

## **Violazione del principio di gerarchia delle fonti del diritto: conseguenze, rilievo dell'antinomia. Rivisitazione dell'atto normativo**

*Michele Gerardo\**

*SOMMARIO: 1. Introduzione - 2. Gerarchia delle fonti del diritto - 3. Antinomie e gerarchia delle fonti - 4. Ricadute ordinali di quanto ricostruito - 5. Rilievo del contrasto della norma con quella di rango superiore e rivisitazione dell'atto normativo - 6. Reviviscenza della norma abrogata.*

### *1. Introduzione.*

L'oggetto del presente studio mira ad individuare la disciplina degli atti normativi in contrasto con atti normativi di efficacia superiore ed altresì ad individuare la disciplina della rivisitazione dell'atto normativo, specie ad opera del suo autore. Si vuole operare, quindi, una analisi delle fonti del diritto (1) sotto due particolari prospettive.

### *2. Gerarchia delle fonti del diritto.*

A colpi d'ascia, la gerarchia delle fonti nell'odierno ordinamento giuridico è, partendo dal grado più alto, la seguente:

a) T.U.E. (Trattato dell'Unione Europea); T.F.U.E. (Trattato sul funzionamento dell'Unione Europea); Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea; regolamenti, direttive provviste di effetti diretti e decisioni dell'Unione Europea; sentenze interpretative della Corte di Giustizia dell'Unione Europea (2);

---

(\*) Avvocato dello Stato.

(1) Per un quadro d'insieme sulla sterminata materia delle fonti del diritto si richiamano *ex multis*: V. CRISAFULLI, *Lezioni di diritto costituzionale*, II volume, CEDAM, V edizione, 1984, pp. 1 e ss.; T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Giuffrè, III edizione, 1984, pp. 49 e ss.; R. BIN - G. PITRUZZELLA, *Diritto costituzionale*, Giappichelli, VIII edizione, 2007, pp. 277 e ss.; A. BARBERA - C. FUSARO, *Corso di diritto costituzionale*, Il Mulino, II edizione, 2014, pp. 101 e ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Giappichelli, 1960, pp. 25 e ss.; F. MODUGNO, voce *Fonti del Diritto* in *Digesto*, 2010; M. LUCISANO, voce *Fonti del Diritto* in *Il diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24Ore*, 2007, vol. 6, p. 469. Corollario della qualificazione di fonte del diritto è l'applicazione di una serie di principi, tra cui: a) *iura novit curia*; b) *ignorantia legis non excusat*; c) necessità della pubblicazione nei modi ufficiali previsti dall'ordinamento giuridico; d) applicazione dell'art. 12 della preleggi, in materia di interpretazione; e) la violazione e falsa applicazione della norma giuridica è censurabile in sede di legittimità (artt. 360, co. 1, n. 3, c.p.c. e 606, co.1, lett. b, c.p.p.).

(2) Costituisce ormai principio consolidato che il primato dell'ordinamento dell'U.E. rispetto a quello nazionale trova un limite nel necessario rispetto dei principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e dei diritti inalienabili della persona umana. Sul rapporto tra l'ordinamento dell'Unione Europea e quello italiano: U. VILLANI, *Istituzioni di diritto dell'Unione Europea*, Cacucci Editore, IV edizione, 2016, pp. 417 e ss.; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, X edizione, 2015, pp. 377 e ss.

b) Costituzione della Repubblica Italiana; leggi di revisione della Costituzione; altre leggi costituzionali;

c) leggi ed atti aventi forza di legge dello Stato (decreto legislativo, decreto legge, sentenza della Corte Costituzionale dichiarativa della illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, referendum abrogativo); statuti e leggi regionali; leggi delle Province di Trento e Bolzano; regolamenti parlamentari;

d) regolamenti dello Stato (del Governo, ministeriali e interministeriali), degli enti territoriali e degli altri enti pubblici (3);

e) consuetudini;

f) contratti, atti amministrativi, sentenze.

La gerarchia delle fonti postula l'esistenza di norme di diverso livello (ossia di almeno due livelli), uno dei quali superiore all'altro. La stessa comporta che una data norma non può porsi in contrasto con altra norma di livello superiore, pena la sua invalidità. Una norma di livello inferiore non può abrogare o derogare una norma di livello superiore, mentre la norma superiore può sempre abrogare o derogare quella inferiore.

Nella descrizione della gerarchia delle fonti non si è tenuto conto, onde semplificare il discorso, delle ulteriori suddivisioni operate dalla dottrina (fonti *sub* primarie, fonti rinforzate, fonti rafforzatissime, fonti atipiche, fonti interposte, diversità di forza tra regolamenti governativi e regolamenti di altri enti pubblici, etc.) e si è tenuto conto della costruzione a gradi dell'ordinamento giuridico, dello *Stufenbau der Rechtsordnung* kelseniano, sicché sono stati ricondotti alle fonti del diritto anche il contratto, il mero atto amministrativo e la sentenza (4). A quest'ultimo proposito si precisa che la qualificazione del contratto, dell'atto amministrativo e della sentenza quali fonti è stata operata a livello sistematico, argomentativo, speculativo; si è coscienti che gli atti da ultimo indicati non sono "vere" fonti del diritto.

