

# **Université Paris II- Panthéon-Assas**

**école doctorale Georges Vedel**

# **Università Cattolica del Sacro Cuore**

**scuola dottorale Impresa, Lavoro e Istituzioni**

**XXX ciclo**

**I principi di certezza del diritto e di *sécurité juridique* e  
le garanzie offerte al cittadino in Italia e in Francia**

**Les principes de «certezza del diritto» et de *sécurité*  
*juridique* et les garanties offertes à l'administré en Italie  
et en France**



**UNIVERSITÉ PARIS II**  
PANTHÉON-ASSAS



**UNIVERSITÀ  
CATTOLICA**  
del Sacro Cuore

**Martina Condorelli**

**Sous la direction de Mme Camille Broyelle et M. Aldo Travi**

## ***Avertissement***

La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans cette thèse ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leur auteur.

## **Principali abbreviazioni**

*A.I.J.C.* Annuaire international de justice constitutionnelle

*A.J.F.P.* Actualité juridique: Fonction publique

*A.J.C.T.* Actualité juridique : Collectivités territoriales

*A.J.D.A.* Actualité juridique : Droit administratif

*Arch. dir. pubbl.* Archivio di diritto pubblico

*Cah. Const.* Cahiers du Conseil constitutionnel

*Cah. fonct. publ.* Cahiers de la fonction publique

*Cons. Stato* Il Consiglio di Stato

*Corr. giur.* Corriere giuridico

*D.* Recueil Dalloz

*D.A.* Droit administratif

*D. Soc.* Droit social

*Dig. Disc. pubbl.* Digesto delle discipline pubblicistiche

*Dig. disc. priv.* Digesto delle discipline privatistiche

*Dir. amm.* Diritto amministrativo

*Dir. com. sc. int.* Diritto comunitario e degli scambi internazionali

*Dir. proc. amm.* Diritto processuale amministrativo

*Dir. pubb.* Diritto pubblico

*Dir. Soc.* Diritto e società

*Dir. Un. eur.* Diritto dell'Unione europea

*Diz. dir. pubbl.* Dizionario di diritto pubblico

*Dr. déf.* Droit et défense

*E.D.C.E.* Études et documents du Conseil d'Etat

*Enc. dir.* Enciclopedia del diritto

*Enc. giur.* Enciclopedia giuridica

*Foro amm.* Foro amministrativo

*Foro amm. C.d.S* Il Foro amministrativo, Consiglio di Stato

*Foro amm. T.A.R.* Il Foro amministrativo T.A.R.

*Foro it.* Foro italiano

*Gaz. Pal.* La Gazette du Palais

*Giorn. dir. amm.* Giornale di diritto amministrativo

*Giur. cost.* Giurisprudenza costituzionale

*Giur. it.* Giurisprudenza italiana

*Giurisd. amm.* Giurisdizione amministrativa

*Giust. civ.* Giustizia civile

*Giust. amm.* La giustizia amministrativa

*J.C.P. A.* La semaine juridique, Administrations et collectivités locales

*J.C.P. Gén.* La semaine juridique, édition Générale

*Nouv. Cahiers Const.* Les Nouveaux Cahiers du Conseil Constitutionnel

*L.P.A.* Les Petites Affiches

*R.A.* Revue de droit administratif général

*Rass. dir. pubbl.* Rassegna di diritto pubblico

*R.D.P.* Revue du droit public

*Rev. droit trav.* Revue du droit du travail

*Rev. Trim. dr. eur.* Revue trimestrielle de droit européenne

*Riv. Trim. dir. pubbl.* Rivista trimestrale di diritto pubblico

*R.F.D.A.* Revue française de droit administratif

*R.F.D.C.* Revue française de droit constitutionnel

*R.J.E.P.* Revue juridique de l'économie publique

*R.I.D.C.* Revue internationale de droit comparé

*R.I.E.J.* Revue interdisciplinaire d'études juridiques

*Riv. intern. fil. dir.* Rivista internazionale di filosofia del diritto

*Riv. it. dir. pubbl. com.* Rivista italiana di diritto pubblico comunitario

*Riv. dir. pubbl.* Rivista di diritto pubblico

*R.T.D. civ.* Revue trimestrielle du droit civil

*R.T.D.E.* Revue trimestrielle de droit européen

*Riv. trim. dir. pubbl.* Rivista trimestrale di diritto pubblico

*R.R.J.* Revue de la recherche juridique

*S.* Recueil Sirey

*Urb. App.* Urbanistica e Appalti



CONDORELLI Martina | I principi di certezza del diritto e di *sécurité juridique* e le garanzie offerte al cittadino in Italia e in Francia

## Sommario

<b>Introduzione</b> .....	<b>13</b>
<b>1. Storia di un principio: dalla certezza alla sicurezza giuridica</b> .....	<b>13</b>
a. Una premessa terminologica.....	13
b. Un tentativo definitorio.....	15
c. Le manifestazioni «oggettive» e «soggettive» del principio di certezza del diritto, come tensione alla stabilità delle situazioni giuridiche nel diritto pubblico italiano e francese .....	18
d. Certezza del diritto, <i>sécurité juridique</i> , legittimo affidamento e principio di legalità.....	20
e. Il colore ideologico ambiguo del principio di certezza del diritto .....	23
<b>2. Restrizione dell'ambito di indagine e scopi della ricerca: la frizione del principio di certezza del diritto e delle garanzie giurisdizionali offerte al cittadino</b> .....	<b>26</b>
a. Ambito dell'indagine .....	26
b. Le ragioni della comparazione: la divergenza dell'esperienza francese e italiana. Metodologia.....	27
<b><i>I. Limitazioni degli effetti dell'annullamento in Francia, fra tutela della <i>sécurité juridique</i> e garanzie di ristabilimento della legalità</i></b> .....	<b>29</b>
<b>1. La retroattività dell'<i>annulation contentieuse</i></b> .....	<b>29</b>
a. La regola della retroattività della sentenza di annullamento .....	29
b. « Jusqu'au bout de l'idée de rétroactivité » .....	33
c. Le conseguenze della sentenza di annullamento .....	35
<b>2. Le eccezioni alla regola della retroattività dell'annullamento nella giurisprudenza amministrativa francese</b> .....	<b>37</b>
a. La progressiva stabilizzazione delle situazioni giuridiche nate sulla scorta dell'atto annullato .....	37
b. La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento.....	55
c. Le condizioni di applicazione della giurisprudenza AC!: i metodi della tutela della <i>sécurité juridique</i> , a fronte della retroattività dell'annullamento .....	71
a. <i>Irrilevanza del vizio dell'atto annullato?</i> .....	71
<b>3. Le conseguenze dell'introduzione del potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento: la diffusione del modello AC!</b> .....	<b>111</b>
a. Nella giurisprudenza del giudice amministrativo in funzione di <i>juge de l'excès de pouvoir</i> .....	111
b. Nella riforma costituzionale e nella giurisprudenza del <i>Conseil constitutionnel</i> .....	115

c. La giurisprudenza <i>AC!</i> , fonte di ispirazione per il legislatore .....	120
<b>II. Giudizio di legittimità e limitazione degli effetti della sentenza di annullamento in Italia .....</b>	<b>123</b>
<b>1. Il giudizio di legittimità: origini e caratteristiche .....</b>	<b>123</b>
a. Le origini del giudizio di legittimità: le ragioni della retroattività.....	123
b. Caratteri generali degli effetti della sentenza di annullamento .....	126
<b>2. Effetti dell’annullamento e limiti alla retroattività degli effetti ripristinatori nella giurisprudenza precedente alla Costituzione .....</b>	<b>132</b>
a. La retroattività «logica» della sentenza di annullamento .....	132
b. I limiti alla retroattività dell’annullamento nella giurisprudenza della prima metà del XX secolo .....	133
c. Primi tentativi della dottrina amministrativa italiana di teorizzare i limiti alla retroattività dell’annullamento.....	141
<b>3. Effetti e limiti dell’annullamento nella giurisprudenza successiva all’avvento della Costituzione: l’evoluzione della concezione degli effetti ripristinatori della sentenza di annullamento: le vicende degli atti “conseguenziali” .....</b>	<b>149</b>
a. La teoria della caducazione automatica: origini e ratio .....	149
b. Tentativi di delimitazione dell’ambito di operatività del meccanismo della caducazione automatica .....	153
c. La ridefinizione della teoria della caducazione automatica: l’effetto ripristinatorio, verso un migliore bilanciamento tra tutela del ricorrente e tutela delle situazioni giuridiche consolidate .....	156
<b>4. La modulazione della sentenza di accoglimento in Italia: la manipolazione degli effetti eliminatori e ripristinatori dell’annullamento .....</b>	<b>162</b>
a. Il <i>leading case</i> italiano in materia di modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento .....	162
b. Aspetti problematici dell’introduzione di un potere di modulazione degli effetti dell’annullamento in via pretoria.....	174
c. Condizioni per l’eventuale attribuzione al giudice amministrativo italiano di un potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento. ....	188
<b>III. Considerazioni conclusive .....</b>	<b>200</b>
<b>1. Il giudizio di bilanciamento sull’opportunità della sanzione dell’illegittimità dell’atto impugnato: quale futuro per il “nuovo” giudizio di legittimità? .....</b>	<b>200</b>



<b>2. Il giudice amministrativo, da guardiano della legalità a guardiano dell'«interesse generale»: i problemi legati all'individuazione dell'«interesse generale» .....</b>	<b>206</b>
a. Il problema dell'individuazione delle circostanze del caso concreto: un indebito aggravio in capo al ricorrente? .....	206
b. Imperscrutabilità e insindacabilità delle valutazioni compiute dal giudice .....	208
<b>3. Limitazione degli effetti dell'annullamento e diritto alla tutela giurisdizionale ..</b>	<b>210</b>
a. Diritto al ricorso e modulazione degli effetti dell'annullamento .....	211
b. Diritto a una tutela giurisdizionale <i>effettiva</i> e modulazione degli effetti dell'annullamento: una modulazione a “costo zero”? .....	219
<b>4. Le possibili ragioni delle diverse prospettive sulla modulazione degli effetti dell'annullamento in Italia e in Francia .....</b>	<b>222</b>
a. La “necessità” del potere di modulazione .....	223
b. La modulazione tra tutela della <i>sécurité juridique</i> (in Francia) e tutela dell'affidamento (in Italia) .....	226
<b><i>Bibliografia</i> .....</b>	<b>234</b>
<b>I. ARTICOLI, NOTE E CONTRIBUTI .....</b>	<b>234</b>
IN LINGUA FRANCESE .....	234
IN LINGUA ITALIANA .....	241
<b>II. MONOGRAFIE, TESI E MANUALI .....</b>	<b>248</b>
IN LINGUA FRANCESE .....	249
IN LINGUA ITALIANA .....	251
<b>VOCI ENCICLOPEDICHE .....</b>	<b>254</b>
<b><i>Tabella dei casi giurisprudenziali citati</i> .....</b>	<b>255</b>
PRONUNCE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI CIVILI .....	255
PRONUNCE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI PENALI .....	255
PRONUNCE DEL CONSIGLIO DI STATO E DEL C.G.A.R.S. ....	256
PRONUNCE DEI T.A.R. ....	261
CORTE COSTITUZIONALE .....	261
PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E DELLA CEDU .....	262
<b><i>Allegato : résumé de la thèse en langue française</i> .....</b>	<b>267</b>
<b><i>Introduction</i> .....</b>	<b>267</b>

<b>1. Histoire d'un principe: de la «certitude» à la «sécurité» juridique.....</b>	<b>267</b>
a. Justification des termes utilisés .....	267
b. Une tentative de définition des principes de sécurité juridique et de <i>certezza del diritto</i> .....	269
c. Les manifestations «objectives» et «subjectives» du principe de sécurité juridique, en droit public italien et français.....	272
d. <i>Certezza del diritto</i> , sécurité juridique, confiance légitime et principe de légalité .....	274
e. La couleur idéologique ambiguë du principe de sécurité juridique .....	276
<b>2. Restriction du périmètre de la recherche: la tension entre le principe de sécurité juridique et des garanties juridictionnelles offertes à l'administré.....</b>	<b>279</b>
a. Le choix du périmètre de la recherche.....	279
b. Les raisons de la comparaison: les différentes expériences française et italienne. Méthodologie. ....	280
<b><i>I. La limitation des effets de l'annulation en France, entre sauvegarde de la sécurité juridique et garanties de protection effective des droits des administrés .</i></b>	<b>282</b>
<b>1. La rétroactivité des effets de l'annulation contentieuse .....</b>	<b>282</b>
a. La règle de la rétroactivité des effets de l'annulation contentieuse.....	283
b. «Jusqu'au bout de l'idée de rétroactivité» .....	286
c. Les conséquences de l'annulation pour excès de pouvoir .....	287
<b>2. Les exceptions à la rétroactivité de l'annulation .....</b>	<b>288</b>
a. La stabilisation progressive des situations juridiques nées sous l'empire de l'acte annulé	289
b. La modulation des effets de l'annulation contentieuse .....	302
c. Les conditions d'application de la jurisprudence <i>AC !</i> : méthodes et limites de la protection de la sécurité juridique face à la rétroactivité de l'annulation .....	314
d. Les raisons de la modulation : tentative de définition de la sécurité juridique .....	334
<b><i>II. Giurisdizione di legittimità et limitation des effets de l'annulation en Italie... </i></b>	<b>343</b>
<b>1. Le <i>giudizio di legittimità</i>: origines et caractéristiques .....</b>	<b>343</b>
a. Les origines du <i>giudizio di legittimità</i> .....	343
b. Caractéristiques générales de la décision d'annulation et de ses effets .....	346
<b>2. Effets de l'annulation contentieuse et limites à la rétroactivité dans la jurisprudence précédente à la Constitution .....</b>	<b>353</b>
a. La rétroactivité de l'annulation : une nécessité «logique» .....	353

b.	Les limites de la rétroactivité dans la jurisprudence de la première moitié du XX <sup>ème</sup> siècle	354
c.	Les premières tentatives de théorisation des limites des effets rétroactifs de l'annulation...	362
<b>3.</b>	<b>Evolution de la jurisprudence relative aux effets de l'annulation dans la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle : la théorie de la <i>caducazione automatica</i> .....</b>	<b>369</b>
a.	La théorie de la <i>caducazione automatica</i> : origines .....	370
b.	Les tentatives de restreindre le champ d'application de la théorie de la <i>caducazione automatica</i> .....	373
c.	Vers une meilleure protection des situations tierces: l'abandon partiel de la théorie de la <i>caducazione automatica</i> .....	375
<b>4.</b>	<b>La modulation des effets de l'annulation .....</b>	<b>379</b>
a.	Le <i>leading case</i> italien en matière de modulation .....	380
b.	Le problème de la création prétorienne du pouvoir de modulation .....	390
c.	Les conditions pour la compatibilité de l'attribution d'un pouvoir de modulation au juge italien avec l'art. 113 Cost. ....	402
<b>III.</b>	<b>La <i>sécurité juridique</i> et les garanties offertes à l'administré en Italie et en France : considérations finales .....</b>	<b>412</b>
<b>1.</b>	<b>Le juge administratif, de gardien de la légalité à gardien de l'intérêt général. 412</b>	
a.	Le bilan sur l'opportunité de la sanction de l'annulation: quel futur pour le «nouveau» contentieux de la légalité? .....	413
b.	Le problème de l'identification des circonstances justifiant une modulation (ou pas): une charge supplémentaire pour le requérant? .....	418
c.	Le contrôle de l'évaluation des conséquences de l'annulation par le juge de dernier ressort	420
<b>2.</b>	<b>La garantie de la protection juridictionnelle et la limitation des effets de l'annulation .....</b>	<b>422</b>
a.	Droit au recours et modulation des effets de l'annulation .....	422
b.	Droit à une protection juridictionnelle effective et modulation des effets de l'annulation ...	429
<b>3.</b>	<b>Nécessité et finalité du pouvoir de modulation en droit italien et français .....</b>	<b>432</b>
a.	La "nécessité" d'un pouvoir de modulation .....	432
b.	La modulation entre protection de la <i>sécurité juridique</i> (en France) et protection de la confiance légitime (en Italie) .....	436



CONDORELLI Martina | I principi di certezza del diritto e di *sécurité juridique* e le garanzie offerte al cittadino in Italia e in Francia

## Introduzione

---

### 1. STORIA DI UN PRINCIPIO: DALLA CERTEZZA ALLA SICUREZZA GIURIDICA

#### a. Una premessa terminologica

La certezza del diritto - considerata da alcuni come la finalità primaria del diritto<sup>1</sup> - inerisce all'idea stessa di statualità<sup>2</sup>. Questo principio può essere considerato alla base dei sistemi giuridici moderni. Nei diversi Paesi, il concetto di certezza del diritto è espresso con terminologie differenti: in alcuni, come l'Italia o i Paesi anglofoni, è prevalso l'uso del termine «certezza» (certezza del diritto, legal certainty), in altri Paesi, come la Francia, la Spagna o la Germania, è invece prevalsa la nozione di «sicurezza»<sup>3</sup> (*sécurité juridique*, *seguridad jurídica*, *Rechtssicherheit*), che, in sé, potrebbe indicare qualcosa in più rispetto alla certezza<sup>4</sup>.

---

<sup>1</sup> B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, *A.J.D.A.*, 1995, 151; M. Fromont, *Le principe de sécurité juridique*, *A.J.D.A.*, 1996, 178. Nello stesso senso, R. Bin, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, 2018, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>2</sup> Così M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in A.A.V.V., *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, Atti del LX Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione (Varenna 18, 19, 20 settembre 2014), Giuffrè, Milano, 2014, 259 (part. 297 ss.).

<sup>3</sup> Come osserva M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in A.A.V.V., *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, cit., 298 ss. la nozione di sicurezza giuridica tradisce il rapporto fondamentale tra pace, sicurezza e Stato messo in luce, in particolare, dalle teorie contrattualistiche, ma già rilevato da grandi pensatori occidentali quali Platone, Dante Alighieri o San Tommaso.

<sup>4</sup> M. Luciani, *L'éclipse de la sécurité juridique*, *Rev. fran. dr. const.*, 2014, 991.

Nella giurisprudenza europea<sup>5</sup>, però, come nel discorso della dottrina<sup>6</sup>, le nozioni sembrerebbero intercambiabili, ossia semplicemente l'una la traduzione dell'altra.

La nozione di «sicurezza giuridica», di matrice tedesca, è progressivamente penetrata in Francia per effetto della giurisprudenza europea<sup>7</sup>. In Italia, l'espressione «sicurezza giuridica» non ha avuto altrettanto successo<sup>8</sup>, forse perché era già molto radicata la nozione di «certezza del diritto»<sup>9</sup>. Al principio di tutela della «sicurezza giuridica» è stato invece preferito il principio della tutela del legittimo affidamento, già conosciuto dalla tradizione giuridica italiana<sup>10</sup>, seppure nella sua accezione di origine romanistica<sup>11</sup>, che invece in Francia non ha fatto breccia<sup>12</sup>. Sull'origine e le differenze tra le diverse espressioni torneremo più avanti.

---

<sup>5</sup> *Ex multis*, cfr., per esempio, le versioni italiana e francese di CGUE, 8 novembre 2018, *Cartrans Spedition*, C-495/17, In [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); 24 ottobre 2018, *Savage et Lejeune*, C-602/17, *ibid.*, 20 settembre 2018, *2M-Locatel*, C-555/17, *ibid.* 19 settembre 2018, *C.E. N.E.*, cause riunite C-325/18 e C-375/18.

<sup>6</sup> Cfr., per esempio, A. Pizzorusso, P. Passaglia, *Italie*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, A.I.J.C., 1999, 199, ma anche M. Luciani, *L'éclipse de la sécurité juridique*, cit., 991 ss.

<sup>7</sup> Cfr., *ex multis*, D. Soulas de Russel, P. Raimbault, *Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point*, *Rev. intern. dr. comp.*, 2003, 55 (part. 89 ss.) e già B. Pacteau, *La sécurité juridique: un principe qui nous manque?*, cit..

<sup>8</sup> Anche se la giurisprudenza della Corte Costituzionale ha, a partire dal 1985 (Corte cost., 12 dicembre 1985, n. 349, *Giur. costit.*, 1985, I, 2408; *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1585), recepito la nozione, declinandola come «affidamento nella sicurezza giuridica», in numerose sentenze, tra le quali, da ultimo, Corte cost., 13 luglio 2016, n. 173, *Foro it.*, 2016, I, 3205, con nota di R. Romboli.

<sup>9</sup> Come dimostrano, ad esempio, la pubblicazione a metà del secolo scorso della monografia di F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1942 e l'articolo di N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, *Riv. intern. fil. dir.*, 1951, 146.

<sup>10</sup> Un altro fattore che ha probabilmente favorito il recepimento del principio della protezione dell'affidamento è rappresentato dal fatto che la nozione era già conosciuta nell'ambito del diritto privato, che contempla diverse regole ispirate alla tutela della buona fede (cfr., per esempio, l'art. 1153 c.c. o 1445 c.c.); peraltro, i giuspubblicisti italiani si sono interrogati, a partire dai primi anni del XXesimo secolo sulla vigenza del principio di buona fede nei rapporti di diritto pubblico: sul punto, cfr., *infra*, II, 2, c

<sup>11</sup> Sulle diverse matrici del principio dell'affidamento, cfr. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001. Sull'affidamento nella tradizione romanistica, cfr. A. Gigli, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016, 30 ss.

<sup>12</sup> Ciò può anche essere dovuto al fatto che l'ordinamento giuridico italiano, come il tedesco, contempla sia l'esistenza di un diritto pubblico oggettivo, sia l'esistenza di posizioni soggettive tutelate di fronte al potere dell'Amministrazione (gli interessi legittimi); non presentava dunque gli stessi profili di incompatibilità con il principio del legittimo affidamento rilevati dalla dottrina francese (sui quali ci si soffermerà nel prosieguo della trattazione).

## b. Un tentativo definitorio

Il principio di certezza del diritto ha molteplici implicazioni, che possono essere descritte assumendo un punto di vista oggettivo ovvero soggettivo.

Le implicazioni oggettive della certezza del diritto costituiscono altrettanti limiti e parametri dell'attività di produzione normativa, intesa *lato sensu*: nella sua accezione oggettiva e statica, il principio impone infatti che la legge - *rectius*, la norma - sia chiara, precisa e accessibile<sup>13</sup>; mentre, nella sua accezione oggettiva e dinamica,

---

<sup>13</sup> La chiarezza del diritto deve essere assicurata sia dalle istituzioni europee (cfr. CGCE 11 giugno 2009, *Nijemeisland* C-170/08, punto 44, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), 11 novembre 2010, *Grootes*, C-152/09 punto 43, *ibid.*, in cui viene affermato che «conformemente al principio di certezza del diritto, che costituisce un principio fondamentale del diritto dell'Unione, una disciplina dell'Unione vigente nei confronti dei singoli deve essere chiara e precisa affinché questi ultimi possano conoscere senza ambiguità i loro diritti ed i loro obblighi e possano agire di conseguenza.»), sia dagli Stati membri, nel recepire le norme eurounitarie (cfr. CGCE, 21 giugno 1988, *Commissione c. Italia*, C-257/86, punto 12).

In Francia, il principio di chiarezza della legge ha rango costituzionale, come affermato in Cour const., 12 gennaio 2002, n. 2001-455 DC, *L.P.A.*, 21 gennaio 2002, n. 15, 3, con nota di J.-E. Schoettl, *La loi de modernisation devant le Conseil constitutionnel*. In questo senso, cfr., da ultimo, Cons. const., 21 giugno 2018, n. 2018-766 DC, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr). Al legislatore è altresì richiesto, in virtù dell'«*objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi*», di emanare delle disposizioni sufficientemente «precise» e «non equivoche»: cfr. in questo senso, *ex multis*, Cour const., 29 dicembre 2012, n. 2012-662 DC (punto 83), *R.F.D.A.*, 2013, 1273, con nota di E. Oliva, *L'appréciation du caractère confiscatoire ou excessif de l'impôt par le Conseil constitutionnel*. Su tali aspetti, cfr. A.L. Valembos, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *Cahiers const.*, marzo 2005 e B. Mathieu, *France*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, *A.I.J.C.*, 1999, 155.

