

Il sindacato sugli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione contabile, fra irrilevanza e ammissibilità/doverosità della devitalizzazione degli effetti

*Melania D'Angelosante**

1. Oggetto, ragioni, obiettivi e struttura dello studio

Questo lavoro propone una analisi dei limiti di esercizio della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio dinanzi alla Corte dei conti, quale possibile esito del sindacato che su tali atti si svolge in quella sede. La spinta a compiere lo studio nasce dalla intenzione di indagare se e come il potere venga esercitato in via pretoria, ossia in assenza di legittimazione normativa, anche al di fuori del perimetro del processo amministrativo, che rappresenta il contesto ove il suo svolgimento non sorretto da espressa attribuzione legislativa è più diffuso e noto.

L'obiettivo è di comprendere e valutare le ragioni di questa eventuale prassi, le sue caratteristiche, il rapporto con il modello legale di riferimento, ma altresì con quanto accade nella giurisdizione amministrativa. Ciò anche alla luce della evoluzione diacronica della giustizia contabile sino alla approvazione del suo Codice nel 2016, il quale ha pure contribuito ad ampliare la giurisdizione della Corte dei conti, almeno se si considerano alcuni aspetti¹.

* Professoressa associata di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi "G. d'Annunzio" di Chieti-Pescara

¹ Così è a dirsi, a esempio, per l'introduzione – fra gli strumenti a tutela del credito erariale – dell'azione di responsabilità sanzionatoria pecuniaria (artt. 133 ss.), affermata prima del Codice solo in via di prassi attraverso una applicazione analogica del giudizio di responsabilità amministrativa, il quale è tuttavia fondato sul diverso presupposto del danno all'erario ed ha finalità risarcitorie, mentre l'azione di responsabilità sanzionatoria pecuniaria ne prescinde e ha finalità di deterrenza. Per un approfondimento si v. A. CANALE, *Il primo codice di giustizia contabile: le novità in tema di attività istruttoria e di accertamento del danno erariale*, in *Riv. Corte conti*, 22, 2018, p. 1 ss. Un ulteriore e più significativo ampliamento della giurisdizione per effetto del Codice riguarda il danno all'immagine: in questo caso l'estensione consiste tuttavia in una sorta di parziale ritorno al passato, per le ragioni e nei termini che saranno meglio precisati e sui quali si tornerà al paragrafo conclusivo.

L'indagine *non* si estenderà tuttavia alle funzioni di controllo della Corte, se si esclude un breve riferimento a conclusione del paragrafo 5.

La principale ragione di tale esclusione si fonda sulla genesi della disapplicazione degli atti amministrativi nell'ordinamento italiano, che risale alla c.d. legge di abolizione del contenzioso amministrativo, n. 2248/1865 all. E (artt. 4 e 5), la quale ha attribuito il potere di disapplicare gli atti amministrativi al giudice ordinario, per compensare la preclusione che invece gli veniva riferita rispetto alla revoca o alla modifica di tali atti. La finalità della legge era in sostanza quella di bilanciare l'esigenza di garantire la tutela giurisdizionale dei diritti e la necessità di assicurare una adeguata separazione fra la giurisdizione e l'amministrazione. Non si trattava e non si tratta pertanto di un potere riferibile – almeno direttamente – alla funzione amministrativa, cui è riconducibile anche l'attività di controllo della Corte dei conti². A partire dallo scenario appena richiamato il potere disapplicativo si è consolidato essenzialmente in sede giurisdizionale, talvolta anche in via pretoria e travalicando i limiti della originaria attribuzione. Uno dei contesti più significativi in cui la disapplicazione si è fatta strada oltrepassando tali limiti è la giurisdizione amministrativa. L'esame della giurisprudenza del g.a. consente peraltro di verificare che un contesto ulteriore ove il potere disapplicativo si è ritagliato alcuni spazi ultronei rispetto a quelli definiti dalla legge è proprio l'ambito della funzione amministrativa, ma per ragioni diverse dalla necessità di garantire la separazione dei poteri. La disapplicazione degli atti amministrativi da parte dell'amministrazione, oltre a rappresentare un fenomeno del quale è in primo luogo la stessa p.a. a essere

² Per un approfondimento sul rapporto di complementarità, continuità e sinergia fra le funzioni giurisdizionali e quelle di controllo della Corte dei conti, sebbene in un contesto ove la loro autonoma affermazione risulta incipiente, si v. M. NUNZIATA, *Controllo e giurisdizione della Corte dei conti: una problematica sinergia*, in *Dir. amm.*, 2, 2020, p. 457 ss. Per alcune riflessioni sul carattere paragiurisdizionale almeno di una parte delle funzioni di controllo della Corte dei conti, e sulla conseguente possibilità di proporre un giudizio di costituzionalità in via incidentale nel contesto del loro esercizio, rispondendo così a un vuoto ordinamentale del sistema di garanzia della legittimità delle leggi, si v. G. RIVOSCECHI, *Controlli della Corte dei conti e incidente di costituzionalità*, in *Dir. pubbl.*, 2, 2017, p. 357 ss. Per un approfondimento più generale sulla funzione di controllo della Corte dei conti si v., *ex plurimis*, G. D'AURIA, *I "nuovi" controlli della Corte dei conti (dalla "legge brunetta" al federalismo fiscale, e oltre)*, in *Lav. p.a.*, 3-4, 2009, p. 469 ss.; G. DELLA CANANEA, *I controlli sugli enti territoriali nell'ordinamento italiano: il ruolo della Corte dei conti*, in *Le Regioni*, 5, 2009, p. 855 ss.

scarsamente consapevole, può generare peraltro significative frizioni rispetto al principio di legalità. Il tema è tuttavia scarsamente considerato dalla letteratura di riferimento³. Per tutte queste ragioni il suo sviluppo richiederebbe un approfondimento autonomo rispetto al presente studio, che invece riguarda la sola giurisdizione contabile e sarà articolato nelle seguenti sezioni.

Una prima parte dedicata a precisare finalità, caratteristiche e limiti della disapplicazione degli atti amministrativi fra contesto nazionale e contesto dell'Ue.

Una seconda parte dedicata all'esame dei casi di disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione contabile, con una specifica attenzione al giudizio di responsabilità amministrativa.

Una terza parte dedicata a evidenziare le opacità e le caratteristiche dei casi esaminati, nonché dello schema unitario che da essi si può trarre.

Una quarta parte rivolta a un breve raffronto fra la disapplicazione nel giudizio contabile e quella praticata dal g.a., anche in riferimento alla comune attitudine del g.a. e delle sezioni di controllo della Corte dei conti a giustificare e/o richiedere, in alcune ipotesi, la disapplicazione dei propri atti da parte della stessa amministrazione.

Una sezione conclusiva dedicata alle considerazioni di sintesi: è questo il punto dello studio ove il tema della disapplicazione degli atti amministrativi in via pretoria da parte della Corte dei conti sarà correlato anche alla evoluzione diacronica della giurisdizione contabile, sino alla approvazione del suo Codice nel 2016.

2. Finalità, caratteristiche e limiti della disapplicazione degli atti amministrativi fra contesto nazionale e contesto dell'Unione europea

Conviene premettere che la disapplicazione cui si fa riferimento in questa sede comporta la paralizzazione degli effetti di un atto amministrativo in un caso specifico. Si tratta di una tecnica processuale introdotta con le leggi di unificazione amministrativa del Regno d'Italia, e in particolare da quella di abolizione del contenzioso amministrativo, per rispondere alla necessità di conciliare (a) le esigenze di tutela del cittadino avverso

³ Per una sua trattazione si v. peraltro M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione del contenuto degli atti amministrativi tra potere e prassi*, Napoli, ESI, 2022.

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 sull'esercizio della funzione amministrativa.

Prima di procedere occorre tuttavia precisare quale sia l'oggetto della disapplicazione. Questo è costituito dal contenuto precettivo dell'atto amministrativo, e non dall'atto in quanto tale. Per ragioni di economia linguistica, e prendendo atto del linguaggio della giurisprudenza, nello studio si farà tuttavia riferimento alla disapplicazione degli atti amministrativi, pur volendo più esattamente intendere la disapplicazione del loro contenuto.

Si può ora tornare alla legge di abolizione del contenzioso amministrativo, che aveva in particolare limitato dall'esterno la giurisdizione ordinaria verso la p.a. ad alcune materie specifiche, consistenti in origine nelle sole «cause per contravvenzioni», e l'aveva in generale limitata alle controversie riguardanti «un diritto (...) leso da un atto dell'Amministrazione», ai sensi dell'articolo 2. Aveva poi limitato dall'interno la giurisdizione ordinaria alla cognizione degli effetti dell'atto «in relazione all'oggetto dedotto in giudizio», escludendo la possibilità di revocarlo o modificarlo, in base all'articolo 4, e invece consentendo di applicare gli atti amministrativi solo se conformi alla legge, in questo come «in ogni altro caso», secondo l'articolo 5.

Il potere è stato quindi attribuito in origine dalla legge unicamente al giudice ordinario. Solo molto dopo è stato in parte conferito anche al giudice tributario⁴.

⁴ Il d.P.R. 3 novembre 1981, n. 739, nel riformare l'articolo 16, comma 4, del d.P.R. 26 ottobre 1972, n. 636, vi aveva infatti aggiunto l'articolo 39-*bis*, conferendo anche alle Commissioni tributarie un potere di disapplicazione. In base all'art. 39-*bis* tale potere riguardava gli atti generali di imposizione illegittimi, in relazione ai quali il giudice tributario non era titolare di una giurisdizione di annullamento. Riguardava inoltre alcuni atti puntuali, ossia le sanzioni penali previste dalle leggi tributarie, limitatamente ai casi di violazione giustificata da obiettive condizioni di incertezza sulla portata delle disposizioni di riferimento, in relazione alle quali il giudice tributario era invece già titolare di una giurisdizione di annullamento. Questa disciplina è poi confluita nell'articolo 7, comma 5, del d.lgs. 31 dicembre 1992, n. 54, che ha conferito al giudice tributario il potere di disapplicazione dei regolamenti e degli atti amministrativi generali illegittimi. All'articolo 7 si correla il successivo articolo 8, il quale ha stabilito che il giudice tributario dichiara non applicabili le sanzioni non penali previste dalle leggi tributarie, nei casi in cui la violazione sia giustificata da obiettive condizioni di incertezza sulle disposizioni cui si

Almeno con riferimento al giudice ordinario, l'attribuzione del potere disapplicativo è avvenuta per ragioni del tutto indipendenti dal processo di integrazione europea, come testimoniato anche dalla ampia antecedente temporale.

In ambito comunitario il processo di integrazione europea ha generato una diversa forma di disapplicazione, che si riferisce ad alcuni atti autoritativi nazionali in contrasto rispetto all'ordinamento dell'Unione. In questo scenario la disapplicazione è strumentale a garantire la primazia dell'ordinamento unionale sugli ordinamenti nazionali. Gli atti disapplicabili erano individuati originariamente nelle fonti primarie, ma in un secondo momento l'ambito oggettivo è stato esteso anche ad altri atti normativi, e infine ad atti autoritativi di diverso genere. Questa ulteriore forma di disapplicazione ha peraltro influenzato in vario modo lo sviluppo della disapplicazione di genesi domestica, 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 diritto⁵.

