipo di sindacato si aggiunge peraltro all'autonoma impugnabilità dell'atto tramite il ricorso per eccesso di potere, da cui restano esclusi solo gli atti

[59] L'annullamento parziale è di regola consentito in relazione ad atti scindibili, mentre quello con efficacia temporalmente limitata è di regola ammesso per significative ragioni, connesse a esempio al principio di certezza del diritto, si v. Conseil d'Ètàt, 11 maggio 2004, n. 255886, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 566 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti: Conseil d'Ètàt, 1 giugno 1970, n. 6410. Per un approfondimento si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 3 ss.

[60] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 575 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti: Conseil d'Ètàt, 3 dicembre 2003, n. 240267; Id., 6 febbraio 2004, n. 240560.

[61] Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

ISSN 2036-7821

meramente preparatori. La principale condizione limitativa individuata in sede giurisprudenziale è che il rimedio del 'sindacato senza annullamento' non produca l'effetto di compromettere i diritti acquisiti dai terzi in ragione dell'atto antecedente. Quando tale limitazione è osservata e la cognizione dell'atto presupposto è ammessa in questi termini, l'eventuale annullamento dell'atto presupponente si fonderà pertanto, come pare potersi ritenere, anche sulla disapplicazione di quello che lo precede e lo fonda nella sequenza procedimentale.

Altra deviazione è rappresentata dalla possibilità di sollevare una *eccezione di illegittimità* avverso gli atti definitivi su cui si fonda la responsabilità extracontrattuale dell'amministrazione nell'ambito dei *giudizi risarcitori*, pur se trattasi di atti attributivi di vantaggi a terzi[62]. In questo contesto la tutela risarcitoria è autonoma da quella conseguibile attraverso l'annullamento dell'atto lesivo, pur se alcuni correttivi si riconducono alla circostanza che, in difetto di tutela costitutiva, la quantificazione della prestazione risarcitoria possa essere limitata dalla considerazione del contributo causale della parte lesa all'aggravamento del danno[63]. L'azione risarcitoria può peraltro essere proposta anche congiuntamente rispetto a quella di annullamento[64]. Quando il rapporto fra le azioni viene tuttavia concretamente trattato in termini di autonomia e la domanda risarcitoria sia pertanto proposta a prescindere da una preventiva richiesta di annullamento dell'atto lesivo, si può evidentemente porre, in questo contesto come nell'ordinamento italiano, il tema della necessità e/o della possibilità di disapplicazione del provvedimento quale precondizione di accesso alla pronuncia di condanna.

Pure per i *provvedimenti* affetti da vizi particolarmente gravi, tali da poter essere considerati *inesistenti* - e pertanto contestabili autonomamente con il *ricorso per la dichiarazione di inesistenza* - l'*eccezione di illegittimità* è *sempre ammessa*, a prescindere dalla natura dell'atto e dal suo rapporto con gli atti successivi.

In concreto l'applicazione di tali regimi, in parte a fondamento giurisprudenziale, avviene tuttavia con un apprezzabile grado di opacità sui criteri e sugli esiti dell'accertamento e della valutazione dei presupposti, a esempio in riferimento al rapporto fra atti della fattispecie o alla natura e alle caratteristiche dell'atto oggetto del sindacato in via di eccezione.

Si può ora tornare al *ricorso per eccesso di potere dinanzi al giudice amministrativo*, che rappresenta peraltro solo una delle articolazioni del *più ampio contenzioso sull'eccesso di potere*, al quale sono riconducibili *anche* il ricorso *en appreciatiòn de legalitè*, nonchè *il*

---

[62] Si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

[63] Per un approfondimento, si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 3 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

[64] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 618 ss.

ISSN 2036-7821

ricorso per la dichiarazione di inesistenza, cui soprattutto la giurisprudenza ha aggiunto la dichiarazione della più grave *voie de fait*, per l'accertamento della quale la giurisdizione spetta in via generale al g.o.

Il ricorso *en appreciatiòn de legalitè* ha natura incidentale, instaurandosi solo quando il giudice ordinario sospenda il giudizio dinanzi a sé per rimettere a quello amministrativo la cognizione di un atto dell'amministrazione che sia pregiudiziale rispetto al contenzioso comune (*rinvio pregiudiziale*), ma su cui egli non possa esprimersi per difetto di giurisdizione. In tal caso la pronuncia del giudice amministrativo avrà natura dichiarativa[65].

Il *ricorso per la dichiarazione di inesistenza* non è soggetto invece a termine di decadenza, è finalizzato alla emanazione di una pronuncia meramente dichiarativa e, come quello di annullamento per eccesso di potere, ha natura principale.

Ulteriore *via* di accesso al giudizio amministrativo è quella c.d. *prefettizia*, potendo il Prefetto contestare dinanzi al g.a. la validità sia dei provvedimenti sia degli altri atti amministrativi delle regioni o delle amministrazioni locali (*dèfèrè prefectoral*)[66].

A questi rimedi si aggiunge il *ricorso di piena giurisdizione*, esteso anche ai diritti e alla possibilità di emanare pronunce sostitutive e di condanna[67], oltre che dichiarative[68] e di annullamento. Esso è a esempio previsto per le materie indicate all'art. 311.4 del Codice di giustizia amministrativa[69].

Si aggiungono poi le misure cautelari, che il giudice amministrativo può assumere in primo luogo nella forma delle ordinanze di sospensione o di esecuzione (*rèfèrè-suspension*), in pendenza di un ricorso di annullamento o di piena giurisdizione, e con efficacia temporalmente limitata, su istanza di parte e dopo aver valutato la sussistenza dei presupposti individuati dal Codice[70], nonché la presenza di alcuni

---

[65] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 608 ss.

[66] Su questa ulteriore articolazione si v. in particolare SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 3 ss.

[67] Per un approfondimento si v. MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, Giuffré, 2012, 354 ss.; CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 555 ss., 565 ss.

[68] Si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 607 ss.

[69] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 555 ss., 565 ss.; NOGUELLOU R., *Les pouvoirs du juge administratif dans le procès administrativ. le cais français*, in AA.VV., *Principio della domanda e poteri d'ufficio del giudice amministrativo. Annuario 2012 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2013, 167 ss.

[70] Vale a dire la parvenza di fondatezza del giudizio principale, nonché il pericolo di danno grave e irreparabile derivante dall'attesa della definizione del contenzioso. Si v. in particolare le integrazioni apportate al Codice di giustizia amministrativa (artt. 511.1, 511.2, 521.1) dalla legge del 30 giugno 2000.

ISSN 2036-7821

ulteriori presupposti individuati in sede giurisprudenziale[71].

Ulteriore strumento di tutela cautelare è il c.d. *rèfèrè-libertè* (art. 521.2 *Code de justice administrative*), che consente al g.a. di assumere decisioni provvisorie, in forma atipica secondo le esigenze del caso, entro quarantotto ore dalla richiesta, per la tutela in via di *urgenza* di libertà fondamentali[72] *seriamente* compromesse da *un'azione evidentemente illegittima* della p.a. o di privati incaricati dello svolgimento di pubblici servizi[73]. La provvisorietà della decisione esclude quindi che il suo esito possa essere l'annullamento.

Infine, in caso di urgenza, il giudice amministrativo può adottare tutte le *misure cautelari e provvisorie* utili a tutelare la posizione del richiedente, pur quando l'amministrazione non abbia ancora assunto alcuna decisione, e osservando il solo limite di non interferire con l'esercizio della funzione amministrativa (art. 521.3 *Code de justice administrative*)[74].

Il g.a. può inoltre disporre, sempre in via interinale, cautelare e d'urgenza, e su istanza di parte, *relazioni tecniche* su fatti da cui potrebbe originare un contenzioso[75], e *anticipazioni di pagamento* a carico dell'amministrazione per debiti nei confronti di terzi assistiti da una solida parvenza di fondatezza (artt. 531.1, 532.1, 541.1 *Code de justice administrative*).

In questo scenario l'*eccezione di illegittimità*, proponibile in contesti specifici e circoscritti, attenua le rigidità riconducibili al sistema delle azioni appena descritto, essendo in molti casi ammissibile anche dopo lo spirare del termine di decadenza, per paralizzare gli effetti dell'atto amministrativo a garanzia dell'effettività della tutela della parte che ne abbia invocato la illegittimità *in giudizio diverso da quello di impugnazione per eccesso di potere*.

Le condizioni di ammissibilità dell'eccezione sono però stringenti, essendo consentito al giudice civile di pronunciarsi su una domanda di questo tipo solo se ciò non determini un sostanziale aggiramento delle regole sul riparto di giurisdizione. La decisione risulta in particolare ammessa solo quando sia necessario estendere la

---

[71] Vale a dire la prevalenza dell'interesse di parte alla concessione della misura rispetto a quello pubblico e delle altre parti al mantenimento dello *status quo*: si v. Conseil d'Ètàt, 19 gennaio 2001, n. 228815, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 683.

[72] Per una interpretazione delle libertà fondamentali estesa oltre il perimetro dei diritti costituzionalmente garantiti, si v. Conseil d'Ètàt, 14 febbraio 2014, n. 375081, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 684 ss.

[73] Per un approfondimento sulla autonomia del rimedio rispetto alla pendenza di una azione di annullamento, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 684 ss. Per un ulteriore approfondimento si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit.