In Italia, manca un riferimento normativo che imponga al legislatore di emanare una normativa chiara, tanto che, persino nel diritto penale, è stato inizialmente discusso, in dottrina, se il principio di determinatezza avesse rango costituzionale (cfr., in questo senso, C. Esposito *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, *Giur. cost.*, 1961, 537).

La Corte costituzionale censura le norme penali che non siano sufficientemente chiare e intelligibili per violazione dell'art. 25 Cost. (cfr., in questo senso, Corte cost., 9 aprile 1981, n. 96, *Giur. Cost.*, 1981, I, 806, con nota di P. G. Grasso, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*), mentre tende a non dichiarare l'incostituzionalità delle norme oscure che non abbiano carattere penale, non rinvenendo alcun riferimento formale al quale ricollegare un obbligo per il legislatore di emanare leggi chiare e precise (cfr., in questo senso, R. Romboli, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, *Foro it.*, 2008, I, 1422).

Parte della dottrina ha prospettato la censurabilità della norma oscura per violazione del principio di ragionevolezza: in questo senso, cfr. P. Damiani, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, *Giur. cost.*, 1999, 2347 (part. 2352). Sulla censurabilità delle leggi oscure da parte del giudice costituzionale, cfr. A. D'Aloia, P. Mazzina, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno a una questione aperta*, in V. Coccozza,

impone la (relativa) stabilità delle norme applicabili e la loro (tendenziale) non retroattività<sup>14</sup>.

Le implicazioni oggettive della certezza del diritto sono, a ben vedere, strumentali a soddisfare le esigenze soggettive sottese allo stesso principio<sup>15</sup>, che possono anch'esse essere declinate in tre modi<sup>16</sup>.

Il principio implica, dal punto di vista materiale, la prevedibilità dell'intervento di organi con competenza giuridica decisionale e dell'esito di tale intervento

---

S. Staiano, *I rapporti tra parlamento e governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, II, Giappichelli, Torino, 2001, 841 (part. 858 ss.).

La Costituzione italiana garantisce l'accessibilità delle leggi attraverso la pubblicazione delle stesse (art. 73 Cost., co. 3).

<sup>14</sup> In Italia, come in Francia, il principio di non retroattività delle leggi non ha rango costituzionale, salvo per quanto concerne le leggi penali; nei due Paesi, la giurisprudenza delle Corti costituzionali ha tuttavia fissato diversi limiti alla discrezionalità del legislatore.

Il Conseil constitutionnel richiede innanzitutto il rispetto del principio di separazione dei poteri: il legislatore non può emanare leggi retroattive che privino i cittadini di diritti riconosciuti da una sentenza, né di diritti acquisiti in virtù della legislazione precedente: sul punto cfr., in materia fiscale, Cons. Const. 24 luglio 1991, DC 91-298, in *R.D.P.*, 1992, 51, con nota di D. Rousseau. Inoltre, le norme retroattive devono essere giustificate alla luce di un motivo di interesse generale; in materia di leggi di sanatoria il Conseil constitutionnel ha ormai adottato lo stesso *standard* della C.E.D.U., richiedendo la sussistenza di un motivo *imperioso* di interesse generale (cfr., sul punto, Cons. Const., 14 febbraio 2014, n. 2013-366 QPC, *A.J.D.A.*, 2014, 1204, con nota di J. Roux, *Du «but d'intérêt général suffisant» au «motif impérieux d'intérêt général»: les mots et les choses*).

Un test analogo viene condotto dalla Corte costituzionale italiana, che può censurare la legge retroattiva sotto il profilo dell'irragionevolezza, qualora non sussistano ragioni valide per rimettere in discussione le aspettative di stabilità nutrite dai cittadini: cfr. Corte cost., 12 dicembre 1985, n. 349, *Giur. cost.*, 1985, I, 2408; *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1585. Sul punto cfr. L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998, 224 ss.

<sup>15</sup> Così A. Pizzorusso, P. Passaglia, *Italie*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, *A.I.J.C.*, 1999, 199. *CIT*

<sup>16</sup> Secondo la tripartizione proposta da L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, Dig. disc. priv., 1988, 278.



(prevedibilità dei contenuti della decisione giuridica)<sup>17</sup>; due profili che attengono entrambi alla dimensione weberiana della calcolabilità del diritto<sup>18</sup>.

Sempre dal punto di vista soggettivo, ma sotto un profilo dinamico, la certezza del diritto implica la tutela dell'aspettativa individuale di stabilità o quantomeno coerenza nella regolamentazione delle situazioni giuridiche<sup>19</sup>.

---

<sup>17</sup> La giurisprudenza europea ha più volte affermato che la certezza del diritto impone che gli interessati siano messi in grado di conoscere esattamente la portata degli obblighi ai quali sono sottoposti: cfr., in questo senso, CGCE 10 ottobre 1998, *Regno Unito/Commissione*, C-209/96, punto 35, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); 20 maggio 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita*, C-108/01, punto 89, *ibid.*; 21 febbraio 2006, *Halifax e a.*, C-255/02, punto 72, *ibid.*), anche per potersi comportare di conseguenza (CGCE 13 febbraio 1996, *Van Es Douane Agenten*, C-143/93, punto 27, e 26 ottobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, punto 79). Così, ad esempio, qualora un beneficio economico sia sottoposto a una particolare condizione, ma la beneficiaria non ne sia stata resa edotta, non è imposto il recupero del beneficio se risulti che la beneficiaria era in buona fede (cfr. CGCE, 21 giugno 2007, *Stichting ROM*, C-158/06, punti 20 ss., in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)).

In Italia, una prospettiva simile è stata adottata, in materia penale, dalla Corte costituzionale nella celebre sentenza Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, *Foro it.*, I, 1385, con nota di G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*, in cui è stata dichiarata l'incostituzionalità parziale dell'art. 5 c.p., nella parte in cui non esclude dall'inescusabilità dell'ignoranza della legge penale l'ignoranza inevitabile. Si deve tuttavia rilevare che la scusabilità dell'ignoranza del precetto penale viene valutata con rigidità dalla giurisprudenza (cfr., per esempio, Cass. pen., sez. V, 24 novembre 2016, n. 2506, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Legge penale*, n. 21, in cui si specificava che la sussistenza di un mero dubbio in merito all'interpretazione della legge penale non vale a escludere la colpevolezza dell'agente).

<sup>18</sup> Rilevava il bisogno di "calcolabilità" del diritto espresso dal mercato M. Weber, *Economia e società*, I, (traduzione a cura di T. Bagiotti, F. Casabianca, P. Chiodi, E. Fubini, G. Giordano e P. Rossi), Edizioni della Comunità, Milano, 1974, 336.

<sup>19</sup> L. Gianformaggio, *Certezza del diritto*, cit., 276, rileva, in questo senso, l'esigenza che le norme che si susseguono nel tempo siano coerenti. Il principio della tutela dell'aspettativa del privato alla coerenza e ragionevolezza del mutamento della regolazione è stato riconosciuto dalla Corte costituzionale italiana: sin dal 1985, il giudice delle leggi riconosce l'esistenza di un «affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto». Comprimeando la discrezionalità del legislatore, l'esistenza di tale affidamento impedisce al legislatore di «incidere arbitrariamente su situazioni sostanziali, poste in essere da leggi precedenti» (così Corte cost., 12 dicembre 1985, n. 349, *Giur. costit.*, 1985, I, 2408; *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1585). L'espressione è stata successivamente ripresa, quasi invariata, in moltissime sentenze della Corte costituzionale in tema di retroattività impropria: cfr., *ex multis*, Corte cost., 26 luglio 1995, n. 390, *Giust. civ.*, 1995, I, 326; 3 giugno 1998, n. 211, *Giur. cost.*, 1998, 1651, con nota di N. Zanon, *La legge di sanatoria non è onnipotente: un'ammissione importante in nome del "giusto procedimento" e degli artt. 24 e 113 Cost.*; 4 novembre 1999, n. 416, *Foro it.*, 2000, I, 2456, con nota di richiami, e da ultimo, 20 maggio 2016, n. 108, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 265).

### **c. Le manifestazioni «oggettive» e «soggettive» del principio di certezza del diritto, come tensione alla stabilità delle situazioni giuridiche nel diritto pubblico italiano e francese**

La certezza del diritto, intesa come tensione verso la stabilità delle situazioni già esistenti – siano esse in corso o «esaurite»<sup>20</sup> - ha ispirato, in Italia come in Francia, diverse regole e principî.

In questo senso, il diritto pubblico italiano contempla principî di carattere sia oggettivo, sia soggettivo<sup>21</sup>. Tra i primi, possono annoverarsi, per esempio, il limite rappresentato dai «rapporti esauriti» - o meglio, non più giustiziabili - alla retroattività degli effetti delle sentenze della Corte costituzionale<sup>22</sup>, il principio della inoppugnabilità degli atti amministrativi, o ancora il principio dell'intangibilità del giudicato, che consente al giudice di farsi «*garante della conservazione rispetto al mutamento perenne della società e dei fatti giuridici che si verificano nell'ambito dell'ordinamento*»<sup>23</sup>.

---

<sup>20</sup> C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, 285, rilevava che le regole apparenti alla seconda categoria rispondono all'«*opportunità pratica che i rapporti giuridici – lungi dal potere venire perpetuamente rimessi in discussione – si stabilizzino con il tempo*».

<sup>21</sup> Tale distinzione concerne l'attitudine della regola di stabilizzazione a prendere in considerazione la situazione concreta e soggettiva (l'*animus*), del beneficiario della situazione consolidata: tra gli istituti tesi alla stabilizzazione di diritto oggettivo possono annoverarsi, per esempio, la prescrizione o il già citato principio di non retroattività degli atti amministrativi. L'usucapione può invece essere ricondotta alla seconda categoria.

<sup>22</sup> Sul punto è opportuna una precisazione: l'art. 30, co. 3, della legge 11 marzo 1953, n. 87, prevede che «*le norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione [della sentenza]*». L'utilizzo della nozione di «retroattività» in tema di effetti delle pronunce di incostituzionalità deve quindi essere accompagnato da cautele. Come precisa G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale* (voce), *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1989, 633 ss., «*se si vuol parlare di retroattività, occorre almeno chiarire che si tratta di un caso particolare per il quale non si determina alcuna successione fra discipline sostanziali*». La cd. retroattività delle pronunce di incostituzionalità non consiste dunque «*nell'emanazione di una regola sostanziale nuova riferita a rapporti anteriori ma, per così dire, in un'interferenza processuale conseguente alle nuove norme utilizzabili dai giudici per definire i vecchi giudizi. Non si ha insomma una qualificazione ora per allora di situazioni e rapporti anteriori disciplinati da una diversa norma sostanziale, ma le conseguenze retroattive sono solo indirette [...]*».

<sup>23</sup> F. Benvenuti, voce *Giudicato* (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1969, 896.

Sul versante soggettivo, invece, deve essere evocato il principio di tutela del legittimo affidamento<sup>24</sup> nell'esercizio del potere di autotutela che, pur affondando, secondo alcuni, le sue radici nel principio di buona fede di origine romanistica<sup>25</sup>, ha trovato in Italia un riconoscimento dottrinale<sup>26</sup> e positivo<sup>27</sup> abbastanza tardivo.

Nel diritto pubblico francese, tradizionalmente, le regole ispirate all'esigenza di preservare la stabilità delle situazioni giuridiche soggettive erano principalmente due, entrambe di natura oggettiva: il principio di intangibilità degli atti individuali favorevoli<sup>28</sup> e il principio di non retroattività degli atti amministrativi<sup>29</sup>.

---

<sup>24</sup> F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento di ufficio e l'affidamento del cittadino*, *Dir. amm.*, 2005, 843 (part. 846) rilevava che «*se i limiti di origine giurisprudenziale all'annullamento d'ufficio sono stati visti come la riposta, non del tutto consapevole all'esigenza di tutela dell'affidamento del cittadino*», deve notarsi come la giurisprudenza degli anni Cinquanta avesse in realtà come obiettivo anche la protezione dello *status quo*: richiedendo un interesse attuale all'annullamento, si difendeva la scelta dell'Amministrazione di non accogliere istanze di annullamenti che avrebbero «*turbato gli assetti organici dell'amministrazione stessa*». In generale, l'esistenza di situazioni giuridiche consolidate per effetto del trascorrere del tempo veniva considerata nella più generale valutazione dell'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto, come emerge, ad esempio, in Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 1970, n. 744, in *Cons. Stato*, 1970, I, 1617, in cui si affermava esplicitamente che l'annullamento può rivelarsi «*in contrasto col pubblico interesse, perché alterando situazioni da tempo consolidate, rechi maggiormente turbamento della sua conservazione*». La prospettiva che emerge è la medesima: l'annullamento può non rispondere all'interesse pubblico qualora sia un fattore di instabilità delle situazioni giuridiche esistenti, ossia quando arrechi un danno alla certezza del diritto intesa in senso oggettivo.

<sup>25</sup> Così, F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001, 13, ha rimesso in discussione la riconducibilità della tutela dell'affidamento – come tutela ponderativa degli interessi del privato – alle caratteristiche dello Stato di diritto: «*la tutela dell'affidamento attraverso un principio [...] desunto dalla normativa sulla tutela dei diritti, implicherebbe la tutela automatica del diritto, una volta accertata l'esistenza di un legittimo affidamento, non la ponderazione degli interessi*».

<sup>26</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit., 80, notava (nel 1970) «*il tema della tutela dell'affidamento del cittadino non ha mai avuto nella letteratura giuridica italiana una trattazione unitaria, e anzi, è stato, in più di un caso, espressamente respinto come improponibile, perché contrastante con i principî propri del diritto pubblico*». In questo senso, cfr., per esempio, E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento*, *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, 494. In realtà, come messo in luce dallo stesso Merusi (*op. cit.*, 81 ss.), il principio di «buona fede» oggettiva (e la corrispondente tutela dell'aspettativa di coerenza del comportamento della controparte pubblicistica) aveva trovato un certo riconoscimento *giurisprudenziale* sin dagli anni Cinquanta nell'ambito della giurisprudenza sull'annullamento d'ufficio.

<sup>27</sup> In particolare, con l'introduzione di un «rinvio esterno» ai principi dell'ordinamento comunitario e di un riferimento all'obbligo di tenere conto degli «*interessi dei destinatari e dei controinteressati*» nell'esercizio del potere di autotutela nella legge 7 agosto 1990, n. 241, ad opera della legge 11 febbraio 2005, n. 15.

<sup>28</sup> Cons. Etat, 3 novembre 1922, *Dame Cachet, Lebon*, 790 ; *R.D.P.*, 1922, 552, con *conclusions* di Rivet ; S. 1925, 3, P. 9, con nota di M. Hauriou ; *G.A.J.A.*, 13° ed., 2011, n. 40, p. 241.

<sup>29</sup> D. Soulas de Roussel, P. Raimbault, *Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point*, *R.I.D.C.*, 2003, 85 (part. 101) e M. Fromont, *Le principe de sécurité juridique*, cit. Nello stesso senso, cfr. Anche J. Schwartz, *European administrative law*, cit., 874 ss..

A queste si è recentemente aggiunto il principio di tutela della *sécurité juridique*, consacrato quale *principe général du droit* dal Conseil d'Etat nel 2006, in una sentenza in cui è stato affermato che, nel mutare la disciplina di un dato settore, l'Amministrazione ha l'obbligo di prevedere delle misure transitorie, al fine di evitare cambiamenti troppo repentini del quadro regolatorio<sup>30</sup>. Il principio di *sécurité juridique* è stato formalmente preferito a quello del legittimo affidamento – applicabile secondo la giurisprudenza alle sole situazioni disciplinate dal diritto europeo<sup>31</sup> - perché ritenuto più aderente al carattere obiettivo e «legalista» dell'ordinamento francese<sup>32</sup>. A differenza del principio di tutela del legittimo affidamento, che protegge l'interesse individuale alla conservazione di una situazione giuridica favorevole, la finalità del principio di *sécurité juridique* sarebbe la protezione della stabilità e la prevedibilità del diritto, nell'interesse di tutti<sup>33</sup>.

#### **d. Certezza del diritto, *sécurité juridique*, legittimo affidamento e principio di legalità**

La nozione di *sécurité juridique* merita una breve digressione etimologica. Se la parola *sûreté* indica la sicurezza oggettiva, ossia il fatto di essere oggettivamente al

---

<sup>30</sup> Cons. Etat, ass. 24 marzo 2006, *KPMG*, cit.

<sup>31</sup> Cfr., in questo senso, *ex multis*, Cons. Etat, ass. 24 marzo 2006, *KPMG*, cit, in cui si ribadiva che «*le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire*».

<sup>32</sup> F. Grabias, *La tolérance administrative*, cit., 467 ss. Come si vedrà meglio *infra*, il principio, così come elaborato dalla dottrina e giurisprudenza tedesca, ha una componente soggettiva importante, che non è sottaciuta, per esempio, nella definizione contenuta nel rapporto del Conseil d'Etat «*Sécurité juridique et complexité du droit*», La documentation française, 2006, 281 : «*Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles*».

<sup>33</sup> F. Grabias, *La tolérance administrative*, cit., 469.

riparo dal pericolo, la *sécurité*, invece, sta a indicare il *sentimento di sicurezza che prova il soggetto che si crede al riparo dal pericolo*<sup>34</sup>.

Come accennato sopra, il concetto di sicurezza giuridica è un «prodotto d'importazione»: nasce infatti in Germania (*Rechtssicherheit*) all'inizio del XIX° secolo<sup>35</sup>, dove trova un riconoscimento costituzionale in qualità di «elemento essenziale» dello Stato di diritto<sup>36</sup>. Si distingue dalla concezione oggettiva della certezza del diritto, intesa come prevedibilità dello stesso, accolta tradizionalmente in Italia e in Francia, proteggendo direttamente la «sicurezza delle situazioni giuridiche soggettive dei cittadini»<sup>37</sup>.

Negli anni Sessanta, il principio viene particolarmente valorizzato dalla giurisprudenza comunitaria<sup>38</sup>, che lo eleva a principio generale dell'ordinamento europeo<sup>39</sup>: il principio è ormai talmente radicato che nel 2012, veniva menzionato in 162 delle 687 sentenze rese dalla Corte di Giustizia<sup>40</sup>. Sotto l'influenza del diritto comunitario, il concetto entra nel vocabolario dei giuristi francesi, che a partire dalla fine degli anni Ottanta discutono dell'opportunità di recepire il principio nel diritto interno<sup>41</sup>. Ottiene un riconoscimento formale da parte del Conseil d'Etat solo nel

---

<sup>34</sup> L'osservazione è di P. Raimbault, *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, L.G.D.J., Parigi, 2009, 6.

<sup>35</sup> Così G. Severini, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018, secondo il quale la paternità del concetto è da attribuirsi a W. J. Behr.

<sup>36</sup> W. Zimmer, *Allemagne*, in *Table ronde «Constitution et sécurité juridique»*, *A.I.J.C.*, 1999, 91 ss.

<sup>37</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento del cittadino*, cit., 36.

<sup>38</sup> Si noti che se la matrice ideologica del principio consacrato dal diritto europeo è sicuramente tedesca, le traduzioni italiane delle sentenze riportano il termine «certezza del diritto» o «certezza giuridica», e mai «sicurezza giuridica».

<sup>39</sup> Le prime menzioni del principio sono rinvenibili in CGCE, 22 marzo 1961, *S.N.U.P.A.T.*, cause C-42/59 e C-49/59 riunite, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) e, poco dopo, in CGCE, 13 luglio 1961, *Meroni*, C-14/60, *ibid.* In CGCE, 6 aprile 1962, *Bosch*, C-13/61, *ibid.* viene invece affermata l'esistenza di un principio generale di certezza del diritto. Nel 1979, ispirandosi dichiaratamente dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, la Corte europea dei Diritti dell'Uomo di Strasburgo ha proclamato il carattere fondamentale del principio di certezza del diritto anche nel sistema convenzionale: CEDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), in cui il principio veniva invocato al fine di modulare gli effetti della pronuncia, specificando che «*le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt.*»

<sup>40</sup> J. Van Meerbeeck, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Anthémis, Bruxelles, 2014, 19.

<sup>41</sup> Tra coloro che hanno sostenuto l'opportunità di consacrare il principio, possono citarsi F. Luchaire, *La sûreté: droit de l'homme ou sabre de Monsieur Prudhomme*, *R.D.P.*, 1989, 609; M. Fromont, *Le principe de sécurité juridique*, *A.J.D.A.* (numéro spécial 20 giugno 1996), 1996, 178; A. L. Valembois,



2006<sup>42</sup>, malgrado le perplessità espresse da parte della dottrina, che negli anni Novanta rileva la vaghezza<sup>43</sup>, la polisemia<sup>44</sup> e le possibili contraddizioni<sup>45</sup> insite nel principio.

Tali contraddizioni sono state ben illustrate da B. Mathieu<sup>46</sup>, che ha rilevato come il principio possa essere al contempo impiegato per giustificare una misura di sanatoria che limiti il diritto al ricorso avverso atti amministrativi illegittimi<sup>47</sup> e la censura di un'analogia misura di sanatoria retroattiva, tesa ad evitare l'annullamento di atti amministrativi illegittimi<sup>48</sup>. Del pari, la Corte di Giustizia è solita affermare che il potere di modulazione degli effetti delle proprie sentenze di annullamento, attribuitele sin dal Trattato di Roma<sup>49</sup> e successivamente applicato in via analogica ad altre

---

*La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005. Hanno invece sostenuto che non fosse opportuno recepire il principio B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, cit. ; e F. Moderne, *L'actualité des principes généraux du droit*, R.F.D.A., 1998, 506.

<sup>42</sup> La consacrazione giurisprudenziale è avvenuta in Cons. Etat, 24 marzo 2006, *Société KPMG et autres*, A.J.D.A., 2006, 1028, con nota di C. Landais, F. Lenica, *Sécurité juridique : la consécration*, che ha elevato la *sécurité juridique* al rango di *principe général du droit*, ma significativamente, già nel 1991, e nuovamente nel 2006, il Conseil d'Etat aveva dedicato i suoi rapporti annuali alla *sécurité juridique* (intitolati rispettivamente *De la sécurité juridique* e *Sécurité juridique et complexité du droit*, entrambi pubblicati dalla Documentation française). Un altro segnale dell'apertura delle istituzioni francesi al riconoscimento del principio poteva già essere ravvisato nella premiazione della tesi di A. L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, cit., da parte del Conseil constitutionnel nel 2004.

<sup>43</sup> F. Pollaud-Dulian, *A propos de la sécurité juridique*, R.T.D. civ., 2001, 491.

<sup>44</sup> B. Mathieu, *Liberté contractuelle et sécurité juridique: les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier*, L.P.A., 1997, n. 29, 7.

<sup>45</sup> B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, cit.

<sup>46</sup> B. Mathieu, *Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel: un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à a garantie des droits?*, R.F.D.A., 1998, 148.

<sup>47</sup> Per esempio, la *loi de validation* dell'imposta sugli immobili situati in Polinesia è stata ritenuta compatibile dal Conseil constitutionnel perché strumentale ad evitare un contenzioso che avrebbe compromesso la continuità del servizio pubblico: cfr. Cons. const., 7 febbraio 2002, n. 2002-458 DC, L.P.A., 2002, 16, con nota di J.-E. Schoettl, *La validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française est-elle constitutionnelle?*.