In ambito nazionale l'evoluzione e le trasformazioni dell'ordinamento hanno invece determinato l'emersione di più tipi di disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo, a volte di creazione giurisprudenziale, e pure in presenza di poteri di annullamento dell'autorità disapplicante sull'atto da disapplicare. Questo tema sarà in parte ripreso e sviluppato nei paragrafi successivi.

riferisce. La previsione è stata in seguito sostanzialmente incisa dal d.lgs. 18 dicembre 1997, n. 472, recante disposizioni generali in materia di sanzioni amministrative per le violazioni di norme tributarie, il cui articolo 6 esclude dalla punibilità le violazioni determinate da obiettive condizioni di incertezza sulla portata della disciplina cui esse si riferiscono, nonché da indeterminazione dei modelli per la dichiarazione e per il pagamento.

⁵ Per un approfondimento su questi temi, qui solo accennati, si v. M.P. CHITI, *La peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2, 2008, p. 477 ss.; A. BARONE, *Giustizia comunitaria e funzioni interne*, Bari, Cacucci, 2008; S. CIVITARESE MATTEUCCI, G. GARDINI, *Il primato del diritto comunitario e l'autonomia processuale degli Stati membri: alla ricerca di un equilibrio sostenibile*, in *Dir. pubb.*, 1, 2013, p. 1 ss.; R. CAVALLO PERIN, *La validità dell'atto amministrativo tra legge, principi e pluralità degli ordinamenti giuridici*, in *Dir. amm.*, 2017, p. 637 ss.; C. BENETAZZO, *"Primazia" del diritto U.E. e proroghe ex lege delle concessioni balneari*, in *Federalismi*, 19, 2018; M. D'ANGELOSANTE, *La disapplicazione*, cit., e ivi gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali e bibliografici.

3. *La disapplicazione degli atti amministrativi nell'esercizio della giurisdizione contabile*

Nel contesto appena descritto, il potere di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice contabile non è assistito da una legittimazione normativa espressa, pur essendo ritenuto esercitabile da una parte della letteratura che si è occupata del tema⁶.

Il vigente codice di giustizia contabile (d.lgs. 26 agosto 2016, n. 174, come modificato dal d.l. 7 ottobre 2019, n. 114), non si occupa infatti direttamente dell'esercizio del potere di disapplicazione degli atti amministrativi da parte della Corte dei conti.

Piuttosto il d.lgs. n. 174/2016 si limita, per quanto ivi non espressamente previsto, a un rinvio esterno agli «articoli 99, 100, 101, 110 e 111 del codice di procedura civile» e alle «altre disposizioni del medesimo codice, in quanto espressione di principi generali».

Si limita inoltre a disporre che «il giudice ordina la sospensione del processo quando la previa definizione di altra controversia, pendente dinanzi a sé o ad altro giudice, costituisca, per il suo carattere pregiudiziale, il necessario antecedente dal quale dipenda la decisione della causa pregiudicata ed il cui accertamento sia richiesto con efficacia di giudicato» (art. 106, comma 1).

Nel sistema previgente il rinvio esterno alla disciplina del processo civile aveva invece una consistenza più ampia, poiché l'art. 26 del regio decreto 13 agosto 1933, n. 1038, affermava l'applicazione generale delle norme e dei termini della procedura civile in quanto compatibili e non derogati dalle disposizioni specifiche riguardanti il solo giudizio contabile.

Dell'esercizio o della considerazione del potere disapplicativo da parte delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti si rinviene traccia anche in alcune decisioni della stessa Corte.

Le sezioni giurisdizionali disapplicano, in particolare, gli *atti amministrativi normativi o generali* considerati *illegittimi* e costituenti *antecedente*

⁶ Per un approfondimento si v., *ex plurimis*, P. VIRGA, *La tutela giurisdizionale nei confronti della pubblica amministrazione*, Milano, Giuffrè, 1976, p. 544; E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2000, p. 901.

della decisione da assumere⁷, nonché le *circolari* ritenute *contrastanti rispetto alla disciplina* di riferimento per risolvere la controversia⁸.

Il *fondamento* è *di tipo analogico*, rispetto al medesimo potere previsto per il giudice ordinario dalla legge di abolizione del contenzioso, e viene infatti rintracciato attraverso una attività interpretativa⁹.

Tale circostanza dovrebbe indurre a ritenere che l'*oggetto* sia *astrattamente* riferibile a *qualsiasi atto amministrativo*, non solo regolamentare e/o generale: e invece prevale, pur non essendo esclusiva, la disapplicazione delle circolari o dei regolamenti, oppure anche degli atti amministrativi generali, verosimilmente per affinità della funzione rispetto ai regolamenti. Soprattutto nei giudizi pensionistici – che rappresentano peraltro la maggior parte del contenzioso trattato dal giudice contabile¹⁰ – questa preferenza per la disapplicazione degli atti normativi o generali recede, prevalendo invece il modello, comune ai casi di giurisdizione amministrativa esclusiva, di disapplicazione dell'atto in quanto lesivo del diritto¹¹, probabilmente anche qui al fine di evitare sperequazioni rispetto alla tutela dei diritti dinanzi al g.o., e pur se dal giudice contabile questa giustificazione non viene esplicitata come dinanzi al g.a¹².. Nel giudizio

⁷ Si v. C. conti, sez. III, 27 marzo 1981, n. 47332, in *Riv. C. conti*, 1982, p. 998; Id., sez. riun., 9 ottobre 1985, n. 439, in *Riv. C. conti*, 1985, p. 842; Id., sez. giurisd. reg. Toscana, 22 dicembre 1995, n. 433, in *Riv. C. conti*, 6, 1995, p. 239; Id., sez. III, 14 febbraio 2005, n. 71, in *Riv. C. conti*, 1, 2005, p. 240; Id., 25 giugno 2013, n. 2489, in *Red. Giuffrè*, 2013; Id., sez. giurisd. reg. Marche, 14 luglio 2022, n. 58, in *LexItalia PA*.

⁸ Si v. C. conti, sez. IV, 19 febbraio 1985, n. 60649, in *Riv. C. conti*, 1985, p. 290; Id., sez. II, 17 ottobre 1988, n. 202, in *Riv. C. conti*, 5, 1988, p. 180; Id., sez. I App., 10 novembre 2008, n. 481, in *LexItalia PA*.

⁹ Si v. C. conti, sez. riun., 9 ottobre 1985, n. 439, cit.; Id., sez. II, 16 novembre 1987, n. 164, in *Riv. C. conti*, 2, 1988, p. 81; Id., sez. II, 17 ottobre 1988, n. 202, cit.; Id., sez. giurisd. reg. Toscana, 22 dicembre 1995, n. 433, cit.; Id., sez. giurisd. reg. Lombardia, 5 agosto 2004, n. 1081, in *Riv. C. conti*, 4, 2004, p. 144; Id., 25 giugno 2013, n. 2489, cit.

¹⁰ Per un approfondimento, si v. A. ZULIANI A., G. AURISICCHIO, A. CANZONETTI, M. DE BENEDETTO, A. LIVERANI, P. MENICCHINO, L. RISPOLI, S. SALVI, *Un'analisi statistica delle sentenze della corte dei conti: prime evidenze*, in *Riv. trim. dir. pubb.*, 3, 2009, p. 673 ss.

¹¹ Si v., *ex plurimis*, C. conti, sez. III App., 21 novembre 2022, n. 349, in *LexItalia PA*; Id., sez. giurisd. reg. Liguria, 14 novembre 2022, n. 101, *loc. cit.*

¹² Si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 9 ottobre 1997, n. 1128, in *Studium iuris*, 1998, p. 327; Tar Lombardia, Milano, sez. III, 26 maggio 1994, n. 375, in *Mass. red. Giuffrè*, 1994; Tar Veneto, 16 febbraio 1995, n. 300, in *Mass. red. Giuffrè*, 1995; Tar Lazio, sez. III, 3 aprile 2002, n. 2720, in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 1310; Cons. Stato, sez. V, 4 febbraio 2004, n. 367, in *Giur. it.*,

pensionistico, a differenza di quanto accade in quello amministrativo, si rintraccia invece la giustificazione secondo cui gli atti amministrativi ostativi alla pretesa del ricorrente «costituiscono mero presupposto argomentativo della formulazione finale del *petitum*, volto (...) a ottenere il riconoscimento del *diritto*» alla pensione. Ciò in quanto il giudizio, “sebbene prenda normalmente le mosse da un ricorso avverso l’atto amministrativo di diniego del trattamento pensionistico richiesto, è costruito dall’ordinamento non come giudizio sull’atto, ma sul rapporto”¹³. La Corte dei conti individua poi un ulteriore *limite specifico relativo all’oggetto*, sulla base del perimetro della *giurisdizione* contabile. Il potere disapplicativo è infatti denegato, anche nella forma incidentale, rispetto ad atti il sindacato dei quali spetti ad altro giudice, come quelli sullo stato o la capacità delle persone¹⁴. Il limite risulta peraltro codificato dall’odierno art. 14 del codice di giustizia contabile. La limitazione non esclude tuttavia la delibazione degli effetti dell’atto ai fini della risoluzione della controversia¹⁵.

2004, p. 1284; Tar Lazio, Roma, sez. III, 14 giugno 2006, n. 4558, in *www.giustizia-amministrativa.it*; Tar Campania, Napoli, sez. V, 25 novembre 2005, n. 19589, *loc. cit.*; Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2009, n. 6341, *loc. cit.*; Id., sez. VI, 18 maggio 2012, n. 2887, in *Foro amm. Cds*, 5, 2012, p. 1313; Id., sez. V, 24 marzo 2014, n. 1430, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Sulla disapplicabilità degli atti paritetici, si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2002, n. 2978, in *Foro amm. Cds*, 2002, p. 1341; Tar Lazio, Roma, sez. III, 5 gennaio 2011, n. 40, in *Foro amm. Tar*, 1, 2011, p. 114; Cons. Stato, sez. IV, 14 novembre 2012, n. 5764, in *Foro amm. Cds*, 11, 2012, p. 2848.

¹³ Si v., *ex plurimis*, C. conti, sez. giurisd. reg. Toscana, 25 ottobre 2022, n. 350, in *LexItalia PA*; C. conti, sez. giurisd. reg. Puglia, 11 ottobre 2022, n. 607, *loc. cit.*

¹⁴ Si v. C. conti, sez. III, 6 luglio 1984, n. 56187, in *Foro amm.*, 1985, p. 1275; Id., sez. III, 28 settembre 1990, n. 64056, in *Riv. C. conti*, 1, 1991, p. 182; Id., sez. III, 15 maggio 1991, n. 66133, in *Riv. C. conti*, 3, 1992, p. 129; Id., sez. III, 21 settembre 1991, n. 66671, *loc. cit.*, 1, 1992, p. 191; Id., sez. giurisd. reg. Molise, 2 marzo 1995, n. 3, in *Foro amm.*, 1996, p. 305; Id., sez. riun., 17 maggio 2000, n. 6/Q, in *Riv. C. conti*, 3, 2000, p. 98; Id., sez. giurisd. reg. Basilicata, 10 gennaio 2002, n. 6, in *Riv. C. conti*, 2, 2002, p. 260; Id., sez. III, 6 giugno 2002, n. 197, in *Foro amm. Cds*, 2002, p. 1557; Id., sez. giurisd. reg. Emilia-Romagna, 7 luglio 2003, n. 1603, in *Riv. C. conti*, 4, 2003, p. 138; Id., sez. giurisd. reg. Piemonte, 16 aprile 2004, n. 195, in *Riv. C. conti*, 2, 2004, p. 257; Id., sez. giurisd. reg. Molise, 11 febbraio 2005, n. 3, *loc. cit.*, 1, 2005, p. 256; Id., sez. giurisd. reg. Veneto, 15 dicembre 2005, n. 1497, in *Foro amm.*, 12, 2005, p. 4189, tutte sulla negazione della disapplicabilità di atti amministrativi riguardanti lo *status* giuridico e/o economico del dipendente nel rapporto di pubblico impiego. In una prospettiva più ampia, che si estende al difetto di giurisdizione del giudice contabile negli stessi casi, anche il potere disapplicativo è negato da: Corte conti, sez. giurisd. reg. Veneto, 25 luglio 2022, n. 244, in *LexItalia PA*.