### 3. Antinomie e gerarchia delle fonti.

Nell'ipotesi di antinomie - ossia di incompatibilità di precetti - tra norme appartenenti a livelli gerarchici diversi *lex superior derogat legi inferiori*, ossia

---

(3) I regolamenti "Secondo una antica definizione, sono atti «amministrativi», dal punto di vista soggettivo e dal punto di vista formale (perché promananti da autorità del potere esecutivo e nella forma consueta di ogni altro loro atto), ma «legislativi», dal punto di vista materiale (perché costitutivi del diritto oggettivo)": così V. CRISAFULLI, cit., p. 122. G. ZANOBINI, voce *Regolamento* in *Novissimo Digesto Italiano*, XV, 1968, p. 241, precisa che "il regolamento non è soltanto un atto amministrativo generale, ma una norma giuridica". Secondo V. ONIDA, voce *Regolamenti regionali*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVI, 1991, p. 5 "in tutta la nostra tradizione legislativa e amministrativa i regolamenti sono stati costantemente assimilati, quanto al trattamento e quindi anche alle condizioni per la revoca o l'abrogazione, ai provvedimenti amministrativi, ai quali sono accomunati dalla provenienza e, largamente, dalla forma".

(4) Su tali concetti: H. KELSEN, *Lineamenti di dottrina pura del diritto*, Einaudi, 2000, pp. 95 e ss.

prevale la norma di grado superiore, la quale non può essere derogata da quella di grado inferiore (5).

Va indagato il concetto di prevalenza della norma superiore (e della conseguente non derogabilità da parte della norma inferiore).

a) Il contrasto tra norme di livello gerarchico diverso - adottate in tempi diversi - nel caso in cui la norma posteriore sia gerarchicamente superiore a quella anteriore implica la cessazione di efficacia della norma precedente a far data dalla operatività della norma di livello superiore. La prevalenza, in questa evenienza, implica l'applicazione della nuova norma e la cessazione di efficacia della vecchia (ciò, beninteso, a meno che la norma successiva - ove integrante una legge - non disponga la propria applicazione in via retroattiva). Analogo discorso vale nell'ipotesi in cui le norme antinomiche, adottate in tempi diversi, appartengano al medesimo livello gerarchico. Anche in questa evenienza la norma vecchia cessa di essere vigente a far data dall'entrata in vigore della nuova (*lex posterior derogat priori*).

b) Il contrasto tra norme di livello gerarchico diverso adottate nello stesso momento implica l'immediata prevalenza della fonte di grado superiore.

c) Il contrasto tra norme di livello gerarchico diverso adottate in tempi diversi, nel caso che la norma posteriore sia gerarchicamente inferiore a quella anteriore, implica la prevalenza della fonte superiore. Ossia la fonte successiva, fin dalla sua emanazione, non può scalfire il *dictum* di quella precedente. La prevalenza è una conseguenza della gerarchia.

La prevalenza determina, quindi, la "soccumbenza" della fonte di grado inferiore contrastante con quella di grado superiore.

Utilizzando un termine diffuso nell'ambiente giuridico qualificheremo invalidità il vizio della norma contrastante con una norma superiore (6). In modo tralatizio si precisa che "*Per invalidità di un atto si intende, in via generale, la difformità di tale atto dal diritto, alla quale consegue la sanzione dell'inefficacia definitiva dello stesso e quindi la sua inidoneità a produrre effetti giuridici. Tale sanzione può essere automatica, come nel caso della nullità, che opera di diritto, oppure può richiedere apposita dichiarazione giudiziale, come nel caso dell'annullabilità, pronunciata dal giudice su ricorso del privato ricorrente*" (7).

---

(5) Sulla gerarchia delle fonti: G. TARELLO, *L'interpretazione della legge*, Giuffrè, 1980, pp. 313 e ss.; G. PINO, *La gerarchia delle fonti del diritto. Costruzione, decostruzione, ricostruzione in Annuario di ermeneutica giuridica*, XVI, 2011, p. 19, anche per la distinzione tra gerarchie strutturali, materiali e assiologiche.

(6) *Ex plurimis*: R. GUASTINI, *L'interpretazione dei documenti normativi*, Giuffrè, 2004, p. 251.

(7) Così S. FOÀ, voce *Invalitità (Dir. amm.)* in *Il diritto. Enciclopedia Giuridica del Sole 24Ore*, 2007, vol. 8, p. 238. In senso analogo: C.M. BIANCA, *Diritto civile. III. Il contratto*, Giuffrè, II edizione, 2000, pp. 609-610.

#### 4. Ricadute ordinamentali di quanto ricostruito.

Dall'esame dell'ordinamento giuridico italiano si evince che viene rispettato il modello teorico sopra esposto, con la precisazione che la evidenziata invalidità - nel caso di contrasto tra norme di livello gerarchico diverso - in alcune circostanze determina l'inefficacia automatica della vicenda riconducibile alla fonte di grado inferiore ed in altre circostanze la detta inefficacia è conseguente dell'accertamento di un soggetto.