[74] Per un approfondimento sulla possibilità di avvalersi del rimedio anche a prescindere dalla pendenza di una azione di annullamento, purchè altre forme di tutela cautelare non siano praticabili con le stesse prospettive di effettività, e solo per richiedere misure diverse dalla sospensione, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 688.

[75] Pure con finalità probatorie, sebbene l'azione amministrativa non sia stata ancora esercitata.

ISSN 2036-7821

cognizione a un atto regolamentare, o a un atto individuale seriamente viziato[76], senza che ciò comporti un sindacato di legittimità. È inoltre ammessa quando la questione sia già stata risolta da giurisprudenza amministrativa consolidata, o infine quando l'atto incida in modo importante sul diritto di proprietà o su una libertà del cittadino o violi il diritto dell'Ue[77].

Negli altri casi la giurisprudenza si è orientata a ritenere necessaria una *sospensione* del giudizio civile in attesa che la questione sia risolta dal giudice amministrativo, se da questi ritenuta *utile* e *rilevante*[78], con una *pronuncia* peraltro *dichiarativa*, all'esito dell'apposito rimedio del *rinvio pregiudiziale*, esperibile anche dopo lo spirare del termine di decadenza per l'impugnazione dell'atto. Ma il rinvio pregiudiziale è a sua volta fondato sulla sussistenza di una questione la cui soluzione, correlata a obiettive difficoltà sulla interpretazione o sull'accertamento della validità di un atto dell'amministrazione, sia *indispensabile* per la definizione del contenzioso pendente.

Il sindacato indiretto di legittimità resta quindi ancillare rispetto al sistema della impugnazione, e giustificato dalla necessità di tutelare i diritti in un contesto ove il modello dell'impugnazione non risulti tuttavia eluso.

Per il giudice ordinario in sede penale il sindacato incidentale è invece ritenuto ammissibile con maggiore ampiezza rispetto alla sede civile.

I limiti riferibili generalmente al giudice comune appaiono comunque nel complesso più significativi di quelli che nell'ordinamento italiano consentono il sindacato incidentale dello stesso giudice sull'atto amministrativo e la conseguente disapplicazione dell'atto. Ciò è riscontrabile almeno in astratto, poiché concretamente, come si è visto, i presupposti su cui il giudice comune può fondare una estensione dei propri poteri sono variegati e dal contenuto ad alto tasso di vaghezza.

L'*eccezione di illegittimità* è inoltre consentita[79], *per gli atti regolamentari, senza subordinazione a termine di decadenza*[80] e, per gli *altri atti*, nello stesso *termine di decadenza* cui è subordinata l'impugnazione[81], *anche nell'ambito del giudizio*

---

[76] In termini di inesistenza o per la più intensa c.d. *voie de fait*. Per un contributo alla distinzione, in base all'analisi della giurisprudenza e degli studi sul tema, fra le tre forme di invalidità riferibili agli atti amministrativi, si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit.

[77] Si v. MARCHETTI B., *Il potere di disapplicazione del giudice civile nell'analisi di Aldo Travi*, in corso di pubblicazione negli Studi in onore di Aldo Travi, 2022.

[78] Si v. MARCHETTI B., *Il potere di disapplicazione del giudice civile nell'analisi di Aldo Travi*, cit.

[79] Come si ricava dall'art. R312-3 del *Code de justice administrative*, che riferisce alla competenza del giudice amministrativo ogni domanda anche interlocutoria o indiretta riconducibile all'ambito della sua giurisdizione.

[80] Si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 642, e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: Conseil d'Ètàt, 29 maggio 1908, n. 25488.

[81] Per un approfondimento sulla giurisprudenza che estende il rimedio anche ad atti diversi da quelli regolamentari, purché il termine per la loro impugnazione non sia spirato o sia ancora pendente un ricorso finalizzato alla loro rimozione, si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit. Per un approfondimento sulla utilità dell'eccezione di illegittimità dell'atto non

ISSN 2036-7821

amministrativo finalizzato all'annullamento di atto connesso a quello per la cui contestazione è sollevata. In questa fattispecie il legame fra atto regolamentare e atto di cui è chiesto l'annullamento si connota normalmente in termini tali per cui l'illegittimità dell'atto non regolamentare deriva dalla illegittimità del regolamento[82].
Le due fattispecie della proponibilità nel termine di decadenza o in ogni tempo si possono però distinguere anche in base alla *idoneità dell'atto a costituire posizioni di vantaggio in capo ai destinatari*: in questa ipotesi l'eccezione è infatti preclusa dalla intercorsa decadenza per esigenze di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento. Oppure è individuata nella inidoneità dell'atto a determinare tali posizioni, nel qual caso l'eccezione è consentita, non ostandovi le predette ragioni. Per la contestazione di atti particolari fondativi di vantaggi il rimedio di tutela in via incidentale viene dunque escluso quando siano spirati i termini per la contestazione in via diretta, proprio al fine di evitare l'elusione di tali termini attraverso la tutela incidentale postuma. Viene inoltre escluso per la contestazione di vizi di forma o procedimentali[83]. I due tipi di azioni - in via diretta o indiretta - sarebbero tuttavia concorrenti per gli atti regolamentari immediatamente lesivi[84].
Concretamente questa distinzione non corre però esattamente lungo il confine che separa gli atti regolamentari dagli altri atti amministrativi, sicché in alcuni casi il trattamento degli atti amministrativi non regolamentari è stato accomunato, per questo profilo, al regime degli atti regolamentari.
L'accoglimento dell'eccezione impedisce l'applicazione dell'atto limitatamente al caso deciso, non comportandone l'annullamento.
Rispetto a questo scenario la giurisprudenza si divide sugli effetti della disapplicazione del regolamento, a esempio con riferimento alla eventuale riviviscenza della disciplina previgente. Si divide tuttavia soprattutto sulla idoneità della decisione di definizione dell'eccezione a essere interessata dal giudicato. La posizione favorevole e sostanzialista del g.o. si contrappone infatti di regola a quella contraria e più formalista del g.a.[85], sebbene in alcuni casi pure il giudice amministrativo abbia affermato che la dichiarazione giudiziale di illegittimità dell'atto vincola l'amministrazione all'adozione delle misure conseguenti anche

---

regolamentare nonostante la subordinazione a termine di decadenza, nel senso che il rimedio consentirebbe di contestare anche atti in relazione ai quali potrebbe non essere rintracciato un interesse tale da giustificare una azione di annullamento, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 642.

[82] Sul tipo di legame fra atto regolamentare e atto non regolamentare ritenuto adeguato a giustificare una eccezione di legittimità, si v. Conseil d'Ètàt, 30 dicembre 2013, n. 367615, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 643 ss.

[83] Si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 642, e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: Conseil d'Ètàt, 18 maggio 2018, n. 414583.

[84] Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, cit, e ivi gli ulteriori riferimenti.

[85] Per un approfondimento, si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti.

ISSN 2036-7821

quando pronunciata in via indiretta[86].

A questi temi e a questi esiti si correla anche il *potere di autotutela dell'amministrazione*[87], il quale può essere soggetto a termine di svolgimento o essere esercitabile in ogni tempo. Può inoltre avere efficacia retroattiva oppure *ex nunc*. Può infine essere facoltativo o doveroso, oppure discrezionale o vincolato. La soggezione a termine di esercizio o la esercitabilità in ogni tempo, l'efficacia retroattiva o *ex nunc*, e infine la facoltatività/doverosità o discrezionalità/vincolatezza, dipendono però da alcune variabili, ossia dalla natura giuridica regolamentare o non regolamentare dell'atto che ne forma oggetto, dalla circostanza che esso sia o non sia illegittimo, e infine dal fatto che esso attribuisca o non attribuisca vantaggi ai destinatari.

La disciplina attuale è ricavabile prevalentemente al *Code des relations entre le public et l'administration*, in vigore dal 2016.

Il Codice (artt. 241 ss.) si occupa del ritiro, con efficacia retroattiva oppure *ex nunc*, dei propri *atti unilaterali* da parte dell'amministrazione, e non solo o sempre per motivi di legittimità.

In questi termini la *rimozione* è in primo luogo *consentita, con qualsiasi tipo di efficacia e in ogni tempo*, laddove gli atti siano *fondati su una condotta fraudolenta del destinatario*.

Il ritiro degli *atti favorevoli* è invece di regola precluso, a eccezione dell'ipotesi in cui essi siano *illegittimi, potendosi* in tal caso procedere alla loro rimozione nel termine di *quattro mesi* dalla adozione.

Per gli *atti che non attribuiscono vantaggi* ai destinatari il *ritiro* con efficacia *ex nunc* o la *modifica possono* al contrario essere realizzati *senza particolari limiti* di tempo o relativi a condizioni legittimanti, fatta salva l'applicazione delle misure transitorie nelle fattispecie di cui all'art. 221 c. 6. Tali atti *possono* invece essere *annullati* con efficacia *ex tunc* solo se *illegittimi* e nel termine di *quattro mesi* dalla loro adozione, a prescindere dalla natura regolamentare[88].

L'amministrazione è tuttavia *tenuta a ritirare espressamente*, ma con efficacia *ex nunc*, gli *atti regolamentari illegittimi* e *gli atti privi di causa*, sia se i vizi siano originari sia se derivino da circostanze sopravvenute, nonché gli *atti non regolamentari non attributivi di vantaggi e divenuti illegittimi o privi di causa, per circostanze sopravvenute*. Fanno eccezione, con riferimento a ciascuna di tali ipotesi, gli atti per i quali la condizione di illegittimità sia cessata.