¹⁵ Si v. C. conti, sez. III, 21 settembre 1991, n. 66671, *cit.*; Id., sez. riun., 14 settembre 1994, n. 101/C, in *Riv. C. conti*, 5, 1994, p. 66; Id., sez. giurisd. reg. Puglia, 29 novembre 2003, n. 1091,

La stessa posizione è indirettamente rintracciabile in qualche decisione della Consulta, che ha affermato l'inesistenza del potere della Corte dei conti di disapplicare, nel giudizio pensionistico, gli atti amministrativi riguardanti lo stato giuridico delle persone¹⁶: il motivo addotto si riferisce alla circostanza che la cognizione di tali atti è rimessa alla giurisdizione ordinaria.

A questo si contrappone però *altro orientamento, minoritario*, che afferma la disapplicabilità, da parte del giudice contabile, proprio degli atti la cognizione e il trattamento dei quali non rientrino nella sua giurisdizione¹⁷.

La disapplicabilità è tuttavia in alcuni casi esclusa nei confronti di quegli atti il sindacato sui quali da parte del giudice munito di giurisdizione si ponga in rapporto di *pregiudizialità logico-giuridica* rispetto alla controversia all'esame del giudice contabile, e tale quindi da richiedere una sospensione del giudizio in attesa della decisione sull'atto pregiudiziale¹⁸. I possibili limiti al potere disapplicativo vengono talvolta estesi anche agli *atti inoppugnabili*¹⁹, mentre in altre ipotesi questa estensibilità è esclusa²⁰. Viene inoltre individuato un *limite finalistico*, consistente nella necessaria strumentalità della disapplicazione alla tutela di *diritti soggettivi*²¹.

Le ulteriori caratteristiche del potere disapplicativo sono individuate nella sua *natura facoltativa* e nella sua praticabilità in via *incidentale*²². Talvolta la disapplicazione non è ritenuta tuttavia rilevante per i *giudizi di responsabilità*, nella misura in cui l'atto amministrativo viene consi-

in *Riv. C. conti*, 6, 2003, p. 178; Id., sez. giurisd. reg. Lombardia, 20 novembre 2006, n. 649, in *Foro amm.*, 11, 2006, p. 3703; Id., sez. I, 9 aprile, 2008, n. 160, in *Red. Giuffrè*, 2008.

¹⁶ Si v. Corte cost., 14 luglio 1986, n. 186, in *www.giurcost.org*.

¹⁷ Si v. C. conti, sez. I, 5 ottobre 1992, n. 206, in *Riv. C. conti*, 5, 1992, p. 53.

¹⁸ Si v. C. conti, sez. giurisd. reg. Lazio, 8 febbraio 1997, n. 32, in *Riv. C. conti*, 2, 1997, p. 165; Id., sez. giurisd. reg. Lombardia, 20 novembre 2006, n. 649, in *Foro amm.*, 11, 2006, p. 3703.

¹⁹ Si v. C. conti, sez. giurisd. reg. Sicilia, 3 dicembre 1997, n. 330, in *Riv. C. conti*, 1, 1998, p. 196; Id., sez. giurisd. reg. Molise, 11 febbraio 2005, n. 3, cit.

²⁰ Si v. C. conti, sez. I, 4 dicembre 1986, n. 710, in *Riv. amm. Rep. It.*, 1987, p. 628.

²¹ Si v. C. conti, sez. giurisd. reg. Toscana, 22 dicembre 1995, n. 433, cit.

²² Si v. C. conti, sez. giurisd. reg. Abruzzo, 16 gennaio 1996, n. 5, in *Riv. C. conti*, 1, 1996, p. 192.

derato quale elemento della condotta produttiva di danno²³, in quanto tale sindacabile in via *incidentale*²⁴, o in via *principale*, sia se ancora *impugnabile* dinanzi al g.a. sia se divenuto *inoppugnabile*²⁵, a prescindere da una eventuale disapplicazione. Si afferma in sostanza che «l'azione di responsabilità amministrativa si svolge su di un piano (...) distinto da quello delle vicende amministrative dei provvedimenti che vengono in rilievo» e che «il giudice contabile non è chiamato né ad annullare il provvedimento amministrativo illegittimo, né a disapplicarlo», essendo «la valutazione dell'atto amministrativo compiuta al fine di verificare la sussistenza del danno». Ciò non avviene tuttavia «col meccanismo della disapplicazione in senso tecnico, giacché l'esito dell'atto illegittimo non è disconosciuto dal giudice contabile al fine dell'affermazione di un diritto o interesse legittimo che esso preclude, ma è considerato nella sua effettività giuridica, per il risultato che produce»²⁶.

A questo si contrappone però un ulteriore orientamento, che sostiene invece la *disapplicabilità*, ma nella sola forma *materiale* della devitalizzazione degli effetti, con esclusione di qualsiasi pronuncia dichiarativa, pure solo *incidentale*²⁷.

Allo sviluppo di qualche osservazione su questo aspetto sarà dedicato il paragrafo successivo, suggerendo la centralità del giudizio di responsabilità nell'ambito della giurisdizione contabile una trattazione separata del tema.

²³ Si v. C. conti, sez. riun., 23 giugno 1992, n. 792, in *Foro amm.*, 1993, p. 578; Id., sez. giurisd. reg. Lazio, 15 gennaio 2003, n. 92, in *Riv. C. conti*, 1, 2003, p. 196.

²⁴ Si v. C. conti, sez. giurisd. reg. Trentino - Alto Adige, 12 luglio 2007, n. 37, in *Riv. C. conti*, 4, 2007, p. 1999; Id., 9 ottobre 2014, n. 203, in *Red. Giuffrè*, 2014.

²⁵ Si v. C. conti, sez. giurisd. reg. Puglia, 17 dicembre 1997, n. 66/E, in *Ragiusan*, 170-1, 1998, p. 104.

²⁶ Si v., *ex plurimis*, C. conti, sez. III App., 29 luglio 2022, n. 274, in *LexItalia PA*. Si v. inoltre C. conti, sez. I App., 12 novembre 2019, n. 250, in *www.cortedeiconti.it*: qui, nel confermare parzialmente la decisione del giudice di prime cure e respingere il motivo di appello avverso la presunta disapplicazione, da parte di tale giudice, del provvedimento autorizzatorio che avrebbe legittimato il comportamento contestato quale fonte del danno, la sezione centrale di appello ha precisato che nel caso di specie l'autorizzazione non sarebbe stata disapplicata, ma semplicemente esaminata come elemento della fattispecie, per verificare l'estraneità del suo contenuto alla condotta tenuta.

²⁷ Si v. C. conti, sez. III, 10 marzo 2003, n. 100, in *Riv. C. conti*, 2, 2003, p. 165.

3.1 Focus *sul ruolo del potere disapplicativo nell'ambito del giudizio di responsabilità amministrativa*

Uno dei contrasti fra le posizioni che si ricavano dal modo in cui il giudice contabile esercita la disapplicazione degli atti amministrativi riguarda quindi il ruolo del potere disapplicativo nel contesto del giudizio di responsabilità. Si afferma in sostanza che qui l'atto amministrativo è elemento della condotta produttiva di danno, e in quanto tale può essere sindacato in via principale o incidentale, nell'ambito della giurisdizione esistente, a prescindere da una eventuale disapplicazione. La necessità di osservare i limiti della giurisdizione emerge soprattutto nelle fattispecie che potrebbero implicare o richiedere qualche forma di sindacato del giudice contabile sulla discrezionalità della p.a., e pertanto comportare il rischio di invasione della giurisdizione amministrativa: una soluzione è individuata nella affermazione della possibilità, per il giudice contabile, di svolgere un sindacato di razionalità/ragionevolezza e/o proporzionalità sulla discrezionalità, anche attraverso la lente dei principi di imparzialità e buon andamento, in via funzionale all'accertamento e alla valutazione della fattispecie di responsabilità²⁸. A un esame più attento si può tuttavia rilevare che questi sono gli stessi limiti riferibili al g.a. per il sindacato sulla discrezionalità dell'amministrazione, il quale è infatti consentito, anche nella giurisdizione amministrativa, solo nella forma c.d. "debole". La demarcazione fra le due giurisdizioni dovrebbe quindi fondarsi, da questo punto di vista, sulla natura e sui contenuti dell'azione.

A ogni modo, a partire dall'affermazione secondo cui l'atto amministrativo è elemento della condotta produttiva di danno – e in quanto tale può essere sindacato in via principale o incidentale, nell'ambito della giurisdizione esistente, a prescindere da una eventuale disapplicazione – diramano però due orientamenti: il primo sulla *irrelevanza della*

²⁸ Per un approfondimento si v. F. BATTINI, *Che cosa fa la Corte dei conti?*, in *Giorn. dir. amm.*, 11, 1997, p. 1078 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti: Corte cost., 30 luglio 1997, n. 289; L. GIAMPAOLINO, *Prime osservazioni sull'ultima riforma della giurisdizione della Corte dei conti: innovazioni in tema di responsabilità amministrativa*, in *Foro amm.*, 11-12, 1997, p. 3328 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali; B. MARCHETTI, *La giurisdizione della Corte dei conti in materia di responsabilità amministrativa: il caso dei contratti derivati del MEF*, in *Giorn. dir. amm.*, 6, 2018, p. 776 ss., in commento a: C. conti, sez. giurisdiz. reg. Lazio, 15 giugno 2018, n. 346; C. MERANI, *Il sindacato della Corte dei conti sulla discrezionalità amministrativa*, in *Giur. it.*, 2, 2018, p. 442 ss., in commento a: Cass. civ., sez. un., 15 marzo 2017, n. 6820.

disapplicazione; il secondo sulla sua *ammissibilità solo in via materiale*, vale a dire omettendo di considerare gli effetti dell'atto senza passare per alcuna pronuncia dichiarativa.

In via più generale si afferma, inoltre, che interrogarsi sull'esistenza di un potere di disapplicazione del giudice contabile nel giudizio di responsabilità rappresenta un falso problema, poiché qui la responsabilità non si fonda sull'atto, ma su un comportamento²⁹.

Tuttavia, a ben vedere, l'autoritatività dell'atto, che implica anche la sua imperatività e la sua esecutorietà, comporta che esso, finché efficace, debba essere osservato, e pertanto possa incidere anche sulla connotazione dei comportamenti da valutare quali possibili fonti di responsabilità. È questa una delle principali ragioni che inducono a proseguire l'indagine nella direzione annunciata.

Si tratta di questione per la quale possono risultare pertinenti alcune osservazioni formulabili sull'esercizio del potere di disapplicazione da parte del giudice ordinario in sede penale, nonché sul rapporto fra la disapplicazione praticata dal g.a. e l'accertamento autonomo dei vizi del provvedimento nelle azioni sul risarcimento del danno derivante da atti amministrativi non annullati né impugnati.