Numerose disposizioni sono espressive del principio rilevato al punto *a)* del precedente paragrafo. All'uopo si richiama:

- l'art. 30, comma 3, della Convenzione sul diritto dei trattati adottata a Vienna il 23 maggio 1969 (ratificata dall'Italia con L. 12 febbraio 1974, n. 112), il quale recita: *“Quando tutte le parti di un precedente trattato sono anche parti a un trattato posteriore [...] il trattato anteriore si applica soltanto nella misura in cui le sue disposizioni sono compatibili con quelle del trattato posteriore”*;

- l'art. 15 delle preleggi, secondo cui *“le leggi non sono abrogate che da leggi posteriori”* (8);

- l'art. 682 c.c. per il quale *“il testamento posteriore, che non revoca in modo espresso i precedenti, annulla [rectius: determina la cessazione dell'efficacia] in questi soltanto le disposizioni che sono con esso incompatibili”*;

- l'art. 395, n. 5 c.p.c. dal quale si ricava che la sentenza contraria ad altra precedente avente fra le parti autorità di cosa giudicata prevale su quest'ultima ove a sua volta sia passata in giudicato (9).

Anche il principio evidenziato al punto *c)* del precedente paragrafo ha varie manifestazioni nell'ordinamento giuridico positivo, come dimostrato dalle fattispecie di seguito descritte.

*a)* La sentenza in contrasto con una fonte superiore è temporaneamente efficace, ma cessa di produrre effetti *ex tunc* ove riformata all'esito di impugnazione (art. 336, comma 2, c.p.c.). La sentenza, in contrasto con una fonte superiore, che passi in giudicato, mantiene la sua efficacia nell'ordinamento giuridico per effetto tuttavia di una puntuale previsione legislativa, costituita dall'art. 324 c.p.c.

*b)* Il contratto in contrasto con una fonte superiore:

- è inefficace nei casi di nullità (artt. 1422 - 1424 c.c.). La nullità, poi,

---

(8) *“Coordinando la disposizione dell'art. 15 con quella del precedente art. 11 («la legge non dispone che per l'avvenire: essa non ha effetto retroattivo»), si ricava altresì il principio per cui - di regola - l'abrogazione opera ex nunc, vale a dire dal momento dell'entrata in vigore della nuova fonte o da quello - eventualmente diverso - da cui ha inizio l'efficacia delle norme da questa prodotte”*: in tal senso V. CRISAFULLI, cit., p. 188.

(9) Per autorevole dottrina l'art. 395, n. 5 c.p.c. *“dimostra come l'ordine giuridico si concreti, nell'ipotesi di due giudicati successivi, sul secondo di essi, e non sul primo. Se infatti la contrarietà non è fatta valere nel termine con l'impugnazione per revocazione, il secondo giudicato rimane la sola fonte regolatrice del concreto. Il primo sparisce”*: così S. SATTÀ, *Commentario al codice di procedura civile, Libro secondo, Processo di cognizione, Parte seconda*, Vallardi, 1962, p. 331.

potrà essere accertata dal giudice (con sentenza) o dalle parti (con un negozio di accertamento);

- è temporaneamente efficace, ma cessa di produrre effetti *ex tunc* (salvi i rapporti esauriti) nei casi di annullamento (artt. 1441 - 1446 c.c.) o di rescissione (art. 1452 c.c.) dichiarati dal giudice (con sentenza) o dalle parti (con un negozio modificativo).

c) L'atto amministrativo in contrasto con una fonte superiore:

- è inefficace nei casi di nullità (art. 21 *septies* L. 7 agosto n. 241). La nullità, poi, potrà essere rilevata dal giudice o dalla P.A. autrice dell'atto. L'atto amministrativo nullo può essere altresì disapplicato dal giudice (art. 5 L. 20 marzo 1865 n. 2248, allegato E). La disapplicazione ha incidenza soltanto *inter partes*, cioè limitatamente alle parti del giudizio;

- è temporaneamente efficace, ma cessa di produrre effetti *ex tunc* nei casi di annullamento (art. 21 *octies* L. n. 241/90 cit.) dichiarato dal giudice o dall'Amministrazione autrice dell'atto o altro abilitato (es. superiore gerarchico) in via di autotutela o nell'esercizio dei poteri di controllo o all'esito di un ricorso amministrativo.

Atto amministrativo nullo, annullabile, disapplicabile e conseguenti ricadute in punto di giurisdizione costituiscono un tema ancora tormentato ed irrisolto nella esperienza giuridica (10).

Convenzionalmente utilizziamo i seguenti truismi:

- nei casi di giurisdizione esclusiva - tanto del giudice ordinario quanto del giudice amministrativo - l'atto invalido può essere dichiarato nullo o annullabile a seconda dei suoi vizi;

- negli ordinari riparti di giurisdizione la dichiarazione di nullità o di annullamento spetta al giudice amministrativo; il giudice ordinario può - in presenza dei vizi di nullità determinanti carenza di potere - dichiarare la disapplicazione dell'atto amministrativo;

- in tutti i casi - sia in sede giurisdizionale che amministrativa - in cui viene in rilievo un atto amministrativo in contrasto con le fonti dell'Unione Europea, il detto atto va disapplicato dagli operatori giuridici. L'invalidità si connota, quindi, come disapplicazione. Disapplicazione peculiare, conseguenza della primazia del diritto comunitario.

---

(10) Per un diffuso orientamento giurisprudenziale il regolamento illegittimo - in quanto atto di natura normativa, e non meramente amministrativa, con portata generale ed astratta e capacità innovativa nell'ordinamento giuridico - può essere disapplicato dal giudice amministrativo, in quanto contrastante con norme di rango primario, anche in assenza di una specifica impugnazione; ciò in applicazione del principio di gerarchia delle fonti (Consiglio di Stato, sentenza 3 ottobre 2007 n. 5098; T.A.R. Lombardia, Milano, sentenza 17 aprile 2009 n. 4064; T.A.R. Veneto, Venezia, sentenza 17 novembre 2011 n. 1700; Consiglio di Stato, sentenza 26 settembre 2013 n. 4778).