<sup>48</sup> Il principio di *sécurité juridique* viene, in questo contesto, ricollegato al principio di tutela dei diritti sancito dall'art. 16 della *Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen*: in questo senso, per esempio, cfr. Cons. const., 10 dicembre 2010, n. 2010-78 DC, *Constitutions*, 2011, 191, con nota di C. De la Martinière, *La réticence du Conseil constitutionnel à sanctionner les validations législatives*.

<sup>49</sup> Art. 174, co. 2, TCEE, oggi trasfuso (seppur con l'eliminazione del riferimento agli atti regolamentari) nell'art. 264, co. 2, TFUE, che stabilisce «la Corte, quando lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi».

tipologie di pronunce<sup>50</sup>, sia espressione del principio di certezza del diritto<sup>51</sup>. Anche questo può sembrare paradossale, assumendo l'angolo prospettico secondo il quale la certezza del diritto è un diretto precipitato dello Stato di diritto, e quindi della stretta osservanza del principio di legalità: come osservava l'avvocato generale Marc Darmon, «*quale certezza supera quella derivante dalla rigida applicazione del diritto?*»<sup>52</sup>.

I paradossi insiti alla nozione di certezza del diritto derivano dalla tensione di fondo tra due valori, entrambi considerati come intimamente legati al principio di certezza del diritto: il principio di legalità e il principio di stabilità delle situazioni giuridiche.

### **e. Il colore ideologico ambiguo del principio di certezza del diritto**

L'apparente contraddittorietà delle implicazioni del principio di certezza del diritto può forse essere spiegata alla luce del fatto che il principio «*non ha un colore politico predeterminato e tende a presentarsi periodicamente con motivazioni diverse*»<sup>53</sup>.

Se oggi tendiamo a pensare alla certezza del diritto come ad una garanzia per il cittadino, è innegabile che, in passato, il valore è stato principalmente impiegato in una «logica politica», di legittimazione del potere costituito<sup>54</sup>. In epoca antica, per esempio, la certezza del diritto serviva principalmente come giustificazione del mantenimento

---

<sup>50</sup> *Ex multis*, cfr. CGCE, 8 aprile 1976, *Defrenne*, C-43/75, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), *Foro it.*, 1976, IV, 334 ss. (modulazione degli effetti di una sentenza interpretativa); CGCE, 15 ottobre 1980, *Roquette frères*, C-145/79, punto 52, *ibid.* e in *Foro it.*, 1982, IV, 33, con nota di richiami (modulazione degli effetti di una declaratoria di invalidità resa in via pregiudiziale); CGCE, 3 luglio 1986, *Consiglio c. Parlamento*, C-34/86; 31 marzo 1992, *Consiglio c. Parlamento*, C-284/90 in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); 7 luglio 1992, *Parlamento c. Consiglio*, C-295/90; 5 luglio 1995, *Parlamento c. Consiglio*, C-21/94, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); 28 maggio 1998, *Parlamento c. Commissione*, C-22/96; 19 novembre 1998, *Portogallo c. Consiglio*, C-21/94, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) (modulazione degli effetti di atti non regolamentari).

<sup>51</sup> In questo senso, cfr., *ex multis*, CGCE, 15 ottobre 1980, *ONIC*, C-4/79, punto 45.

<sup>52</sup> Così M. Darmon, *Conclusioni a CGCE*, 27 febbraio 1985, C-112/83, *Société des produits de maïs SA c. Administration des douanes et droits indirects*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>53</sup> M. Corsale, *Certezza del diritto, 1) profili teorici*, *Enc. giur.*, 1988, 5.

<sup>54</sup> P. Grossi, *Sull'odierna incertezza del diritto*, *Giust. civ.* 2014, 921.

dello *status quo* di origine divina<sup>55</sup>, o come forma di legittimazione politica del Sovrano e delle sue leggi<sup>56</sup>. Del pari, la certezza del diritto è servita a legittimare l'Assolutismo, e il conseguente accentramento della produzione normativa nelle mani del Sovrano<sup>57</sup>: sotto l'*Ancien Régime*, ad esempio, tale valore si traduceva nel divieto di giudicare secondo equità imposto ai giudici<sup>58</sup>.

A partire dal XVII secolo, la certezza del diritto acquisisce progressivamente un nuovo colore ideologico, per effetto dell'ascesa al potere politico della classe borghese e mercantile. Il passaggio dallo *status* di suddito a quello di cittadino, così come il passaggio da un'economia feudale a un'economia di mercato, hanno contribuito a collocare il valore della certezza del diritto in una prospettiva sempre più *sogettiva*. L'avvento della società capitalista ha, da un lato, attribuito alla certezza giuridica – intesa come prevedibilità del diritto da parte dell'operatore economico – un ruolo centrale nello sviluppo e nel buon andamento del libero mercato<sup>59</sup>. Dall'altro lato, con l'era dei lumi, la predeterminazione e la certezza del diritto sono divenuti altrettanti

---

<sup>55</sup> J. De Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, Parigi, 1971, 203 ss. riporta che, già nella società greca del IV s. A.C., l'immutabilità delle leggi della Città costituiva un valore fondamentale: ad Atene, il procedimento legislativo contemplava un vero e proprio processo contro la legge da sostituire (*graphe*). Nel caso in cui la nuova legge fosse da ritenersi lesiva di valori fondamentali, il cittadino aveva diritto di intentare un'azione, la *graphè paranomôn*, nei confronti del suo autore, che poteva condurre anche a una condanna a morte di quest'ultimo. La tensione tra le leggi immutabili, divine, e le leggi degli uomini fa da sfondo alla tragedia *Antigone* di Sofocle.

<sup>56</sup> Si pensi, a tal proposito, alla Codificazione giustiniana, che non si era limitata a una mera raccolta delle norme vigenti, ma aveva operato una vera e propria selezione, con eliminazione delle norme considerate indesiderabili dal sovrano. Pare significativo, sul punto, che la frase di Ulpiano «*quod principi placuit, legis habet vigorem*» sia stata ricompresa nel Digesto di Giustiniano (D., I, 4, 1). La frase sarà successivamente assunta a fondamento dell'assolutismo, come nota J.M. Kelly, *A short history of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992, (trad. italiana di S. Ferlini, a cura di M. Aschieri, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1996, 95). La codificazione era motivata, come osserva M. Weber, *Economia e società*, II, cit., 166, dal «bisogno di sicurezza giuridica interna nell'interesse di un preciso funzionamento dell'apparato ufficiale, insieme alle esigenze di prestigio del Monarca»; in questo senso, «la «sicurezza giuridica» risultante dalla codificazione soddisfa già un forte interesse politico».

<sup>57</sup> Ne è un esempio l'ordinanza del 15 agosto del 1539, firmata dal primo sovrano assoluto francese, Francesco I, che all'art. 110 prevedeva che «*les arretz soient clers et entendibles [...] Afin qu'il n'y ayt cause dedoubter sur l'intelligence dedictz arretz, Nous voulons et ordonnons qu'ilz soient faitz et escriptz si clèrement qu'il n'y puisse avoir aucune ambiguite ou incertitude, ne lieu a en demander interpretation*» (riportata in J. Van Meerbeck, *De la certitude à la confiance*, cit, 220,

<sup>58</sup> J. Van Meerbeck, *Penser par cas...et par principes*, R.I.E.J., 2014, 77.

<sup>59</sup> Tale aspetto emerge chiaramente negli studi dedicati al capitalismo da Max Weber: cfr. M. Weber, *Economia e società*, II, cit., 336. I legami tra l'emergere del valore della sicurezza giuridica e lo sviluppo dell'economia di mercato sono stati esaminati da F. Tulkens, *La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer*, R.I.E.J., 1990, n. 24, 29.



valori posti a garanzia dell'individuo, nei confronti dell'arbitrio degli interpreti<sup>60</sup> e, in generale, dell'arbitrio del potere<sup>61</sup>: in questo senso, la certezza del diritto viene fatta coincidere con il principio di legalità e con la stretta osservanza del diritto da parte del giudice e dell'Amministrazione<sup>62</sup>.

Con l'avvento dello Stato sociale, e l'ingerenza crescente dello Stato nella vita del cittadino, il principio ha ancora una volta mutato veste. Da valore fondante del diritto, la certezza, intesa come conoscibilità e prevedibilità delle regole applicabili, è assurta nel XX secolo ad esigenza individuale del cittadino o dell'operatore economico<sup>63</sup>, i quali sempre più aspirano a riporre la loro fiducia nella coerenza<sup>64</sup> e ragionevolezza dell'attività (giurisdizionale, legislativa, amministrativa) delle istituzioni (sicurezza o *sécurité*)<sup>65</sup>. Tali valori sono ritenuti particolarmente importanti in una società pluralista, in cui la soluzione dei conflitti non passa necessariamente dall'applicazione rigida del diritto, ma, spesso, dal bilanciamento dei diversi interessi in gioco<sup>66</sup>.

---

<sup>60</sup> La diffidenza nei confronti dei tribunali emerge chiaramente in molti degli scritti del periodo: cfr., per esempio, C. L. De Montesquieu, *De l'esprit des lois*, libro VI, cap. 3, Ed. Garnier Frères, 1956, 82 «dans les états despotiques, il n'y a point de loi: le juge est lui-même la sa règle [...] Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution quel es juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie»; F.M. Voltaire, *Lois civiles et ecclésiastiques, Dictionnaire philosophique* (1764), Garnier Frères, 1967, 290: «que toute la loi soit claire, uniforme et précise: l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre». Considerazioni analoghe sono state espresse anche da autori italiani, quali P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, in G. Francioni, S. Romagnoli (a cura di), *Il caffè. 1764-1766*, Giappichelli, Torino, 1993, 695.

<sup>61</sup> Scriveva J. Locke, *Concerning civil government, Second essay*, Hackett, 1980, 73: «for all the power the government has, being only for the good of the society, as it ought not to be arbitrary and at pleasure, so it ought to be exercised by established and promulgated laws, that both the people may know their duty and be safe and secure within the limits of the law, and the rulers too, kept within their due bounds».

<sup>62</sup> G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, 229 rilevava a tal proposito che «una garanzia fondamentale della sicurezza giuridica [è] l'impero della legge, la rule of law, in definitiva lo Stato di diritto, nel quale si regola e si razionalizza l'uso della forza attraverso il potere (chi può usarla, con quali procedimenti, con quali contenuti, con quali limiti».

<sup>63</sup> B. Pateau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, cit.

<sup>64</sup> A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, 26 ss..

<sup>65</sup> S. Bauman, *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 29, osservava che «se manca la sicurezza, gli attori sono liberi, ma privi della fiducia senza cui è difficile esercitare la libertà».

<sup>66</sup> F. Rimoli, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Giuffrè, Milano, 108, osservava a tal proposito che nella società post moderna, «certezza del diritto e perspicuità della legge, intese nell'accezione comune, sono ormai [...] controproducenti per ottenere la realizzazione del fine dell'assorbimento dei conflitti; per questo, è piuttosto necessaria una forma di indeterminazione controllata, di incertezza

Tale ultima concezione della certezza del diritto ha finito per «colorare» la logica garantistica del principio, di matrice illuministica. La certezza del diritto corrisponde oggi a un più generale ideale di *affidabilità dell'ordinamento giuridico*<sup>67</sup>. E' proprio in tale ultimo senso che la nozione viene oggi intesa nel linguaggio comune dei giuristi europei, ed è quest'ultima la nozione che intendiamo accogliere nel prosieguo della nostra trattazione.

## **2. RESTRIZIONE DELL'AMBITO DI INDAGINE E SCOPI DELLA RICERCA: LA FRIZIONE DEL PRINCIPIO DI CERTEZZA DEL DIRITTO E DELLE GARANZIE GIURISDIZIONALI OFFERTE AL CITTADINO**

### **a. Ambito dell'indagine**

Le molteplici accezioni del principio di certezza del diritto impongono di studiarlo in un angolo prospettico preciso, a pena di rischiare un'eccessiva confusione nella trattazione.

Nel presente lavoro ci interesseremo specificamente alle interazioni tra il principio di certezza del diritto – quale fondamento della protezione della stabilità delle

---

*programmata, che permetta di modulare ogni decisione sulla situazione contingente».* In questo contesto, la certezza diviene conoscibilità e coerenza dei fini perseguiti dall'interprete; la decisione più «opportuna» dovrà essere considerata quella che tende a soddisfare maggiormente la parte vittoriosa, con minor danno possibile per la parte soccombente.

<sup>67</sup> M. Heers, *La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime*, R.F.D.A., 1995, 963. Questo cambiamento di paradigma è altresì illustrato da F. Roselli, *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in A.A.V.V., *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, I, Milano, 1994, 319 (part. 330) che osservava «una tendenza, che sempre meglio si delinea, ad affrontare le questioni di diritto intertemporale con riguardo non più solo alla portata del divieto di retroattività ma anche della tutela del soggetto privato contro leggi che, disponendo de futuro, ledano tuttavia situazioni di affidamento».

situazioni giuridiche – e il principio di legalità, inteso come garanzia del cittadino nei confronti dell’Amministrazione.

Tale tema pare particolarmente interessante, poiché contrappone due delle accezioni della certezza del diritto sopra richiamate, rivelandone i punti di frizione. In particolare, studieremo la questione dei limiti della retroattività dell’annullamento giurisdizionale, esplicitamente o implicitamente finalizzati a preservare la stabilità delle situazioni giuridiche sorte per effetto dell’atto illegittimo, sulla scorta di un’analisi del tema nella giurisprudenza italiana e francese, dalla fine del XIX secolo ad oggi.

## **b. Le ragioni della comparazione: la divergenza dell’esperienza francese e italiana. Metodologia.**

In Francia, sin dagli anni Cinquanta, la giurisprudenza amministrativa si è curata di fissare dei limiti alla retroattività dell’annullamento giurisdizionale, al fine di proteggere i *droits acquis*<sup>68</sup>. Il recepimento del principio di *sécurité juridique* ha successivamente fondato l’affermazione del potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento<sup>69</sup>, che viene oggi comunemente citato come esempio della protezione della certezza del diritto da parte del giudice<sup>70</sup>.

In Italia, invece, nel secondo dopoguerra si è assistito a un fenomeno del tutto opposto: sin dall’inizio degli anni Cinquanta, la giurisprudenza si è orientata verso un’estensione degli effetti della sentenza di annullamento, attraverso lo sviluppo della teoria della caducazione automatica degli atti consequenziali<sup>71</sup>. Oggi, la modulazione degli effetti della sentenza di annullamento permane un fenomeno ancora del tutto marginale.

---

<sup>68</sup> Cfr. *infra*, I, 2, a.

<sup>69</sup> Cfr. *infra*, I, 2, b.

<sup>70</sup> Cfr., per esempio, B. Seiller, *Sécurité juridique et office du juge administratif*, 2016, 765; B. Mathieu, *Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l’horloge*, D., 2004, 1604.

<sup>71</sup> Cfr. *infra*, II, 3.

Il tema studiato servirà quindi a mettere in luce le differenze fondamentali tra il giudizio di legittimità italiano e il *recours pour excès de pouvoir* francese, al fine di tentare di spiegare perché il giudice amministrativo italiano non abbia, come il suo omologo francese, recepito il principio di certezza del diritto quale possibile fondamento di misure di temperamento del rigore della retroattività dell'annullamento.

La presente ricerca si propone quindi di esaminare, innanzitutto in una prospettiva storica, quale sia stata la rilevanza data al principio di certezza del diritto (e alle sue implicazioni in termini di stabilità delle situazioni giuridiche fondate su atti invalidi) nella giurisprudenza del giudice amministrativo dalla fine del XIX secolo a oggi.

Lo scopo della ricerca è duplice: da una parte, si analizzerà come sono state risolte le tensioni tra certezza del diritto e retroattività dell'annullamento; dall'altra, si cercherà di comprendere quando il principio di certezza del diritto abbia assunto, in questo contesto, un rilievo giuridico a sé stante.

Il lavoro è stato suddiviso in tre capitoli. Nei primi due, dedicati alla giurisprudenza e alla dottrina francesi e italiane, si analizzeranno le tecniche tradizionali e le tecniche nuove di protezione della certezza del diritto, con particolare riguardo al potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento. L'analisi sistematica dei casi di modulazione è finalizzata a tentare di comprendere quali siano i valori che il giudice tende a proteggere, quando invoca la certezza del diritto o la *sécurité juridique*. La metodologia casistica è imposta dalla stessa natura del principio, «*plus fonctionnel que conceptuel*»<sup>72</sup>, che richiede di essere analizzato nelle sue manifestazioni concrete.

Infine, nel terzo capitolo, si affronteranno, in una prospettiva comparatistica, i problemi posti dalla protezione della certezza del diritto attraverso la limitazione degli effetti dell'annullamento, alla luce delle garanzie di protezione dal cattivo esercizio del potere amministrativo offerte al cittadino dall'ordinamento francese e italiano.

---

<sup>72</sup> S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, cit., 156.

# I. Limitazioni degli effetti dell'annullamento in Francia, fra tutela della *sécurité juridique* e garanzie di ristabilimento della legalità

---

## 1. LA RETROATTIVITÀ DELL'ANNULATION CONTENTIEUSE

### a. La regola della retroattività della sentenza di annullamento

Nel 1925, nella sentenza *Rodière*<sup>73</sup>, il Conseil d'Etat affermava «*les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus*».

La regola secondo la quale la sentenza di annullamento ha effetti retroattivi è in realtà ben più risalente: la davano già per scontata le considerazioni espresse da

---

<sup>73</sup> Cons. Etat, 26 dicembre 1925, *Rodière*, in *R.D.P.*, 1926, 32, *conclusions* di G. Cahen-Salvador; S. 1925, 49, con nota di M. Hauriou. V. anche Ass. 10 dicembre 1954, *Cru et autres*, D., 1955, 198, *conclusions* di A. Jacomet e nota di P. Weil. I passaggi logici della celebre sentenza sono stati così ricostruiti dal *commissaire du gouvernement* R. Odent nelle sue *conclusions* a Cons. Etat, Ass. 27 maggio 1949, *Véron-Réville, Lebon*, 246, *Gaz. du Palais*, 10 giugno 1949, 3 : « *une annulation juridictionnelle a un caractère réognitif. Elle fait disparaître l'acte annulé qui est réputé n'être jamais intervenu. Les choses doivent donc être remises en l'état exact où elles se trouveraient si l'acte annulé n'avait pas été pris et cette remise en l'état est pour l'Autorité compétente une obligation juridique stricte dont la méconnaissance constitue un excès de pouvoir et pour le respect de laquelle cette même administration a non seulement le droit mais le devoir de prendre des dispositions rétroactives.* »

Edouard Laferrière nel 1887<sup>74</sup>, e se ne può ritrovare traccia anche in sentenze precedenti a *Rodière*<sup>75</sup>.

Secondo alcuni autori, la retroattività dell'annullamento sarebbe da ricondurre, sul piano storico, alle origini della giustizia amministrativa: già sotto l'*Ancien Régime*, le *Cours souveraines* e il *Conseil du Roi*, competenti per i *recours en annulation*, decidevano con effetti retroattivi, «*non pas que le titre cesse d'exister au jour de l'arrêt, mais qu'il n'a jamais existé*»<sup>76</sup>. La retroattività sarebbe dunque un retaggio della *justice retenue*, quando l'annullamento era appannaggio dei vertici dell'amministrazione<sup>77</sup>.

---

<sup>74</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, 1° ed., II, Berger-Lévrault, 1887, 545, in cui, al fine di determinare se « l'annulation [...] régit [...] aussi sur le passé et oblige [...] l'administration à revenir sur une exécution déjà consommée », distingue il caso in cui « l'acte a reçu, avant que son annulation a été prononcée, toute l'exécution dont il était susceptible, de telle sorte que les choses ne puissent pas être remises en l'état » dal quello in cui « l'exécution que l'acte [peut] être réparée par des mesures contraires » Nel primo caso, « en présence du fait accompli, la seule réparation qui puisse être accordée serait une indemnité », mentre nel secondo, « l'administration doit prendre ces mesures réparatrices. »

<sup>75</sup> Cons. Etat, 30 novembre 1900, *Sieur Viaud, dit Pierre Loti, Lebon*, 683, con *conclusions* Saint-Paul, riguardante le conseguenze dell'annullamento dell'atto con cui veniva disposto il pensionamento di un ufficiale: « *Viaud [...] doit être regardé comme n'ayant jamais cessé de faire partie du cadre des lieutenants de vaisseau en activité ; il suit de là que [...] il est en droit de soutenir que son ancienneté doit compter du [...] jour où il eût été régulièrement promu si la décision annulée [...] n'avait jamais existé* ».

<sup>76</sup> J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, P.U.F., 1985, 262. Secondo Mestre, la regola si fondava già su una concezione dichiarativa dell'annullamento: « *l'arrêt qui déclare le titre nul n'est pas constitutif d'un nouveau droit. Il est déclaratif d'un vice fondamental du titre cassé* ». Occorre tuttavia rilevare che il *Conseil du Roi* si arrogava talvolta il potere di fare salvi gli effetti del provvedimento, come riportato da J.L. Mestre in *Le contentieux administratif dans les registres du Conseil du roi conservés au Centre des archives d'outre-mer*, in J. Massot, *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'outre-mer français du XVIIè siècle à 1962*, Dalloz, 2007, 27 (part. p. 34, nota 33).

<sup>77</sup> Così J.-H. Stahl, A. Courrèges, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, R.F.D.A., 2004, 438, secondo cui « *l'effet rétroactif des décisions d'annulation [...] n'est peut-être pas sans rapport avec la pratique ancienne de la justice retenue, l'intervention du Conseil d'Etat s'apparentant alors à une forme de recours hiérarchique permettant au supérieur de faire table rase de ce qui avait été décidé par son subordonné.* ». Conf. B. Pacteau, *Comment aménager la rétroactivité de la justice ? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle, sécurité jurisprudentielle*, in B. Seiller (a cura di), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica, 2007, 113, il quale cita a sua volta un passaggio del *Traité* di E. Laferrière, *op. cit.*, 547 : « *l'annulation de l'acte [...] fait disparaître l'acte administratif, aussi complètement que s'il avait été rapporté par son auteur ou annulé par le supérieur hiérarchique. Il ne faut pas oublier que, en effet, que si l'annulation pour excès de pouvoir est un acte de juridiction, elle n'en produit pas moins, par la force des choses, l'effet d'un acte de puissance publique, d'une décision d'un supérieur hiérarchique. Elle avait entièrement ce caractère sous le régime de la justice retenue, lorsque c'était le chef de l'Etat qui annulait en son Conseil l'acte d'un de ses subordonnés ; elle le possède encore dans une large mesure.* ».



Secondo altri autori, invece, la regola della retroattività delle sentenze del *Conseil d'Etat* sarebbe frutto di un'elaborazione più tardiva<sup>78</sup>: la questione avrebbe iniziato ad assumere una certa importanza solo al passaggio da *justice retenue* a *justice déléguée*, avvenuto, in via definitiva, solo con la legge del 24 maggio 1872, e consacrato dalla sentenza *Cadot* del 1889<sup>79</sup>. Sarebbe stata proprio la 'giurisdizionalizzazione' del *Conseil d'Etat* a imporre la dottrina della retroattività degli effetti della sentenza di annullamento<sup>80</sup>.

Sul piano teorico, la regola della retroattività sembra senz'altro ricollegabile alla teoria tralaticia della natura dichiarativa della sentenza di annullamento<sup>81</sup>.