Quanto al rapporto con la disapplicazione del giudice ordinario in sede penale, occorre evidenziare il seguente profilo. In molti casi la responsabilità amministrativa deriva da danni erariali riconducibili a fattispecie penalmente rilevanti: si pensi al danno all'immagine³⁰ dell'amministrazione o ai danni materiali prodotti nell'esercizio di condotte criminose. In particolare, il danno all'immagine è qualificato come lesione di tipo esistenziale e non patrimoniale, non necessariamente dipendente dalla accertata rilevanza penale del fatto e della condotta, ma idonea ad aggravarsi per effetto di tale rilevanza³¹.

²⁹ Per un approfondimento si v. C. CUDIA, *La responsabilità amministrativa tra (il)liceità del comportamento e (il)legittimità dell'atto: limiti della giurisdizione della Corte dei conti e discrezionalità amministrativa*, in *Foro amm.* - *CdS*, 10, 2003, p. 2888 ss.

³⁰ Sul danno all'immagine dell'amministrazione come danno esistenziale riconducibile alla fattispecie dell'art. 2043 c.c., e distinto sia da quello patrimoniale sia da quello morale, si v., *ex plurimis*, C. conti, sez. riunite, 23 aprile 2003, n. 3, in *www.giust.it*, commentata in *Giur. it.*, 8-9, 2003.

³¹ Per un approfondimento si v. F. BATTINI, *Osservatorio sulla Corte dei conti – Rapporti tra danno all'immagine e giudizio penale*, in *Giorn. dir. amm.*, 10, 2009, p. 1105, e ivi gli ulteriori

È inoltre orientamento consolidato del giudice contabile quello secondo il quale, pur se i fatti criminosi e produttivi di danno erariale oggetto di accertamento e valutazione rispettivamente nel giudizio penale e in quello contabile sono i medesimi, tuttavia non esiste un rapporto di pregiudizialità in senso tecnico fra il processo penale e quello dinanzi alla Corte dei conti. Pertanto non è necessario sospendere il processo contabile in attesa della definizione di quello penale. La Corte dei conti può quindi esaminare e considerare autonomamente la fattispecie rilevante per la propria giurisdizione³², pur se la sentenza di definizione del giudizio penale è idonea ad assumere nel giudizio contabile un valore probatorio relativo, ossia rilevante, ma tale da ammettere la prova contraria³³. Fanno eccezione i soli casi in cui la preventiva definizione di altro processo sia imposta da espressa disposizione normativa, o in cui, per ragioni di pregiudizialità, la decisione di definizione del giudizio costituisca indispensabile antecedente logico-giuridico per la decisione della causa contabile. Al di fuori di queste ipotesi, l'eventuale sospensione rappresenta una scelta del giudice, il quale – a ben vedere –, qualificando preliminarmente la fattispecie in base al proprio convincimento, può influenzarne la convergenza verso l'esito della sospensione necessaria o quello della sospensione facoltativa. Inoltre «i limiti della proponibilità della domanda avanti al giudice contabile, in presenza dell'esercizio di analoga azione risarcitoria avanti al giudice penale e del conseguente pericolo di violazione del principio del *ne bis in idem*, attengono alla fase di valutazione degli effetti del giudicato penale di condanna, quali fatti estintivi o modificativi del danno fatto valere in sede contabile»³⁴.

riferimenti: C. conti, sez. III App., 4 giugno 2009, n. 214; cfr. Id., *Osservatorio sulla Corte dei conti – Questione di legittimità costituzionale nelle nuove norme in materia di danno all'immagine*, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2010, p. 754, e ivi gli ulteriori riferimenti: C. conti, sez. giurisd., ord. 17 marzo 2010, n. 6; G. DE MARZO, *Osservatorio civile – Corte dei conti e danno all'immagine*, in *Urb. app.*, 8-9, 2012, p. 886, e ivi il riferimento a: Cass. civ., sez. un., 7 giugno 2012, n. 9188.

³² Si v., *ex plurimis*, C. conti, sez. giurisd. reg. Lazio, 15 maggio 2019, n. 221, in *Red. Giuffrè*, 2020.

³³ Si v., *ex plurimis*, C. conti, sez. giurisd. reg. Lazio, 9 gennaio 2015, n. 24, in *Red. Giuffrè*, 2015.

³⁴ Si v. F. BATTINI, *Osservatorio della Corte dei conti - Giusto processo e pendenza contemporanea di giudizio penale e giudizio contabile*, in *Giorn. dir. amm.*, 7, 2003, p. 758 ss., in commento a: C. conti, 8 gennaio 2003, n. 2.

La disapplicazione degli atti amministrativi da parte del *giudice ordinario in sede penale* può a sua volta assumere declinazioni differenti in ragione del diverso ruolo dell'atto per la fattispecie³⁵.

Per il giudice contabile rileva, fra questi ruoli, essenzialmente quello nel quale l'atto è *strumento di realizzazione della condotta criminosa*. Anche secondo il giudice penale, come per quello contabile, tale funzione dell'atto ne esclude la disapplicabilità o l'utilità di disapplicazione: un caso tipico è quello degli atti che possono integrare la condotta di abuso d'ufficio³⁶.

Si ha tuttavia l'impressione che il ragionamento possa non arrestarsi a questo punto, ed estendersi invece a ulteriori considerazioni.

In relazione a casi equiparabili a quello descritto, il giudice penale si pone soprattutto il problema degli effetti *in malam partem* (ossia sfavorevoli all'imputato) della disapplicazione, anche in relazione a possibili ipotesi in cui la fattispecie incriminatrice sia edificata ricorrendo in parte a norme secondarie, o richieda di rintracciare vizi opachi dell'atto amministrativo, come quello di eccesso di potere. Il principale problema avvertito è in sostanza quello di garantire l'osservanza della riserva di legge e dei principi di legalità e tassatività riconducibili all'art. 25 Cost., oltre che del principio di irretroattività delle norme incriminatrici e di retroattività del trattamento sanzionatorio più favorevole. Questo induce spesso il giudice penale a escludere la disapplicazione *in malam partem*, o ad ammetterla con alcune restrizioni. Si rintracciano a esempio casi di disapplicazione

³⁵ Per un approfondimento si v. M. D'ANGELOSANTE, *Il sindacato dell'atto amministrativo nell'esercizio della giurisdizione penale, fra garanzie dell'imputato e tutela dell'amministrazione e del suo giudice*, in *Arch. pen.*, 1, 2023, p. 1 ss.

³⁶ Si v. Cass. pen., sez. VI, 24 giugno 2014, n. 37373, in *CED Cass. pen.*, 2015; M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale dopo le recenti riforme del diritto amministrativo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2, 2013, p. 742 ss., che riferisce a queste ipotesi i reati di abuso di ufficio e di corruzione per un atto contrario ai doveri d'ufficio. Si v. inoltre Cass., sez. III pen., 13 gennaio 1999, n. 1907, in *Cass. pen.*, 2000, p. 1394; Id., 23 febbraio 2004, n. 13979, in *Giur. it.*, 2005, p. 588. Per un approfondimento si v. R. VILLATA, *Disapplicazione dei provvedimenti amministrativi e processo penale*, Milano, 1980, p. 109 ss., 167 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti. Si v. inoltre C. FRANCHINI, *Giudice penale e sindacato dell'attività amministrativa (teoria e prassi nell'esperienza di un recente caso in materia di opere ferroviarie)*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2001, p. 682 ss.; M. GAMBARDELLA, *La disapplicazione degli atti amministrativi illegittimi nel sistema penale*, cit.; P. TANDA, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario: in particolare, l'ipotesi del permesso edilizio illegittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2019, p. 418 ss.

di regolamenti con *funzione scriminante* di determinate condotte, ma *a favore dell'imputato, al fine di ricondurre la causa specifica di giustificazione a ipotesi più inclusive* ricavabili dalla interpretazione di altre norme già esistenti³⁷. Oppure si rintracciano casi di disapplicazione di *regolamenti* che, in violazione della riserva di legge fondata dall'art. 25 Cost., *prevedono fattispecie incriminatrici* e sanzionatorie: anche qui il potere viene dunque esercitato a favore dell'imputato³⁸.

Teoricamente alcuni atti amministrativi potrebbero rilevare in questi termini pure nel giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti. È tuttavia evidente che i principi richiamati per il processo penale non si riferiscono, o almeno non si riferiscono con la stessa incisività, al giudizio di responsabilità amministrativa. Qui pertanto, diversamente da quanto la Corte sostiene, quando il danno erariale consegue a fattispecie criminose, la disapplicazione dell'atto amministrativo potrebbe essere affermata anche come contenuto di pronunce dichiarative, e con alcune affinità rispetto al modo in cui essa rileva per il processo penale, ma risentendo meno – o non risentendo affatto – dei limiti che in quella sede vengono correlati alla tutela dell'imputato.

Resta però il limite più ampio derivante dal fatto che, come si è già evidenziato e si torna qui a precisare poiché utile per il raffronto specifico fra le due giurisdizioni, il giudice contabile, a differenza di quello penale, non è titolare del potere disapplicativo in base a una espressa attribuzione normativa.

L'atto amministrativo invalido può inoltre rilevare quale elemento della condotta che giustifica il giudizio di responsabilità dinanzi alla Corte dei conti anche al di là dei casi in cui il danno erariale è conseguenza di una attività criminosa.

Le considerazioni già svolte possono dunque essere ampliate con quelle ulteriori che si espongono qui a seguire.

Gli orientamenti della Corte sulla inconsistenza della disapplicazione nei giudizi di responsabilità, o sulla impossibilità di affermarla in pronunce

³⁷ Si v. Cass. pen., sez. IV, 15 gennaio 1981, in *Cass. pen.*, 1982, p. 1227; Id., 11 giugno 1984, in *Giust. pen.*, 1985, p. 351.

³⁸ Si v. Cass. pen., III, 8 maggio 1981, in *Cass. pen.*, 1983, p. 301; Id., 17 marzo 1987, n. 5472, in *CED Cass. pen.*, 1987.

dichiarative, suggeriscono in particolare di richiamare alcune riflessioni sull'eventuale disapplicazione che il g.a. possa o debba svolgere in conseguenza dell'accertamento autonomo dei vizi del provvedimento nelle azioni sul risarcimento del danno derivante da atti amministrativi non impugnati.

È noto che l'attuale autonomia dell'azione risarcitoria rispetto a quella di annullamento non esenta il giudice investito della prima dall'obbligo di accertamento dei vizi dell'atto lesivo.

Si rintracciano tuttavia posizioni contrastanti sull'eventuale effetto disapplicativo conseguente a tale accertamento³⁹.

Al contrasto si collega l'ulteriore tema della esistenza o inesistenza di una funzionalità dell'annullamento o della disapplicazione a integrare un elemento indefettibile della fattispecie⁴⁰.

La Cassazione ha talvolta irrigidito la soluzione affermativa, escludendo la possibilità di accertare in via incidentale l'illegittimità dell'atto, costitutiva della fattispecie risarcitoria, quando non siano più utilizzabili i rimedi previsti per contestarla: questa limitazione, ove ritenuta praticabile, dovrebbe tuttavia precludere, oltre all'accoglimento dell'azione di risarcimento, pure la disapplicazione, che si fonda sull'accertamento dei vizi dell'atto, sebbene nello stesso contesto la Corte l'abbia invece ritenuta ammissibile⁴¹.