Come è noto il regolamento illegittimo divenuto definitivo per mancata impugnazione può, pur sempre, essere disapplicato dalla Commissione Tributaria in relazione all'oggetto dedotto in giudizio (art. 7, comma 5, del D. L.vo 31 dicembre 1992 n. 546).

d) L'uso in contrasto con la legge ed il regolamento è inefficace (art. 8, comma 1, preleggi).

e) Il regolamento amministrativo in contrasto con la fonte superiore ha la stessa disciplina dell'atto amministrativo delineata sopra al punto c) di questo paragrafo. Ciò alla luce della doppia natura del regolamento: tanto norma giuridica quanto atto amministrativo.

f) La legge in contrasto con la Costituzione è temporaneamente efficace, ma cessa di produrre effetti *ex tunc* ove dichiarata illegittima dalla Corte Costituzionale (art. 136 Costituzione; art. 30 L. 11 marzo 1953, n. 87), salva la conservazione dei rapporti cd. esauriti.

g) La Costituzione in contrasto con il diritto comunitario va disapplicata, salva la circostanza in cui il contrasto riguardi i principi fondamentali essenziali della Repubblica Italiana ovvero i diritti inalienabili garantiti nella Carta Costituzionale (11).

h) Gli atti vincolanti delle istituzioni dell'Unione Europea in contrasto con i trattati costitutivi dell'Unione Europea e fonti equiparate (Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea, principi generali del diritto dell'Unione Europea, norme del diritto internazionale generale, accordi internazionali conclusi dall'Unione) sono temporaneamente efficaci, ma cessano di produrre effetti *ex tunc* ove dichiarata la loro nullità dal competente giudice dell'Unione (artt. 263 - 264 T.F.U.E.).

Tutte le fonti ora descritte dai punti a) ad f) ove siano in contrasto con una fonte dell'Unione Europea si disapplicano.

Allorché un rapporto sia disciplinato da più fonti del diritto di diversa gerarchia, vale la disciplina contenuta nella fonte gerarchicamente più elevata. Ciò in applicazione di regole logiche, in virtù delle quali la superiorità gerarchica si riverbera anche nella qualificazione delle fattispecie. Quindi prevale la qualificazione operata dalla fonte più alta in grado. La fonte - qualunque sia la sua posizione nella piramide gerarchica - in contrasto con una fonte superiore sarà invalida.

Ad esempio, ove il provvedimento attuativo sia stato adottato in violazione del regolamento presupposto, a sua volta in contrasto con la legge, la conseguenza è che il detto atto applicativo è conforme a legge e quindi valido, laddove il regolamento è illegittimo (12).

---

(11) Riassuntivamente - su tali criteri risolutivi in caso di antinomia tra una norma comunitaria e una norma costituzionale - *ex plurimis* R. GUASTINI, cit., p. 252.

(12) In tale circostanza si ammette la disapplicazione di un regolamento illegittimo non oggetto di specifica impugnazione (Consiglio di Stato, sentenza 4 marzo 2011 n. 1408, il quale precisa che "può prescindere dalla proposizione e dalla celebrazione di una impugnazione tendente alla rimozione dell'atto che abbia debordato dalla sua sfera di competenza, essendo sufficiente accertare che la norma non è «idonea ad innovare» l'ordinamento sul punto e quindi non può essere applicata"; T.A.R. Campania, Salerno, sentenza 22 luglio 2015 n. 1611).

Ulteriori corollari: l'atto amministrativo in violazione di legge è invalido, anche se conforme ad un regolamento amministrativo; l'atto amministrativo con prescrizioni antinomiche con quelle contenute nella Costituzione è egualmente invalido, anche se conforme ad una legge ordinaria.

Nella evenienza che una fonte (es. regolamento amministrativo) sia in contrasto tanto con norme dell'Unione Europea quanto con norme legislative si applica, per quanto sopra esposto, il regime di qualificazione e rilevanza collegato alla fonte più alta in grado. Sicché il regolamento amministrativo in contrasto sia con le norme dell'Unione Europea che con le norme legislative è (invalido e) disapplicabile. Egualmente disapplicabile è il regolamento amministrativo - o il provvedimento amministrativo - conforme alla legge, ma violativo di norma dell'Unione Europea (13).

##### *5. Rilievo del contrasto della norma con quella di rango superiore e rivisitazione dell'atto normativo.*

Il soggetto legittimato al rilievo del contrasto della norma con quella di rango superiore è tanto l'autore della norma (o altro soggetto legittimato), quanto il giudice specificamente incaricato dall'ordinamento a rilevare l'antinomia.

Ove non sia possibile muovere alcun rilievo è comunque possibile una rivisitazione dell'atto da parte del suo autore o di soggetti legittimati.

All'uopo si rileva quanto segue.

a) L'invalidità della sentenza è pronunciata dall'autorità giudiziaria. Il giudice può essere sia lo stesso che ha pronunciato la sentenza illegittima (come nel caso della revocazione, dell'opposizione di terzo e dell'*actio nullitatis*) che un giudice diverso (quello dell'impugnazione).