---

<sup>78</sup> Secondo F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, thèse, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 2010, 202, di ciò testimonierebbe l'assenza di studi dedicati agli effetti della sentenza di annullamento sino agli inizi del XX° secolo. Conf. C. Agostini, *Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, thèse, Paris X, microfiches, 225, secondo cui « *alors que les juristes du XIXème siècle ignoraient le concept de rétroactivité, celui-ci apparaît brusquement, au début du XXème siècle.* »

<sup>79</sup> Cons. Etat, 13 dicembre 1889, *Cadot, Lebon*, 1148, nella quale il *Conseil d'Etat* affermò la propria competenza su tutte le controversie nascenti dall'esercizio di poteri amministrativi (nel caso di specie, si trattava di un'azione di risarcimento dei danni arrecati dal provvedimento), comprese le decisioni di tipo giustiziale adottate dai ministri. Veniva così definitivamente superata la teoria del *ministre-juge*, secondo la quale il ministro chiamato ad esercitare delle funzioni giustiziali dovesse essere ritenuto un giudice a tutti gli effetti, il *Conseil d'Etat* dovesse considerarsi un giudice d'appello.

<sup>80</sup> Così, C. Agostini, *op. cit.*, 227 ss.. Secondo l'Autore, infatti, « *le Conseil d'Etat ne pouvant plus de prévaloir de l'autorité du Chef de l'Etat, l'invalidation d'un acte administratif ne pouvait plus de justifier qu'au nom du seul principe de légalité. [...] Dans un univers dominé par une représentation formaliste et mécaniste de la fonction juridictionnelle héritée de la révolution française, et en raison de la doctrine justificative utilisée – la référence à la loi – le Conseil d'Etat n'a pas d'autre choix que de prononcer l'annulation rétroactive des actes administratifs, à la manière de la Cour de cassation, sur laquelle le juge administratif semble un temps s'aligner. En effet, si une norme administrative n'est pas valide parce qu'elle contredit une norme supérieure, objectivement et indépendamment d'un quelconque acte de volonté du juge, la contradiction existe logiquement dès l'origine [...] La non validité de l'acte s'impose alors au juge ab initio, et il ne peut faire autrement que d'en prononcer l'annulation rétroactive. Toute autre date de sortie de vigueur devrait être justifiée à l'aide de principes concurrents, sans quoi la décision du juge apparaîtrait irrationnelle, et donc arbitraire. Si le juge de l'annulation ne dispose, pour justifier son annulation, que du seul argument de principe de la non-conformité à la norme supérieure, il est contraint par la logique de son argumentation à annuler de manière rétroactive, à considérer que la norme n'a jamais existé.* » Cfr. G. Vedel, *Cours de droit administratif 1951-1952*, 504, secondo cui « *l'effet rétroactif [...] se produit pour une raison logique absolument inévitable : c'est que toute action de nullité doit nécessairement atteindre l'acte au jour même où il est intervenu ; si la décision n'avait pas d'effet rétroactif, ce ne serait pas une décision d'annulation, ce serait une décision d'abrogation.* »

<sup>81</sup> C. Leclerc, *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, thèse, L'Harmattan, 2015, 363 ; F. Blanco, *op. cit.*, 196. La tesi, oggi minoritaria, era stata esplicitamente sostenuta sia dai *commissaires du gouvernement* (v. Cahen-Salvador, *op. cit.*, e Odent, *op. cit.*), sia in dottrina, da O. Dupeyroux, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, L.G.D.J., 1953, 237, J. De Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, thèse, Paris, 1941 (che la riassume nei seguenti termini : « *la nullité n'est pas créée par le juge, c'est le droit objectif qui l'entraîne. Le juge*

La dottrina non ha mancato di rilevare, sin dagli inizi del XX secolo, il carattere fittizio degli effetti retroattivi della sentenza di annullamento<sup>82</sup>. Riprendendo tali argomentazioni, nel 1949, il *commissaire du gouvernement* Odent li qualificava «à la fois une nécessité et une fiction»<sup>83</sup>.

Finzione perché, come sottolineava Prosper Weil, « *il n'y a pas, en pure logique, de rétroactivité: on n'agit jamais en remontant le temps; tout ce que l'on peut faire, c'est agir dans l'avenir de manière à créer une situation se rapprochant le plus possible d'une situation passée, et il y a là, non pas rétroactivité au sens réel du mot, mais simple projection du passé dans l'avenir* »<sup>84</sup>.

Necessità, perché conseguenza indispensabile della presunzione di legittimità (c.d. *privilège au préalable*<sup>85</sup>) che assiste i provvedimenti amministrativi. L'atto amministrativo è immediatamente esecutivo, anche in caso di contestazioni da parte del destinatario dell'atto: l'amministrazione «*commence par se faire justice par elle même*»<sup>86</sup>. In assenza di misure cautelari, l'atto deve considerarsi valido e efficace sino

---

*exerce donc une compétence liée, il ne jouit d'aucun pouvoir discrétionnaire: sa décision lui est dictée par l'état du droit objectif au moment où l'acte a été rendu. On peut donc dire que son rôle consiste uniquement à constater l'irrégularité de l'acte. Il est bien exact que le dispositif de l'arrêt contient, s'il est fait droit à la demande, « l'acte est considéré comme annulé », mais c'est une expression vicieuse. Mieux vaut dire « l'acte est considéré nul », car c'est le droit objectif et non le juge qui crée la nullité. »), M. Maynard, *Le jugement déclaratoire*, thèse, Paris, 1922, 119 ss. *Contra*, affermano il carattere (anche) costitutivo della sentenza di annullamento P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952, 136 ss. e J.M. Auby, *L'inexistence des actes administratifs. Etude du contentieux administratif*, Pedone, 1951, 303 ss; G. Jèze, *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux*, R.D.P., 1909, 674.*

<sup>82</sup> Si v., sul punto, ad esempio, G. Jèze, *Du retrait des actes juridiques. Dans quelle mesure peut-il être touché aux actes juridiques et leurs effets peuvent-ils être modifiés?*, R.D.P., 1913, 227, scriveva: « *il est juridiquement possible de supprimer pour l'avenir un acte juridique, et de faire cesser ainsi pour l'avenir les effets d'un acte juridique [...] Il n'est pas possible juridiquement de supprimer, pour le passé, les effets qu'a produits régulièrement un acte juridique [...] Tout ce qui est juridiquement possible, c'est d'accomplir des actes juridiques nouveaux, appropriés, choisis de manière à créer, à appliquer des situations juridiques de nature à remettre, autant que possible, les choses en l'état.* »

<sup>83</sup> R. Odent, *Conclusions sur Véron-Réville*, cit.

<sup>84</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952., 136 ss., cit. Tale considerazione gli forniva lo spunto per esaminare la contraddizione tra l'« *essence* » [de l'annulation] – *l'annulation est déclarative du droit antérieur; [et] son « existence » - elle est constitutive de droit nouveau* », e superare così la tesi della natura meramente dichiarativa della sentenza di annullamento.

<sup>85</sup> Secondo la formula elaborata da M. Hauriou, e consacrata nella sentenza Cons. Etat, 30 maggio 1913, *Préfet de l'Eure*, S., 1913, p. 9, con nota di M. Hauriou, e in M. Hauriou, *Notes d'arrêt sur décisions du Conseil d'Etat et du tribunal des conflits publiées au recueil Sirey de 1892 à 1928*, La mémoire du droit, 2000, II, 1.

<sup>86</sup> M. Hauriou, nota a Cons. Etat, 30 maggio 1913, *Préfet de l'Eure*, cit.



al giorno dell'annullamento, così che tutti<sup>87</sup> sono tenuti a darvi esecuzione<sup>88</sup>, salvo che non sia manifestamente illegittimo e tale da compromettere gravemente l'interesse pubblico<sup>89</sup>. Agli interessati non rimane che la possibilità di proporre un ricorso successivo all'emanazione dell'atto e, possibilmente, alla sua esecuzione<sup>90</sup>.

Non pare allora sufficiente eliminare il provvedimento illegittimo dall'ordinamento: al fine di ristabilire la legalità violata, è altresì necessario eliminare, retroattivamente, gli effetti che questo ha prodotto a partire dalla sua entrata in vigore.

Già nella giurisprudenza più risalente del Conseil d'Etat, possono essere rinvenute diverse eccezioni al principio suesposto. In generale, esse paiono riconducibili a una volontà di attenuare la tensione tra finzione (della retroattività della sentenza di annullamento) e realtà (del fatto compiuto).

## b. « Jusqu'au bout de l'idée de rétroactivité »

---

<sup>87</sup> Cfr. Cons. Etat, 9 febbraio 1949, *D.Ile Manach, Lebon*, 64; Cons. Etat, 17 giugno 1938, *Ville d'Uzès, Lebon*, 547; Cons. Etat, 18 dicembre 1935, *Lavigne, Lebon*, 1197. *Contra*, tuttavia, Cons. Etat, 8 gennaio 1960, *Laiterie Saint Cyprien, Lebon*, 10, in cui si affermava che «*les mesures par lesquelles l'autorité administrative diffère la mise en application d'une réglementation illégale ne sauraient être entachées d'illégalité et, par la suite, ne peuvent constituer des fautes de nature à engager la responsabilité de l'Etat*». Sul punto, si possono richiamare le considerazioni critiche espresse da G. Braibant, in *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, *EDCE*, 1961, 53 (cfr. p. 57): «*il est d'ailleurs quelque peu paradoxal que l'acte annulé ne puisse être invoqué par les particuliers contre l'Administration qui l'a édicté (jurisprudence Laiterie Saint Cyprien) et qu'il puisse au contraire être opposé par cette même administration aux fonctionnaires qui ne s'y sont pas conformés [...]* »

<sup>88</sup> L'unica eccezione a tale regola è rappresentata dall'ipotesi dell'annullamento dei “*règlements de police*” (atti di natura regolamentare emanati dalle autorità di pubblica sicurezza e volti a garantire l'ordine pubblico, ossia «*le bon ordre, la sécurité et la salubrité publiques*»), la cui mancata osservanza durante il periodo di vigenza non può essere punita successivamente all'annullamento.

<sup>89</sup> In tali casi, il funzionario non solo non è tenuto ad eseguire il provvedimento, ma è tenuto a non eseguirlo: così, Cons. Etat, 3 maggio 1961, *Pouzelgues, A.J.D.A.*, 1961, 356 e 333, *chronique Galabert e Gentot*; Cons. Etat, 10 novembre 1944, *Langneur, Lebon*, 288, D. 1945, 88, *conclusions Chenot*.

<sup>90</sup> L'art. 3 del decreto del 22 luglio 1806 sulla procedura davanti al Conseil d'Etat prevedeva che «*le recours au Conseil d'Etat n'aura pas d'effet suspensif*» (il medesimo principio è oggi espresso all'art. L-4 del *Code de la justice administrative*). Il medesimo decreto prevedeva la possibilità di richiedere un *sursis à l'exécution*, ma per via delle caratteristiche della procedura di *sursis*, la decisione interveniva in tempi lenti, e non era quindi in grado di garantire che l'esecuzione dell'atto producesse conseguenze irreparabili. Con la riforma del 2000, è stato introdotto lo strumento del *référé-suspension*, ben più efficace del suo predecessore.

Tale tensione è ben illustrata da un orientamento risalente e isolato del Conseil d'Etat, il quale, «*allant jusqu'au bout de l'idée de rétroactivité et d'annulation déclarative*»<sup>91</sup>, era arrivato a negare che il potere esercitato attraverso un provvedimento illegittimo, poi annullato, potesse configurarsi come tale, affemando, di conseguenza, la giurisdizione del giudice civile sulla controversia<sup>92</sup>.

Palesamente eccessivo - a maggior ragione se si considera che ogni annullamento avrebbe così comportato la configurabilità di una responsabilità aquiliana in capo al funzionario autore del provvedimento - tale orientamento non aveva avuto alcun seguito<sup>93</sup>.

In una sentenza coeva, il Tribunal des conflits, investito della questione di giurisdizione sulla domanda di risarcimento del danno causato dall'Amministrazione mediante due provvedimenti illegittimi, e annullati dal *Conseil d'Etat*, ha anzi chiaramente affermato che «*l'annulation prononcée par le Conseil d'Etat ne [...] fait pas perdre [aux actes administratifs] le caractère d'actes administratifs*»<sup>94</sup>, negando, di conseguenza, la giurisdizione del giudice civile sul risarcimento del danno cagionato dal provvedimento illegittimo annullato<sup>95</sup>.

---

<sup>91</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 141.

<sup>92</sup> Cfr. Cons. Etat, 6 luglio 1877, *Ledoux, Lebon*, 1877, 674, con *conclusions* di E. Laferrière. La tesi sostenuta dal *commissaire du gouvernement* Laferrière – dalla quale il Conseil d'Etat si era tuttavia discostato – parrebbe rendere conto della presenza di dubbi, anche in dottrina, circa gli effetti della sentenza di annullamento. Laferrière sostenne difatti nel 1877 che «*en matière administrative, provision est due à l'acte, d'où on peut conclure que les annulations n'ont effet que pour l'avenir et sont seulement attributives de droits ; ainsi un fonctionnaire est mal nommé, un conseil municipal a été irrégulièrement élu, les actes qu'ils font jusqu'à ce que la nomination du fonctionnaire ou l'élection du conseil soient annulés, n'en sont pas moins valables. Aussi longtemps que l'acte administratif existe et qu'il s'exécute, il a donc caractère d'acte administratif pouvant entraîner des conséquences juridiques, si bien que la résistance qui lui serait faite pourrait constituer une contravention.*» Successivamente, tuttavia, lo studioso propose senz'altro per la tesi degli effetti retroattivi della sentenza di annullamento.

<sup>93</sup> Cfr., sul punto, le considerazioni di Laferrière, citate in P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 142, secondo il quale «*le Conseil d'Etat se montrerait certainement moins libéral dans le contentieux de l'excès de de pouvoir si chaque annulation devait comporter la responsabilité personnelle de l'auteur de l'acte annulé*».

<sup>94</sup> Cfr. Trib. Confl. 29 giugno 1877, *Laumonier-Carriol, Lebon*, 1877, 437.

<sup>95</sup> Tale tesi è stata ribadita anche da Cass. Crim., 21 mars 1918, in *D.*, 1921, 1, 41, con nota di Appleton; S. 1918, 19, 1, 17, con nota di L. Duguít, in cui si affermava che «*l'annulation pour vice de forme par la juridiction administrative [...] n'ayant pas pour effet de modifier la nature de l'acte administratif et de transformer en faits personnels les faits administratifs accomplis pour son exécution avant le moment où l'annulation a été prononcée, [ces actes] échappent à la connaissance des tribunaux judiciaires*».

Coerentemente, l'esecuzione dell'atto illegittimo, successivamente annullato, non costituisce una *voie de fait*<sup>96</sup>, ossia una violazione talmente grave della norma attributiva del potere da non essere qualificabile come esercizio del potere<sup>97</sup>; si considera invece che il potere amministrativo, seppur illegittimo, sia stato effettivamente esercitato.

### c. Le conseguenze della sentenza di annullamento

Senza giungere sino agli estremi della giurisprudenza sopra richiamata, la regola della retroattività della sentenza di annullamento impone, nella misura del possibile, l'eliminazione di tutte le manifestazioni del provvedimento illegittimo nella realtà giuridica.

Così, se, in generale, il giudice amministrativo si pronuncia sulla sola legittimità del provvedimento impugnato<sup>98</sup>, non di rado accade che l'annullamento di un provvedimento abbia delle ripercussioni su altri provvedimenti o altre situazioni giuridiche ad esso collegati: «*les inconvénients de la rétroactivité sont alors décuplés*»<sup>99</sup>. L'accertata illegittimità di un provvedimento può infatti condurre il giudice a pronunciare l'annullamento c.d. *par voie de conséquence* di un altro

---

<sup>96</sup> *Contra*, v. la tesi sostenuta da M. Kellersohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1915, 59, secondo cui « *tout acte pris en exécution d'un acte annulé constitue une voie de fait ; l'intéressé pourra y résister par la force ; la responsabilité personnelle de l'auteur de l'acte d'exécution sera mise en jeu* ». Secondo Weil, tuttavia, la nozione di *voie de fait* non era, nel 1915, perfettamente sovrapponibile a quella elaborata successivamente.

<sup>97</sup> Secondo C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 4° ed., LGDJ, 2016, 411, nota n.16, si ha *voie de fait* solo quando l'Amministrazione viola gravemente il diritto di proprietà o una *liberté fondamentale* mediante un provvedimento o un comportamento non riconducibile ad alcuno dei poteri di cui è titolare. In tali casi la competenza è del giudice ordinario, che si pronuncia sulla violazione dei diritti del cittadino.

<sup>98</sup> Cons. Etat, 26 febbraio 1965, *Romani et demoiselle Fraggi, Lebon*, 135.

<sup>99</sup> B. Seiller, *Le procès de la rétroactivité*, in *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica, 2007, 22.

provvedimento – a condizione che questo sia stato impugnato entro i termini - esclusivamente sulla scorta del suo legame giuridico con il primo<sup>100</sup>.

Inoltre, in via di principio, l'annullamento di un provvedimento dovrebbe far sorgere in capo all'Amministrazione l'obbligo di ripristinare la situazione esistente al momento dell'emanazione dell'atto, al fine di eliminare dall'ordinamento qualsiasi traccia dell'atto illegittimo.

Infine, l'effetto retroattivo dell'annullamento può produrre un vuoto giuridico<sup>101</sup>, che richiede un intervento di tipo retroattivo da parte dell'Amministrazione<sup>102</sup>, e, talvolta, del legislatore<sup>103</sup>.

---

<sup>100</sup> Secondo R. Odent, *Contentieux administratif*, tome II, Dalloz, 2007, 299, la giurisprudenza interpretava generalmente il criterio dell'*indivisibilité* in maniera alquanto restrittiva: «*la jurisprudence admet très généralement que [les décisions qui ont été prises en conséquence d'une autre décision non réglementaire] ont une indépendance juridique s'opposant à ce que l'annulation de l'une justifie automatiquement l'annulation de l'autre.*» Come sottolinea C. Broycelle, *Contentieux administratif*, 6° ed., 2018, 275, il giudice dichiarava l'annullamento *par voie de conséquence* solo in presenza di un «*lien indissoluble*» tra i due atti. Con il parere Cons. Stato, 30 dicembre 2013, *Okosun*, R.F.D.A., 2014, 76, con *conclusions* di X. Domino; A.J.D.A., 2014, 222, con nota di A. Bretonneau e J. Lessi, *Exception d'illégalité et annulation par voie de conséquence: la théorie du domino*, il Conseil d'Etat ha dato una nuova lettura del nesso di consequenzialità idoneo a determinare l'annullamento *par voie de conséquence*: l'annullamento dell'atto presupposto influisce sulla validità dell'atto consequenziale, qualora quest'ultimo non avrebbe potuto essere adottato in assenza dell'atto annullato, ovvero quando l'atto consequenziale sia stato adottato «*en raison*» dell'atto presupposto.

<sup>101</sup> In generale, l'annullamento dell'atto regolamentare fa rivivere l'atto precedente

<sup>102</sup> Proprio da tale constatazione muoveva il Conseil d'Etat nella sentenza *Rodière* cit., in cui sosteneva la legittimità –*rectius*, la necessità - di un intervento di portata retroattiva da parte dell'Amministrazione, al fine di ricostruire la carriera dei funzionari, oggetto di un precedente provvedimento di annullamento, come se «*leur carrière s'était poursuivie dans des conditions normales [...], pour assurer l'exécution de la décision rendue par le Conseil d'Etat*». Secondo O. Dupeyroux, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, L.G.D.J., 1954, 241, «*l'intervention d'actes rétroactifs en exécution de la chose jugée ne doit pas permettre seulement d'assurer le respect d'une légalité dépassée par le temps et les événements. Elle doit tendre surtout à assurer le respect de la légalité en marche: d'autres actes administratifs auront pour rôle de remplacer l'ordonnancement juridique dans l'état où il devrait actuellement se trouver, si l'illégalité initiale n'avait pas été commise*».

<sup>103</sup> Il quale si trova talvolta, in presenza «*d'impérieux motifs d'intérêt général*», ad adottare le c.d. *lois de validation*, con le quali convalida, con effetti retroattivi, un provvedimento precedentemente annullato dal giudice amministrativo.

## 2. LE ECCEZIONI ALLA REGOLA DELLA RETROATTIVITÀ DELL'ANNULLAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA AMMINISTRATIVA FRANCESE

### a. La progressiva stabilizzazione delle situazioni giuridiche nate sulla scorta dell'atto annullato

Allo scopo di illustrare il carattere empirico delle soluzioni adottate dal Conseil d'Etat per far fronte ai rigori della retroattività, P. Weil ha mostrato, in uno studio risalente al 1952, che il principio espresso in *Rodière* e i suoi corollari non hanno valore assoluto<sup>104</sup>. Oltre ai casi in cui la *restitutio in integrum* non risulta possibile, Weil ha censito due ipotesi in cui pur essendo materialmente possibile, l'effetto retroattivo della sentenza di annullamento viene escluso: *la théorie du fonctionnaire de fait* e *la règle du service fait*.

Secondo Weil, tali ipotesi dimostrerebbero che « *entre la rigueur logique de la rétroactivité et la nécessité sociale de la stabilité des situations acquises, le Conseil d'Etat a bien souvent préféré celle-ci à celle-là* »<sup>105</sup>.

Sul punto possono essere espresse due considerazioni.

Da una parte, tali eccezioni alla regola della retroattività dimostrano che, sin dall'inizio del XX secolo, il Conseil d'Etat, cosciente delle difficoltà legate a una lettura troppo rigorosa del principio espresso in *Rodière*, è stato portato a « *osciller constamment entre la logique de la fiction et les exigences de la réalité* »<sup>106</sup>. Dall'altra, può notarsi che P. Weil non fa menzione alcuna del principio di *sécurité juridique*; egli,

---

<sup>104</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 99.

<sup>105</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 214.

<sup>106</sup> G. Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, cit., 65.

anzi, ricollega esplicitamente le soluzioni elaborate a «*des raisons d'opportunité et d'intérêt général*»<sup>107</sup>.

Al fine di determinare più precisamente quando tali “ragioni di opportunità” abbiano iniziato ad essere ricondotte, da giurisprudenza e dottrina, al principio di *sécurité juridique*, potrebbe essere utile un’analisi più approfondita della giurisprudenza limitativa della regola della retroattività della sentenza di annullamento che ha precorso la sentenza AC!.

Si potrebbe quindi considerare dapprima l’ipotesi più risalente di esclusione della retroattività della sentenza di annullamento: la teoria del funzionario di fatto ( $\alpha$ ). In secondo luogo, è opportuno analizzare i casi in cui è stata riconosciuta ai c.d. *droits acquis* di terzi controinteressati una forza tale da resistere all’effetto ripristinatorio dell’annullamento ( $\beta$ ).

#### **$\alpha$ . La retroattività limitata nell’interesse pubblico alla certezza dei traffici giuridici: la teoria del «*fonctionnaire de fait*»**

L’ipotesi più risalente di limitazione degli effetti retroattivi della sentenza di annullamento è costituita dalla c.d. teoria del funzionario di fatto, fondata sul principio espresso nel brocardo «*erroris communis facit ius*», originariamente elaborato in ambito civilistico<sup>108</sup>.

Secondo Weil<sup>109</sup>, la teoria del *fonctionnaire de fait* deriverebbe, in origine, dall’interpretazione estensiva di una norma positiva, l’art. 40, par. 7 della legge del 5

---

<sup>107</sup> *Ibid.* 214, cit. Secondo P. Weil, *op. cit.*, 176, «*l’empirisme domine ici : ce sont des considérations d’ordre pratique qui déterminent les solutions du Conseil d’Etat, et non des principes à priori. [...] Toute cette étude sera une leçon de grande humilité devant les faits, car devant leur primauté s’effondrent les plus harmonieuses constructions théoriques comme les exigences de la logique la plus rigoureuse. Une fois de plus se vérifiera ainsi le caractère essentiellement empirique du droit administratif, qui, selon l’expression de M. Delvolvé, a sa logique que la logique ne connaît pas.*» A fini di completezza, non può tuttavia trascurarsi la posizione – apparentemente isolata – espressa da J. Rivero, in *Droit administratif*, 1° ed., Dalloz, 1960, 220, secondo cui la teoria del *fonctionnaire de fait* risponde a «*l’intérêt de la sécurité juridique des administrés*».