³⁹ Lo escludeva a esempio, prima della emanazione del codice del processo amministrativo, Tar Marche, 23 febbraio 2004, n. 67, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Lo ammetteva invece, nello stesso periodo (pur concludendo nel caso di specie per l'impossibilità di praticarlo, in applicazione del principio della necessaria pregiudizialità dell'annullamento rispetto al risarcimento), Tar Campania, Salerno, sez. I, 10 marzo 2004, n. 131, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Il Consiglio di Stato si era invece espresso sulla necessità che l'accoglimento della domanda risarcitoria fosse preceduto dall'accertamento in via principale dell'illegittimità dell'atto (e dalla conseguente decisione assunta circa il suo 'trattamento'), rappresentando essa un elemento costitutivo della fattispecie, si v. Cons. Stato, sez. VI, 21 aprile 2009, n. 2436, in *Foro amm. Cds*, 4, 2009, p. 1047.

⁴⁰ Sulla necessità dell'accertamento incidentale dell'illegittimità che sfoci in disapplicazione o annullamento come condizioni per l'integrazione della illiceità della condotta, si v. G. GRECO, *Impugnabilità e disapplicazione dell'atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della cosiddetta pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubb. comunit.*, 2006, p. 513 ss.

⁴¹ Si v. Cass. civ. sez. II, 27 marzo 2003, n. 4538, in *Giust. civ. mass.*, 2003, p. 625. Per un approfondimento si v. F. FRANCIOSI, *Note minime sul potere di disapplicazione del giudice civile*, in

Sul punto, per la verità, la Cassazione ha anche sostenuto che la disapplicazione dell'atto lesivo sarebbe di ostacolo alla condanna risarcitoria, in quanto presupporrebbe di ritenere non prodotti gli effetti pregiudizievoli che invece giustificano la domanda di reintegrazione per equivalente⁴². Nello stesso senso si era altresì espresso, poco prima, anche il Consiglio di Stato⁴³.

Prima ancora sia le Sezioni unite civili sia quelle semplici della Cassazione avevano invece affermato l'esistenza, in capo al g.o., del potere di disapplicazione dell'atto amministrativo lesivo nelle controversie per il risarcimento del danno, da responsabilità tanto extracontrattuale quanto contrattuale⁴⁴. La medesima posizione era stata fra l'altro assunta dalla sentenza n. 500 del 1999 delle sezioni unite civili della Cassazione⁴⁵.

Questo sintetico quadro rende l'idea delle molte oscillazioni che hanno interessato anche la giurisprudenza civile sul tema della pregiudizialità dell'annullamento dell'atto lesivo rispetto al risarcimento, e che si sono in gran parte sopite alla luce della scelta essenzialmente autonoma - ma limitata dalla previsione di un termine decadenziale per l'azione risarcitoria - realizzata dal codice del processo amministrativo⁴⁶. Scelta che peraltro, ai sensi dello stesso art. 30 del c.p.a.⁴⁷, assume importanza

Riv. giur. ed., 2, 2018, p. 113 ss.; F.G. SCOCA, *Piccola storia di un serrato «dialogo» tra giudici: la vicenda della c.d. pregiudizialità amministrativa*, in *www.giustamm.it*, 2011.

⁴² Si v. Cass. civ., sez. un., 23 dicembre 2008, n. 30254, in *Riv. giur. edil.*, 6, 2008, I, p. 1331.

⁴³ Si v. Cons. Stato, sez. V, 31 maggio 2007, n. 2822, in *www.giustizia-amministrativa.it*. In senso conforme, Tar Campania, Napoli, sez. II, 29 giugno 2007, n. 6397, in *Foro amm. Tar*, 6, 2007, p. 2130 (in materia di atto amministrativo lesivo di diritto soggettivo).

⁴⁴ Si v. Cass. civ., sez. un., 7 agosto 1991, n. 8585, in *Giust. civ. mass.*, 8, 1991; Id., 19 gennaio 2007, n. 1142, in *Giust. civ. mass.*, 1, 2007; Cass. civ., sez. III, 16 maggio 2003, n. 7630, in *Riv. critica dir. lav.*, 2003, p. 743. In questo senso anche Trib. sup. acque, 4 ottobre 1994, n. 47, in *Mass. red. Giuffrè*, 1994.

⁴⁵ Sulla circostanza che la sentenza n. 500 avrebbe invece considerato l'atto illegittimo non come disapplicabile, bensì come invalidante, si v. peraltro G. MARENA, *Consacrazione dell'autonomia dell'azione risarcitoria rispetto alla tutela caducatoria*, in *Danno e resp.*, 7, 2009, p. 736 ss.

⁴⁶ Si v., fra le decisioni più significative del g.a. a sostegno della necessaria pregiudizialità dell'annullamento, nel periodo a ridosso della emanazione del codice del processo amministrativo, Cons. Stato, Ad. plen., 22 ottobre 2007, n. 12, in *www.giustizia-amministrativa.it*, e massimata in *Giorn. dir. amm.*, 8, 2001, con *Commento* di M. CLARICH, p. 55 ss.

⁴⁷ Sulla interpretazione del codice del processo amministrativo come legittimante una pregiudizialità "di merito" dell'annullamento rispetto al risarcimento, da intendersi quale condi-

anche dal punto di vista sostanziale, potendo la mancata coltivazione della tutela demolitoria incidere sulla quantificazione del danno, secondo lo schema del concorso colposo del creditore definito dall'art. 1227 c.c. Rilevano tuttavia l'accertamento della illegittimità e la neutralizzazione almeno degli effetti ostativi al risarcimento. Del resto anche l'annullamento elide gli effetti dell'atto, in modo anzi oggettivamente e soggettivamente più impattante della disapplicazione, ma di regola non lo si ritiene ostativo al ristoro del danno (se non altro per il pregiudizio che residua anche dopo la pronuncia demolitoria), rispetto al quale la giurisprudenza amministrativa in passato lo ha anzi considerato condizione pregiudiziale⁴⁸.

La soluzione affermativa comporterebbe, evidentemente, che l'accoglimento dell'azione risarcitoria da parte del g.a. nell'ambito della sua giurisdizione debba avvenire quanto meno tramite l'accertamento dell'illegittimità e la disapplicazione dell'atto: sicché si sarebbe indotti a rilevare che in questi casi il giudice sia titolare del potere di disapplicazione, peraltro nella sua declinazione "doverosa". In questo senso milita del resto lo stesso art. 34 del c.p.a., il quale consente al giudice amministrativo, in via derogatoria rispetto al divieto di conoscere della legittimità di atti

zione non di ammissibilità, ma di fondatezza dell'azione, si v. Cons. Stato, Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Per una interpretazione critica di tale approdo, laddove attribuisce rilievo alla mancata domanda di annullamento da parte del cittadino, e non all'omesso annullamento in autotutela da parte dell'amministrazione, oltre che per la sua scarsa significatività nelle ipotesi di lesioni di interessi pretensivi, si v. F. LUCIANI, *Processo amministrativo e disciplina delle azioni: nuove opportunità, vecchi problemi e qualche lacuna nella tutela dell'interesse legittimo*, in *Dir. proc. amm.*, 2, 2012, p. 503 ss. Sulla impossibilità di riferire alla fattispecie di cui all'art. 1227 c.c. l'onere di intraprendere iniziative gravose quali le azioni giudiziarie, si v. invece R. CARANTA, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*, in *Foro it.*, 1, 1999, p. 3210 ss.

⁴⁸ Sulla ammissibilità, in termini di teoria generale del processo, di una pronuncia incidentale dichiarativa della illegittimità del provvedimento nel giudizio avente a oggetto la domanda di risarcimento dei danni provocati da tale provvedimento, si v., già prima del codice del processo amministrativo, I. PAGNI, *Giurisdizione del giudice amministrativo e risarcimento del danno: il nuovo volto dei rapporti tra tutela risarcitoria e tutela demolitoria*, in *Dir. pubbl.*, 3, 2008, p. 779 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti, incluso quello alla contraria posizione di A. ROMANO, *La pregiudizialità nel processo amministrativo*, Milano, 1958, p. 468 ss., secondo cui anche la disapplicazione, come l'annullamento, sarebbe incompatibile rispetto al carattere meramente dichiarativo delle pronunce incidentali. Sulla ammissibilità di una pronuncia incidentale dichiarativa della illegittimità del provvedimento nel giudizio avente a oggetto la domanda di risarcimento dei danni provocati da tale provvedimento, si v. inoltre A. TRAVI, *Pregiudizialità amministrativa e confronto fra le giurisdizioni*, in *Foro it.*, 2008, p. 3 ss.

che il cittadino avrebbe avuto l'onere di impugnare, di accertare l'illegittimità degli atti il cui annullamento non risulti più utile per il ricorrente, ma rilevi ai fini risarcitori. La circostanza che tale accertamento possa o debba intervenire in un contesto ove il cittadino non ha interesse a impugnare il provvedimento, o è decaduto dalla relativa azione, induce a ritenere che esso assuma in questi casi la connotazione della pronuncia incidentale, inidonea pertanto – almeno formalmente – ad acquisire la stabilità del giudicato e a produrre effetti conformativi sull'esercizio della successiva azione amministrativa. Ma l'attuazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale può anche indurre a sostenere la sussistenza dell'obbligo conformativo come conseguenza della valorizzazione del ruolo della disapplicazione quale presupposto logico della pronuncia giurisdizionale intesa nel suo complesso⁴⁹.

Gli argomenti a sostegno della necessità di disapplicare i provvedimenti invalidi e lesivi, ma non annullati né impugnati, nelle azioni per il risarcimento dei danni da essi provocati, possono in sostanza evidenziare la debolezza degli orientamenti del giudice contabile sulla irrilevanza della disapplicazione degli atti amministrativi, o sulla impossibilità di affermarla in pronunce dichiarative, nell'ambito dei giudizi di responsabilità amministrativa. Qui l'invalidità di tali atti può infatti rilevare, per i danni erariali da essi causati, come elemento costitutivo della fattispecie in relazione alla ingiustizia della lesione e quindi all'antigiuridicità. Può inoltre rilevare come fattore che incide sull'elemento psicologico del dolo o della colpa grave. È solo in relazione al primo aspetto che la dichiarazione di invalidità e la conseguente disapplicazione, in quanto misure alternative all'annullamento, possono però rivelarsi utili a integrare in concreto l'elemento costitutivo della fattispecie in relazione alla ingiustizia della lesione e quindi all'antigiuridicità.

La tesi della disapplicabilità sarebbe peraltro più coerente anche rispetto alle ipotesi ove si ammette che il sindacato sull'atto possa avvenire in via principale.

⁴⁹ Per un approfondimento generale sul tema si v. M. CLARICH, *Giudicato e potere amministrativo*, Padova, Cedam, 1989; L. FERRARA, *Dal giudizio di ottemperanza al processo di esecuzione – La dissoluzione del concetto di interesse legittimo nel nuovo assetto della giurisdizione amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2003; S. VACCARI, *Il giudicato nel nuovo diritto processuale amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2017.

4. *Opacità e caratteristiche dei casi esaminati, nonché dello schema unitario che da essi si può trarre*

Dall'analisi sin qui svolta si ricava che il tipo di disapplicazione praticato dal giudice contabile è *a fondamento giurisprudenziale, in assenza di un potere di annullamento del giudice disapplicante*.

Ciò lo differenzia sia rispetto al potere di disapplicazione esercitabile nella giurisdizione ordinaria e tributaria alla luce di una attribuzione normativa, sia rispetto alla disapplicazione praticata dal g.a., che avviene in via pretoria, ma in presenza di un potere di annullamento del giudice disapplicante.

Nel giudizio contabile l'estensione analogica parte a sua volta, come evidente, dal potere di disapplicazione attribuito al g.o. dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo.

Coerenti rispetto a questo parametro usato per l'estensione analogica sono i *presupposti* individuati per la disapplicabilità, e consistenti nella violazione di legge in senso lato, includente l'eccesso di potere.