---

(13) Sul punto si precisa in dottrina che: “*sul regime del provvedimento amministrativo, emanato nel rispetto del diritto nazionale ma in violazione del diritto comunitario, sono state proposte due tesi: quella dell'illegittimità e quella della disapplicazione. La prima tesi tratta la violazione del diritto comunitario alla stregua della violazione del diritto interno. La seconda si basa, da un lato, sull'estensione ai provvedimenti amministrativi del regime tipico degli atti normativi interni contrastanti con il diritto comunitario (i quali devono, appunto, essere disapplicati, per applicare il diritto comunitario), dall'altro, sull'esigenza di evitare che atti contrari al diritto comunitario divengano inoppugnabili e, quindi, la violazione di quel diritto divenga definitiva. Lo schema della disapplicazione è di uso relativamente agevole per le fonti del diritto: si tratta semplicemente di stabilire quale norma applicare, in presenza di un contrasto. Per i provvedimenti amministrativi, invece, esso comporterebbe uno stravolgimento del loro regime processuale, facendo venir meno l'onere di impugnazione tempestiva e l'inoppugnabilità del provvedimento non impugnato tempestivamente: e, quindi, pregiudicando gli interessi alla certezza del diritto e alla conservazione dei valori giuridici che sono alla base di quel regime processuale. È per questo che la giurisprudenza ha decisamente optato per la prima tesi: se il provvedimento rispetta una norma nazionale, ma viola una norma comunitaria, occorre disapplicare la prima e, in applicazione della seconda, dichiarare illegittimo il provvedimento (Cons. St., V, n. 4263/2008; Cons. St., VI, n. 3621/2008; nel senso dell'applicazione delle regole processuali nazionali, si veda anche C. Giust. CE, sentenza i-21 Germany - Arcor del 2006, in cause C-392/04 e C-422/04)” (così B.G. MATTARELLA in *Istituzioni di diritto amministrativo* a cura di S. CASSESE, Giuffrè, V edizione, 2015, p. 401).*

Per i principi processuali l'inesistenza inibisce la formazione della cosa giudicata. In questa evenienza l'invalidità della sentenza causata da inesistenza può essere dichiarata dalle parti a mezzo del negozio di accertamento. “*Il negozio di accertamento si ha quando le parti pongono in essere una manifestazione di volontà con la quale intendono eliminare l'incertezza relativa a una situazione giuridica tra loro preesistente, determinando l'esistenza (o, eventualmente, l'inesistenza), il contenuto e i limiti di un dato rapporto giuridico*” (14).

Il negozio di accertamento è caratterizzato dalla funzione di fissare il contenuto di un rapporto giuridico preesistente, con effetto preclusivo di ogni ulteriore contestazione al riguardo, rendendo definitive ed immobili le situazioni già in stato di obiettiva incertezza, in quanto vincola le parti ad attribuire ad esse gli effetti che risultano dall'accertamento e preclude ogni loro pretesa, ragione ed azione in contrasto con esso (15).

Una volta passata in giudicato la sentenza “*fa stato ad ogni effetto tra le parti*” (art. 2909 c.c.), anche se - in ipotesi - illegittima, perché il giudicato *facit de albo nigrum*. Alle parti coinvolte nel rapporto processuale è possibile, tuttavia, disporre del giudicato. Difatti, con idonea convenzione (*arg. ex art. 1974 c.c.*) si può mettere in non cale il giudicato.

b) L'invalidità del contratto è pronunciata dall'autorità giudiziaria. L'autonomia negoziale (art. 1322 c.c.) consente alle parti del negozio invalido di dichiarare la nullità o l'annullabilità o la rescindibilità. Ciò - nel caso della nullità - a mezzo del negozio di accertamento (art. 1321 c.c.: “*regolare*”). Nel caso di annullamento o rescissione le parti dovranno - con negozio modificativo - oltretché accertare l'invalidità anche disciplinare la vicenda degli effetti (*ex nunc* o *ex tunc*) con portata *inter partes*, senza possibilità di incidere sulle situazioni soggettive dei terzi.

Il contratto carente di vizi, quindi valido, ove produca ancora effetti (contratto di durata: ad esecuzione continuata o periodica), può essere inciso dai contraenti a mezzo di un successivo negozio con il quale far cessare gli effetti (contratto estintivo *ex art. 1321 c.c.* o negozio unilaterale di recesso *ex art. 1373 c.c.*, con effetti *ex nunc*). Ciò in forza dell'autonomia negoziale, la quale può prevedere espressamente una efficacia retroattiva alla fattispecie estintiva, salvo - beninteso - i diritti dei terzi.

c) L'invalidità del provvedimento amministrativo è pronunciata dal giudice amministrativo (artt. 29-31 D. L.vo 2 luglio 2010 n. 104) o dal giudice ordinario (nei casi di giurisdizione esclusiva o nella fattispecie della disapplicazione *ex art. 5 L. 20 marzo 1865 n. 2248 Allegato E*).

---

(14) In tal senso: L. BOZZI, voce *Accertamento (negozio di)* in *Il diritto. Enciclopedia giuridica del Sole 24 Ore*, 2007, vol. I, pag. 27.

(15) *Ex plurimis*: Cass. Civ., sez. Lavoro, 20 maggio 2004, n. 9651; Cass. Civ., Sez. II, 5 giugno 1997 n. 4994.