<sup>108</sup> E. Jouve, *Sur la notion d’apparence en droit administratif français*, *R.D. P.*, 1968, 284.

<sup>109</sup> P. Weil, *Les conséquences de l’annulation d’un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 217 ss.



aprile 1884, che stabiliva che « *les conseillers municipaux proclamés restent en fonction jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur les réclamations contre l'élection* »<sup>110</sup>. Secondo altri studiosi<sup>111</sup>, invece, essa emerse originariamente nel 1883, in una famosa sentenza della Cour de Cassation riguardante la c.d. *affaire des mariages de Montrouge*<sup>112</sup>, suscitando delle vive critiche in dottrina<sup>113</sup>.

Nel 1914, G. Jèze dedicò uno studio alla teoria del *fonctionnaire de fait*<sup>114</sup>, nel quale ricondusse la salvaguardia degli effetti degli atti compiuti dal funzionario a esigenze di carattere pratico, di salvaguardia della pace sociale : lo studioso sosteneva infatti che « *le Droit n'est pas un jeu de l'esprit, un exercice de logique pour théoriciens de cabinet ; il s'agit avant tout de trouver des solutions pratiques, de concilier d'une manière aussi élégante que possible les intérêts opposés ; une solution juridique n'a de valeur que dans la mesure où elle contribue à faire régner la paix sociale; une théorie juridique doit être appréciée, avant tout, d'après ses conséquences sociales* »<sup>115</sup>.

---

<sup>110</sup> Secondo P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 218 ss, la norma nasceva in origine al fine di evitare alcuni problemi posti dalla disposizione previgente (loi du 5 mai 1855), che consentiva l'immediata esecuzione della decisione dei Consigli di Prefettura di annullare le elezioni di consiglieri municipali; nel caso in cui la decisione fosse stata successivamente annullata dal Conseil d'Etat, il consigliere avrebbe dovuto essere reinserito nella sua funzione, in luogo del soggetto eletto nelle more. La novella imponeva invece la rimozione del consigliere solo dopo che la decisione di annullamento fosse divenuta definitiva.

Secondo la ricostruzione di Weil, la disposizione fu subito interpretata estensivamente per stabilizzare gli effetti di atti adottati da funzionari (o organi collegiali) la cui nomina era stata annullata. L'anno successivo alla sua emanazione, il Conseil d'Etat la applicò agli atti adottati dal consiglio comunale di Hérouville, le cui elezioni erano state dichiarate irregolari in via incidentale, senza tuttavia essere state impugnate entro i termini di legge (Cons. Etat, 30 gennaio 1885, *Elections d'Hérouville, Recueil*, 1885, 127, con conclusions di C.M.S. Gomel), e poi, nel 1923, all'annullamento della nomina di un funzionario non elettivo (Cons. Etat, 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et des télégraphes et sieur Bousquié, Lebon*, 699).

<sup>111</sup> Così D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse, Dalloz, 2012, 357, nota n. 1565.

<sup>112</sup> Cass. civ., 7 agosto 1883, *D.P.*, 1883, 2, 49, con nota di T. Ducrocq, *S.*, 1884, 1, 5. Pur affermando l'illegittimità delle deleghe conferite ai funzionari per la celebrazione dei matrimoni, la Cassazione riteneva che « *toutefois, ces mariages ayant été contractés de bonne foi, doivent produire leurs effets juridiques tant à l'égard des époux qu'à l'égard des enfants* ».

<sup>113</sup> La sentenza fu molto criticata, in particolare, da E. Laferrière, in *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, cit., II, 478, in quanto « *en ce qui touche les actes administratifs faits par un délégué irrégulièrement désigné [il y a] nullité de droit, et elle entraîne celle des actes faits par le délégué, puisqu'il était incompetent* ». La Cour de cassation aveva invece sostenuto che la legge non prevedesse la nullità dei matrimoni celebrati da un soggetto dotato di una delega irregolare.

<sup>114</sup> Cfr. G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, *R.D.P.*, 1914, 48 (in particolare, cfr. p. 49 ss.).

<sup>115</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, cit. 52 cit. L'Autore vi aveva in particolare sostenuto la bontà della soluzione adottata dalla Cassazione nella vicenda dei matrimoni di

In particolare, secondo Jèze, la limitazione degli effetti della sentenza di annullamento implicata dalla teoria si sarebbe spiegata alla luce dei « *grands principes du respect des intérêts légitimes des tiers et de la continuité du fonctionnement des services publiques* ». E' interessante notare come, nella ricostruzione dell'Autore, interesse pubblico e interesse privato si trovino strettamente correlati: dare al cittadino la possibilità di «fidarsi delle apparenze» eviterebbe di ingenerare un clima di sfiducia pregiudizievole al buon andamento della pubblica amministrazione<sup>116</sup>. Nello scritto di Jèze il principio di *sécurité juridique* non viene espressamente citato<sup>117</sup>; tuttavia, dalle argomentazioni dell'Autore, emerge il collegamento della teoria del funzionario di fatto a quella che oggi verrebbe definita come un'esigenza di certezza del diritto, o addirittura di protezione del legittimo affidamento.

L'Autore aveva infatti enucleato due condizioni in presenza delle quali il vizio legato alla invalidità della nomina del funzionario poteva ritenersi neutralizzato. In primo luogo, al di fuori del vizio della nomina, l'atto avrebbe dovuto essere formalmente e sostanzialmente legittimo. In secondo luogo, il cittadino avrebbe dovuto poter fare ragionevolmente affidamento sull'apparente legittimità della nomina del funzionario e, di conseguenza, degli atti da esso compiuti<sup>118</sup>. Tale condizione di

---

Montrouge (cfr. pag. 87 ss.). Secondo Jèze, le critiche di Ducrocq e Laferrière «*méconnaissent les grands principes du respect des intérêts légitimes des tiers et de la continuité du fonctionnement des services publics*».

<sup>116</sup> Cfr. G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, cit., 55, che riassume così il legame tra tutela della buona fede del cittadino e salvaguardia della continuità del servizio pubblico: «*la continuité du fonctionnement des services publics est une nécessité sociale de premier ordre. [...] Ce principe conduit aussi à décider que, en période normale, ce serait entraver la marche régulière et continue des services publics que d'exiger du public qu'il réclame, à tout instant, des individus qui apparaissent aux yeux de tous comme régulièrement investis de la fonction, la justification de la régularité du titre*». Da qui la necessità di tutelare la buona fede dei cittadini. Nello stesso senso, v. E. Jouve, *Sur la notion d'apparence en droit administratif français*, cit., 294, per il quale «*la mise en oeuvre de l'apparence s'explique par la confiance que les administrés doivent accorder aux actes émis par les fonctionnaires. Il serait fastidieux – et, en outre, impossible – que tout particulier ait la possibilité [...] de vérifier l'investiture des agents avec lesquels il entre en relation. Le fonctionnement régulier, continu et paisible de l'administration s'y oppose.*»

<sup>117</sup> Sul punto può notarsi che il richiamo al principio di *sécurité juridique* risulta estremamente raro nella dottrina più risalente in tema di funzionario di fatto. In generale, la teoria veniva ricondotta piuttosto a esigenze di carattere pratico: così, ad esempio, P. Duez, G. Debayre, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, 742, qualificavano la teoria del *fonctionnaire de fait* come «*le fruit de la réaction des nécessités pratiques sur la rigueur des principes qu'elles viennent tempérer*».

<sup>118</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, cit., 301. Secondo E. Jouve, *Sur la notion d'apparence en droit administratif français*, cit., 295, il presupposto della plausibilità della nomina del funzionario ha una doppia accezione, materiale e psicologica: da una parte l'esercizio della



operatività della teoria del funzionario di fatto si collega, nella ricostruzione di Jèze, all'assunto secondo il quale la convalida degli atti poteva operare solo in senso favorevole al cittadino in buona fede; gli atti pregiudizievoli, invece, avrebbero dovuto ritenersi soggetti all'ordinario regime dell'annullamento<sup>119</sup>. Ciò dimostra che Jèze interpretava la teoria del funzionario di fatto non già come un meccanismo di trasformazione dell'apparenza oggettiva in diritto, bensì come uno strumento di salvaguardia dell'affidamento dei privati da possibili (e imprevedibili) modifiche *in peius* della loro situazione giuridica.

Nel 1923, la teoria del *fonctionnaire de fait* venne espressamente consacrata dal Conseil d'Etat, che la riassunse nella formula « *un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi des dites fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée* »<sup>120</sup>.

La giurisprudenza amministrativa, discostandosi dalla ricostruzione di Jèze, applicò la teoria non solo agli soli atti favorevoli al terzo in buona fede, bensì a tutti gli atti adottati dal *fonctionnaire de fait*, anche sfavorevoli<sup>121</sup>: ciò parrebbe dimostrare che la teoria del *fonctionnaire de fait* non sia volta a tutelare l'affidamento dei cittadini,

---

funzione deve essere pubblico, di modo da trarre in errore i consociati, e in secondo luogo, perché operi la teoria, il cittadino deve aver confidato nella legittimità dell'esercizio della funzione in buona fede.

<sup>119</sup> Cfr. G. Jèze, *op. cit.*, 53.

<sup>120</sup> Cfr. Cons. Etat, 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et des télégraphes et sieur Bousquié*, *Lebon*, 699.

<sup>121</sup> Cfr., ad esempio, Cons. Etat, 16 maggio 2001, *Préfet de police de Paris c/ M. Mtimet*, *A.J.D.A.*, 2001, 643, con nota di M. Guyomar e P. Collin, 672, con nota di A. Legrand; *D.A.*, 2001, n. 178, con nota di X. Prétot, *A.J.F.P.*, janvier 2002, 27, con nota di S. Traore, *Dr. déf.*, 2001, 3, 29, con nota di D. de la Burgade; *R.D.P.*, 2002, 714, con nota di C. Guettier; Cons. Etat, 24 giugno 1953, *Sieur Perchel*, *Lebon*, 312; Cons. Etat, 21 novembre 1934, *Sieur Nicod*, *Lebon*, 1087. Deve tuttavia notarsi che, nel caso più recente, non vi era stato un annullamento della misura di investitura, quanto una declaratoria, in via incidentale, della sua illegittimità (il funzionario, un prefetto di polizia, aveva oltrepassato il limite di età per l'esercizio delle sue funzioni). Il Conseil d'Etat ha comunque ritenuto di applicare la teoria del *fonctionnaire de fait*, al fine di rigettare la domanda di annullamento per incompetenza di alcuni atti adottati dal prefetto, riprendendo la medesima formulazione contenuta nel *leading case* Cons. Etat, 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et des télégraphes et sieur Bousquié*, *cit.* La decisione è stata molto criticata dalla dottrina: cfr., in particolare D. De la Burgade, *Interim du préfet de police et actes administratifs*, *Dr. déf.*, 2001, 3, 29 e C. Guettier, *Chronique de jurisprudence administrative*, *R.D.P.*, 2002, 714, che denunciano apertamente l'opportuno della decisione del Conseil d'Etat, alla luce dell'orientamento all'epoca prevalente, secondo il quale le decisioni adottate dal funzionario il quale abbia oltrepassato il limite di età sarebbero state nulle (cfr., *ex multis*, Cons. Etat, 8 novembre 2000, *Muzi*, *D.A.*, 2001, n. 19), non applicandosi, in casi siffatti, la teoria del funzionario di fatto.

ma piuttosto la stabilità oggettiva di alcune situazioni giuridiche costituitesi illegittimamente<sup>122</sup>.

Tale assunto è altresì corroborato dal fatto che per alcuni versi, anche dopo l'annullamento, il funzionario di fatto è equiparato al soggetto regolarmente investito, sino alla data della pronuncia di annullamento: da una parte, i provvedimenti emanati dal funzionario di fatto costituiscono fonte di responsabilità aquiliana dell'Amministrazione<sup>123</sup>; dall'altra, al funzionario di fatto si applicano tutte le norme relative al trattamento dei funzionari di diritto: egli, infatti, non è tenuto a restituire le remunerazioni percepite, e il servizio effettivamente prestato viene preso in considerazione ai fini della determinazione della pensione e della sua anzianità di servizio<sup>124</sup>.

Se ne deve perciò concludere che la *ratio* della teoria del funzionario di fatto non è quello di proteggere l'affidamento del cittadino che abbia confidato nella validità del provvedimento favorevole da esso emanato<sup>125</sup>, quanto piuttosto quello di assicurare una certa certezza dei traffici giuridici, ossia «*d'assurer le fonctionnement des services publics et de préserver la sécurité juridique des décisions administratives*»<sup>126</sup>, equiparando in tutto e per tutto il funzionario titolare di una nomina illegittima e il

---

122 Alla medesima conclusione giungevano P. Collin, M. Guyomar, *La circonstance que le préfet de police ne pouvait légalement être maintenu en fonctions après son admission à la retraite n'entache pas d'incompétence les actes pris en vertu de délégations de signature qu'il a consenties*, A.J.D.A., 2001, 643, che acutamente notava, a tal proposito «*Distinguer selon le caractère favorable ou défavorable des actes en cause conduirait d'ailleurs à une impasse. L'action administrative est en effet loin de toujours répondre à une logique binaire. Quantité d'actes sont susceptibles de bénéficier à l'un et de préjudicier à l'autre. On peut penser par exemple à la délivrance d'un permis de construire. Comment opérer le départ entre les actes pour lesquels la théorie devrait jouer et les autres?* »

<sup>123</sup> Cons. Etat, 5 marzo 1948, *Marion*, R.D.P., 1948, 270, D., 1949, 2, 146. Secondo P. Weil, *op. cit.*, 222, «*lorsqu'intervient l'annulation de la mesure d'investiture, l'intéressé est censé n'avoir été, pendant toute la période où il occupait son poste, qu'un simple particulier. Or, un simple particulier ne peut engager par ses agissements la responsabilité de la puissance publique [...]. Ce serait là une conséquence logique de la rétroactivité de l'annulation ; mais ici encore la rétroactivité doit être écartée au profit du fait accompli. Aussi bien le Conseil d'Etat que la Cour de Cassation considèrent les actes accomplis par les fonctionnaires de fait, c'est-à-dire par des agents n'ayant jamais reçu aucune investiture, comme des actes administratifs qui peuvent à ce titre engager la responsabilité de la puissance publique*».

<sup>124</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, 13<sup>e</sup> ed., Montchrestien, 2008, 1138.

<sup>125</sup> M. Guyomar, P. Collin, *La circonstance que le préfet de police ne pouvait légalement être maintenu en fonctions après son admission à la retraite n'entache pas d'incompétence les actes pris en vertu de délégations de signature qu'il a consenties*, cit., 643.

<sup>126</sup> *Ibid.*

funzionario regolarmente nominato: così facendo in Francia, la teoria del funzionario di fatto tutela la *sécurité juridique* nella sua accezione oggettiva<sup>127</sup>.

### **β. Gli effetti dell'annullamento sugli atti consequenziali e il problema dei terzi. Prime soluzioni adottate dalla giurisprudenza.**

Come già accennato *supra*, secondo una regola costantemente riaffermata dal Conseil d'Etat, la sentenza di annullamento ha ordinariamente l'effetto di rendere l'atto annullato come mai esistito.

Ciò comporta, in primo luogo, il divieto di adottare atti fondati o logicamente conseguenti all'atto annullato. Nelle more del giudizio, tuttavia, in virtù della regola del *privilège au préalable*, è ben possibile che l'Amministrazione adotti altri atti sulla scorta dell'atto illegittimo e non ancora annullato. Gli effetti dell'annullamento su tali atti non sono univoci, poiché variano al variare della natura del legame che unisce l'atto annullato all'atto consequenziale<sup>128</sup>. Teoricamente, l'Amministrazione avrebbe il

---

<sup>127</sup> *Contra*, da ultimo, B. Plessix, *Sécurité juridique et confiance légitime*, R.D.P., 2016, 799, che vede nella teoria del funzionario di fatto una manifestazione risalente del principio della tutela del legittimo affidamento. In Italia (cfr. *infra*, II, 2, b. α.), la giurisprudenza più recente sembra essersi orientata nel senso di applicare la teoria del funzionario di fatto a tutela dell'affidamento legittimo dei cittadini.

<sup>128</sup> Questi possono essere identificati come gli atti che, se impugnati insieme o successivamente all'atto presupposto, risulterebbero annullabili «*par voie de conséquence*» da parte del giudice, senza necessità di procedere a una disamina dei vizi a loro specifici. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 178 ss., designava tali atti come «*actes-conséquences*», definendoli come i provvedimenti conseguenti all'atto annullato che contribuiscono, con esso, a modificare l'ordinamento giuridico *contra ius*.

Weil propose tre criteri per l'identificazione degli *actes-conséquence*, fondati sul loro rapporto con l'atto annullato: questi potevano stare in un rapporto di subordinazione (l'*acte-conséquence* è fondato sull'atto annullato, di cui costituisce una misura di esecuzione), in un rapporto di dipendenza necessaria (l'*acte-conséquence* è logicamente conseguente all'atto annullato; l'atto annullato è *condicio sine qua non* dell'*acte-conséquence*: il legame tra i due atti è leggermente più tenue rispetto al rapporto tra atto presupposto e atto esecutivo) o, infine, in un rapporto di integrazione (l'*acte-conséquence* è parte della stessa operazione giuridica dell'atto annullato, come è nel caso degli atti di una procedura concorsuale, o di una procedura espropriativa).

L'obbligo di ripristinare la situazione che sarebbe esistita al momento dell'annullamento se l'atto illegittimo non fosse mai stato annullato persiste oggi solo nel caso specifico in cui il l'annullamento colpisca degli atti relativi alla carriera del funzionario: in seguito all'annullamento di un atto pregiudizievole, l'Amministrazione ha sempre l'obbligo di reintegrare il funzionario nella posizione che avrebbe ricoperto in assenza dell'atto illegittimo, come meglio analizzato *infra*.

dovere di eliminare gli atti adottati in esecuzione o in conseguenza dell'atto annullato che non siano stati autonomamente impugnati<sup>129</sup>; anzi, secondo le ricostruzioni della dottrina della prima metà del XX secolo, gli atti meramente esecutivi sarebbero stati automaticamente caducati in conseguenza dell'annullamento dell'atto presupposto, indipendentemente dal fatto che gli atti consequenziali creassero una situazione favorevole in capo a soggetti terzi<sup>130</sup>. Questi fenomeni di annullamenti «a catena» si verificavano, in particolar modo, nei casi in cui risultava necessario ricostituire la situazione giuridica che sarebbe esistita, alla data dell'annullamento, se l'atto illegittimo non fosse stato mai emanato: per fare ciò, occorreva eliminare gli atti attributivi della situazione favorevole, per restituire tale situazione al ricorrente vittorioso.

In queste ipotesi, la giurisprudenza ha adottato, sino a tempi relativamente recenti, una concezione estremamente rigorosa della retroattività dell'annullamento. In questo senso, può citarsi l'indirizzo secondo il quale l'annullamento della decisione di indire un concorso renderebbe, secondo il Conseil d'Etat, «*caduques*»<sup>131</sup> le nomine e assegnazioni conseguenti allo stesso concorso<sup>132</sup>.

Analogamente, il Conseil d'Etat riteneva che l'annullamento della tabella riportante i nominativi degli agenti da promuovere (*tableau d'avancement*)<sup>133</sup> o della graduatoria di candidati idonei a ricoprire una determinata posizione (*listes d'aptitude*)<sup>134</sup> imponesse all'Amministrazione l'annullamento in autotutela di tutte le promozioni e le nomine fondate su di esse. In questi casi, si riteneva che, essendo i

---

<sup>129</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 188.

<sup>130</sup> Cfr., in questo senso Cahen-Salvador, *conclusions* alla sentenza Rodière: «*on peut dire que votre décision comportait implicitement l'annulation de tous les actes intervenus entre la date du pourvoi et la date de votre arrêt, puisqu'ils avaient pour fondement les décisions administratives que vous avez expressément annulées*». Analogamente, P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 187 ss.

<sup>131</sup> Il termine sembrerebbe riecheggiare il concetto di caducazione automatica, sviluppato dalla giurisprudenza italiana alla metà del XX° secolo. La dottrina francese lo criticò, ritenendolo eccessivamente ambiguo. Secondo il *commissaire du gouvernement* R. Schwartz, «*derrière ce terme de caducité, se cache en réalité le retrait*»: cfr. R. Schwartz, *conclusions* a Cons. Etat, 3 novembre 1995, *Velluet, R.F.D.A.*, 1996, 158.

<sup>132</sup> Cons. Etat, 21 novembre 1962, *Pelbois, Lebon*, 624.

<sup>133</sup> Cons. Etat, 5 giugno 1970, *Puisoye, Lebon*, 387, *A.J.D.A.*, 1970, 489, *chronique* R. Denoix de Saint-Marc et D. Labetoulle; 4 febbraio 1955, *Marcotte, Lebon*, 70.

<sup>134</sup> Cons. Etat, 25 maggio 1979, *Tolédano-Abitbol, Lebon*, 228, *D.*, 1979, 387, *note* di P. Delvolvé.

posti a disposizione limitati, la situazione degli uni influisce necessariamente su quella degli altri, comportando il necessario rifacimento delle operazioni selettive<sup>135</sup>.

La fragilità degli atti favorevoli, a fronte della retroattività dell'annullamento non veniva giustificata solo alla luce della necessità di ripristinare lo *status quo ante*, per una piena soddisfazione del ricorrente vittorioso, ma anche alla luce del carattere obiettivo dell'annullamento, nella logica del *recours pour excès de pouvoir*, come dimostra una sentenza che fece un certo scalpore per la sua rigidità<sup>136</sup>. Il Conseil d'Etat vi statuí che l'annullamento di una nomina ad assistente-stagista imponeva il *retrait* della successiva nomina ad assistente universitario, essendo la prima presupposto necessario per l'ottenimento della seconda<sup>137</sup>, in adesione alla posizione del *commissaire du gouvernement* Schwartz, che aveva sostenuto, nelle sue *conclusions*, che una tale soluzione s'imponeva perché la stabilizzazione definitiva degli atti consequenziali alla prima nomina avrebbe costituito una contraddizione rispetto «à la logique du recours pour excès de pouvoir pleinement objectif»<sup>138</sup>. La visione «draconiana» della retroattività era quindi strettamente ricollegata alla concezione del *recours pour excès de pouvoir* come «un procès fait à l'acte»<sup>139</sup>, il cui

---

<sup>135</sup> Così, L. Milano, *La reconstitution de carrière des fonctionnaires, entre principe et effectivité*, A.J.F.P., 2010, 18.

<sup>136</sup> V.Tchen, *L'introuvable principe de sécurité juridique*, D. 1996, 433.

<sup>137</sup> Cons. Etat, 3 novembre 1995, *Velluet, Lebon*, 389, A.J.D.A., 1996, 215, *conclusions* Schwartz ; R.F.D.A., 1996, 158, D. 1997, 433, *note* V. Tchen. Alcuni commentatori hanno prospettato che la nomina ad assistente universitario fosse una promozione, di tal che l'annullamento della nomina iniziale (a stagista) risultava pienamente giustificata, nell'ottica di non privare la sentenza di annullamento di effetti: così T. X. Girardot e F. Raynaud, *Conséquences d'une décision d'annulation sur les actes créateurs de droit proches de la décision annulée*, A.J.D.A., 1997, 952. Tale considerazione dimostra il perdurare, negli anni Novanta, delle oscillazioni giurisprudenziali «entre la logique de la fiction et les exigences de la réalité» (cfr. G. Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, cit., 65).

<sup>138</sup> Così R. Schwartz, *conclusions* a Cons. Etat, 3 novembre 1995, *Velluet*, A.J.D.A., 1996, 215.