Per alcune categorie di *atti* il potere di *autotutela non* è quindi soggetto a *termini* di esercizio: il riferimento è agli fondati su condotte fraudolente, a quelli non attributivi di vantaggi e a quelli illegittimi.

---

[86] Si v. Conseil d'Ètàt, 27 maggio 2002, n. 227338, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 645.

[87] Si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

[88] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 441 ss., spec. 489 ss.

ISSN 2036-7821

Per gli *altri atti* la *intangibilità da parte dell'amministrazione* si verifica allo spirare di quattro mesi dalla loro adozione[89].
Ulteriore variabile è rappresentata dalla *natura e* dalle *caratteristiche del potere* amministrativo di ritiro, qualificato come doveroso e con effetti *ex nunc* solo quando abbia a oggetto regolamenti illegittimi, atti privi di causa e atti non attributivi di vantaggi né regolamentari divenuti illegittimi in via sopravvenuta. Negli altri casi il potere è invece qualificato come facoltativo nell'*an* e discrezionale nel contenuto. Solo in una parte di tali ipotesi alcune caratteristiche di efficacia o di contenuto del potere sono articolate diversamente: si tratta in particolare degli effetti *ex nunc* del ritiro in ogni tempo degli atti non attributivi di vantaggi, nonché degli effetti retroattivi del ritiro degli atti illegittimi non attributivi di vantaggi nel termine di quattro mesi dalla loro adozione.
L'ultima variabile riguarda i *presupposti del ritiro*, che in alcuni casi si riferiscono all'illegittimità e in altri ne prescindono. La possibilità di ritiro per motivi anche diversi dall'illegittimità è prevista in particolare per gli atti non attributivi di vantaggi. Negli altri casi l'illegittimità è invece precondizione di esercizio del potere.
Gli orientamenti giurisprudenziali hanno espresso e/o esprimono tuttavia molte oscillazioni sulla distinzione in concreto dei casi in cui sussisterebbe un obbligo di ritiro rispetto a quelli ove esisterebbe una mera facoltà di ritiro. Lo stesso è a dirsi in riferimento alle caratteristiche del termine di esercizio, definito o *sine die*, nonché dell'efficacia, retroattiva o *ex nunc*.
Per gli *atti non regolamentari attributivi di vantaggi* il ritiro *ex nunc* si ritiene inoltre subordinato alla adozione di *procedimento e* di *provvedimento speculari ma di segno contrario* rispetto a quelli con cui il vantaggio è stato determinato.

5. Poteri o prassi di disapplicazione in un sistema tendenzialmente e non integralmente monistico, già 'differentemente' integrato e recentemente 'disintegrato': l'ordinamento inglese.

Nell'ordinamento inglese il rimedio per attivare la contestazione indiretta dell'atto amministrativo è il c.d. *collateral challenge*, vale a dire una eccezione processuale che permette alla parte lesa da un provvedimento dell'amministrazione di contestarne la

[89] Vale a dire nello stesso termine previsto per il ricorso giurisdizionale o, al più tardi, entro il deposito degli atti conclusionali nel giudizio pendente, o nel diverso termine definito in sede giurisprudenziale, o entro la definizione di un eventuale ricorso non giurisdizionale in sede amministrativa. Per un approfondimento sul fondamento di tali conclusioni si v. SIMONATI A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, cit. In quest'ultimo caso, a differenza di quanto si è visto per l'ordinamento unionale, non si individuano preclusioni fra l'oggetto e i motivi del ricorso in sede amministrativa e l'oggetto e i motivi del ricorso in sede giurisdizionale, si v. Conseil d'Ètàt, 21 marzo 2007, n. 284586, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 304.

ISSN 2036-7821

validità davanti al giudice ordinario (*Court*), in sede civile o penale[90].
La contestazione in via di eccezione consente in sostanza al giudice ordinario di definire una questione pregiudiziale riguardante la validità dei poteri esercitati dall'amministrazione e incidenti però su diritti di natura privatistica (*private law rights*, *legal rights*).
Per definire l'esatta dimensione del rimedio occorre tuttavia stabilire in quali casi il giudice possa decidere sulla questione pregiudiziale e in quali altri casi sia invece necessario che sulla questione si pronunci il giudice competente a risolvere le controversie di diritto pubblico. Si è argomentato che ricorrerebbe la prima fattispecie nell'ipotesi di *esercizio*, da parte dell'amministrazione, *di potere di cui essa è priva*, e la seconda nell'ipotesi di *esercizio viziato di potere esistente*[91]. Tuttavia, in qualche caso, è emersa la tendenza a estendere il rimedio alle fattispecie in cui sarebbe astrattamente possibile contestare l'atto per chiederne l'annullamento[92].
Lo strumento per conseguire l'effetto demolitorio in sede giurisdizionale è la c.d. (*application for*) *judicial review of administrative action*, consistente nell'azione di annullamento degli atti amministrativi illegittimi dinanzi alla *Administrative Court*[93], quale sezione specializzata della *High Court*, che presta il primo livello di tutela giudiziale[94]. La disciplina dell'azione risale all'*Order* n. 53 del 1977 delle *Rules of Supreme Court*, successivamente oggetto di riforma da parte del *Senior Courts Act* nel 1981 e quindi delle *Civil Procedure Rules* nel 1998 e nel 2000[95]. La tutela va azionata in un termine relativamente breve, che in base ai casi può variare da uno a tre mesi[96], eventualmente prorogabili dalla Corte[97]. La tutela va inoltre azionata dopo aver

[90] Si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti: EMERY C., *Collateral Attack – Attacking* Ultra Vires *Action Indirectly in Courts and Tribunals*, in *Modern Law Review*, 1993, vol. 56, 643 ss.

[91] Si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.

[92] Si v. House of Lords, 2 aprile 1998, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 639 ss., spec. 641, e ivi anche riferimenti all'eventuale esito di annullamento che potrebbe conseguire al rimedio ("any ground of challange available in a direct action is available to a claimant bringing a collateral challange"; "if the indirectly challanged decisioni is invalid, it will be quashed").

[93] Per un approfondimento si v. DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Cedam, Padova, 2005, 303 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti; PERROUD T., *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 16 ss.

[94] Per un approfondimento si v. ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 53 ss.

[95] Per un approfondimento si v. DE PRETIS D., *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, in FALCON G. (a cura di), *Il diritto amministrativo dei paesi europei*, Cedam, Padova, 2005, 303 ss.; PERROUD T., *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, cit.

[96] Si v. MARCHETTI B., *Il potere di disapplicazione del giudice civile nell'analisi di Aldo Travi*, cit.

[97] Per un riferimento alla giurisprudenza che ricollega la derogabilità alla gravità del vizio riscontrato, si v. PELLIZZARI S., *La stabilità e la contendibilità del provvedimento amministrativo nell'esperienza inglese*, in FALCON G. – DE

ISSN 2036-7821

ottenuto l'autorizzazione a procedere, ossia il c.d. *locus standi* della Corte Suprema, per la valutazione della sussistenza del c.d. *sufficient interest* ad agire. L'autorizzazione può a sua volta estendersi all'acquisizione e all'esame di documenti nonché all'escussione della controparte e/o dei testi. Sebbene l'esito tipico della *judicial review* sia l'annullamento (*certiorari*), consentito anche con efficacia *ex nunc* ove lo giustifichino significative ragioni di interesse pubblico[98], la parte può chiedere all'autorità giurisdizionale di assumere le decisioni più adeguate alla tutela della propria posizione soggettiva, a esempio in caso di omissioni dell'amministrazione. Sono infatti consentite anche pronunce di condanna - pure nella forma delle ingiunzioni a fare, c.d. *mandatory injunctions* -, pronunce dichiarative - pure in assenza di un contenzioso pendente[99] -, pronunce di accertamento o inibitorie - pure nella forma delle ingiunzioni a *non* fare, c.d. *prohibitory injunctions*[100]. La condanna al risarcimento del danno nell'ambito della *judicial review* non è tuttavia autonoma dall'azione di annullamento[101].

Alcune di tali decisioni possono anche essere assunte in sede cautelare, consentendo gli artt. 37 del *Senior Court Act 1981* e 25.1 delle *Civil Procedure Rules* l'adozione di misure provvisorie, incondizionate o condizionate[102], anche *ante causam*, dal contenuto dichiarativo oppure disponenti ingiunzioni di fare o di non fare. L'art. 54.10 delle *Civil Procedure Rules* consente inoltre al giudice di disporre la sospensione cautelare degli atti cui il contenzioso si riferisce.

La *judicial review* è considerata lo strumento di tutela principale avverso gli atti dell'amministrazione, nel senso che il *collateral attack* non è ritenuto utilizzabile quando ciò determini l'elusione dei termini per l'azione dinanzi alla Sezione specializzata per le controversie di diritto pubblico e quando il rimedio di *public law*,

---

PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 95 ss.

98 Si v. Supreme Court, 4 febbraio 2010, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 555 ss., 561.

99 In questo caso la pronuncia sarebbe essenzialmente orientata a dissolvere situazioni di incertezza, orientando pertanto in una determinata direzione le condotte future, si v. High Court (Queen's Bench Division), 24 giugno 1999, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 171 ss., 605 ss. Le ingiunzioni *ante causam* possono peraltro essere pronunciate anche con finalità cautelari, rappresentando anzi questa la fattispecie più diffusa, fondata sull'art. 25.1 delle *Civil Procedure Rules*.