L'invalidità può essere acclarata altresì dalla P.A. che ha emanato il provvedimento o da altro organo previsto dalla legge (annullamento d'ufficio *ex art. 21 nonies* L. n. 241/90; annullamento straordinario *ex art. 2*, comma 3 lett. q, L. 23 agosto 1988 n. 400; annullamento giustiziale in sede di ricorso amministrativo *ex D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199*; annullamento in sede di controllo).

Il provvedimento carente di vizi, quindi valido, ove produca ancora effetti (provvedimento ad efficacia duratura e non istantanea), può essere inciso dalla P.A. a mezzo di un successivo provvedimento, ossia a mezzo della revoca (art. 21 *quinquies* L. n. 241/90). Ciò in ossequio al principio di inesauribilità del pubblico potere per il quale la P.A. deve, in modo permanente, curare l'interesse pubblico che ha in attribuzione. L'autore dell'atto può ripensare circa il modo di curare l'interesse primario. La cessazione dell'efficacia è *ex nunc*.

d) L'invalidità dell'uso è pronunciata dal giudice. Venendo in rilievo una fonte-fatto non è ipotizzabile un acclaramento ad opera dell'autore della fonte;

e) Il regolamento amministrativo in contrasto con la fonte superiore ha la stessa disciplina dell'atto amministrativo delineata sopra al punto c) del presente paragrafo. Ciò alla luce della doppia natura del regolamento: tanto norma quanto atto amministrativo.

Quindi il regolamento può essere tanto annullato dal giudice quanto dalla P.A. autrice dell'atto; in quest'ultima evenienza, ovviamente, con una eguale fonte regolamentare (16).

Nella fattispecie dell'annullamento d'ufficio del regolamento non si applica la disciplina contenuta nell'art. 21 *nonies* L. n. 241/1990 (sull'annullamento d'ufficio del provvedimento) atteso che quest'ultima disposizione, nel richiedere oneri di motivazione ed oneri procedurali, si applica ai "meri" provvedimenti; la disciplina contenuta nel citato articolo 21 *nonies* è estranea a quella tipica per il regolamento (artt. 3 comma 2, 13 comma 1 e 24 comma 1 lett. b L. n. 241/1990); la detta disciplina si applicherà nella sola evenienza del regolamento-provvedimento, ossia del regolamento che contenga disposizioni particolari e concrete, aventi diretta lesività.

Esaltando - eminentemente - il carattere di norma giuridica del regolamento si potrebbe ritenere che la P.A. che ha adottato il regolamento può solo abrogarlo, non anche annullarlo; l'annullamento in autotutela del regolamento,

---

(16) Sull'ammissibilità dell'annullamento del regolamento illegittimo (beninteso con eguale fonte regolamentare) da parte dell'Amministrazione autrice della norma: T.A.R. Catania, sentenza 4 luglio 2012 n. 1666, (con il rilievo che la disposizione regolamentare illegittima per contrasto con una fonte superiore è automaticamente inefficace). A proposito della potestà di annullamento d'ufficio ad opera della P.A., si osserva che "*Di regola nessuna specie di atti amministrativi può dirsi sottratta a tale misura, neppure quelli che contengono norme giuridiche come i regolamenti, gli statuti, ecc.*": in tal senso S. ROMANO, voce *Annullamento degli atti amministrativi* (voce aggiornata da G. MIELE), in *Novissimo Digesto Italiano*, I, 1957, p. 645.

determinando una caducazione con effetto *ex tunc*, avrebbe una portata retroattiva; portata retroattiva non collegabile, *ex artt.* 10 e 11 delle preleggi, al regolamento caducatorio. Sul punto si è enunciato che: *“La giurisprudenza amministrativa ha più volte posto in rilievo che la regola di irretroattività dell’azione amministrativa è espressione dell’esigenza di garantire la certezza dei rapporti giuridici, oltretutto del principio di legalità che, segnatamente in presenza di provvedimenti limitativi della sfera giuridica del privato (tali sono quelli introduttivi di prestazioni imposte), impedisce di incidere unilateralmente e con effetto “ex ante” sulle situazioni soggettive del privato (cfr. Cons. St., Sez. IV<sup>^</sup>, n. 1317 del 07.03.2001; Sez. VI<sup>^</sup>, n. 2045 del 01.12.1999; Sez. IV<sup>^</sup>, n. 502 del 30.03.1998). Ulteriore limite alla retroattività, in presenza di statuizioni provvedimentali che rivestono valenza regolamentare in quanto dirette a trovare applicazione ripetuta nel tempo ad un numero indeterminato di fattispecie, discende dalla regola di irretroattività degli atti a contenuto normativo dettata dall’art. 11 delle disposizioni sulla legge in generale. Detta regola può ricevere deroga per effetto di una disposizione di legge pari ordinata e non in sede di esercizio del potere regolamentare che è fonte normativa gerarchicamente subordinata. Pertanto solo in presenza di una norma di legge che a ciò abiliti gli atti e regolamenti amministrativi possono avere efficacia retroattiva”* (17).