<sup>139</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2° ed., Berger-Levrault et cie., 1896, II, 561.

scopo sarebbe, in via teorica, quello di ristabilire la legalità violata<sup>140</sup>, non già a profitto del ricorrente, ma nell'interesse pubblico<sup>141</sup>.

A partire dagli anni Cinquanta, diverse evoluzioni giurisprudenziali hanno teso verso un graduale rafforzamento della stabilità degli atti consequenziali favorevoli. La giurisprudenza non ha mai negato la retroattività degli effetti dell'annullamento, e i suoi effetti sugli atti consequenziali, ma prende proprio le mosse dal rischio presentato da tali effetti, per porvi parzialmente riparo.

Una prima soluzione fu adottata, a tal fine, al termine degli anni Cinquanta, e viene seguita ancora oggi: con una sentenza del 1959<sup>142</sup>, il Conseil d'Etat ha stabilito che il funzionario non ha diritto ad essere reintegrato nella medesima posizione che occupava al momento della rimozione illegittima, ma solo il diritto ad ottenere la reintegrazione in una posizione equivalente<sup>143</sup>; così, l'esecuzione della sentenza di annullamento non comporta necessariamente l'autoannullamento delle nomine o delle promozioni intervenute nelle more del giudizio.

---

<sup>140</sup> Secondo J.M. Auby e R. Drago, *Traité du contentieux administratif*, L.G.D.J., II, 1962, 429, «*les recours pour excès de pouvoir, qui, à l'origine, concernait aussi bien la légalité objective que la légalité subjective, a progressivement acquis un caractère objectif [...] La jurisprudence n'a jamais renoncé à y voir un système général de contrôle de l'administration ; les règles de preuve, le caractère très souple de la condition d'intérêt [pour agir] montrent que ce recours est considéré à certains égards comme le mode de déclenchement d'un contrôle conforme à l'intérêt général, quelle que soit par ailleurs sa fonction de protection des situations particulières*».

<sup>141</sup> Il sostrato ideologico della concezione rigorosa della retroattività inizialmente accolta dalla giurisprudenza emerge chiaramente nelle argomentazioni spese a sostegno della necessità di annullare in autotutela tutti gli atti di esecuzione del regolamento annullato in P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, cit., 187: «*d'un côté, il est contraire aux principes de procédure d'admettre que l'annulation d'un acte donné implique celle d'autres actes qui, extérieurement, en sont distincts [...]. Mais, d'un autre côté, il n'est guère moins choquant de laisser subsister des actes qui exécutent et mettent en application des décisions annulées; il y aurait là un illogisme flagrant: l'annulation pour excès de pouvoir n'est pas un acte purement platonique, or elle le deviendrait si l'annulation du texte réglementaire n'avait aucune répercussion sur les mesures individuelles d'application*».

<sup>142</sup> Cons. Etat, 16 ottobre 1959, *Guille, Lebon*, 316.

<sup>143</sup> Cons. Etat, 11 gennaio 1985, *Lebras*, D.A., 1985, n. 93; 21 gennaio 1972, *Dufournet, Lebon*, 1144. Nella giurisprudenza precedente, si prospettava la reintegrazione nell'impiego equivalente come una mera possibilità offerta al ricorrente vittorioso; la regola rimaneva quella della reintegrazione nello stesso posto al quale avrebbe avuto diritto di rimanere o di accedere: in questo senso, Cons. Etat, 9 novembre 1945, *Conestrier, Lebon*, 225. Tale soluzione fu fortemente criticata da G. Liet-Vaux, *De la réintégration des agents irrégulièrement écartés du service public* (nota a Véron-Réville), *Rev. Adm.*, 1949, 372 (part. 372), che però riconobbe che «*probablement convient-il de voir dans la pratique des compromis librement acceptés un système commode pour éviter les pire difficultés, un expédient apre à cantonner les innombrables difficultés des annulations rétroactives*».



L'Amministrazione è invece sempre tenuta ad annullare l'atto vantaggioso per il terzo, in alcuni casi residuali: qualora il ricorrente fosse un funzionario inamovibile<sup>144</sup> o ricoprisse una posizione senza equivalenti<sup>145</sup>; inoltre, l'Amministrazione è sempre tenuta all'annullamento in autotutela della nuova nomina se nessun posto equivalente a quello precedentemente ricoperto dal funzionario risulti disponibile<sup>146</sup>. In questi casi, la giurisprudenza considera che il ricorrente vittorioso abbia diritto alla reintegrazione nel posto precedentemente occupato: il travolgimento delle situazioni favorevoli ai terzi è quindi concepito come una *extrema ratio*, possibile solo in assenza di alternative valide.

#### **γ. I «*droits acquis*», argine agli effetti retroattivi della sentenza di annullamento**

Sempre negli anni Cinquanta, il Conseil d'Etat ha sviluppato un'altra giurisprudenza tesa a migliorare la protezione della stabilità degli atti favorevoli basati su altri atti illegittimi. Con la sentenza *Caussidéry* del 1954<sup>147</sup>, il Conseil d'Etat statui che, decorso il termine per l'impugnazione, i diritti conferiti dal provvedimento favorevole adottato sulla scorta di un regolamento illegittimo sono da considerarsi acquisiti (c.d. *droits acquis*), di tal che non possono più essere pregiudicati dall'annullamento del regolamento sul quale si fondano: l'Amministrazione non solo non sarebbe tenuta ad annullare in autotutela tali atti, ma neanche potrebbe legittimamente farlo.

La sentenza in esame riprendeva, estendendone l'ambito di applicazione, i principi enunciati dalla nota giurisprudenza *Dame Cachet*<sup>148</sup>, nella quale il Conseil

---

<sup>144</sup> Quali i magistrati: cfr. Cons. Etat, 26 ottobre 1960, *Corvisy, Lebon*, 1044; Ass. 27 maggio 1949, *Véron-Réville, Lebon*, 246.

<sup>145</sup> Cons. Etat, 1 dicembre 1961, *Bréart de Boisanger, Lebon*, 676.

<sup>146</sup> Cons. Etat, 10 novembre 1967, *Ministre de l'Education nationale c/ D<sup>lle</sup> Raddeau, Lebon*, 424.

<sup>147</sup> Cons. Etat, 3 dicembre 1954, *Caussidéry et autres, Lebon*, 640, *D.*, 1955, 202, con nota di P. Weil.

<sup>148</sup> Cons. Etat, 3 novembre 1922, *Dame Cachet, Lebon*, 790; *R.D.P.*, 1922, 552, con *conclusions* di Rivet; *S.* 1925, 3, P. 9, con nota di M. Hauriou; *G.A.J.A.*, 13° ed., 2011, n. 40, p. 241.



d'Etat aveva posto, nel 1922, le condizioni per l'annullamento in autotutela (*retrait*) del provvedimento individuale favorevole (*créateur de droits*)<sup>149</sup>. La sentenza *Caussidéry* segnava il superamento dell'indirizzo giurisprudenziale, all'epoca prevalente, che negava che l'atto annullato potesse, direttamente o mediatamente, essere fonte di *droits acquis*<sup>150</sup> ed escludeva, di conseguenza, l'applicabilità delle condizioni elaborate in *Dame Cachet* al *retrait* esercitato nell'ambito dell'esecuzione della sentenza di annullamento<sup>151</sup>. *Caussidéry* segnò quindi una svolta epocale, in quanto sancì «*une extension considérable de la notion de droits acquis au détriment du principe de l'autorité de la chose jugée*»<sup>152</sup>.

---

<sup>149</sup> Per lungo tempo la giurisprudenza amministrativa ritenne che gli atti amministrativi favorevoli, legittimi e illegittimi, fossero sempre intangibili. A partire dal 1912, il Conseil d'Etat ammise che l'Amministrazione potesse annullare in autotutela, con effetti retroattivi, il provvedimento favorevole illegittimo (cfr. Cons. Etat, 16 febbraio 1912, *Blanc, Lebon*, 223). Nel 1922, con *Dame Cachet*, fissò un termine determinato per l'esercizio di tale potere, che venne fatto corrispondere al termine per l'impugnazione del provvedimento (pari, di regola, a due mesi dalla pubblicazione o notificazione dell'atto (cfr. Cons. Etat, 27 maggio 1932, *Bernardi, Lebon*, 522) oppure, nel caso in cui il provvedimento fosse stato impugnato, al termine del processo (cfr. Cons. Etat, 12 giugno 1936, *Kremer, Lebon*, 638). Lo scopo era quello di limitare l'instabilità del provvedimento in un tempo predeterminato e fisso. In caso di mancata pubblicazione o notificazione del provvedimento, il termine per il *retrait* poteva tuttavia allungarsi in modo indefinito (Cons. Etat, 6 mai 1966, *Ville de Bagneux, R.A.*, 1966, 281), consentendo all'Amministrazione di evitare la formazione di situazioni giuridiche definitive. Oggi, per effetto del *revirement* operato da Cons. Etat, 26 ottobre 2001, *Ternon, Lebon*, 497, *conclusions Séners* e *note P. Delvolvé in R.F.D.A.*, 2002, 77; *chronique* Guyomar et Collin, *A.J.D.A.*, 2001, 1034; *note Y. Gaudemet, id.*, 2002, 738; *note Michallet, D.A.*, 2001, n. 253; *note Chaltiel, L.P.A.*, 2002, n. 31, 7; *note Laquière, R.G.C.T.*, 2001, 1183, i termini per il *retrait* non coincidono più con quelli previsti per l'impugnazione, bensì sono stati fissati a quattro mesi dalla pubblicazione o notifica del provvedimento.

<sup>150</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Etat, Ass., 10 dicembre 1954, *Cru, D.* 1955, 198, con nota di P. Weil. Tale orientamento si manifestava, in particolare, nell'ambito della ricostruzione delle carriere del funzionario illegittimamente rimosso dalla sua posizione; l'argomentazione era in particolare impiegata per giustificare l'annullamento in autotutela (*retrait*) della nomina del sostituto, all'epoca in cui la giurisprudenza affermava l'obbligo, per l'Amministrazione, di reintegrare il funzionario illegittimamente depresso dalla sua carica nella medesima posizione che occupava all'adozione del provvedimento illegittimo, anche rimuovendo il funzionario che ricopriva tale posizione alla data dell'esecuzione della sentenza: cfr. Cons. Etat, 20 gennaio 1939, *Hollender, S.*, 1939, III, 38; Cons. Etat 27 maggio 1949, *Véron-Réville*, cit..

<sup>151</sup> In giurisprudenza, cfr. Cons. Etat, 28 gennaio 1972, *Assoc. pour l'intérêt de la résidence à Ecully, Lebon*, 96; 26 gennaio 1934, *Glon, Lebon*, 135; *D.* 1934, 136; *S.*, 1934, 3, 47. Addirittura, nella giurisprudenza più risalente del Conseil d'Etat, si ritrova un indirizzo secondo il quale l'Amministrazione sarebbe stata tenuta ad annullare tutti i provvedimenti – pur se ormai inoppugnabili – affetti dal medesimo vizio dell'atto annullato in via contenziosa (si parlava allora di *lien de connexité*): cfr. Cons. Etat, 15 marzo 1935, *Le Loir, Lebon*, 350; Cons. Etat, 6 giugno 1902, *Goret, Lebon*, 420, *conclusions Romieu, S. et P.*, 1903, 3, 63, *note Hauriou*.

<sup>152</sup> P. Weil, *note* a Cons. Etat, 3 dicembre 1954, *Caussidéry et autres, D.*, 1955, 202.

La sentenza non convinse tutti i commentatori contemporanei<sup>153</sup>. La dottrina della prima metà del XX secolo riteneva, infatti, che l'atto affetto da illegittimità, anche derivata, non potesse conferire dei diritti<sup>154</sup>, e, soprattutto, non dei diritti in grado di resistere all'effetto ripristinatorio della sentenza di annullamento<sup>155</sup>.

Eppure, la stessa esistenza della giurisprudenza *Dame Cachet* imponeva di trovare una spiegazione al fenomeno della creazione dei *droits acquis* da parte dell'atto illegittimo<sup>156</sup>, questione alla quale la dottrina rispose con tesi diverse.

Secondo De Soto, il decorso del tempo creava un legittimo affidamento (*confiance légitime*) in capo al beneficiario del provvedimento illegittimo, tale da giustificare la trasformazione della situazione di fatto in un diritto. L'Autore riconduceva il fenomeno a due possibilità: o all'operare di «*une sorte de prescription*

---

<sup>153</sup> Cfr., in senso fortemente critico, P. Weil, *ibid.*, che notava: «à l'appui de cette décision l'arrêt évoque, on l'a vu, la notion de droits acquis. Cette explication n'est guère convaincante, toute la question étant, précisément, de savoir si, en dépit de l'annulation du décret de base, l'arrêté d'application pouvait être générateur de droits acquis.». Si mostrava più favorevole alla decisione G. Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, cit., 57, secondo il quale «le Conseil d'Etat a manifesté son souci de limiter les effets des annulations contentieuses pour tenir compte des droits acquis par des tiers [...] Cette jurisprudence a pour objet de limiter les «réactions en chaîne» provoquées par les annulations pour excès de pouvoir, dans une préoccupation de sécurité et stabilité juridique».

<sup>154</sup> J.-M. Auby, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, ed. sconosciuto, 1947, 287. In giurisprudenza era stato ammesso, in presenza di vizi molto gravi (secondo J.M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, thèse, L.G.D.J., 1966, 153, dovuti a una violazione del principio supremo dell'ordine pubblico), che l'atto non creasse dei diritti in capo al suo beneficiario: cfr. Cons. Etat, 17 maggio 1957, *Boyer, Lebon*, 153; 3 febbraio 1956, *De Fontbonne*, *R.D.P.*, 1956, 867; 17 luglio 1953, *Costantin, Lebon*, 381. Si trattava tuttavia di una giurisprudenza molto isolata e mai compiutamente giustificata. Secondo C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, L.G.D.J., 1998, 99, nota 118, nel discorso di tale dottrina può leggersi una certa diffidenza nei confronti della trasformazione degli stati di fatto in stati di diritto per effetto del mero passaggio del tempo, fenomeno conosciuto, invece, dalla dottrina privatistica sin dai tempi del diritto romano. Tale diffidenza era stata già all'origine di alcune critiche nei confronti della sentenza *Dame Cachet*: cfr., ad esempio, L. Duguit, *Traité de droit constitutionnel*, 2° ed., Fontemoing & Cie, 1923, III, 730, le cui argomentazioni vennero poi riprese e sviluppate da L. Delbez, *La révocation des actes administratifs*, *R.D.P.*, 1928, 463 (cfr., in particolare, p. 498) che riteneva che la disciplina del *retrait* elaborata in *Dame Cachet* «semble s'accorder assez mal avec le principe de légalité». In tempi più recenti, la dottrina ha mostrato una maggiore apertura al riguardo: cfr., ad esempio, C. Santulli, *Les droits acquis*, *R.F.D.A.*, 2001, 90, che ammette esplicitamente che «l'absence de recours dans les délais légaux constitue un mécanisme de formation du droit, et, notamment, de droits acquis.»

<sup>155</sup> O. Dupeyroux, *La règle de la non-rétroactivité de l'acte administratif*, L.G.D.J., 1954, 263 e, più approfonditamente, 236 ss.

<sup>156</sup> Notava M. Waline in *Les actes susceptibles, ou non, de créer des droits* (nota a Cons. Etat, 3 febbraio 1956, *De Fontbonne*), *R.D.P.*, 1956, 859: «en posant, pour le retrait des mêmes actes, la double condition d'illégalité et de délai, la jurisprudence a implicitement, mais certainement, admis qu'un acte illégal avait pu créer des droits.»

*extinctive de l'irrégularité de l'acte*» oppure a una «*prescription acquisitive* [usucapione] *d'un droit subjectif au maintien de l'acte*»<sup>157</sup>. Tale ipotesi fu in seguito ripresa e sviluppata da un altro Autore, Rainaud, che, parimenti, riteneva che l'inoppugnabilità del provvedimento fosse fonte di un diritto al mantenimento della situazione giuridica ormai consolidata, da non confondersi con il diritto che l'atto illegittimo aveva vocazione di attribuire<sup>158</sup>.

Waline prospettò, dapprima, la possibilità che la trasformazione della situazione di fatto in diritto acquisito e intangibile fosse dovuta all'operare della teoria dell'apparenza<sup>159</sup>. In seguito, abbandonò tale ipotesi, e ricondusse il fenomeno a ragioni di opportunità analoghe a quelle sottostanti alla fissazione di termini per la proposizione del ricorso giurisdizionale<sup>160</sup>. Se, nei due mesi che seguono la pubblicazione del provvedimento, il legislatore ritiene che sia preferibile annullare l'atto, decorso tale lasso di tempo, la situazione si inverte, e «*le souci de légalité est alors sacrifié à celui de la stabilité juridique*»<sup>161</sup>. Tale logica avrebbe, secondo Waline, 'contagiato' la giurisprudenza in tema di *retrait*.

In *Caussidéry* il Conseil d'Etat aveva definito le situazioni intangibili sorte per effetto dell'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento illegittimo *droits acquis*, riprendendo, sulla falsariga della sentenza *Dame Cachet*, una nozione nata nell'ambito della materia di successione delle leggi nel tempo<sup>162</sup>. La dottrina pubblicistica tendeva

---

<sup>157</sup> J. De Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, cit., 206. Secondo l'Autore, «*l'écoulement d'un certain temps crée une confiance légitime dans l'esprit des particuliers et transforme une situation de fait en situation juridique, en droit subjectif*».

<sup>158</sup> J.M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, thèse, L.G.D.J., 1966, 131. Una tesi molto simile fu sostenuta anche da P. Auvret, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, R.D.P., 1985, 53 (part. 91 ss.), secondo il quale «*le temps efface l'illégalité*

<sup>159</sup> M. Waline, *Le retrait des actes administratifs*, in A.A.V.V., *L'évolution du droit public, Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, 561. Cfr., in particolare p. 568, dove l'Autore spiega: «*à première vue, on peut se demander comment un acte illégal a pu faire acquérir des droits ; mais en droit administratif comme en droit privé, joue la théorie de l'apparence, et du respect des droits apparemment acquis par des tiers de bonne foi [...] La vérité est qu'en effet, dans la stricte rigueur du raisonnement juridique, un acte irrégulier n'a pu conférer aucun droit.*»)

<sup>160</sup> M. Waline, *Les actes susceptibles, ou non, de créer des droits*, cit., 860. L'Autore obiettava che se la regola espressa in *Dame Cachet* fosse stata dovuta al mero operare della teoria dell'apparenza, «*l'acte devrait être maintenu, au profit de ces tiers de bonne foi, aussi bien avant qu'après l'expiration du délai du recours contentieux*».

<sup>161</sup> *Ibid.*, 862.

<sup>162</sup> L. Tallineau, *Les actes particuliers non créateurs de droits*, thèse, Université de Poitiers, 1972, p. IV ss. La nozione, risalente al Medioevo, veniva tradizionalmente impiegata per risolvere i problemi

invece a rinnegare e criticare tale denominazione, che reputava inesatta<sup>163</sup>, paradossale<sup>164</sup> o tautologica<sup>165</sup>.

La teoria dei *droits acquis* quale limite agli effetti della sentenza di annullamento fu altresì oggetto di critiche perché, per lungo tempo, il principio enunciato in *Caussidéry* non ebbe portata generale<sup>166</sup>: sino al 1997, infatti, esso venne applicato solo con riferimento all'esecuzione della sentenza di annullamento dell'atto regolamentare<sup>167</sup>. La giurisprudenza non negava che i terzi potessero diventare titolari di *droits acquis* sulla scorta di provvedimenti individuali favorevoli divenuti inoppugnabili, seppur fondati su atti non regolamentari annullati, bensì negava che tali diritti potessero resistere all'esecuzione della sentenza di annullamento. Tale fenomeno

---

legati alle sopravvenienze normative. In diritto amministrativo, la nozione fu utilizzata in ambiti diversi: l'ammissibilità del ricorso per violazione di legge fu a lungo subordinata alla sussistenza di un *droit acquis* in capo al ricorrente, mentre i poteri di ordinanza trovavano un limite nei *droits acquis* dei cittadini. Infine, la nozione fu impiegata per delimitare i poteri di autotutela dell'Amministrazione. Sin dalla fine del XIXesimo secolo, la nozione di *droits acquis* fu fortemente criticata dalla dottrina civilista e pubblicista (cfr. O. Dupeyroux, *op. cit.*, 117 ss.). Fu tuttavia mantenuta e utilizzata dalla giurisprudenza amministrativa durante il XX° secolo, malgrado le molteplici incertezze sulla sua portata. Secondo Dupeyroux, l'uso prolungato della nozione era dovuto al fatto che, da una parte, la dottrina pubblicistica non aveva elaborato una teoria *ad hoc* sugli effetti degli atti amministrativi nel tempo, circostanza che aveva spinto la giurisprudenza a riadattare le teorie sulla successione delle leggi nel tempo. Dall'altra parte, la giurisprudenza si trovava a decidere ripetutamente di casi molto simili tra di loro, di tal che «*ce retour perpétuel des mêmes problèmes pratiques devait favoriser la tendance bien naturelle de la jurisprudence classique à persévérer dans la conservation de solutions devenues classiques, sans tenter de renouveler les formules anciennes et souvent inadéquates de son argumentation.*»

<sup>163</sup> J.M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, cit., 131, affermava che «*plutôt que de droits acquis, on devrait parler de situation juridique consolidée par le fait acquisitif. Comment parler de «droit» en présence d'un acte irrégulier?*». Nella dottrina più recente, è approdato a una soluzione analoga C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, cit., 353.

<sup>164</sup> «*Jamais personne n'a su ce qu'était un droit non acquis. Si l'on admet l'existence de droits subjectifs, ces droits existent ou n'existent pas [...]. Le droit non acquis est l'absence de droit*», scriveva Duguit in *Traité de droit constitutionnel*, cit., II, 201.

<sup>165</sup> M. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Editions de l'Institut français d'Athènes, 1954, 253, che citava W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Springer, 1931, 280; analogamente, P. Weil, *op. cit.*, 202.

<sup>166</sup> P. Weil, *note* a Cons. Etat, 3 dicembre 1954, *Caussidéry et autres*, cit. L'autore aveva immediatamente rilevato che la sentenza *Caussidéry* era stata contraddetta da Cons. Etat, Ass., 10 dicembre 1954, *Cru*, cit., resa dall'Assemblée plénière du contentieux solo una settimana dopo. In quest'ultima, veniva infatti riaffermato il principio secondo il quale «*les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus [...] la réfection du tableau et des promotions dont s'agit ne peut se heurter à des droits acquis, aucun droit n'ayant pu naître d'actes qui ont été annulés*».

<sup>167</sup> Cons. Etat, 1 aprile 1960, *Quériaud, conclusions Henry, Lebon*, 246. Nelle *conclusions*, il commissaire du gouvernement Henry dava espressamente atto del diverso operare del limite del rispetto dei *droits acquis* senza tuttavia darvi una spiegazione.

si manifestava con evidenza nell'ambito della giurisprudenza relativa all'esecuzione della sentenza di annullamento del licenziamento del funzionario pubblico.

La *ratio* della distinzione tra gli effetti dell'annullamento del regolamento amministrativo e gli effetti dell'annullamento di altre tipologie di provvedimenti appare evidente, in una prospettiva empirica. L'annullamento del regolamento è infatti chiaramente suscettibile di determinare l'illegittimità derivata di un maggior numero di atti, vista la sua portata generale: pare quindi scontato supporre che «*la divergence de jurisprudences [repose] donc sur un critère quantitatif*»<sup>168</sup>. Eppure, al di là di tale ragionamento, di carattere eminentemente pratico, la distinzione risulta difficilmente comprensibile sul piano giuridico<sup>169</sup>.

Nel 1997, con le sentenze *Lugan*<sup>170</sup> e *Strasbourg F.M.*<sup>171</sup>, il Conseil d'Etat estese i limiti elaborati in *Caussidéry* all'esecuzione della sentenza di annullamento del provvedimento di natura non regolamentare, sulla scorta di un ragionamento particolare, che conviene ripercorrere brevemente.