100 Si v. la *section* 31 del *Senior Courts Act* del 1981, gli artt. 54.2 e 54.3 *delle Civil Procedure Rules*, nonché gli ulteriori riferimenti, anche giurisprudenziali, presenti in ELIANTONIO M. – GRASHOF F., *Types of administrative action and corresponding review*, e in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, ambedue in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 171 ss., 593 ss.

101 Si v. la *section* 31 del *Senior Courts Act* del 1981, gli artt. 54.2 e 54.3 *delle Civil Procedure Rules*, nonché gli ulteriori riferimenti, anche giurisprudenziali, presenti in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 616 ss.

102 Una delle condizioni normalmente poste alla concessione della misura consiste nel pagamento di una cauzione di entità proporzionale al valore della controversia, si v. *Privy Council*, 13 agosto 2003, in CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 665 ss.

ISSN 2036-7821

in astratto esistente, sarebbe stato in concreto quello più adatto a proteggere la posizione del cittadino, qualificabile come *public law right* in quanto correlata a un *potere discrezionale*. L'obiettivo è di preservare la condizione di stabilità che l'atto amministrativo acquisisce dopo lo spirare del termine per l'annullamento giurisdizionale, e quindi di preservare, tramite essa, la certezza del diritto.
In particolare, per la contestazione di atti individuali fondativi di posizioni della specie dei c.d. *public law rights*, il rimedio di tutela in via indiretta si ritiene quindi precluso quando siano spirati i termini per la contestazione in via diretta, proprio al fine di evitare l'elusione della decadenza processuale attraverso la tutela incidentale postuma. I due tipi di azioni sono ritenuti invece concorrenti per gli atti regolamentari direttamente lesivi[103].
I criteri di riparto fra i due rimedi manifestano pertanto più di una affinità con il contesto dell'ordinamento italiano.
Le forme di invalidità dell'atto amministrativo sono a loro volta articolate in due livelli di gravità, che rilevano per l'accesso agli strumenti di tutela disponibili.
Il più intenso è rappresentato dalla fattispecie dell'atto adottato in assenza di potere a emanarlo: l'atto è considerato *ab origine* inefficace. L'invalidità riscontrabile in questo caso corrisponde però a una sorta di nullità impropria (*voidness*), contestabile anche con pronuncia dichiarativa secondo un regime di legittimazione attiva limitata e in un termine specifico, trascorso il quale l'atto si intende consolidato.
Il più lieve è costituito dalla fattispecie degli atti assunti in violazione delle regole sostanziali e/o formali previste per la loro emanazione (*procedural impropriety*), ma a fronte di un potere esistente, che li rende comunque efficaci sino alla eventuale rimozione. Questa forma di invalidità si articola a sua volta sulla base dei vizi specifici che possono determinarla, i quali consistono nella *incompetenza*, nel *difetto di ragionevolezza*[104] e nei *vizi procedurali*[105].
In presenza dei vizi del primo tipo (*voidness*) le autorità giurisdizionali possono tuttavia intervenire, anche nelle forme del *collateral attack*, cui si aggiungono ulteriori modalità di tutela in grado di produrre esiti diversi, come la dichiarazione di nullità o l'annullamento retroattivo, talvolta anche parziale.
Nel corso del tempo questa ripartizione ha però risentito anche di una tendenza manifestata soprattutto dalle Corti, e consistente nella propensione a includere i vizi legati all'esercizio sostanziale o formale del potere nel vizio più grave della invalidità

[103] Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'impugnazione degli atti normativi da parte dei privati nell'art. 263 TFUE*, cit, e ivi gli ulteriori riferimenti.
[104] Cui è riconducibile anche il difetto di proporzionalità.
[105] Per un approfondimento, si v. PELLIZZARI S., *La stabilità e la contendibilità del provvedimento amministrativo nell'esperienza inglese*, in FALCON G. – DE PRETIS D. (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Padova, Cedam, 2011, 95 ss.

ISSN 2036-7821

amministrativa per assenza di potere[106]. Ciò ha prodotto l'ulteriore effetto della estensione delle maglie della tutela giurisdizionale.
In presenza dei vizi di tipo più lieve, l'atto può essere, in base ai casi, revocato o annullato, ma esclusivamente dall'autorità amministrativa. Può essere invece sindacato anche dall'autorità giurisdizionale quando il vizio risulti palese dal tenore testuale dell'atto. Tuttavia il *Criminal Justice and Courts Act* (2015), facendo seguito a una tradizione giurisprudenziale, ha introdotto limitazioni per l'accesso alla *judicial review* rispetto ad atti affetti da vizi di forma nei casi in cui il contenuto della decisione amministrativa non avrebbe potuto essere diverso da quello adottato[107].
L'annullamento *in sede amministrativa* non è peraltro soggetto a termini di esercizio, ma semplicemente condizionato al bilanciamento fra l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto e l'affidamento dei privati alla sua stabilità[108], principalmente per i casi di ritiro dovuti a ragioni di opportunità, piuttosto che di legittimità. Un bilanciamento sostanzialmente analogo si pone alla base della diversa efficacia degli atti di ritiro per motivi di opportunità, che producono effetti *ex nunc*, nonchè di quelli di ritiro per ragioni di legittimità, che invece producono effetti *ex tunc*.
La via amministrativa di revisione del potere esercitato non è generalmente configurata quale precondizione di accesso alla tutela giurisdizionale. Solo in alcuni specifici casi l'uso di rimedi di revisione/contestazione del potere amministrativo dinanzi all'amministrazione è condizione di accesso alla tutela giurisdizionale.
Il sistema del contenzioso dinanzi alle autorità amministrative nel corso del tempo è stato peraltro modificato per incrementarne l'effettività, anche in una prospettiva di accrescimento della terzietà, dell'imparzialità e dell'indipendenza dell'autorità giudicante. Le riforme non hanno tuttavia prodotto risultati del tutto appaganti rispetto agli obiettivi[109].

6. Overview sulla disapplicazione giurisdizionale degli atti amministrativi nei sistemi esaminati.

Si può a questo punto tentare di rispondere all'interrogativo sull'esistenza di eventuali modelli di disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento

[106] Per un approfondimento, si v. SORACE D., *Il principio di legalità e i vizi formali dell'atto amministrativo*, in www.astrid-online.it, 2008, e ivi gli ulteriori riferimenti.

[107] Per un approfondimento, si v. HERING L., *I vizi procedurali nella disciplina giuridica dell'amministrazione diretta dell'Unione europea, fra correzione e irrilevanza*, in *Riv. inter. dir. amm. pubb.*, n. 2, 2021, e ivi gli altri riferimenti. Per un ulteriore approfondimento su alcuni dei casi in cui ciò sarebbe consentito, si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, cit., 573 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

[108] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

[109] Per un approfondimento si v. PERROUD T., *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, cit.; ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 53 ss.

ISSN 2036-7821

unionale, nonché sulle relative caratteristiche, sul rapporto fra tali modelli e gli ulteriori ordinamenti oggetto della comparazione, e quindi sulle relazioni che in tali contesti si rintracciano fra le peculiarità dei sistemi di tutela avverso l'attività amministrativa e la rilevanza della disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice e della p.a. Il tutto anche al fine di valutare il se l'analisi di tali sistemi possa essere utile alla comprensione di quello domestico e al dissolvimento di qualche opacità ivi rinvenibile.

Il principale strumento che nell'*ordinamento unionale* consente la disapplicazione giudiziale di alcuni atti delle istituzioni comunitarie è dunque il *rimedio previsto dall'art. 277 Tfue*, il quale in parte corrisponde al modello definitosi nell'*ordinamento interno* e in parte se ne discosta.

Le *affinità* consistono, come desumibile anche dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, nelle *conseguenze* della disapplicazione, nei suoi *presupposti*, in *alcune* sue *condizioni* di ammissibilità, e infine in alcune sue *caratteristiche*. Le *conseguenze* consistono nella devitalizzazione degli effetti dell'atto limitatamente al caso deciso. I *presupposti* sono riconducibili alla invalidità dell'atto, in questo caso per uno dei vizi codificati dall'art. 263. Le principali *condizioni* di ammissibilità si riferiscono alla necessità di qualche legame fra l'atto generale disapplicabile e quello oggetto del giudizio, nonché all'irrilevanza dell'eventuale estinzione del termine per chiedere l'annullamento dell'atto in sede giurisdizionale. Le *caratteristiche* peculiari consistono infine nella natura incidentale della domanda e della pronuncia, nonché nella inidoneità della decisione a stabilizzarsi nel giudicato.

Le principali *differenze* fra la fattispecie fondata sull'art. 277 e l'ordinamento interno riguardano invece la tipologia degli atti disapplicabili, che dal Tfue è circoscritta ai soli atti generali rilevanti per la definizione del giudizio pendente, a prescindere però dalla natura legislativa o amministrativa di tali atti. Il parametro per definire l'oggetto dell'art. 277 resta infatti l'art. 263, il quale a sua volta si riferisce a tutti gli atti legislativi, agli atti vincolanti del Consiglio, della Commissione e della Bce, nonché agli altri atti delle istituzioni unionali destinati a produrre effetti giuridici nei confronti di terzi. Tali atti consistono in quelli vincolanti e definitivi, o comunque lesivi, con la sola esclusione dei contratti, come precisato dalla Corte di giustizia.