La tesi negante alla P.A. - sul rilievo della irretroattività degli atti a contenuto normativo - la potestà di annullare il regolamento non è accoglibile per concorrenti ragioni:

---

(17) Così Consiglio di Stato, sentenza 9 settembre 2008 n. 4301. Per A. CERRI, voce *Regolamenti* in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXVI, 1991, p. 6 *“il potere regolamentare è soggetto ai principi generali del diritto, [...] Il regolamento, dunque, non può essere retroattivo, se non in casi «tipici» [...] cfr. Cons. St., sez. V, 4 agosto 1988, n. 396, in Foro amm. 1988, 1351, sulla retroattività di norme, a carattere generale, «di ordine pubblico» contenute in regolamento comunale. Sul principio di irretroattività la giurisprudenza è vastissima: cfr., ad es., Cons. St., sez. VI, 30 ottobre 1981, n. 587, in Cons. St., 1981, 1115”*. Inoltre sulla questione, nel parere del Servizio affari istituzionali e locali, polizia locale e sicurezza della Regione Autonoma Friuli Venezia Giulia prot. 39898/1.3.17 del 19 dicembre 2012, si enuncia: *“I regolamenti con cui ciascuna P.A., in base ai principi generali fissati dalla legge, stabilisce le linee fondamentali dell’organizzazione dei propri uffici, sono atti organizzativi formalmente amministrativi a contenuto normativo. Il ‘ricambio’ delle norme regolamentari avviene secondo le regole tipiche degli atti normativi, per abrogazione espressa o tacita operata da atti regolamentari successivi. L’abrogazione delle norme regolamentari e loro eventuale sostituzione o modifica può operare soltanto per il futuro, stante la ritenuta inidoneità, in generale, della fonte regolamentare a porre disposizioni con efficacia retroattiva”* (massima del parere); nella nota 12 del citato parere si enuncia altresì: *“Peraltro, si registra la posizione di una dottrina secondo cui, atteso che l’art. 21 nonies, L. n. 241/1990, a seguito della novella recata dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, prevede l’annullamento d’ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo, entro un termine ragionevole, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, proprio il riferimento testuale al provvedimento sembrerebbe escludere l’applicabilità della norma anche ai regolamenti. La stessa dottrina valuta, però, che un approccio meno rigoroso potrebbe essere suggerito dalla posizione dei regolamenti a ‘mezza via’ tra la portata normativa del loro contenuto e la natura amministrativa di chi li emana e si pone possibilista su un’iniziativa dell’amministrazione per l’eliminazione del regolamento con effetto *ex tunc* (Luigi Cossu, cit., p. 5033)”*.

- da un punto di vista tecnico-formale nessuna norma giuridica esclude la potestà della P.A. di annullare il regolamento illegittimo adottato;

- specularmente a quanto da ultimo rilevato, da un punto di vista tecnico-formale, nessuna norma giuridica prevede la potestà del giudice amministrativo di annullare il regolamento, ancorché questa potestà costituisca un dato pacifico nell'esperienza giuridica. L'oggetto della cognizione del giudice amministrativo è l'esercizio (o il mancato esercizio) del potere amministrativo (artt. 7, 13, 119, 133, 134 e 135 D.L.vo 2 luglio 2010 n. 104). Dall'ordinamento giuridico può evidenziarsi - sistematicamente - che il giudice amministrativo può conoscere anche dei regolamenti (art. 13, comma 4 *bis*, D. L.vo 104/2010) laddove si parla di "atti normativi". Tuttavia, la ragione fondante della cognizione dei regolamenti in via giurisdizionale è la caratteristica della doppia natura di questi: la natura anche amministrativa dei regolamenti porta seco la conseguente disciplina;

- l'oggetto del ricorso straordinario al Capo dello Stato può essere costituito anche dal regolamento (*arg. ex art. 14, comma 3, D.P.R. 24 novembre 1971 n. 1199, ove si fa riferimento all'"annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo"*), ancorché non venga in rilievo un ricorso giurisdizionale, ma un rimedio giustiziale riconducibile all'annullamento in autotutela;

- l'effetto *ex tunc* del regolamento che annulla un precedente regolamento viziato da illegittimità non contrasta con il divieto di applicazione retroattiva delle fonti secondarie, ma costituisce un corollario della natura annullatoria;

- il principio di economia dei mezzi giuridici e dell'economicità dei procedimenti implica che la P.A., a fronte di un proprio regolamento illegittimo, può intervenire annullandolo - evitando il consolidarsi di falsi affidamenti - senza attendere l'annullamento in sede giurisdizionale.

L'affermazione, ricorrente in giurisprudenza ed in dottrina, circa il divieto di applicazione retroattiva di norme secondarie - con la conseguente unica vicenda abrogativa *ex art. 15 preleggi* - ha quale sfondo, quale presupposto implicito, un pregresso atto valido, ossia un atto non in contrasto con una fonte superiore.

In altri termini: va riconosciuta alla P.A. - allorché si acclari l'invalidità di un regolamento - la potestà di intervenire in autotutela annullando il detto atto. Ad es.: una Amministrazione locale - in casi non ammessi dalla legge nazionale o dal CCNL del settore - adotta un regolamento con il quale attribuisce un emolumento ai propri dipendenti (18). Una volta acclarata la vicenda, la P.A. decide di intervenire per ripristinare la legalità. Lo strumento dell'intervento non è certo una nuova norma regolamentare che abroga la precedente

---

(18) Venendo in rilievo la materia dell'ordinamento civile (art. 117, comma 2, lett. 1 della Costituzione) l'attribuzione normativa spetta in via esclusiva allo Stato.

(con effetti *ex nunc*, determinante la validità *medio termine*, con esposizione dell'Amministrazione ad una pretesa illegittima dei dipendenti), ma l'annullamento del pregresso (con effetti *ex tunc*).

f) L'invalidità della legge in contrasto con la Costituzione è pronunciata dalla Corte Costituzionale nel giudizio di costituzionalità, tanto in via principale, quanto in via incidentale.