La *finalità* del potere è invece individuata nella tutela dei diritti soggettivi, pur se nella legge di abolizione del contenzioso amministrativo non si rinviene questa limitazione. O, meglio, al tempo della legge di abolizione del contenzioso, la distinzione fra diritti soggettivi e interessi legittimi non aveva ancora raggiunto quel grado di definizione che avrebbe assunto dopo il 1889, quando è stata istituita la IV Sezione del Consiglio di Stato, per la giurisdizione di annullamento sugli atti lesivi degli interessi legittimi in ragione di almeno uno dei tre vizi tipici di legittimità, che venivano individuati nella stessa occasione. Soprattutto da questo momento l'interpretazione delle disposizioni della legge di abolizione del contenzioso che avevano attribuito al g.o. il potere di disapplicazione degli atti amministrativi si è estesa alla disapplicabilità anche degli atti che avessero in qualche modo inciso sugli interessi, e non solo sui diritti, sebbene permanessero pure gli orientamenti restrittivi che ne limitavano il campo agli atti incidenti sui diritti.

L'*oggetto* del potere disapplicativo esercitato dal giudice contabile include invece gli atti amministrativi normativi, generali, puntuali e le circolari, pur se prevale la disapplicazione degli atti normativi e/o comunque generali. La legge di abolizione del contenzioso non distingue invece fra tipi di atti amministrativi disapplicabili.

Anche nel giudizio amministrativo prevale la disapplicazione degli atti normativi, o al limite di quelli generali, pure per affinità della funzione rispetto a quelli normativi, ma in genere secondo uno schema diverso da quello definito dalla legge di abolizione del contenzioso, e altresì diverso da quello praticato nel giudizio contabile: il g.a. ricorre infatti al principio *iura novit curia* per risolvere antinomie di tipo gerarchico e a prescindere da decadenze processuali e/o dal principio della domanda. Inoltre il giudice contabile, soprattutto con riferimento ai giudizi pensionistici, individua spesso un *limite specifico* relativo all'oggetto, a partire dal perimetro della propria giurisdizione: nega in sostanza la disapplicabilità, pure nella forma incidentale, degli atti il sindacato sui quali spetti ad altro giudice, ammettendone semplicemente la delibazione per la risoluzione della controversia.

A questo si contrappone però *altro orientamento, minoritario*, che afferma la disapplicabilità, da parte del giudice contabile, proprio degli atti la cognizione e il trattamento dei quali non rientrino nella sua giurisdizione. Un ulteriore orientamento esclude infine la disapplicabilità di quegli atti il sindacato sui quali da parte del giudice munito di giurisdizione si ponga in rapporto di *pregiudizialità logico-giuridica* rispetto alla controversia all'esame del giudice contabile, e tale quindi da richiedere una sospensione del giudizio in attesa della decisione sull'atto pregiudiziale. Quest'ultimo orientamento può rappresentare, a ben vedere, la chiave per comporre il contrasto fra i primi due, e al contempo per attribuire coerenza al primo.

Appare infatti incoerente negare la disapplicabilità alla luce del difetto di giurisdizione sull'atto da disapplicare. Ciò in quanto le ragioni genetiche del potere di disapplicazione si riferiscono proprio alla necessità di assicurare la disinnesabilità, nel caso concreto, degli effetti dell'atto nei confronti del quale il giudice disapplicante non sia munito a esempio di una giurisdizione costitutiva: la disapplicazione è in sostanza funzionale a consentire la risoluzione della controversia, nell'ambito della giurisdizione posseduta, in modo coerente e secondo canoni di effettività, preservando al tempo stesso la separazione fra il potere giurisdizionale e quello amministrativo. La preclusione collegata alla giurisdizione può al limite avere un senso nella sola misura in cui il sindacato sull'atto a essa estraneo rappresenti – nel caso concreto – una questione pregiudi-

ziale in senso logico-giuridico rispetto al medesimo giudizio contabile, vale a dire una di quelle che debbano essere risolte con priorità e in via principale da parte del diverso giudice competente, e che pertanto rappresentino una condizione di sospensione necessaria del giudizio dinanzi alla Corte dei conti.

Al di fuori di queste fattispecie, il sindacato sull'atto oggetto della possibile disapplicazione rappresenta un mero antecedente rispetto alla controversia da risolvere nell'esercizio della giurisdizione contabile. La natura di tale più flessibile rapporto appare a sua volta coerente rispetto alle ulteriori due caratteristiche della disapplicazione individuate dalla giurisprudenza contabile, vale a dire la sua *facoltatività* e la sua praticabilità in via *incidentale*.

Lo stesso argomento della distinzione fra relazione di necessaria pregiudizialità logico-giuridica e relazione di mera antecedenza logica può essere utilizzato per comporre il contrasto fra gli orientamenti che negano la disapplicabilità degli *atti inoppugnabili* e quelli che invece la affermano. La composizione avverrebbe limitando la soluzione negativa a quegli atti in rapporto di pregiudizialità logico-giuridica rispetto alla controversia dinanzi al giudice contabile: ossia a quegli atti il cui sindacato in pendenza del termine di impugnazione davanti al giudice competente avrebbe rappresentato una causa di sospensione necessaria del processo davanti alla Corte dei conti.

Si è visto infine che un ulteriore contrasto fra le posizioni che si ricavano dal modo in cui il giudice contabile pratica la disapplicazione degli atti amministrativi riguarda il ruolo del potere disapplicativo nel contesto del giudizio di responsabilità.

Si afferma in sostanza che qui l'atto amministrativo può essere sindacato in via principale o incidentale, nell'ambito della giurisdizione esistente, quale elemento della condotta produttiva di danno.

A partire da questa affermazione diramano però due orientamenti: il primo sulla *irrelevanza della disapplicazione* nel contesto specifico; il secondo sulla sua *ammissibilità solo in via materiale*, vale a dire omettendo di considerare gli effetti dell'atto senza passare per alcuna pronuncia dichiarativa.

Si è cercato tuttavia di dimostrare che, nei giudizi di responsabilità dinanzi al giudice contabile, alcuni atti amministrativi potrebbero rilevare

con qualche assonanza rispetto al modo in cui rilevano per il giudice penale, se solo si consideri che il danno erariale consegue spesso a fattispecie criminose.

Si è inoltre tentato di dimostrare che, sempre nei giudizi di responsabilità amministrativa, la dichiarazione di invalidità e la conseguente disapplicazione dell'atto costituente elemento della condotta dannosa, in quanto misure alternative all'annullamento, possono rivelarsi utili a integrare in concreto l'ingiustizia della lesione e quindi l'antigiuridicità.

5. Raffronto fra la prassi disapplicativa nella giurisdizione contabile e quella svolta nella giurisdizione amministrativa

Si è visto che, come nel processo amministrativo, anche in quello contabile l'esercizio della disapplicazione degli atti amministrativi avviene *praeter legem*.

La disapplicazione è tuttavia esercitata dal giudice contabile in assenza di una giurisdizione di annullamento, che invece rappresenta il potere peculiare del giudice amministrativo⁵⁰.

La pratica disapplicativa indica però, in ambedue i giudizi, una esigenza di giustizia non intercettata dalla disciplina formale del processo.

Ulteriori indicazioni si possono trarre da alcune caratteristiche del potere, emergenti dal suo esercizio.

Nel giudizio contabile i presupposti sono a esempio ricondotti allo schema classico della invalidità amministrativa, che si correla a quello della antigiuridicità dell'atto, cui fa riferimento la legge di abolizione del contenzioso.

Non si ricorre dunque al ragionamento antinomico, che è creazione del giudice amministrativo per la disapplicazione dei regolamenti, e comunque per giustificare l'esercizio di un potere non attribuitogli dalla legge, oltre che confliggente, se si ricorre al classico presupposto della

⁵⁰ Per un approfondimento sulla disapplicazione nel processo amministrativo, si v. E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, Giuffrè, 1950; V. DOMENICHELLI, *Giurisdizione esclusiva e disapplicazione dell'atto amministrativo invalido*, in *Jus*, 1983, p. 163 ss.; AA.Vv., *Impugnazione e disapplicazione dei regolamenti*, Torino, Giappichelli, 1998; F. CINTIOLI, *Potere regolamentare e sindacato giurisdizionale. Disapplicazione e ragionevolezza nel processo amministrativo sui regolamenti*, Torino, Giappichelli, 2007; R. DIPACE, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2011.

invalidità/antigiuridicità, rispetto alle caratteristiche fondamentali del giudizio amministrativo di annullamento.

È proprio il contesto della presenza di una giurisdizione di annullamento e delle regole cui essa è sottoposta – che caratterizza il processo amministrativo ma non quello contabile – a indurre il g.a. a esercitare in via pretoria il potere disapplicativo al di fuori dello schema classico della invalidità riconducibile alla legge di abolizione del contenzioso, e sostenendo invece più frequentemente la disapplicabilità in ogni tempo e d'ufficio dei regolamenti e degli atti sostanzialmente equiparabili, il cui contrasto rispetto a fonti sovraordinate rifletterebbe quindi una antinomia alla quale il giudice può sempre accedere in base al principio *iura novit curia*.

Queste esigenze non emergono però dinanzi al giudice contabile.

Esiste tuttavia una interessante coincidenza fra alcune decisioni del giudice amministrativo e delle sezioni di controllo della Corte dei conti. Quanto si verifica potrebbe apparire eccentrico rispetto all'oggetto di questo studio, che riguarda l'estensione di un potere giurisdizionale in via pretoria a un giudice diverso da quello cui è attribuito. Tuttavia riferirvisi brevemente può risultare utile a indicare le importanti tendenze espansive del potere disapplicativo, pure oltre l'ambito giurisdizionale, e per rispondere a esigenze di tutela che la normativa esistente non riesce evidentemente a intercettare. Ciò si ricava anche dal contesto dell'Unione europea, cui si è fatto un breve riferimento nella prima parte di questo contributo. Il tema è in sostanza quello della disapplicazione dei propri atti da parte della stessa amministrazione, come possibile reazione alternativa a esempio a quella dell'autoannullamento. Da una parte della giurisprudenza amministrativa si ricava in sostanza che il g.a., per giustificare il potere disapplicativo dinanzi a sé, o anche in via autonoma, legittima o richiede la disapplicazione degli atti amministrativi da parte della stessa amministrazione: a esempio del bando illegittimo, disatteso dall'aggiudicazione, la quale viene infatti risparmiata all'annullamento giurisdizionale; oppure degli atti di governo del territorio in contrasto rispetto agli standard urbanistici inderogabili previsti dal decreto ministeriale n. 1444/1968⁵¹.

⁵¹ Per un approfondimento si v. Tar Campania, Napoli, sez. II, 4 luglio 2001, n. 3118, in *www.giustizia-amministrativa.it* (sul dovere di disapplicazione, da parte dell'amministrazione comunale, di bando illegittimo per l'assegnazione di aree destinate a insediamenti produttivi); Tar

Allo stesso modo, dall'esame delle decisioni delle sezioni di controllo della Corte dei conti si ricava a esempio che esse richiedono talvolta all'amministrazione la disapplicazione dei regolamenti in contrasto rispetto alla normativa primaria sulla necessità di osservare l'evidenza pubblica per l'attribuzione di incarichi⁵², oppure giustificano che l'amministrazione disapplichì atti – anche individuali – gravemente illegittimi⁵³. Ciò risulta tanto più rilevante alla luce della affermata contiguità fra le funzioni di controllo e quelle giurisdizionali della Corte dei conti⁵⁴.