Nell'ordinamento interno il potere di disapplicazione a fondamento legislativo, che si riferisce al solo giudice ordinario e in parte a quello tributario, riguarda invece unicamente gli atti amministrativi, di regola a prescindere dalla loro natura anche normativa. La disapplicabilità a fondamento giurisprudenziale ha invece un oggetto più ampio, specialmente se giustificata dalla anticomunitarietà: in quest'ultimo caso riguarda innanzi tutto gli atti legislativi, poi quelli amministrativi di tipo normativo, talvolta anche gli altri atti amministrativi - non solo generali - e finanche le decisioni giurisdizionali stabilizzate dal giudicato. A prescindere dalla natura del vizio, il

ISSN 2036-7821

potere disapplicativo viene inoltre esteso ad altri giudici, come il g.a. e il giudice tributario, ma in fattispecie diverse da quelle normativamente previste, e dunque in via pretoria. La presenza di un vizio di anticomunitarietà incide invece sull'oggetto della disapplicazione, che in questa ipotesi si riferisce in primo luogo alle norme primarie, attraverso queste anche a quelle secondarie, e infine agli altri atti amministrativi, per il tramite delle norme secondarie, ma in un numero limitato di fattispecie. Gli altri vizi rappresentano invece il presupposto per la disapplicazione degli atti amministrativi, in base ai casi di ogni tipo, oppure solo generali e/o normativi.

Altra differenza rispetto all'ordinamento interno, pur se di minore impatto rispetto a quelle già indicate, consiste nella idoneità della eccezione di disapplicazione, legittimata dalla Corte di giustizia, a consentire anche pronunce dichiarative della nullità o dell'inesistenza dell'atto. Questo esito è più coerente rispetto a quello della disapplicabilità degli atti nulli rinvenibile nell'ordinamento nazionale.

La legittimazione attiva si riferisce infine a tutte le parti di eventuali giudizi pendenti dinanzi ai giudici unionali, sebbene in alcuni casi la Corte l'abbia esclusa per quanti non abbiano proposto una azione di annullamento pur essendovi legittimati, e in altri l'abbia però ammessa anche per i ricorrenti privilegiati, affermando a esempio la complementarità fra azione di annullamento ed eccezione di disapplicazione.

Invece nell'ordinamento interno le fonti normative del potere ne enfatizzano soprattutto la titolarità in capo alla autorità giurisdizionale, piuttosto che la legittimazione attiva di parte collegata al principio della domanda, tant'è che la giurisprudenza sostiene anche la sua esercitabilità d'ufficio. Inoltre il potere di annullamento in sede giurisdizionale talvolta si aggiunge - su base normativa o giurisprudenziale - a quello di disapplicazione nella stessa sede; talaltra è al contrario ritenuto - in via interpretativa - escludente rispetto alla disapplicabilità.

Come si è visto, nel contesto unionale la disapplicabilità degli atti può ritenersi tuttavia praticabile, a prescindere dall'art. 277, anche sulla base della circostanza che l'*art. 264*, consentendo al giudice comunitario di precisare gli effetti dell'atto annullato da considerarsi definitivi, sembri anche ammettere una sorta di *annullamento parziale*. La stessa Corte di giustizia consente del resto forme di annullamento con effetti temporalmente, soggettivamente od oggettivamente limitati, in specie per gli atti scindibili e in presenza di ragioni a sostegno della tutela dell'affidamento nella stabilità dell'atto. In questo scenario emerge una sostanziale assimilabilità fra annullamento parziale e disapplicazione, almeno con riferimento agli effetti.

Qualche legame con alcuni effetti almeno sostanzialmente disapplicativi si può rintracciare anche nel rimedio del *rinvio pregiudiziale c.d. di validità* fondato sull'art. 267 Tfue. Esso consente infatti alle autorità giurisdizionali nazionali, o richiede alle

ISSN 2036-7821

autorità giurisdizionali nazionali di ultima istanza di rivolgersi in via pregiudiziale alla Corte di giustizia quando una pronuncia sulla validità degli atti delle istituzioni dell'Unione sia necessaria alla risoluzione di un conflitto pendente dinanzi al giudice interno. Per i giudici di ultima istanza l'obbligo è escluso dalla sola circostanza che sulla questione la Corte si sia già espressa in altro contesto. In questo ambito la decisione della Corte ha efficacia *erga omnes*, e produce pertanto nella sostanza effetti equiparabili a quelli di un giudicato di annullamento - anche rispetto alla attività conformativa delle amministrazioni pubbliche -, se dichiarativa della invalidità dell'atto. Il rimedio può dunque risultare, in concreto, particolarmente funzionale a garantire l'effettività alla tutela del ricorrente nei casi in cui l'azione di annullamento dell'atto non possa essere proposta, a esempio per difetto di legittimazione. L'effettività è a sua volta correlabile alla circostanza che, come pare potersi ritenere, una pronuncia pregiudiziale sulla invalidità dell'atto dell'Unione legittimi il giudice interno a disapplicarlo: si tratterebbe però di una estensione dei poteri disapplicativi dei giudici nazionali, piuttosto che di una ulteriore fattispecie di disapplicabilità dell'atto comunitario da parte del giudice unionale.

Anche l'obbligo degli apparati dell'Unione, fondato sull'art. 266 Tfue, di conformarsi alle decisioni giurisdizionali che abbiano annullato i loro atti o censurato la loro inattività, potrebbe astrattamente correlarsi alla necessità o alla opportunità di disapplicare atti non direttamente travolti o interessati dal sindacato svolto, ma la cui attuazione sia ostativa a realizzare l'assetto di interessi che la decisione giurisdizionale ha inteso tutelare. Per questa via il potere disapplicativo si estenderebbe alle istituzioni unionali diverse da quelle giurisdizionali.

L'obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giurisdizionali può inoltre assumere rilievo in relazione agli artt. 268 e 340, che attribuiscono al giudice unionale la giurisdizione sulle *controversie risarcitorie* introdotte per i danni arrecati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle rispettive funzioni. Il rilievo si apprezza in particolare ove si consideri che, in via di principio, la Corte di giustizia afferma l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento dell'atto lesivo, pur potendo una domanda risarcitoria essere proposta nell'ambito di una azione di annullamento. La Corte precisa tuttavia che tale autonomia si riferisce ai soli casi in cui la domanda risarcitoria si fondi su ragioni diverse e ulteriori rispetto alla illegittimità dell'atto, poiché, diversamente, si consentirebbe l'elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento. Tale limite non viene però riferito a quegli atti, almeno generali o anche normativi, rispetto ai quali le persone fisiche o giuridiche non sarebbero titolari di una azione di annullamento, per difetto del requisito di legittimazione attiva consistente nella circostanza che l'atto oggetto di contestazione le riguardi direttamente e individualmente. In questi casi l'illegittimità dell'atto lesivo viene solo

ISSN 2036-7821

accertata incidentalmente: può pertanto emergere il tema della disapplicazione dell'atto lesivo nel giudizio risarcitorio proposto autonomamente rispetto a quello impugnatorio.

Dall'analisi svolta si ricavano alcuni rapporti di contaminazione fra gli ordinamenti esaminati. Tali rapporti sono evidentemente dovuti anche al processo di integrazione europea, nonostante il parziale arresto dovuto alla disintegrazione provocata dalla Brexit.

La contaminazione è idonea pertanto a coinvolgere anche l'ordinamento italiano, e si rintraccia prima di tutto in alcune caratteristiche del modello di tutela avverso l'azione amministrativa edificato *nell'ordinamento francese*.

Qui la giurisprudenza del Consiglio di Stato ammette *l'annullamento degli atti amministrativi da parte del g.a.*, pure con efficacia temporalmente e/o oggettivamente *parziale*. Ciò può evidentemente riflettersi anche su una limitazione soggettiva e/o oggettiva dell'efficacia dell'atto e produrre nella sostanza conseguenze assimilabili a quelle di una disapplicazione. Come si è visto, tale meccanismo trova delle corrispondenze nell'ordinamento dell'Unione. Esso trova peraltro una corrispondenza anche in quello italiano, ove il g.a. ammette l'annullamento parziale.

Sono invece peculiari del sistema francese le *modalità individuate dal Consiglio di Stato per reagire ai vizi procedimentali o di forma* dell'atto amministrativo. Queste modalità consistono nel potere del giudice di modificare l'atto, emendandone i vizi formali e preservandone il contenuto sostanziale che non avrebbe potuto essere diverso da quello già adottato, purché sia assicurato il diritto di difesa dell'interessato. Anche le caratteristiche di tale potere sembrano idonee a includere qualche forma di disapplicazione nel loro concreto svolgimento.

Pure la *giurisdizione che il g.a. può esercitare sugli atti riconducibili ai procedimenti di procedimenti*[110] sembra idonea a estendersi ai poteri disapplicativi. Ciò si apprezza in particolare ove si consideri che al giudice è consentito sindacare tali atti a prescindere dall'esistenza di una domanda per il loro annullamento e dalla avvenuta estinzione del termine per impugnarli, ma nel corso del giudizio di annullamento avverso il provvedimento rispetto al quale essi rappresentano un presupposto necessario. E comunque con salvezza delle posizioni di vantaggio acquisite dai terzi sulla base degli atti antecedenti. Quando il sindacato dell'atto presupposto è ammesso in questi termini, l'eventuale decisione assunta con riguardo all'atto presupponente potrà quindi fondarsi anche sulla disapplicazione di quello che lo precede e lo fonda nella sequenza procedimentale. L'analisi svolta consente di rilevare che pure questo meccanismo trova delle corrispondenze nell'ordinamento dell'Unione sia. In quello italiano la disapplicazione degli atti amministrativi presupposti è potere attribuito espressamente al g.o. e in alcuni casi anche a quello tributario, ma è spesso praticato

[110] Si tratta delle c.d. operazioni amministrative complesse.