Può una legge invalida, in contrasto con la Costituzione, essere dichiarata invalida - con il conseguente corollario della portata retroattiva - con una successiva legge?

A nostro giudizio sì. Le tecniche per conseguire questo risultato sono due:

- legge che dispone la abrogazione della legge precedente con previsione espressa di retroattività. Una tale previsione non cozza con nessun principio, anzi attua il rispetto della gerarchia delle fonti;

- legge che dichiara invalida una precedente legge con esplicitazione del contrasto con la Costituzione. Una tale legge ha una naturale portata retroattiva, a prescindere dalla espressa previsione di retroattività.

La legge carente di vizi, quindi valida, può essere incisa dal legislatore a mezzo di legge successiva, ossia a mezzo dell'abrogazione (art. 15 preleggi), con effetto *ex nunc* (art. 11 preleggi) a meno che non sia disposta l'applicazione retroattiva. L'abrogazione è conseguibile anche tramite *referendum* abrogativo (art. 75 della Costituzione).

g) In tutti i casi di contrasto di una qualsivoglia fonte inferiore a quella comunitaria con una fonte dell'Unione Europea vi è una invalidità della fonte sottordinata che determina la disapplicazione di questa. La disapplicazione è rilevabile da tutti gli operatori giuridici.

Inoltre l'autore della fonte inferiore potrà caducare quest'ultima. In tal modo si consegue anche la certezza delle relazioni giuridiche, eliminando una volta per tutte la fonte invalida.

#### 6. *Reviviscenza della norma abrogata.*

Ove la disposizione abrogativa sia a sua volta abrogata da una successiva disposizione o dichiarata incostituzionale, l'originaria disposizione riacquista vigore, con effetto *ex nunc*. Ciò è una conseguenza della portata *ex nunc* dell'abrogazione.

Una legge disciplina una data materia; successivamente viene abrogata. L'abrogazione comporta che i rapporti svoltisi sotto l'imperio della legge abrogata restano validi; per il futuro - ossia dalla data di entrata in vigore della legge abrogatrice - i rapporti giuridici su quella data materia non sono più regolati dalla legge abrogata (saranno regolati dalla legge abrogatrice, ove contenga anche una nuova disciplina di quella data materia o da altra disciplina preesistente).

Ove la legge abrogatrice venga caducata, viene meno la relativa disci-

plina. Atteso che la disciplina riguardava la caducazione, la detta caducazione viene meno. Quindi si riapplica la originaria legge a far data dalla operatività della caducazione (della legge abrogatrice) conseguente alla nuova abrogazione o alla dichiarazione di illegittimità costituzionale.

Una conferma di tale principio si ricava dalla disposizione contenuta nell'art. 681 c.c. secondo cui *“La revocazione totale o parziale di un testamento può essere a sua volta revocata sempre con le forme stabilite dall'articolo precedente. In tal caso rivivono le disposizioni revocate”*.

In senso contrario - nella evenienza di disposizione abrogativa a sua volta abrogata da una successiva disposizione - la Circolare della Presidenza del Consiglio dei Ministri 2 maggio 2001, n.1/1.1.26/10888/9.92 *“Guida alla redazione dei testi normativi”* la quale al punto 3.5 enuncia *“Se si intende fare rivivere una disposizione abrogata non è sufficiente abrogare la disposizione abrogativa, ma occorre specificare espressamente tale intento, abrogando la norma abrogatrice e richiamando esplicitamente la norma abrogata; ovvero, più semplicemente, abrogando la norma abrogatrice e riproponendo ex novo la disposizione già oggetto di abrogazione. In ogni caso, la reviviscenza ha effetto ex nunc”*.

Poi, secondo la giurisprudenza costituzionale (19) - nella evenienza di disposizione abrogativa dichiarata incostituzionale - il fenomeno della reviviscenza delle disposizioni e degli atti normativi abrogati non opera in via generale ed automatica, ma solo in ipotesi circoscritte, tra cui la fattispecie dell'annullamento giurisdizionale di norma espressamente abrogativa, con la conseguenza che le disposizioni illegittimamente abrogate tornano ad avere vigore ed applicazione.

Non devono ritenersi accoglibili le argomentazioni a favore delle tesi limitanti la reviviscenza della disposizione abrogata.

Difatti:

- la reviviscenza, nella fattispecie in cui la rivisitazione venga effettuata dallo stesso autore dell'atto (abrogazione della disposizione abrogativa operata dall'autore di quest'ultima), è la conseguenza naturale degli atti delineati. Lo specifico atto volitivo diretto ad abrogare una disposizione abrogatrice non ha alcun altro senso che quello di fare riespandere la forza della disposizione *illo tempore* abrogata; ove l'agente abbia un diverso intendimento deve esplicitarlo;

- la reviviscenza, nella fattispecie di disposizione abrogativa dichiarata incostituzionale, è un effetto necessario della sentenza di illegittimità costituzionale: la legge dichiarata incostituzionale è inidonea a produrre effetti in quanto viziata, sicché consegue la permanenza in vigore della disposizione che la legge incostituzionale intendeva abrogare.

---

(19) Cfr. Corte Costituzionale, sentenze 27 giugno 2012 n. 162, 24 gennaio 2012 n. 13 e 23 aprile 1986 n. 108.