6. *Considerazioni di sintesi*

Lo studio compiuto evidenzia che il potere di disapplicazione giurisdizionale degli atti amministrativi è esercitato in via pretoria pure al di fuori del perimetro del processo amministrativo, il quale rappresenta il contesto ove il suo svolgimento non sorretto da espressa attribuzione legislativa è tuttavia più diffuso e noto.

In particolare questo esercizio si riscontra anche nella giurisdizione contabile, ove però assume caratteristiche in parte diverse rispetto a quelle che presenta nel processo amministrativo.

La ragione fondamentale della divaricazione riscontrata risiede verosimilmente nel fatto che il *giudice amministrativo*, a differenza di quello contabile, è titolare del potere di annullamento degli atti potenzialmente disapplicabili. L'esistenza della *giurisdizione di annullamento* lo induce

Lombardia, Milano, sez. III, 29 gennaio 2002, n. 376, in *Foro amm. Tar*, 2002, p. 28 (sul dovere di disapplicazione, da parte dell'amministrazione comunale, di bando illegittimo per l'assegnazione di alloggi), *loc. cit.* Sulla disapplicazione mediante "etero-integrazione" degli atti amministrativi che abbiano violato lo standard minimo della distanza di 10 metri fra pareti finestrate di edifici fronteggianti (ex art. 9 del decreto ministeriale n. 1444/1968), si v., *ex plurimis*, Cons. Stato, sez. IV, 12 giugno 2007, n. 3094, in *Riv. giur. ed.*, 6, 2007, p. 1691; *Id.*, sez. IV, 27 ottobre 2011, n. 5759, in *Foro amm. Cds*, 10, 2011, p. 3125; Tar Piemonte, sez. I, 9 ottobre 2013, n. 1052, in *Foro amm. Tar*, 10, 2013.

⁵² Si v., *ex plurimis*, C. Conti, sez. contr. reg. Piemonte, 8 giugno 2015, n. 98, in *LexItalia PA*.

⁵³ Si v., *ex plurimis*, C. Conti, sez. contr. reg. Molise, 27 maggio 2022, n. 113, in *LexItalia PA*.

⁵⁴ Per un approfondimento si v., *ex plurimis*, F. FRACCHIA, P. PANTALONE, *Nomofilachia, uniforme applicazione del diritto e funzioni della Corte conti*, in *Nuove autonomie*, 1, 2019, p. 95 ss.; G. D'AURIA, *Corte dei conti in sede di controllo e accesso al giudizio incidentale di costituzionalità (ma il controllo di «sana gestione» è... fuori dal gioco)*, in *Giur. cost.*, 4, 2020, p. 2227 ss.; A. SAITTA, *Le ragioni di un giudice speciale: introduzione storica alle funzioni della Corte dei conti e le ragioni di un giudice "perito"*, in *Dir. e soc.*, 4, 2020, p. 665 ss.

in sostanza a qualificare la disapplicazione come un trattamento concorrente rispetto a quello cassatorio. Mentre le *caratteristiche dell'azione di annullamento* lo inducono a preferire la disapplicazione dei regolamenti, o talvolta degli atti generali che vi vengono funzionalmente assimilati. Ciò avviene tuttavia non in base al tradizionale schema della invalidità, che richiederebbe di osservare le regole della domanda e delle decadenze processuali, bensì qualificando il contrasto di tali atti rispetto a norma sovraordinata come antinomia gerarchica, alla cui cognizione il giudice può accedere d'ufficio e in ogni tempo, in base al principio *iura novit curia*. Il *potere* esercitato in via pretoria dal g.a. è per sua natura *espansivo* rispetto a quello definito dalla legge di abolizione del contenzioso, proprio perché deriva da una interpretazione analogica di quella legge. Ma le *caratteristiche che assume nel suo esercizio* sono in gran parte diverse dal tipo che il parametro normativo definisce: tali caratteristiche si incanalano comunque su binari che possono determinare una ulteriore espansione del potere, perché tendono a svincolarsi dalle regole del processo, soprattutto di annullamento.

Anche il potere disapplicativo esercitato in via pretoria dal giudice contabile è per sua natura espansivo rispetto a quello riconducibile alla legge di abolizione del contenzioso, per gli stessi motivi, ossia poiché deriva da una interpretazione analogica di quella legge.

In una prospettiva più generale, questa tendenza espansiva può essere considerata affine oppure omologa a quella che nel corso del tempo ha determinato l'ampliamento, sempre in via pretoria, dei confini della giurisdizione contabile verso l'esterno. Una parte dell'ampliamento è avvenuta a esempio con la qualificazione del rapporto di servizio in senso lato, piuttosto che quello di ufficio, quale condizione fondante la responsabilità per danni cagionati all'amministrazione esercitando compiti strumentali alla realizzazione di un interesse pubblico, nell'ambito di un rapporto – anche transitorio – almeno di riconducibilità dell'autore della lesione e della sua azione alla p.a. che la subisce, a prescindere dalla natura privata o pubblica del primo⁵⁵, e

⁵⁵ Per un approfondimento, si v. S. RODRIQUEZ, *Le Sezioni unite tornano a pronunciarsi sulla giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. it.*, 4, 2005, in commento a: Cass. civ., sez. un., ord. 12 ottobre 2004, n. 20132; M. LIMENTANI, M. VERONELLI, *Osservatorio della Corte di cassazione – Corte dei conti – Responsabilità amministrativa*, in *Giorn. dir. amm.*, 3, 2010, p. 278, in commento a: Cass. civ., sez. un., ord. 4 dicembre 2009, n. 25495; Id., *Osservatorio della Corte di cassa-*

valorizzando invece l'elemento oggettivo dell'incidenza del pregiudizio su risorse pubbliche⁵⁶. Un ulteriore ampliamento della giurisdizione contabile si è realizzato estendendo la giurisdizione per responsabilità erariale anche agli enti pubblici economici e alle società con partecipazione pubblica, almeno prevalente. Ciò è tuttavia avvenuto in via pretoria e comunque con oscillazioni significative⁵⁷, soprattutto fra la tendenza restrittiva della Cassazione e quella più espansiva della Corte dei conti⁵⁸, mentre il recente Testo unico sulle società a partecipazione pubblica, d.lgs. 19 agosto 2016, n. 175, si è orientato verso la soluzione negativa⁵⁹. Ancora, l'ampliamento della giurisdizione

zione – Giurisdizione della Corte dei conti, loc. cit., 8, 2010, p. 819, in commento a: Cass. civ., sez. un., 21 giugno 2010, n. 14891; G. DE MARZO, *Osservatorio civile*, cit., in commento a: Cass. civ., sez. un., 7 giugno 2012, n. 9188; B. MARCHETTI, *La giurisdizione della Corte dei conti*, cit.

⁵⁶ Per un approfondimento, si v. F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica: problemi e prospettive*, in *Dir. proc. amm.*, 3, 2008, e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: Cass. civ., sez. un., ord. 1 marzo 2006, n. 4511.

⁵⁷ La condizione di radicamento della giurisdizione contabile consiste tuttavia, in casi come questi, nella sussistenza di un rapporto di servizio fra l'ente pubblico-socio e l'amministratore della società partecipata; per la costituzione di tale rapporto rileva a sua volta l'effettivo svolgimento, da parte della società, di funzioni istituzionalmente proprie dell'ente pubblico-socio; ove tali condizioni siano assenti risulta superfluo verificare se l'amministratore abbia arrecato danno direttamente all'ente pubblico-partecipante (ciò che fonderebbe la giurisdizione contabile), oppure direttamente alla società partecipata e solo indirettamente all'amministrazione partecipante (ciò che invece escluderebbe la giurisdizione contabile): in questo senso si v. Cass. civ., sez. un., 18 maggio 2022, n. 15979, con nota redazionale di M. SUMMA, *Le Sezioni Unite si pronunciano in merito ai presupposti per la sussistenza della giurisdizione della Corte dei Conti*, in *Dir. & giust.*, 95, 2022, p. 9 ss. Per un approfondimento, si v. M.S. RIGHETTINI, *Decentramento e legalità. L'efficacia della magistratura contabile dopo la regionalizzazione della Corte dei conti*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2, 2006, p. 407 ss., e ivi il riferimento a: Cass. civ., sez. un., ord. 22 dicembre 2003, n. 19667; Id., 26 febbraio 2004, n. 3899. Per un riferimento alla estensione della giurisdizione contabile al maneggio di denaro nelle società pubbliche, ma non anche alla gestione delle relative partecipazioni azionarie, cfr. A. CAROSI, *La Corte dei conti nell'ordinamento italiano*, in *Dir. e soc.*, 3, 2013, p. 501 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali alle decisioni della Cassazione. Sulla esclusione della responsabilità erariale degli organi sociali per danni subiti direttamente dalla società a partecipazione pubblica, ma anche sulla configurabilità della responsabilità erariale di amministratori e sindaci per danni causati direttamente al socio pubblico, cfr. A. LAMORGESE, *La responsabilità degli organi delle società a capitale pubblico tra Corte dei conti e giudice ordinario*, in *Giust. civ.*, 5-6, 2013, p. 237 ss., e ivi i pertinenti riferimenti giurisprudenziali: Cass. civ., sez. un., 19 dicembre 2009, n. 26806.

⁵⁸ Per un approfondimento si v. G. PIPERATA, *La giurisdizione e la competenza*, in F. MASTRAGOSTINO, S. PILATO, *La giustizia contabile – Dal regolamento di procedura al nuovo codice*, Bologna, Bononia University Press, 2017, p. 71 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti.

⁵⁹ L'art. 1 c. 3 del Testo unico stabilisce in particolare la regola generale per cui, fatte salve eventuali disposizioni speciali, alle società a partecipazione pubblica si applicano le norme sulle società contenute nel codice civile, e comunque il diritto privato. L'art. 12 aggiunge che agli

zione contabile è avvenuto estendendo il significato di *danno erariale*. In questa nozione si sono a esempio fatti confluire anche i danni esistenziali, nella cui categoria ha trovato a sua volta spazio la fattispecie, sempre di creazione giurisprudenziale, della lesione all'immagine dell'amministrazione. Nella evoluzione successiva il d.l. 1 luglio 2009, n. 78 convertito dalla legge n. 120 e modificato da alcuni interventi correttivi dello stesso anno, ha codificato l'orientamento giurisprudenziale, restringendone però il perimetro alle ipotesi di lesioni derivanti da sentenza penale irrevocabile di condanna o di patteggiamento, ma limitatamente a reati-presupposto "propri", con la esclusione di quelli "comuni", almeno secondo la interpretazione che ne hanno affermato le Sezioni riunite della Corte dei conti con la decisione n. 8/QM del 19 marzo 2015. Nello scenario appena richiamato il Codice della giustizia contabile, avendo abrogato i riferimenti alle disposizioni limitative dei reati-presupposto del danno all'immagine⁶⁰, ha ricondotto la consistenza della lesione rilevante a quella più ampia precedente alla introduzione di tali limitazioni⁶¹.

In questo e negli ulteriori campi ove il significato di danno erariale ha rinvenuto ambiti per estendersi⁶², l'ampliamento della giurisdizione contabile avviene di regola erodendo spazio a quella ordinaria, a meno che non si verifichi che una stessa fattispecie possa giustificare il concorso di

amministratori si applicano le azioni di responsabilità previste sempre dal codice civile, fatta salva la giurisdizione della Corte dei conti per il danno erariale causato alle società *in house* e in ogni caso alla partecipazione pubblica nelle ipotesi di società miste. Per un approfondimento si v. F. MASTRAGOSTINO, *I principi generali e gli organi della giurisdizione*, in F. MASTRAGOSTINO, S. PILATO (a cura di), *La giustizia contabile*, cit., p. 19 ss.