ISSN 2036-7821

anche dal g.a. in via pretoria.
Nel sistema francese qualche spazio per la disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo sembra inoltre ricavabile dalla disciplina dell'*eccezione di illegittimità dell'atto lesivo e definitivo*, pur se attributivo di vantaggi a terzi. L'eccezione è proponibile *nell'ambito del giudizio risarcitorio di responsabilità extracontrattuale instaurato in via autonoma* rispetto all'azione di annullamento. In questo scenario può infatti rilevare il tema della necessità e/o della possibilità di disapplicare il provvedimento per l'accesso alla pronuncia di condanna.
Negli stessi termini in cui è ammessa con riferimento alle operazioni amministrative complesse, *l'eccezione di illegittimità* è proponibile *per gli atti antecedenti e connessi rispetto a quelli di cui si domandi al g.a. la dichiarazione di nullità o di inesistenza*.
Essa è inoltre consentita *quando la cognizione sulla legittimità dell'atto sia indispensabile per la definizione di un giudizio ordinario, con riferimento al quale il giudice comune sia* tuttavia *sprovvisto di giurisdizione sull'atto amministrativo*: l'eccezione di illegittimità è ammessa sempre in ogni tempo, ma nella forma del *rinvio pregiudiziale al giudice competente*. In fattispecie come queste il giudice ordinario deve *sospendere* il giudizio e rimettere la cognizione dell'atto al *giudice amministrativo*, affinché questi si pronunci *in via incidentale sull'eccezione*. Qui la pronuncia del giudice amministrativo avrà natura dichiarativa[111]: sembra pertanto potersi ritenere che al giudice comune sia consentito disapplicare l'atto dichiarato illegittimo, per la risoluzione del contenzioso pendente in sede civile, ove necessario. Questo tipo di rinvio pregiudiziale è pressoché sconosciuto all'ordinamento italiano, se si escludono alcuni orientamenti relativi al dovere della Corte dei conti di sospendere il giudizio in attesa che il g.a. si pronunci su questione pregiudiziale estranea alla giurisdizione contabile[112]. Il rinvio pregiudiziale così conformato è estraneo anche all'ordinamento unionale, ove il ricorso pregiudiziale riguarda invece il rapporto fra la Corte di giustizia e i giudici nazionali, e ha pertanto una declinazione 'esterna'.
In alcuni casi il sistema francese consente però anche al *giudice ordinario di pronunciarsi direttamente sulla eccezione di illegittimità*. Sembra che qui il g.o. possa ritenersi competente a disapplicare l'atto, in costanza dell'accertamento di una invalidità. Il sindacato sull'eccezione si può peraltro svolgere solo alla presenza di condizioni particolarmente stringenti. Tali condizioni consistono nell'osservanza delle regole di riparto della giurisdizione, nella necessità di estendere il sindacato a un atto regolamentare, oppure di estenderlo a un atto individuale viziato in termini di nullità o inesistenza, o ancora nella presenza di un orientamento giurisprudenziale

[111] Per un approfondimento si v. CHEVALIER E., *Remedies and consequences of Court decisions*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit., 608 ss.
[112] Per un sintetico riferimento a tali orientamenti si v. C. conti, sez. giurisd. reg. Lazio, 8 febbraio 1997, n. 32, in *Riv. C. conti*, n. 2, 1997, 165; Id., sez. giurisd. reg. Lombardia, 20 novembre 2006, n. 649, in *Foro amm.*, n. 11, 2006, 3703.

ISSN 2036-7821

consolidato sul contenuto dell'eccezione, e infine nell'incidenza dell'atto su un diritto di proprietà o su una libertà del cittadino. Nell'ordinamento italiano il potere di disapplicazione del giudice ordinario è invece più esteso, applicandosi solo il primo e l'ultimo dei limiti suindicati, e peraltro con qualche oscillazione. Invece nell'ordinamento comunitario l'unicità della giurisdizione esclude la comparabilità dei sistemi o una particolare utilità della comparazione.

Ma nel sistema francese *l'eccezione di illegittimità* può anche essere sollevata *direttamente dinanzi al giudice amministrativo nell'ambito di un giudizio di annullamento*: la fattispecie è quella nella quale l'eccezione si riferisce all'atto presupposto e la richiesta di annullamento a quello che ne rappresenta l'attuazione. L'analisi giurisprudenziale denota tuttavia che la disciplina si differenzia sulla base delle due variabili della natura dell'atto oggetto dell'eccezione oppure del suo contenuto.

Secondo il criterio della *natura dell'atto*, l'eccezione è ritenuta infatti proponibile in ogni tempo per i regolamenti e invece nel termine di impugnazione per gli altri atti amministrativi.

In base al criterio del *contenuto dell'atto*, è al contrario ritenuta proponibile nel termine di decadenza per l'annullamento di atti attributivi di vantaggi, e in ogni tempo per atti dal contenuto diverso. In ciascuno dei casi gli esiti dell'accoglimento dell'eccezione sono integralmente equiparabili a quelli di una disapplicazione, devitalizzandosi gli effetti dell'atto limitatamente al caso deciso senza determinarne l'annullamento. La giurisprudenza torna invece a dividersi sulla idoneità della decisione di definizione dell'eccezione a stabilizzarsi con il giudicato, poiché alla posizione prevalentemente sostanzialista e favorevole del g.o. tende a contrapporsi quella più formalista e contraria del g.a.

Invece nell'*ordinamento italiano* la disapplicabilità degli atti amministrativi da parte del g.a. è più diffusamente ammessa per quelli normativi, meno per quelli generali ma concreti, e più raramente ancora per quelli individuali. In ciascuno dei tre casi la disapplicabilità non è però subordinata a termine di decadenza, tant'è che spesso la si esclude in base all'esistenza proprio di un potere di annullamento giurisdizionale da esercitarsi in un termine di decadenza, il quale a sua volta sarebbe eluso dalla ammissibilità della disapplicazione in ogni tempo.

Con riferimento al *contesto comunitario* l'unicità della giurisdizione consente invece di fare integrale rinvio alle considerazioni già esposte sul rimedio di cui all'art. 277 Tfue.

Nel *sistema francese* il potere disapplicativo può inoltre trovare spazio laddove al *giudice* sia concesso di accordare *la tutela cautelare in forme atipiche*. Tali fattispecie si riferiscono alla necessità di proteggere le libertà fondamentali seriamente compromesse dall'esercizio dell'azione amministrativa. In questo ambito il carattere interinale delle misure adottabili finisce tuttavia per assimilare una eventuale

ISSN 2036-7821

disapplicazione a un atto di sospensione, come si può del resto osservare anche per l'atipicità dei poteri cautelari sia del giudice sia dell'amministrazione nell'ordinamento italiano.

Invece il sistema del *Regno Unito* si avvicina a quello dell'Unione per la sua prevalente riconducibilità ai modelli di tutela avverso l'amministrazione a connotazione monistica, a differenza di quelli italiano e francese; se ne discosta tuttavia per il tasso di integrazione europea di intensità più debole sin dalle origini, e successivamente interrotto e invertito dalla Brexit.

In questo contesto il c.d. *collateral challenge/attack* permette alla parte lesa da un provvedimento dell'amministrazione di contestarne in via pregiudiziale la validità in via di eccezione davanti al giudice ordinario, se l'atto incide su diritti di natura privatistica. Il principale aspetto problematico riguarda la distinzione delle fattispecie in riferimento alle quali l'eccezione è ammessa da quelle in cui al contrario sulla questione di legittimità debba pronunciarsi la sezione specializzata competente a risolvere le controversie di diritto pubblico, disponendo l'annullamento dell'atto in sede di *judicial review*. Le fattispecie del primo tipo sono di regola ricondotte a ipotesi di inesistenza del potere amministrativo. Quelle del secondo tipo sono riconducibili a ipotesi di cattivo uso del potere esistente.

In via generale il *collateral attack* non è ritenuto utilizzabile per atti che sarebbero o sarebbero stati contestabili tramite la *judicial review*, evidentemente al fine di evitare l'elusione del termine di decadenza previsto per l'azione di annullamento. Per i soli atti regolamentari direttamente lesivi i due strumenti di tutela sarebbero invece concorrenti. La distinzione fra tali rimedi induce a ritenere che il *collateral attack* comporti la semplice disapplicazione dell'atto limitatamente al caso deciso, pur se l'eccezione dovrebbe condurre a una mera pronuncia dichiarativa dell'inesistenza e/o della nullità e/o comunque della improduttività di effetti giuridici da parte dell'atto quando siano riscontrabili vizi particolarmente gravi.

Nell'*ordinamento italiano* la disapplicabilità degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario è invece più diffusamente ammessa; lo stesso è a dirsi per il *sistema unionale* a giurisdizione unica; nel *sistema francese* la disapplicabilità degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario è invece soggetta a condizioni stringenti, tant'è che il g.o. è tenuto a sospendere il giudizio nell'attesa che sulla questione pregiudiziale si pronunci il giudice amministrativo, se tali condizioni non sussistono.