Entrambe le sentenze in esame furono rese nell'ambito di giudizi di ottemperanza finalizzati all'esecuzione dell'annullamento di atti di procedure selettive.

Il caso *Lugan*, concernente l'annullamento della graduatoria adottata in esito alla procedura di chiamata a professore, il Conseil d'Etat statuì, da una parte, che l'intervenuta inoppugnabilità degli atti di nomina successivi alla procedura selettiva impedisse al ministro dell'Istruzione di annullarli e, dall'altra, che questo non fosse neppure tenuto, in esecuzione della sentenza di annullamento, a indire un nuovo concorso<sup>172</sup>. L'unico rimedio offerto al ricorrente rimaneva, così, quello del

---

<sup>168</sup> J. Carbajo, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, L.G.D.J., 1980, 253.

<sup>169</sup> Così, P. Weil, *op. cit.*, 202. Allo stesso modo, anche la dottrina più recente faceva fatica a spiegare, da un punto di vista giuridico, la giurisprudenza del Conseil d'Etat: cfr. ad esempio, J. Carbajo, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, cit. 252.

<sup>170</sup> Cons. Etat, 10 ottobre 1997, *Lugan, Lebon*, 346, R.F.D.A., 1998, 21, *conclusions* V. Pecresse; A.J.D.A., 1997, 952, *chronique* T. X. Girardot e F. Raynaud ; LPA, febbraio 1998, n. 22, *note* G. Pellissier.

<sup>171</sup> Cons. Etat, 10 ottobre 1997, *Société Strasbourg FM*, R.F.D.A., 1998, 29, *conclusions* V. Pecresse; A.J.D.A., 1997, 952, *chronique* T. X. Girardot e F. Raynaud ; LPA, febbraio 1998, n. 22, *note* G. Pellissier.

<sup>172</sup> Conformemente all'indirizzo inaugurato in Cons. Etat, 8 giugno 1990, *Université de Clermont-Ferrand I c/ Rougerie*, *Lebon*, 147, R.F.D.A., 1991, 331, *conclusions* M. Laroque.



risarcimento delle *chances* perdute per effetto dei vizi nella procedura selettiva, condizionato alla prova della serietà delle stesse.

Analogamente, nel secondo caso, il Conseil d'Etat ritenne che l'annullamento del rifiuto di attribuire alla società Strasbourg F.M. delle frequenze di radiodiffusione, nell'ambito di una procedura selettiva per l'assegnazione di tali frequenze, non obbligasse il *Conseil supérieur de l'audiovisuel* ad annullare le autorizzazioni concesse a imprese concorrenti per la stessa zona, divenute nel frattempo definitive. Il Conseil d'Etat ritenne altresì che il C.S.A. non potesse indire una nuova procedura selettiva per l'assegnazione delle frequenze. Tale circostanza non venne, tuttavia, giustificata alla luce dell'insussistenza del diritto del ricorrente a partecipare a un nuovo concorso, come nel caso della sentenza *Lugan*, bensì sulla scorta del fatto che tutte le frequenze erano state già attribuite con atti da considerarsi ormai intangibili.

Le *conclusions* erano state affidate, in entrambe le controversie, a V. Péresse<sup>173</sup>. Quest'ultima aveva sostenuto che la soluzione del caso *Lugan* non richiedesse un superamento della giurisprudenza precedente, in base alla quale all'annullamento della graduatoria doveva fare seguito l'annullamento in autotutela delle nomine adottate in base ad essa. Péresse proponeva piuttosto di differenziare nettamente la situazione del funzionario illegittimamente privato di un avanzamento di carriera per via dell'illegittimità del piano delle promozioni o del concorso interno, da quella del candidato esterno al concorso di accesso al pubblico impiego, sostenendo che, a differenza del funzionario, che ha diritto a una 'normale progressione della sua carriera', il candidato esterno non è titolare di un diritto a che il concorso sfoci in una nomina; di conseguenza, solo l'annullamento degli atti delle procedure selettive per gli avanzamenti di carriera nell'ambito della funzione pubblica determina la necessaria rimozione di tutti gli atti ostanti a un rifacimento delle procedure stesse, in esecuzione del giudicato. Il candidato esterno, invece, può solo pretendere un risarcimento della perdita di *chances* provocata dalla condotta dell'Amministrazione, qualora riesca a provare che aveva un «*chance sérieuse*» di aggiudicarsi il concorso.

---

<sup>173</sup> Pubblicate in *R.F.D.A.*, 1998, 21.

Pécresse riteneva che, nel caso di specie, Lugan dovesse essere considerato come un candidato esterno, pur essendo un funzionario pubblico (nel caso di specie, un *maître de conférence*). Il concorso consentiva infatti di accedere al diverso corpo dei *professeurs des universités*, passaggio che non poteva, secondo Pécresse, essere contemplato come un normale avanzamento di carriera. Ciò comportava, da una parte, che l'Amministrazione non dovesse ritenersi onerata dal promuovere un nuovo concorso e, dall'altra, che i *droits acquis* dai soggetti ormai divenuti professori in seguito al concorso annullato non potessero essere rimessi in discussione, a fronte di un 'non diritto' del ricorrente.

La soluzione prospettata da Pécresse per bilanciare le esigenze di legalità e *sécurité juridique* non è scevra di difficoltà, in quanto pone, a monte, lo spinoso problema di verificare se il ricorrente sia titolare di un *diritto* a una restituzione in forma specifica del bene della vita cui aspirava. Tale esercizio non pare sempre facile, come dimostra l'opinabilità della soluzione adottata in Lugan: come riconosceva la stessa Pécresse, la progressione di carriera da *maître de conférence* a *professeur des universités* è del tutto anodina, nell'ambito di una carriera accademica. La limitazione degli effetti ripristinatori della sentenza di annullamento sottendeva in realtà un «*glissement [...] d'un souci objectif de légalité vers un équilibre fondé sur une conciliation satisfaisante des droits subjectifs*»<sup>174</sup>.

L'orientamento giurisprudenziale inaugurato dalla sentenza *Lugan* non rimase confinato alla casistica ristretta descritta nelle sue *conclusions*; fu in seguito esteso a fattispecie in cui, secondo la ricostruzione di Pécresse, il ricorrente avrebbe potuto vantare un diritto ad una restituzione in forma specifica tale da giustificare il travolgimento dei *droits acquis* dei terzi ricorrenti. Così, ad esempio, nella sentenza *Fabre*<sup>175</sup>, il Conseil d'Etat ritenne che l'annullamento di una graduatoria di candidati idonei al posto di presidente della sezione regionale della Corte dei conti non comportasse l'obbligo, per l'Amministrazione, di rivedere e annullare gli atti di nomina conseguenti, divenuti nel frattempo inoppugnabili.

---

<sup>174</sup> G. Pellissier, *Développements récents de l'impératif de sécurité juridique*, L.P.A., 1998, n. 22, 6.

<sup>175</sup> Cons. Etat, 10 marzo 2004, *Fabre, Lebon*, 732 ; A.J.D.A., 2004, 1495.



Analogamente, nel 2008, la Cour administrative d'appel di Lione ritenne che le nomine adottate sulla base di un *tableau d'avancement* non potessero essere annullate in autotutela in esecuzione della sentenza di annullamento dell'atto loro presupposto<sup>176</sup>.

La dottrina ricondusse il «*caractère « attractif » de la jurisprudence Lugan*» alla «*reconnaissance implicite du principe de sécurité juridique qu'elle propose*»<sup>177</sup>. Tale principio, all'epoca, non aveva ancora ricevuto un formale riconoscimento da parte delle Corti francesi; tuttavia, l'esigenza di tutela della stabilità delle situazioni giuridiche, anche a fronte della retroattività dell'annullamento, era sempre più sentita: verso la fine degli anni Novanta, una corrente dottrinale sempre più nutrita sosteneva l'opportunità di introdurre degli strumenti di limitazione degli effetti della sentenza di annullamento, che consentissero di bilanciare meglio le esigenze di ripristino della legalità sottese alla retroattività dell'annullamento, e quelle di tutela delle situazioni costituite in vigenza dell'atto illegittimo.

## **b. La modulazione degli effetti della sentenza di annullamento**

### **a. Un contesto favorevole**

#### ***1. Un contesto dottrinale favorevole***

All'inizio degli anni Duemila, tale movimento era nel suo pieno: la sentenza *AC!* intervenne infatti in un contesto di grande favore dottrinale per la soluzione adottata.

Il tema degli effetti della sentenza di annullamento non era nuovo, e, come sopra evocato, la dottrina francese aveva, sin dall'inizio del XX secolo, espresso l'esigenza di preservare la stabilità di alcune situazioni giuridiche. Tale preoccupazione, condivisa

---

<sup>176</sup> Cour administrative d'appel de Lyon, 10 giugno 2008, *Chiarelli*, *A.J.F.P.*, 2009, 106 ; *A.J.D.A.*, 2008, 1974.

<sup>177</sup> S.-J. Liéber, D. Botteghi, *Conséquences de l'annulation d'une décision d'éviction d'un fonctionnaire sur la nomination de son successeur*, *A.J.D.A.*, 2009, 822.

dal giudice amministrativo, aveva condotto all'elaborazione delle regole pretorie sopra esaminate, che consentivano tuttavia di limitare gli effetti retroattivi della sentenza di annullamento solo in ipotesi ben specifiche. D'altronde, l'attribuzione al giudice di un potere generale di modulare gli effetti delle proprie sentenze pareva porsi in assoluta contraddizione con il principio di legalità, che impone al giudice dell'eccesso di potere di eliminare il provvedimento viziato dall'ordinamento.

In realtà, non erano mancati, in epoche più risalenti, autori che avevano prospettato l'opportunità di attribuire un potere di modulazione degli effetti temporali della sentenza al giudice amministrativo. Già nel 1913, Jèze scriveva: «*l'interêt social exige que les relations entre les individus soient d'une grande stabilité. Il faudra donc atténuer ou supprimer les conséquences logiques de la nullité, toutes les fois que le trouble social qu'entraînerait la solution logique sera trop grave*»<sup>178</sup>.

Nel 1971, in uno studio sui ricorsi amministrativi in Europa, Auby e Fromont esprimevano una netta preferenza per le regole del contenzioso amministrativo olandese<sup>179</sup> - che consentono al giudice amministrativo di determinare gli effetti della sentenza di annullamento - di cui mettevano in evidenza la superiorità rispetto alla pratica delle *validations*, diffusa in Francia<sup>180</sup>.

Ancora, nel 1987, nella sua tesi di dottorato dedicata alle *lois de validation*, Mathieu aveva prospettato, quale soluzione possibile all'eccessivo ricorso alle stesse, l'attribuzione di un potere di modulazione al giudice amministrativo<sup>181</sup>.

A partire dall'inizio degli anni Novanta, le prese di posizione in tal senso si moltiplicarono, parallelamente al crescere dell'interesse della dottrina francese per il

---

<sup>178</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, R.D.P., 1913, 294 (cfr. p. 298). L'autore citava, quale esempio di limitazione degli effetti retroattivi della sentenza di annullamento, la sentenza Cons. Etat, 30 gennaio 1885, *Elections d'Hérouville, Lebon*, 1885, 126, in cui il Conseil d'Etat aveva applicato in via analogica la teoria del funzionario di fatto al fine di preservare l'efficacia dei provvedimenti emanati da un organo collegiale, il Consiglio comunale di Hérouville, irregolarmente composto.

<sup>179</sup> Tali regole, poste, all'epoca, dall'art. 14 della legge sui ricorsi amministrativi (*Wet B.A.B.*), dall'art. 59 della legge sui ricorsi al Collegio del contenzioso economico (*Wet A.R.B.*) e dall'art. 48 della legge riguardante la funzione pubblica (*Ambtenarenwet*), consentivano di modulare gli effetti dell'annullamento nel tempo, in presenza di ragioni di interesse generale o di tutela dei diritti dei terzi.

<sup>180</sup> J.M. Auby, M. Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1971, 428.

<sup>181</sup> B. Mathieu, *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, 1987, 287.

principio di *sécurité juridique*<sup>182</sup>. Tale principio, assunto al rango di principio fondamentale dell'ordinamento comunitario<sup>183</sup>, veniva in particolare impiegato dalla Corte di Giustizia a fondamento del potere di modulare la portata temporale delle sentenze di annullamento. Originariamente concepito come eccezionale, ed esercitabile con riferimento alle sole pronunce di annullamento di atti regolamentari, il potere attribuito alla Corte di Giustizia dall'art. 174, co. 2, del trattato di Roma<sup>184</sup>, le permetteva, «*ove lo [reputasse] necessario*», di precisare «*gli effetti del regolamento annullato che devono essere considerati come definitivi*».

Invocando il principio di certezza del diritto, la Corte di Giustizia arrivò progressivamente ad ampliare l'ambito di applicabilità di tale potere, estendendolo alle pronunce interpretative<sup>185</sup> e alle declaratorie di invalidità rese in via pregiudiziale<sup>186</sup>,

---

<sup>182</sup> Si v., ad esempio, B. Pacteau, *La sécurité juridique: un principe qui nous manque?*, A.J.D.A., 1995, 151. L'importanza della «*valorisation accrue de la sécurité juridique*» nel processo evolutivo che ha condotto all'emanazione della sentenza AC! è stata particolarmente evidenziata da O. Dubos, F. Melleray, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, D.A., 2004, 10.

<sup>183</sup> Cfr., *ex multis*, CGUE 14 luglio 1972, *Azienda Colori Nazionali [ACNA] c/ Commissione*, C-57/69; 13 luglio 1961, *Meroni*, C-14/60; 9 luglio 1969, *Portelange c/ Smith Corona Marchant international*, C-10/69, in *curia.europa.eu*.

<sup>184</sup> La norma è stata da ultimo trasfusa, con modifiche, nell'art. 264 TFUE, che stabilisce che «*se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi.*»

<sup>185</sup> CGCE, 8 aprile 1976, *Defrenne*, C-43/75, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), *Foro it.*, 1976, IV, 334 ss. Nella celebre sentenza, non vi sono riferimenti all'art. 174; la modulazione si fondava su «*considerazioni imprescindibili di certezza del diritto riguardanti il complesso degli interessi in gioco, tanto pubblici quanto privati*». Pur richiamando il principio di certezza del diritto, nel caso in esame, la Corte basò la sua argomentazione su elementi tipici del giudizio sulla sussistenza di un legittimo affidamento: la Corte giudicò che, omettendo di promuovere dei ricorsi d'infrazione nei confronti degli Stati membri che non si fossero conformati all'art. 119 del Trattato CEE, la Commissione si fosse comportata in modo tale da indurre gli Stati membri in errore sull'applicabilità diretta dello stesso, e, di conseguenza, sulla liceità delle pratiche di discriminazione nelle condizioni di impiego tra uomini e donne.

<sup>186</sup> CGCE, 15 ottobre 1980, *Providence agricole de Champagne*, C-4/79, punto 45, in [www.curia.eu](http://www.curia.eu); 15 ottobre 1980, *Roquette frères*, C-145/79, punto 52, *ibid.* e in *Foro it.*, 1982, IV, 33, con nota di richiami; 15 ottobre 1980, *Maïseries de Beauce*, C-109/79, punto 45, in [www.curia.eu](http://www.curia.eu).

nonché all'annullamento di direttive<sup>187</sup>, di bilanci<sup>188</sup> o di altri atti<sup>189</sup> delle Istituzioni comunitarie.

Il dibattito sui metodi della Corte di Giustizia vide coinvolti, a partire dagli anni Novanta, diversi esponenti del Conseil d'Etat.

Già nel 1990, Galmot, all'epoca presidente di sezione al Conseil d'Etat, sostenne che, alla stregua della Corte di Giustizia, il giudice francese dovesse trarre maggiore ispirazione dalle soluzioni elaborate in altri Stati, al fine di colmare le lacune esistenti nel proprio sistema<sup>190</sup>. In particolare, Galmot proponeva una riflessione sull'opportunità di introdurre un potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento<sup>191</sup>.

Il tema venne ripreso da Braibant, ex presidente della sezione «*Rapport et études*» del Conseil d'Etat, nel dibattito «*Questions pour le droit administratif*», pubblicato da A.J.D.A. nel 1995<sup>192</sup>. Anche Braibant sostenne che le regole del contenzioso amministrativo avrebbero potuto beneficiare «*d'une certaine contamination du droit européen et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés, qui distingue les effets ex tunc et ex nunc*», specialmente con riferimento a «*l'annulation pour excès de pouvoir [...] qui pour un acte réglementaire peut entraîner des conséquences tellement catastrophiques que cela nécessite une validation législative*»<sup>193</sup>.

---

<sup>187</sup> CGUE, 7 luglio 1992, *Parlamento c. Consiglio*, C-295/90; 5 luglio 1995, *Parlamento c. Consiglio*, C-21/94, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>188</sup> CGUE, 3 luglio 1986, *Consiglio c. Parlamento*, C-34/86; 31 marzo 1992, *Consiglio c. Parlamento*, C-284/90 in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)

<sup>189</sup> CGUE, 28 maggio 1998, *Parlamento c. Commissione*, C-22/96; 19 novembre 1998, *Portogallo c. Consiglio*, C-21/94, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>190</sup> Y. Galmot, *Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de Justice des Communautés européennes*, R.F.D.A., 1990, 255.

<sup>191</sup> *Ibid.*, p. 262. Galmot rilevava infatti criticamente : «*sommes-nous assurés, par exemple, nous autres juristes français de droit public, que notre théorie de l'effet des annulations contentieuses est bien adaptée à la réalité ? La multiplication des validations législatives d'actes annulés ne devrait-elle pas nous conduire à entreprendre sur ce sujet, une réflexion qui pourrait s'alimenter, entre autres, dans les possibilités ouvertes, en droit communautaire, par l'article 174 du traité CEE, ou dans la conception moins stricte que la nôtre de son rôle de juge de la légalité qu'a développée la Cour de justice [...]?*».

<sup>192</sup> J. Moreau, G. Vedel, R. Drago, G. Braibant, D. Labetoulle, A. Lyon-Cahen, P. Waquet, Y. Gaudemet, P. Le Mire, *Questions pour le droit administratif*, A.J.D.A., 20 juin 1995, numero speciale, 11 (cfr. p. 25 ss.).

<sup>193</sup> *ibid.*

La proposta non riscosse il consenso di tutti i partecipanti al dibattito. Se l'ex membro del Conseil Constitutionnel Vedel<sup>194</sup> e il consigliere di Stato Labetoulle<sup>195</sup> si dichiararono senz'altro favorevoli all'introduzione del potere di modulazione - quantomeno con riferimento all'annullamento degli atti regolamentari - Le Mire, che nel 1992 aveva pubblicato uno studio sui poteri di modulazione della Corte di Giustizia<sup>196</sup>, si mostrò maggiormente cauto, evocando il problema dell'eccessiva soggettività (arbitrarietà) mostrata dal giudice nell'esercizio di tali poteri.

L'idea fu tuttavia ripresa nel 1996 dal *commissaire du gouvernement* Bonichot, che preannunciò: «*l'on sera un jour ou l'autre amené à s'interroger [...] sur l'effet rétroactif des annulations contentieuses et à se demander si le juge administratif ne pourrait pas, comme d'autres juges d'autres Etats et comme la Cour, moduler l'exercice de ces pouvoirs d'annulation*»<sup>197</sup>.

Nel 2001, la rivista della Consulta francese pubblicò un numero interamente dedicato al principio di *sécurité juridique*<sup>198</sup>. In esso, Sophie Boissard, all'epoca *maître des requêtes au Conseil d'Etat*, sostenne che, in un'ottica di maggiore attenzione per la stabilità delle situazioni giuridiche dei cittadini, il giudice amministrativo avrebbe potuto ridefinire la portata temporale delle sentenze di annullamento, alla stregua del giudice tedesco o comunitario<sup>199</sup>, mettendo a confronto, in un giudizio di

---

<sup>194</sup> *Ibid.*

<sup>195</sup> D. Labetoulle, *Principe de légalité et principe de sécurité*, *Mélanges Guy Braibant*, 403. Cfr., in particolare, p. 411. Pur riconoscendo che «*cette suggestion va à l'encontre de nos habitudes de pensée*» l'Autore argomentava che l'attribuzione del potere di modulare gli effetti temporali delle sentenze di annullamento avrebbe permesso di limitare gli effetti destabilizzanti dell'annullamento e evitare il ricorso alle *lois de validation*, «*qui, si l'on se pique de théorie pure, ne sont qu'un pis aller.*»

<sup>196</sup> P. Le Mire, *La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, 367.

<sup>197</sup> J.C. Bonichot, *Le droit communautaire et le droit administratif français*, *A.J.D.A.*, 20 juin 1996, numéro spécial, 15 (cfr. p. 19).

<sup>198</sup> *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, Dossier «Le principe de sécurité juridique», in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>199</sup> S. Boissard, *Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité de tout moyen d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, Dossier «Le principe de sécurité juridique», in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr). Boissard negava che a un tale potere potesse opporsi «*la logique objective et binaire qui sous-tend le contentieux de la légalité*», posto che il giudice amministrativo vi aveva già derogato in passato, ad esempio elaborando la teoria del *fonctionnaire de fait*.

bilanciamento, la gravità dei vizi dell'atto annullato e le conseguenze dello stravolgimento delle situazioni fondate su di esso.

La dottrina vide nel dibattito sul possibile ampliamento dei poteri del giudice il segnale di un imminente e auspicabile *revirement*<sup>200</sup>. Tale prospettazione era altresì confortata dalla giurisprudenza del Conseil d'Etat, che sembrava testimoniare una crescente preoccupazione del giudice amministrativo circa le conseguenze delle proprie sentenze di annullamento.

## ***2. Un contesto giurisprudenziale favorevole : i nuovi metodi del giudice amministrativo***

A partire dall'inizio degli anni 2000, infatti, il giudice amministrativo ha progressivamente adottato la prassi di precisare esplicitamente quali fossero gli effetti conformativi e ripristinatori della sentenza di annullamento pronunciata<sup>201</sup>. Tale prassi sarebbe derivata da un uso estensivo e ufficioso dei poteri di *injonction*<sup>202</sup>, introdotti dalla legge 8 febbraio 1995, n. 95-125<sup>203</sup>.

I poteri d'*injonction* permettono al giudice, su domanda del ricorrente, di esplicitare le misure necessarie all'esecuzione della sentenza di annullamento, contestualmente alla stessa pronuncia (*injonction a priori*)<sup>204</sup> o, in caso di mancata

---

<sup>200</sup> R. Chapus, *Georges Vedel et l'actualité d'une «notion fonctionnelle» : l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, *R.D.P.*, 2003, 3 (cfr. p. 13) ; B. Seiller, *L'illégalité sans l'annulation*, *A.J.D.A.*, 2004, 963 (cfr. p. 970).

<sup>201</sup> In realtà, tale pratica ha delle radici lontane, come ha dimostrato F. Blanco, *L'injonction avant l'injonction ? L'histoire des techniques juridictionnelles apparentées à l'injonction*, *R.F.D.A.*, 2015, 444. Secondo l'Autore, il giudice amministrativo francese ha, sin dall'inizio del XX° secolo, posto in essere diverse tecniche per assicurare che l'Amministrazione eseguisse al meglio la sentenza di annullamento, senza tuttavia travalicare esplicitamente il principio secondo il quale il giudice non può ingerirsi nell'attività di Amministrazione attiva.

<sup>202</sup> A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, Ed. Panthéon-Assas, 2009, 731, conf. D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012, 368.

<sup>203</sup> Legge dell'8 febbraio 1995, n. 95-125, relativa all'organizzazione degli organi giurisdizionali, e alla procedura civile, penale e amministrativa, in [www.legifrance.gouv.fr](http://www.legifrance.gouv.fr).