⁶⁰ Una parte dell'art. 17 del citato d.l. 78/2009 e l'art. 7 della legge n. 97/2001, cui il primo faceva rinvio.

⁶¹ Per un approfondimento si v. L. D'ANGELO, L. MONFELI, A. NAPOLI, B. PEZZILLI, *L'obbligo di denuncia. I poteri di rimozione. La prescrizione. L'archiviazione. Il danno all'immagine*, in F. MASTRAGOSTINO, S. PILATO, *La giustizia contabile*, cit., p. 220 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti normativi e giurisprudenziali.

⁶² Per un approfondimento, si v. F. FRACCHIA, *Corte dei conti e tutela della finanza pubblica*, cit., e ivi il riferimento alle fattispecie del danno all'economia nazionale, del danno da disservizio, del danno commisurato alle spese di ripristino del bene leso e del danno all'immagine, ma anche del danno da lesione del principio di concorrenza, nonché i pertinenti riferimenti giurisprudenziali. Per un rilievo critico sulla eccessiva estensione del danno erariale, in particolare con riferimento alle fattispecie del danno all'immagine e da lesione del principio di concorrenza, si v. M. CLARICH, F. LUISO, A. TRAVI, *Prime osservazioni sul recente Codice del processo avanti alla Corte dei conti*, in *Dir. proc. amm.*, 4, 2016, p. 1271 ss.

due giurisdizioni⁶³. Ciascuna delle due giurisdizioni offre peraltro forme di tutela differenti e ispirate a logiche diverse. Sarebbe quindi fuorviante compararle in termini di maggiore gravità delle conseguenze della responsabilità amministrativa rispetto a quella civile, come talvolta invece si rileva: al contrario, nelle fattispecie di responsabilità amministrativa, l'elemento soggettivo ha una dimensione più contenuta, e il giudice ha maggiore autonomia nella riduzione dell'addebito⁶⁴.

Questa estensione dell'ambito della responsabilità amministrativa, e quindi della giurisdizione contabile, si è peraltro determinata anche – e soprattutto – in via eteronoma, ossia per effetto di interventi delle sezioni unite della Cassazione, piuttosto che dello stesso giudice contabile. L'estensione è avvenuta a circa dieci anni dalla riforma organizzativa che nel 1994 ha compiuto la regionalizzazione organizzativa della Corte dei conti. La riforma aveva in particolare determinato una iniziale crescita quantitativa della domanda di giustizia – come già accaduto negli anni '70 all'esito della istituzione dei Tribunali amministrativi regionali –, e tuttavia un ritorno ai livelli precedenti a distanza proprio di un decennio⁶⁵. Alla tendenza espansiva appena richiamata ha fatto tuttavia da contraltare, più recentemente, e pur se con efficacia transitoria, la riforma introdotta dal

⁶³ Come può accadere in relazione alle società con partecipazione pubblica, ove l'azione di responsabilità erariale di amministratori e sindaci per lesione alla partecipazione pubblica può risultare concorrente rispetto a quella civile di responsabilità, si v. F. FIMMANÒ, *Le Sezioni unite aprono ad una giurisdizione concorrente "a tutto campo" della Corte dei conti sulle azioni di responsabilità*, in *Società*, 1, 2019, p. 67 ss., in commento a: Cass. civ., sez. un., 13 settembre 2018, n. 22406. In via più generale, sulla concorrenza, nell'ambito degli strumenti per il ristoro dei danni alle risorse pubbliche, fra il giudizio contabile per il tramite delle Procure regionali e quello ordinario, mentre, a voler ritenere ammissibile solo il primo, si finirebbe per comprimere la legittimazione processuale della p.a., si v. F. PINTO, *Per un nuovo modello del giudizio contabile: riflessioni in tema di doppio binario e ruolo delle amministrazioni non statali*, in *Federalismi*, 11, 2022, p. 101 ss., e ivi ulteriori riflessioni e proposte per scongiurare il contrasto di giudicati e garantire il divieto del *bis in idem*, nonché il riferimento all'improcedibilità dell'azione della Procura contabile se il danno è già stato risarcito in sede civile, e infine il riferimento alla giurisprudenza della Cassazione che nega la proponibilità del giudizio ordinario allorché la Procura regionale abbia promosso l'azione di responsabilità: Cass. civ., sez. un., 26 marzo 2021, n. 8570.

⁶⁴ Per un approfondimento, si v. C. IBBA, *Responsabilità degli amministratori di società pubbliche e giurisdizione della Corte dei conti*, in *Giur. comm.*, 5, 2012, p. 641 ss., e ivi gli ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

⁶⁵ Per un approfondimento, si v. M.S. RIGHETTINI, *Decentramento e legalità*, cit., e ivi anche i pertinenti dati statistici.

d.l. c.d. 'semplificazioni', 16 luglio 2020, n. 76 (convertito dalla l. 11 settembre 2020, n. 120), il cui art. 21 ha limitato la responsabilità erariale, sino al 30 giugno 2023, unicamente ai casi di condotte dolose, con la sola esclusione delle fattispecie di omissione o inerzia. Si è trattato evidentemente di una "mossa" per rimuovere un ulteriore freno alla c.d. "paura della firma", in un contesto specifico ove alle amministrazioni si è richiesto e si richiede una intensificazione della propria attività, per la gestione della pandemia e della fase post-pandemica in condizioni di sviluppo economico.

In questo scenario l'esercizio del potere disapplicativo da parte delle sezioni giurisdizionali della Corte dei conti può intendersi come un ulteriore moto di estensione della giurisdizione contabile, in via peraltro autonoma piuttosto che eteronoma, similmente a quanto è riscontrabile per la giurisdizione amministrativa.

Ma le caratteristiche che il potere disapplicativo assume nel suo esercizio da parte del giudice contabile sono diverse sia da quelle che emergono nel processo amministrativo, sia da una parte del tipo di disapplicazione delineato dalla legge di abolizione del contenzioso.

Rispetto ai contenuti di tale legge, la disapplicazione esercitata in via pretoria dal giudice contabile è connotata infatti da alcune limitazioni. A esempio, l'oggetto è circoscritto agli atti lesivi di diritti.

Ancora, in alcuni casi la disapplicabilità è limitata ai regolamenti o alle circolari o agli atti generali.

Questi limiti non si rintracciano nel parametro normativo da cui l'interpretazione analogica muove, ma neppure nella sua prevalente interpretazione emersa nel corso del tempo.

L'individuazione del presupposto della disapplicazione nella violazione di legge in senso lato – includente l'eccesso di potere – è invece coerente rispetto alla legge da cui l'estensione analogica muove, così come si può dire anche per le affermate esercitabilità in via incidentale e natura facoltativa del potere.

Solo per i giudizi di responsabilità si sostiene che il sindacato sull'atto lesivo, il quale è elemento oggettivo della condotta determinativa del danno erariale, può avvenire anche in via principale. Allo stesso tempo si esclude tuttavia la praticabilità di una sua disapplicazione, oppure la si ammette in via materiale, ossia negando che essa possa formare oggetto di una pronuncia dichiarativa. Al paragrafo 3.1., cui integralmente si rinvia,

si è tuttavia tentato di dimostrare che, in questo tipo di giudizi, alcuni atti amministrativi potrebbero rilevare con qualche assonanza rispetto al modo in cui rilevano per il giudice penale, e non solo perché il danno erariale consegue spesso a fattispecie criminose. Si è inoltre tentato di dimostrare che, sempre in questo tipo di giudizi, la dichiarazione di invalidità e la conseguente disapplicazione dell'atto costituente elemento della condotta dannosa, in quanto misure alternative all'annullamento, possono rivelarsi utili a integrare in concreto l'ingiustizia della lesione e quindi l'antigiuridicità. Ambedue le dimostrazioni dovrebbero rafforzare la tesi della disapplicabilità, che sarebbe peraltro più coerente anche rispetto alle ipotesi ove si ammette che il sindacato sull'atto possa avvenire in via principale. Inoltre, in questo come in tutti gli altri casi, il carattere incidentale della disapplicazione dovrebbe contribuire a ridimensionare i contrasti fra gli orientamenti che escludono la disapplicabilità degli atti la cui cognizione e il cui trattamento siano estranei alla giurisdizione contabile, e gli orientamenti che invece la ammettono. Si tratta tuttavia di contrasti che interessano pure la giurisprudenza ordinaria, soprattutto in sede civile⁶⁶. Se si osserva il problema dalla prospettiva del giudice contabile, tali contrasti potrebbero inoltre essere superati o ridimensionati valorizzando l'orientamento che distingue le questioni pregiudiziali in senso logico-giuridico – per la cui soluzione sarebbe necessario sospendere il processo pendente e attendere la decisione del diverso giudice competente – da quelle che non lo sono, e che pertanto potrebbero essere risolte anche tramite l'esercizio del potere disapplicativo da parte della Corte dei conti. Allo stesso modo potrebbe comporsi il contrasto fra gli orientamenti che negano la disapplicabilità degli atti inoppugnabili e quelli che la ammettono: la composizione avverrebbe riservando la soluzione affermativa ai soli atti che rappresentano un mero antecedente della decisione da

⁶⁶ Per un approfondimento sulla disapplicazione nel processo civile, si v. E. CANNADA BARTOLLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, cit.; A. KLITSCHÉ DE LA GRANDE, *La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 1961; R. ROLLI, *La disapplicazione giurisdizionale dell'atto amministrativo. Tra ordinamento nazionale e ordinamento comunitario*, Roma, Aracne, 2005; A. TRAVI, *La disapplicazione dell'atto amministrativo da parte del giudice civile in alcuni recenti interventi della Cassazione*, in *Dir. proc. amm.*, 1, 2020, p. 3 ss.; Id., *Recenti orientamenti della Cassazione in tema di disapplicazione degli atti amministrativi da parte del giudice ordinario*, in *Foro it.*, 4, 2019, p. 1328 ss.

assumere, e non si trovano pertanto rispetto a essa in un rapporto di pregiudizialità logico-giuridica.

Ciò che accade in ambedue le sedi, del processo amministrativo e di quello contabile, denota tuttavia, per il solo fatto di verificarsi, l'inidoneità della disciplina processuale esistente – pur dopo l'approvazione dei rispettivi Codici nel 2010 e nel 2016 – a rispondere alle esigenze di giustizia che emergono in concreto, e pertanto la funzionalità della estensione analogica a riempire quel vuoto, almeno fintanto che non si provveda a colmarlo in modo più stabile. Questa affermazione può essere estesa, ma per la disciplina extraprocessuale, alle attitudini che sia il g.a. sia le sezioni di controllo della Corte dei conti talvolta esprimono in favore della disapplicabilità o del dovere di disapplicazione dei propri atti da parte della stessa amministrazione.

The Review of Administrative Decisions Within the Accounting Jurisdiction, Between Irrelevance and Admissibility/Duty of Devitalizing Their Effects

Melania D'Angelosante

Il contributo propone una analisi dei modi e dei limiti di esercizio della disapplicazione degli atti amministrativi nel giudizio dinanzi alla Corte dei conti, quale possibile esito del sindacato che su tali atti si svolge in quella sede.

The essay analyses the forms and limits of the non-application of administrative decisions in the exercise of accounting jurisdiction as a possible consequence of their exam in the trials before the Court of accounts.

Parole chiave: disapplicazione; atti amministrativi; giurisdizione contabile; effettività

Keywords: Non-application; Administrative Acts; Accounting Jurisdiction; Effectiveness