Nel *sistema britannico* la *judicial review* è però disciplinata in modo tale per cui l'azione di condanna al risarcimento non è autonoma da quella di annullamento dell'atto lesivo, sicchè non si pone il tema della disapplicabilità dell'atto non impugnato quale precondizione di accesso alla condanna risarcitoria, a differenza che negli ordinamenti italiano, unionale e francese.

ISSN 2036-7821

La *judicial review* può in particolare condurre a una pronuncia di annullamento dell'atto, che rimane comunque quella tipica del rimedio e può caratterizzarsi per una efficacia pure temporalmente limitata al futuro. Ma la *judicial review* può anche condurre a decisioni dal contenuto diverso e adeguato alle esigenze di tutela del caso concreto, come le pronunce dichiarative, di accertamento, inibitorie, di condanna. Il rimedio è proponibile non solo a fronte della più lieve forma di invalidità relativa al cattivo uso del potere: è questa la c.d. *procedural impropriety*, articolata nella *incompetenza*, nel *difetto di ragionevolezza* e nei *vizi procedurali*, le cui conseguenze subiscono qualche limitazione per i vizi formali o procedimentali in assenza dei quali il contenuto dell'atto non avrebbe potuto essere diverso. La *judicial review* è infatti proponibile pure a fronte di vizi più gravi che danno normalmente accesso anche al *collateral attack*: ossia in presenza di una carenza di potere, la c.d. *voidness*, alla condizione che si osservi il termine di decadenza previsto per l'accesso alla sezione specializzata. È comunque centrale la circostanza che il tipo di pronuncia emanabile tenda a connotarsi in termini di atipicità, in quanto ciò potrebbe aprire un varco anche a eventuali esiti disapplicativi. Lo stesso è a dirsi per la *tutela cautelare*, almeno laddove declinata in decisioni disponenti ingiunzioni di fare o non fare. Anche nei sistemi taliano e francese si rintracciano elementi idonei a far emergere il rilievo del rapporto fra a) l'atipicità dell'azione e della decisione e b) la disapplicabilità dell'atto amministrativo che ne forma oggetto. Nel caso italiano soprattutto per il processo amministrativo, con estensione anche alle azioni cautelari. Nell'ordinamento francese soprattutto per la tutela cautelare.

7. Overview su possibili presupposti, casi e condizioni per la disapplicazione degli atti amministrativi da parte dell'amministrazione nei contesti ordinamentali dell'Unione europea, della Francia e del Regno Unito.

Si può a questo punto valutare l'esistenza di presupposti, casi e condizioni per la disapplicazione degli atti amministrativi da parte della stessa amministrazione nei contesti ordinamentali rispettivamente dell'Ue, della Francia e del Regno Unito.

Una prima osservazione riguarda *l'ordinamento dell'Ue* e il *rinvio pregiudiziale c.d. di validità* fondato sull'art. 267 Tfue. La decisione assunta dalla Corte di giustizia per definirlo ha efficacia *erga omnes* se dichiarativa della invalidità dell'atto, e produce pertanto effetti equiparabili in concreto a quelli di un giudicato di annullamento[113]. Ciò avviene anche rispetto alla attività conformativa delle amministrazioni pubbliche. Il rimedio può dunque risultare sostanzialmente funzionale a garantire effettività alla tutela del ricorrente nei casi in cui l'azione di annullamento dell'atto davanti al giudice comunitario non possa essere proposta, a esempio per difetto di legittimazione. L'effettività è a sua volta correlabile alla circostanza che una

[113] Per un approfondimento si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti.

ISSN 2036-7821

pronuncia pregiudiziale sulla invalidità dell'atto dell'Unione sembrerebbe legittimare il giudice interno a disapplicarlo: qui si tratterebbe però di una estensione dei poteri disapplicativi dei giudici nazionali, piuttosto che di una ulteriore fattispecie di disapplicabilità dell'atto comunitario da parte del giudice unionale.
Altro caso si collega all'art. 266 Tfue, che fonda l'*obbligo degli apparati dell'Unione di conformarsi alle decisioni giurisdizionali di annullamento dei loro atti o di censura della loro inattività*[114]. Tale obbligo potrebbe astrattamente correlarsi alla necessità o alla opportunità di disapplicare atti non direttamente travolti o interessati dal sindacato svolto, ma la cui attuazione sia ostativa a realizzare l'assetto di interessi che la decisione giurisdizionale ha inteso tutelare. Per questa via il potere disapplicativo si estenderebbe alle istituzioni unionali diverse da quelle giurisdizionali[115].
L'*obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giurisdizionali* può assumere rilievo anche in relazione agli artt. 268 e 340 Tfue, che attribuiscono al giudice unionale la giurisdizione sulle *controversie risarcitorie* introdotte per i danni arrecati dalle istituzioni dell'Unione o dai suoi agenti nell'esercizio delle rispettive funzioni[116]. Il rilievo si apprezza in particolare ove si consideri che la Corte di giustizia afferma in genere l'autonomia dell'azione di risarcimento rispetto a quella di annullamento dell'atto lesivo, pur potendo una domanda risarcitoria essere proposta nell'ambito di una azione di annullamento[117]. A fronte di queste fattispecie può pertanto emergere il tema della disapplicazione dell'atto lesivo nel giudizio risarcitorio proposto autonomamente rispetto a quello impugnatorio[118], in un

[114] Alla definizione del ricorso consegue che "l'istituzione, l'organo o l'organismo da cui emana l'atto annullato o la cui astensione sia stata dichiarata contraria ai trattati sono tenuti a prendere i provvedimenti" necessari all'esecuzione della sentenza (art. 266). Per un approfondimento sulla giurisprudenza unionale relativa alla permanenza di un qualche tasso di discrezionalità in capo alle istituzioni comunitarie, per garantire la tutela del legittimo affidamento alla stabilità dell'atto, anche in considerazione della ragionevolezza del termine intercorrente fra la sua adozione e la sua rimozione, si v. SIMONATI A., *Procedimento amministrativo comunitario e principi a tutela del privato*, Cedam, Padova, 2009, 128 ss.

[115] Sul potere-dovere del giudice unionale di individuare un termine ragionevole entro il quale l'obbligo conformativo va adempiuto si v., *ex plurimis*, Corte giust., 12 gennaio 1984, n. 266, in www.europa.eu; sul potere-facoltà del giudice unionale di indirizzare le istituzioni comunitarie nella individuazione dei modi di conformazione alle decisioni giurisdizionali, anche in seguito a pronunce di annullamento, si v., *ex plurimis*, Corte giust., 26 aprile 1988, n. 215, in www.europa.eu.

[116] Per un approfondimento sull'azione di responsabilità nei confronti degli Stati per violazione del diritto dell'Unione e sulla rintracciabilità della sua base giuridica essenzialmente nella giurisprudenza della Corte di giustizia, si v. MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., 157 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Per una distinzione delle fattispecie in cui gli Stati o le istituzioni nazionali abbiano violato il diritto unionale da quelle in cui essi abbiano invece correttamente attuato tale diritto, che però si assume illegittimo, si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit.

[117] Si v. Trib. primo grado, 13 dicembre 2016, n. 713, in www.europa.eu.

[118] Per un approfondimento si v. BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali. In senso contrario alla disapplicabilità dell'atto lesivo in caso di azione di responsabilità, ma sulla piena autonomia dell'azione risarcitoria rispetto all'azione di annullamento nella fattispecie in cui la responsabilità per violazione del diritto unionale sia fatta valere dai cittadini nei confronti

ISSN 2036-7821

contesto ove la giurisdizione in materia di responsabilità extracontrattuale dell'Unione è considerata esclusiva e piena[119].

Ciascuno dei tre casi qui riportati involge l'obbligo delle istituzioni comunitarie di conformarsi alle decisioni giudiziali, il quale può a sua volta richiedere l'esercizio del *potere di autotutela dell'amministrazione*, ritenuto di regola facoltativo/discrezionale, e solo in casi eccezionali doveroso/vincolato, 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 assistito da base normativa[120]. I requisiti di doverosità/vincolatezza si riferiscono proprio alle attività da svolgere per la conformazione alle decisioni giurisdizionali. I presupposti per l'esercizio del potere di autotutela in senso demolitorio sono individuati nella illegittimità dell'atto, unita alla prevalenza dell'interesse pubblico al ritiro rispetto all'interesse pubblico alla tutela dell'affidamento alla stabilità dell'atto. L'affidamento è tanto più intenso quanto più ampio sia il tempo intercorso fra l'adozione dell'atto e la sua eventuale rimozione, e risulta comunque più apprezzabile a fronte di atti favorevoli. In riferimento a tali atti la giurisprudenza tende a individuare il termine per il ritiro parametrandolo a criteri di ragionevolezza, o tende a farlo coincidere con quello per chiedere l'annullamento in sede giurisdizionale. Lo stesso è a dirsi per i rapporti già definiti sulla base di pregressi atti amministrativi, per i quali la rimozione con efficacia retroattiva è ammessa solo in senso favorevole ai destinatari dell'atto. Il concorso di tali condizioni correla generalmente il potere di ritiro alla presenza di forme di illegittimità particolarmente importanti, mentre il rilievo di forme di invalidità meno gravi o di ragioni di opportunità è escluso o eccezionale. La previsione di termini per l'esercizio di alcuni poteri di autotutela può in sostanza far emergere il tema della disapplicabilità in sede amministrativa degli atti non più annullabili o revocabili neppure dall'amministrazione per l'avvenuta decorrenza del termine, soprattutto ove ciò sia funzionale alla conformazione alle decisioni giurisdizionali.

Anche nel *sistema francese* il tema della disapplicabilità degli atti amministrativi potrebbe allora rilevare quando il potere di autotutela sia sottoposto a termine di esercizio, per le stesse ragioni appena esposte. Qui esistono tuttavia un regime

dello Stato, si v. peraltro MACCHIA M., *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, cit., 160 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

[119] Per un approfondimento si v. CHITI M.P., *La tutela giurisdizionale*, cit., e ivi i pertinenti riferimenti.

[120] Per un approfondimento si v. ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, in BACKES C. – ELIANTONIO M. (a cura di), *Judicial review of administrative action*, cit.; PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., e ivi anche i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: *ex plurimis*, Trib. primo grado, 7 dicembre 2004, n. 251; BERTEZZOLO G., *La stabilità del provvedimento: l'esperienza comunitaria*, cit., 175 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

ordinario e un regime derogatorio[121]. Il regime ordinario prevede un termine per l'autotutela di quattro mesi dall'adozione dell'atto da riesaminare, mentre quello derogatorio consente in ogni tempo la rimozione in autotutela degli atti fondati su condotte fraudolente, di quelli illegittimi e di quelli *non* attributivi di vantaggi ai destinatari. Nel regime derogatorio il tema della disapplicazione dei propri atti da parte della p.a. può quindi rilevare laddove si ritenga che l'autotutela sia esercitabile in forme atipiche o sia estendibile anche a condotte disapplicative per espressa previsione normativa. In quello ordinario può invece rilevare nella misura in cui risulti necessario devitalizzare gli effetti dell'atto dopo l'estinzione del potere di autotutela, a esempio sempre per conformarsi alle decisioni giurisdizionali.
Lo stesso è a dirsi per l'*ordinamento inglese*, ove il potere di autotutela non è sottoposto a termine di esercizio[122].

8. Osservazioni trasversali e di sistema.
La comparazione appena svolta suggerisce *qualche osservazione trasversale e di sistema*, anche in risposta agli obiettivi dichiarati nella premessa.
È noto che l'ordinamento dell'Unione europea è connotato da una permeabilità rispetto alle tradizioni dei Paesi membri che si esplica in due direzioni. Risulta in sostanza caratterizzato dall'attitudine a recepire una parte di tali tradizioni, allo scopo di stabilizzarle in un modello che viene infine 'restituito' agli Stati, almeno per favorire processi di convergenza degli ordinamenti e di difesa più intensa di alcuni principi.
La *disapplicazione degli atti comunitari da parte delle istituzioni soprattutto giurisdizionali dell'Unione* è una *tecnica processuale*, piuttosto che strumento per garantire il primato: in riferimento a questa tecnica l'aspetto della contaminazione bidirezionale non appare tuttavia ancora giunto a un apprezzabile livello di sviluppo, almeno se si considera la sua seconda fase, ossia quella dell'incentivo alla convergenza fra ordinamenti. La ragione è verosimilmente riconducibile alla circostanza che si tratti di ambito riflettente in gran parte l'autonomia processuale/procedurale degli Stati. Se si considera invece la fase antecedente della contaminazione in ingresso, la più apprezzabile aderenza del modello unionale a quello britannico è evidentemente dovuta al comune carattere monistico del sistema delle tutele verso l'azione amministrativa nei due ordinamenti.

[121] La disciplina attuale è ricavabile prevalentemente dal *Code des relations entre le public et l'administration*, in vigore dal 1 gennaio 2016. Per un approfondimento si v. MARCHETTI B., *L'eccezione di illegittimità del provvedimento amministrativo. Un'indagine comparata*, cit.; PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., 441 ss., spec. 489 ss.; PERROUD T., *Constitutional structure and basic characteristics of the legal systems examined (concerning judicial review)*, cit.; ELIANTONIO M., *Organization of judicial review in administrative matters and intra-administrative objection procedure*, cit., 53 ss.

[122] Per un approfondimento si v. PÜNDER H. – KLAFKI A., *Grounds of review and standard of review*, cit., 496 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali.

ISSN 2036-7821

Tuttavia il monismo dell'ordinamento comunitario appare complessivamente più intenso rispetto a quello del *Regno Unito*, poiché nel secondo è necessario distinguere le fattispecie in cui sia proponibile il *collateral attack* dinanzi al giudice comune per la tutela dei *private law rights* da quelle in cui sia proponibile la *judicial review* dinanzi alla sezione specializzata per la tutela dei *public law rights*. Ciò determina anche un certo contingentamento delle ipotesi in cui è ammessa la disapplicabilità degli atti amministrativi in via di eccezione dinanzi al giudice comune.

Lo stesso fenomeno di contingentamento si rinviene peraltro nell'*ordinamento francese*, alla luce del rapporto fra *l'eccezione di illegittimità dinanzi al g.o.* e *il rinvio pregiudiziale al g.a*.

In *quello italiano* tale contingentamento è invece meno intenso, poiché il giudice ordinario e quello tributario sono gli unici a detenere il potere di disapplicazione degli atti amministrativi sulla base di una legittimazione normativa. L'origine di tale legittimazione a favore del g.o. risale a sua volta alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, e pertanto a un contesto in cui il sistema delle garanzie giurisdizionali nei confronti della p.a. si caratterizzava in termini monistici ed esprimeva la necessità di bilanciare le esigenze di effettività della tutela e l'assenza di una giurisdizione di annullamento sull'atto. Questa assenza si fondava principalmente sull'obiettivo di assicurare un adeguato livello di separazione fra i poteri giurisdizionale e amministrativo.

Allo stesso modo il contingentamento delle fattispecie in cui è ammessa la disapplicabilità degli atti amministrativi in alternativa all'annullamento è meno intenso nell'*ordinamento unionale*, anche qui essenzialmente per il carattere monistico del sistema di garanzie giurisdizionali, che ha determinato la formazione di un *unico modello di disapplicazione* in sede *giudiziale*, *a fondamento sia normativo sia parzialmente giurisprudenziale*. Le caratteristiche del modello non hanno *tuttavia* ostacolato la *possibilità di individuare fattispecie differenti*, ove la disapplicazione pare almeno astrattamente praticabile. L'aspetto che però più significativamente distingue il sistema unionale da tutti gli altri esaminati riguarda la disapplicabilità in sede giurisdizionale dei *soli atti generali*, ma a prescindere dalla loro natura normativa o solo amministrativa, e *con estensione anche a quelli legislativi*.

Invece nei *contesti nazionali la limitazione del regime disapplicativo agli atti generali è solo eccezionale*. A esempio in Francia la natura regolamentare di un atto rappresenta uno dei casi in cui l'eccezione di illegittimità può essere sollevata dinanzi al g.o.; o, ancora, in Inghilterra la natura regolamentare di un atto può determinare il concorso fra la sua sindacabilità in sede di *collateral attack* e la sua sindacabilità in sede di *judicial review*. In Italia la limitazione agli atti generali riguarda il potere disapplicativo conferito al giudice tributario, oppure avviene in via pretoria dopo avere analogicamente esteso il potere di disapplicazione a fattispecie prive di base

ISSN 2036-7821

normativa. Negli ordinamenti nazionali esaminati *non si rintraccia invece una estensione agli atti legislativi della disapplicabilità per motivi diversi dalla anticomunitarietà*.
La principale funzionalità delle osservazioni trasversali qui svolte allo studio del caso italiano riguarda le suggestioni che si possono trarre dalle esperienze degli altri sistemi esaminati, soprattutto con riferimento ai seguenti profili che li caratterizzano: l'esistenza di giudici unici[123], o di giudici amministrativi[124], o di sezioni specializzate per il contenzioso di diritto pubblico[125], titolari del potere di annullamento degli atti amministrativi, ma cui al contempo può essere riferito il potere di disapplicarli, in ragione di una base normativa anche indiretta, la quale consente di assumere decisioni almeno nella sostanza disapplicative; l'esistenza di orientamenti giurisprudenziali per l'ulteriore estensione di tale potere disapplicativo in via pretoria[126].
Quanto invece all'esistenza di un *eventuale potere di "autodisapplicazione" del contenuto degli atti amministrativi da parte della p.a.*, in ciascuno dei casi cui si è fatto riferimento il punto centrale consiste nel fatto che la disapplicazione può rappresentare l'estrema risposta dell'ordinamento alla gestione di situazioni concrete ove l'atto debba cessare di essere attuato, ma non esistono rimedi ancora praticabili o altrettanto proporzionali rispetto agli effetti che si vogliano o si debbano assicurare. Il caso in cui questa utilità è più percepibile consiste in quello dell'adeguamento 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 motivo. Questa 'attitudine' è comune al caso italiano, ove peraltro gli spazi per l'applicazione dei propri atti da parte della p.a. sembrano anzi più estesi, e sono talvolta legittimati dalla stessa giurisprudenza amministrativa, ma si scontrano almeno in astratto col principio di legalità più di quanto possa avvenire per l'autorità giurisdizionale: questa frizione non pare escludere tuttavia la verifica di una praticabilità in concreto[127].

[123] Caso dell'Ue.
[124] Caso della Francia.
[125] Caso dell'Inghilterra.
[126] Come nel caso dei poteri di annullamento parziale o di reazione atipica ai vizi di forma affermati dal Consiglio di Stato per il g.a. francese.
[127] Per un approfondimento su quanto può trarsi dal sistema domestico, si v. D'ANGELOSANTE M., *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi fra potere e prassi*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti.

ISSN 2036-7821