<sup>204</sup> Introdotto dalla l. 8 febbraio 1995, n. 95-125, con la modifica dell'art. 6-1 della l. 16 luglio 1980, n. 80-539, il potere in esame è oggi previsto, negli stessi termini, dall'art. L-911-1 del Code de justice



ottemperanza a una sentenza già resa, di impartire delle direttive per la sua esecuzione e, eventualmente, prevedere delle *astreintes (injonction a posteriori)*<sup>205</sup>.

A partire dal 2001, il giudice amministrativo ha iniziato a esercitare il potere d'*injonction a priori* d'ufficio<sup>206</sup>, senza tuttavia enunciare in maniera sistematica né il suo fondamento giuridico, né le condizioni del suo esercizio: «*seules la «nécessité» et «l'opportunité» sont invoquées, comme si l'injonction avait ce caractère d'évidence qui dispenserait de toute argumentation*»<sup>207</sup>.

La generalizzazione dell'esercizio del potere avrebbe comportato una modificazione radicale nella valutazione delle circostanze concrete nelle quali interviene l'annullamento, prima irrilevanti per il giudice amministrativo<sup>208</sup>.

L'esercizio del potere d'*injonction* impone infatti una valutazione realistica della situazione giuridica nella quale interviene la sentenza di annullamento, che tenga conto sia del tempo intercorso tra l'emanazione del provvedimento e il suo annullamento, sia del tempo, futuro, dell'esecuzione della sentenza<sup>209</sup>. Il giudice è così investito della valutazione degli interessi e delle situazioni giuridiche costituite sulla scorta del provvedimento annullato, la cui rilevanza talvolta giustifica una limitazione degli effetti «classici» della sentenza di annullamento.

---

administrative, che recita : « *lorsque sa décision implique nécessairement qu'une personne morale de droit public ou un organisme de droit privé chargé de la gestion d'un service public prenne une mesure d'exécution dans un sens déterminé, la juridiction, saisie de conclusions en ce sens, prescrit, par la même décision, cette mesure assortie, le cas échéant, d'un délai d'exécution* ».

<sup>205</sup> Tale potere è oggi previsto dall'art. L-911-4 del Code de justice administrative.

<sup>206</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Etat, 25 giugno 2001, *Société à objet sportif Toulouse Football Club, Lebon*, 281 ; Ass., 29 giugno 2001, *Vassilikiotis, Lebon*, 303, *conclusions Lamy*; 27 luglio 2001, *Titran, Lebon*, 411; 28 aprile 2003, *Fédération française des courtiers d'assurances et réassurances et autres, Lebon* 704.

<sup>207</sup> V., in senso fortemente critico, C. Broyelle, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne: le retour du juge administrateur*, D.A., 2004, chronique n. 6. Sulla prassi di pronunciare delle *injonctions* anche in assenza di una domanda di parte, cfr. A. Perrin, *Au-delà du cadre législatif initial: le pouvoir d'injonction en dehors de la loi du 8 février 1995*, R.F.D.A., 2015, 643.

<sup>208</sup> Secondo C. Broyelle, *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, R.F.D.A., 2015, 441, «*avant la loi de 1995, la légalité objective, théorique et désincarnée constitue le modèle de référence au regard duquel le juge statue (quel que soit d'ailleurs le terrain contentieux sur lequel il se place). A partir de 1995, l'après jugement forme l'horizon du juge, qu'il ait été saisi ou non d'une demande d'injonction.*».

<sup>209</sup> Così, A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, cit., 731. Conf. D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, cit., 367.



Così, ad esempio, il Conseil d'Etat ha ritenuto di escludere, in sede di ottemperanza, che l'annullamento del provvedimento di insediamento di un'opera pubblica potesse comportare la sua demolizione, qualora questa avrebbe pregiudicato in modo eccessivo l'interesse pubblico<sup>210</sup>. Il metodo delle «*réserves d'intérêt général*»<sup>211</sup> è stato impiegato, solo un mese dopo, anche nell'ambito dello stesso giudizio di annullamento: pronunciando un'*injonction à priori*, il Conseil d'Etat ha limitato gli effetti dell'annullamento del provvedimento con il quale l'Amministrazione aveva illegittimamente esercitato un potere di prelazione su un bene appartenente a un ordine ecclesiastico<sup>212</sup>. Nella specie, il giudice ha stabilito che, qualora il bene sia stato rivenduto dall'Amministrazione a un terzo, l'annullamento non può comportare alcun effetto ripristinatorio per il ricorrente.

L'ampliamento dell'esercizio del potere di *injonction*, anche al di fuori delle ipotesi legislativamente previste, avrebbe condotto il giudice amministrativo a svolgere, in maniera sistematica, tale giudizio di bilanciamento, calibrando gli effetti dell'annullamento alla luce dell'«*intérêt général*»<sup>213</sup>.

---

<sup>210</sup> Il giudizio di bilanciamento compiuto viene riassunto nei seguenti termini in Cons. Etat, 29 gennaio 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et de la Commune de Clans, Lebon*, 21, con *conclusions* C. Maugué : «*il appartient [au juge] de rechercher, d'abord, si, eu regard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible; que dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics et privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général.*». La sentenza in esame è particolarmente interessante, in quanto segna l'abbandono della giurisprudenza dell'*intangibilité de l'ouvrage public*, che precludeva sempre, in nome di una non meglio precisata tutela dell'interesse pubblico, la demolizione dell'opera pubblica. Secondo C. Lavialle, *La «tangibilité» de l'ouvrage public*, R.F.D.A., 2003, 484, l'introduzione del giudizio di bilanciamento si traduce in «*un glissement [...] du principe d'essence romaniste à un casualisme de facture anglo-saxonne où l'intérêt général n'est pas posé a priori mais résulte d'une analyse de la situation et des éventuels conflits d'intérêts.*».

<sup>211</sup> Così denominato da J.B. Auby, *A' propos des réserves d'intérêt général*, D.A., 2003, repère n. 6, che lo qualifica come un metodo di bilanciamento all'esito del quale «*l'intérêt général peut jouer comme un amortisseur de la chose jugée au profit de l'administration.*».

<sup>212</sup> Cons. Etat, 26 febbraio 2003, *M. et Mme Bour, Lebon*, 59; R.J.E.P., 2003, 346, *conclusions* P. Fombeur; A.J.D.A., 2003, 729, con nota di F. Donnat e D. Casas, *La remise en cause de la vente d'un bien illégalement préempté est un litige distinct de celui de l'annulation de la décision de préemption.*

<sup>213</sup> Così, D. Bailleul, *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, A.J.D.A., 2004, 1626.

Particolarmente significativa, in questo senso, è la sentenza *Titran*<sup>214</sup>. Il Conseil d'Etat, ritenuto di doversi pronunciare sugli effetti dell'annullamento, pur in assenza di una domanda di parte, si arrogava il potere di differire la decorrenza degli effetti della sentenza, al fine dichiarato di evitare il formarsi di un vuoto giuridico<sup>215</sup>.

Il ricorso aveva ad oggetto l'impugnazione del rifiuto del Ministero della Giustizia di revocare due decreti implementativi di un sistema di gestione automatizzata dei dati relativi alle procedure pendenti davanti Tribunali superiori, adottati in violazione del parere vincolante della *Commission nationale de l'informatique et des libertés*. Conformemente all'orientamento secondo il quale l'Amministrazione ha l'obbligo di accogliere le istanze tese alla revoca di atti regolamentari illegittimi<sup>216</sup>, la constatazione dell'illegittimità del regolamento, e il conseguente annullamento del rifiuto impugnato, avrebbero comportato la necessaria revoca dei decreti.

Rilevata la sussistenza di un interesse generale al mantenimento dei regolamenti, il Conseil d'Etat dichiarò l'illegittimità dei provvedimenti impugnati, differendo, tuttavia, gli effetti della sentenza di annullamento di due mesi. Entro tale termine l'Amministrazione avrebbe potuto emendare il regolamento, al fine di conformarlo al parere della Commissione; in assenza, sarebbe stata tenuta a revocare i decreti giudicati illegittimi, in esecuzione della sentenza di annullamento.

La dottrina si è divisa circa la qualificazione della tecnica impiegata dal Conseil d'Etat. Per alcuni commentatori, il Conseil d'Etat avrebbe meramente differito gli effetti dell'annullamento degli atti impugnati<sup>217</sup>; secondo altri, si sarebbe trattato di un annullamento condizionato, i cui effetti si sarebbero prodotti solo in caso di mancato

---

<sup>214</sup> Cons. Etat, 27 luglio 2001, *Titran, Lebon*, 411, *A.J.D.A.*, 2001, 1046, con *chronique* di M. Guyomar e P. Collin; *R.R.J.* 2003, n. 2, 1513, con nota di F. Blanco, *Le Conseil d'État, juge pédagogue*. Il Conseil d'Etat riprese, modificandola, una delle soluzioni già proposte dal commissaire du gouvernement Lamy nelle sue conclusioni alla causa *Vassilikiotis* (Cons. Etat Ass. 29 giugno 2001, *Vassilikiotis*, cit.), ritenuta inopportuna a risolvere il problema posto dal caso di specie.

<sup>215</sup> Il Conseil d'Etat osservava infatti che «*il ressort des pièces du dossier que le traitement automatisé autorisé par les deux arrêtés en cause est nécessaire au bon fonctionnement du service public de la justice*».

<sup>216</sup> Elaborato in Cons. Etat, Ass., 3 febbraio 1989, *Compagnie Alitalia, Lebon*, 44, *R.F.D.A.*, 1989, 391, *conclusions* Chahid-Nourai.

<sup>217</sup> R. Chapus, *Georges Vedel et l'actualité d'une «notion fonctionnelle» : l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, cit., 13.

rispetto delle condizioni poste dal giudice per la rettifica dei regolamenti ritenuti illegittimi<sup>218</sup>.

La prima definizione pare più corretta, atteso che il Conseil d'Etat ha espressamente pronunciato l'annullamento dei provvedimenti impugnati. L'aspetto innovativo della sentenza consisterebbe piuttosto nel differimento degli effetti dell'annullamento, sia pure retroattivo, al fine di consentire il mantenimento in vita del regolamento sino alla sua rettifica<sup>219</sup>.

Correttamente, Chapus ha visto nella giurisprudenza *Titran* un'importante innovazione nella concezione degli effetti della sentenza di annullamento, tale da far presagire «*un relâchement du lien entre annulation et effet rétroactif*»<sup>220</sup>.

Tra le argomentazioni a sostegno dell'esclusione della retroattività dell'annullamento, il *commissaire de gouvernement* Devys richiamava infatti espressamente, nelle sue *conclusions* alla causa *AC!*, il precedente rappresentato dalla sentenza *Titran*, qualificata come una prima "breccia" nel principio di retroattività della sentenza di annullamento<sup>221</sup>.

## β. La sentenza *AC!*

---

<sup>218</sup> Così D. Bailleul, *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, *A.J.D.A.*, 2004, 1626. Così, altresì, M. Guyomar e P. Collin, *Chronique*, *A.J.D.A.*, 2001, 1046, che, tuttavia, parlano anche di «*annulation aux effets différés*».

<sup>219</sup> F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, Presses Universitaires Aix-Marseille, 2010, cit., 345.

<sup>220</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Monchrestien, 2004, 11<sup>ème</sup> ed., 1040. *Contra* J.-H. Stahl, A. Courrèges, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, *R.F.D.A.*, 2004, 438. In questo rapporto interno, i due commissaires du gouvernement rimettono in discussione il carattere innovativo della decisione, affermando che «*le seul véritable effort accompli par la décision Titran consiste à laisser à l'autorité administrative un délai, en l'espèce de deux mois, pour exécuter la décision d'annulation.*».

<sup>221</sup> Così, testualmente, C. Devys, *Conclusions sur AC!*, *R.F.D.A.*, 2004, 454. Devys evocava altresì le altre ipotesi di «*tempéraments à la règle selon laquelle un acte annulé est réputé n'avoir jamais existé [...] pour des raisons liées au souci de stabilité des situations juridiques*»: la *théorie du fonctionnaire de fait*, e le giurisprudenze *Caussidéry* e *Lugan* in materia di *droits acquis*.

Tale breccia fu definitivamente aperta con l’emanazione della sentenza *AC!* del maggio del 2004<sup>222</sup>.

La sentenza *AC!* faceva seguito all’impugnazione di alcuni decreti ministeriali con cui il Ministro del lavoro aveva approvato due convenzioni (concernenti il regime delle indennità di disoccupazione) stipulate tra alcuni rappresentanti datoriali e dei sindacati. Il Conseil d’Etat ritenne tali decreti illegittimi, da una parte perché adottati con una procedura difforme da quella prevista dal *Code du Travail* (la fase consultiva degli accordi si era tenuta di fronte a una commissione irregolarmente composta) e, dall’altra, perché integrati in parte da ulteriori accordi approvati da un numero insufficiente di organizzazioni sindacali, in violazione di quanto previsto dall’art. L-352-2 del Code du travail per l’ottenimento della ratifica ministeriale.

Tuttavia, in un passaggio motivazionale inedito, il Conseil d’Etat precisava che un annullamento retroattivo delle convenzioni impuginate avrebbe prodotto senz’altro degli effetti palesemente sproporzionati (“*conséquences manifestement excessives*”), tali da giustificare una limitazione nel tempo degli effetti eliminatori e ripristinatori dell’annullamento pronunciato; di conseguenza, il giudice amministrativo francese si arrogava il diritto-dovere di modulare gli effetti della sentenza di annullamento.

Per comprendere le condizioni e i metodi della modulazione, pare opportuno esaminare più approfonditamente il *considérant* nel quale il Conseil d’Etat delineava le condizioni (1.) e le modalità (2.) di esercizio del nuovo potere<sup>223</sup>.

---

<sup>222</sup> Cons. Etat, Ass., 11 maggio 2004, *Association AC ! et autres, Lebon*, 197; *R.F.D.A.*, 2004, 454, *conclusions* di C. Devys, *A.J.D.A.*, 2004, 1183, con nota di C. Landais e F. Lenica, *La modulation des effets dans le temps d’une annulation pour excès de pouvoir*.

<sup>223</sup> Per comodità, lo si riporta qui per intero : «*Considérant que l’annulation d’un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n’être jamais intervenu ; que, toutefois, s’il apparaît que cet effet rétroactif de l’annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu’il était en vigueur que de l’intérêt général pouvant s’attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l’ensemble des moyens, d’ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l’acte en cause - de prendre en considération, d’une part, les conséquences de la rétroactivité de l’annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d’autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un effectif, une limitation dans le temps des effets de l’annulation ; qu’il lui revient d’apprécier, en rapprochant ces éléments, s’ils peuvent justifier qu’il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l’effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l’affirmative, de prévoir dans sa décision d’annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement*

## ***1. Le condizioni poste per l'esercizio del potere: un giudizio di proporzionalità***

Il *considérant* esaminato esordisce ribadendo la regola generale della retroattività dell'annullamento, nei medesimi termini della sentenza *Rodière*<sup>224</sup>; il nuovo potere di modulazione viene così immediatamente configurato come eccezionale, ed esercitabile solo in presenza di presupposti specifici.

Tali presupposti devono essere rilevati dallo stesso giudice, d'ufficio, nell'ambito di un duplice giudizio di bilanciamento<sup>225</sup>.

Dapprima, il giudice deve verificare se l'effetto retroattivo dell'annullamento sia suscettibile di comportare delle conseguenze «manifestamente eccessive», alla luce degli effetti già prodotti dall'atto illegittimo.

All'esito di questa prima valutazione, il giudice deve accertare se sussista, o meno, un interesse generale al mantenimento degli effetti del provvedimento.

Individuata la sussistenza di tale interesse, il giudice deve mettere a confronto, da una parte, l'interesse al mantenimento del provvedimento – valutato, come detto poc'anzi, sulla base delle conseguenze della retroattività sugli interessi pubblici e privati in gioco - e, dall'altra, gli svantaggi di un'eventuale limitazione degli effetti dell'annullamento, alla luce dei principî di legalità e di effettività della tutela dei ricorrenti.

Viene quindi richiesto al giudice di compiere un giudizio sulla proporzionalità delle conseguenze «classiche» dell'annullamento<sup>226</sup>, mettendo sulla bilancia l'interesse a

---

*de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine.»*

<sup>224</sup> «*Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu...*».

<sup>225</sup> Così O. Dubos, F. Melleray, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, D.A., agosto 2004, 10.

<sup>226</sup> Parla, a tal proposito, di «*contrôle restreint de proportionnalité*» V. Coq, in *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, 2015, 404.

conservare le situazioni createsi per effetto del provvedimento e i «vantaggi» conseguibili mediante un annullamento retroattivo<sup>227</sup>.

La decisione sulla modulazione presuppone che il giudice sia adeguatamente informato sulle situazioni e sugli atti che potrebbero essere travolti dall'annullamento. Eppure, tali circostanze tendono a non emergere nell'ambito dell'istruttoria relativa al giudizio di annullamento: la valutazione delle eventuali conseguenze dell'annullamento richiede perciò un'istruzione *ad hoc*, seppure limitata, come suggerisce il fatto che il giudice debba prendere in considerazione solo le «*conséquences manifestement excessives*» dell'annullamento. Il giudice è quindi tenuto, in primo luogo, a sottoporre alle parti la questione dell'opportunità della modulazione, al fine di raccogliere le loro osservazioni sul punto<sup>228</sup>.

In secondo luogo, l'esercizio del potere di modulazione implica il previo esame di tutti i motivi d'impugnazione sollevati dal ricorrente, presumibilmente volto a valutare la gravità del vizio che inficia il provvedimento impugnato, che rischierebbe invece di non emergere nel caso in cui alcuni dei motivi fossero assorbiti. Tale obbligo procedurale denota un'ambiguità nel ragionamento del Conseil d'Etat, il quale, come detto sopra, non pare considerare la tipologia del vizio inficiante l'atto impugnato rilevante, ai fini dell'esercizio del potere di modulazione<sup>229</sup>.

---

<sup>227</sup> Tali vantaggi possono variare, a seconda delle circostanze del caso di specie: in generale, attengono alle utilità conseguibili dai consociati e dall'Amministrazione attraverso il ripristino della legalità e alle utilità conseguibili dal ricorrente mediante un annullamento retroattivo.

<sup>228</sup> Secondo il *commissaire du gouvernement* Devys, il contraddittorio non avrebbe lo scopo di stimolare delle eventuali obiezioni in diritto all'esercizio del potere di modulazione, visto che «*la circonstance que le juge se propose de limiter dans le temps les effets d'une décision d'annulation ne fait en effet intervenir dans le débat entre les parties aucun élément de droit nouveau*», bensì solo quello di consentire al giudice di decidere dopo un'analisi il più completa possibile delle conseguenze dell'annullamento, «*et notamment sur les précisions, soumises au débat contradictoire, des parties, qui sont souvent les mieux à même appréhender les conséquences.*».

<sup>229</sup> Non facendo menzione della tipologia o gravità del vizio dell'atto tra gli elementi da prendere in considerazione ai fini del giudizio di bilanciamento nel *considérant* esaminato, il Conseil d'Etat pare aderire agli auspici del *commissaire du gouvernement* Devys, il quale riteneva che il potere di modulazione non dovesse essere limitato all'ipotesi dell'annullamento di atti affetti da vizi considerati meno gravi (di forma o procedura). Nel proseguo delle sue *conclusions*, tuttavia, Devys propone di escludere la retroattività dell'annullamento dei provvedimenti impugnati «*au regard de la nature de l'illégalité commise par l'administration*». Sulla rilevanza del tipo di vizio del provvedimento annullato, v. *infra*.



## 2. *Le declinazioni del potere di modulazione*

Il Conseil d'Etat conclude il passaggio della sentenza analizzato descrivendo due tecniche alternative di modulazione: l'affermazione della definitività – per il passato – degli effetti del provvedimento annullato e il differimento degli effetti dello stesso annullamento.

Nel primo caso, l'annullamento produce i suoi effetti *ex nunc*, alla stregua di una revoca; nel secondo caso, l'annullamento - *ex tunc* o *ex nunc*, visto che nulla impedisce al giudice di combinare le due tecniche – non si realizza contestualmente all'emanazione della sentenza, bensì in un momento successivo, sul modello della giurisprudenza *Titran*.

Le due tecniche rispondono a esigenze diverse: la prima mira a cristallizzare gli effetti già prodotti dal provvedimento impugnato, al fine di evitare la destabilizzazione delle situazioni non ancora consolidatesi per effetto dell'operare della teoria dei *droits acquis*; la seconda, invece, consente di scongiurare il rischio di un vuoto giuridico o della inopportuna reviviscenza di un altro atto<sup>230</sup>.

In entrambi i casi, lo scopo è quello di tutelare la *sécurité juridique*. Tale esigenza non è stata chiaramente esplicitata dallo stesso Conseil d'Etat nella sentenza in commento<sup>231</sup>. La finalità dell'introduzione del potere di modulazione della sentenza emerge, invece, nelle *conclusions* di Ch. Devys, che auspicava l'avvento di «*une évolution jurisprudentielle toujours plus soucieuse d'assurer l'équilibre entre exigence de la légalité et exigence de la stabilité des situations juridiques*»<sup>232</sup>.

---

<sup>230</sup> Tale ultima situazione si crea quando l'atto suscettibile di rivivere in seguito all'annullamento è affetto da un vizio ancora più grave di quello annullato : cfr. Cons. Etat, 28 novembre 2011, *SIPPEREC*, A.J.D.A., 2013, 364, con nota di F. Laffaille, *L'annulation par le Conseil d'Etat des tarifs d'utilisation des réseaux publics de distribution d'électricité* ; 24 avril 2013, *GIFAM*, A.J.D.A., 2013, 1780. In questi casi, la modulazione è disposta a tutela del principio di legalità.

<sup>231</sup> Così L. Tesoka, *Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français*, A.J.D.A., 2006, 2214, second cui «*la sécurité juridique est [...] au cœur de ce raisonnement novateur, qui intervient après le contrôle de légalité proprement dit. [...] La sécurité juridique apparaît ainsi dotée d'un statut normatif par rapport au principe de légalité, la Haute juridiction dissociant clairement le principe de légalité des préoccupations liées à la prise en compte des conséquences de la rétroactivité de l'annulation «pour les divers intérêts publics et privés en présence.»*

<sup>232</sup> Ciò non deve stupire: all'epoca, pur essendo al centro del dibattito dottrinale, il principio di *sécurité juridique* non era ancora considerato parte dei principi immanenti all'ordinamento francese (*principes*



Infine, il Conseil d'Etat non omette di considerare la posizione dei terzi rispetto al giudizio, prevedendo che, in ogni caso, la limitazione della retroattività dell'annullamento opera «*sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause*»<sup>233</sup>.

---

*généraux du droit*). Tale riconoscimento avvenne solo nel 2006, con la sentenza Cons. Etat, 24 marzo 2006, *Société KPMG et autres, Lebon*, 684. Dopo il 2006, molte delle applicazioni della giurisprudenza AC! vengono espressamente ricondotte al principio (cfr. *infra*).

<sup>233</sup> Il problema del diritto a una tutela effettiva dei terzi ricorrenti era stato espressamente affrontato nel rapporto interno di J.-H. Stahl, A. Courrèges, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux, R.F.D.A.*, 2004, 447, nel quale veniva propugnata l'adozione del potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento. Gli Autori ritenevano che, nell'esercitare il potere, il Conseil d'Etat avrebbe dovuto fare espressamente salvi i diritti dei terzi ricorrenti, modellando la propria azione sui metodi della Corte di Giustizia, che, di regola, accompagna la modulazione degli effetti della pronuncia di invalidità in via pregiudiziale alla garanzia della salvezza delle azioni già promosse sulla base dell'invalidità dell'atto (cfr., in questo senso, CGCE, 27 febbraio 1985, *Société des produits de maïs*, C-11/83, punto 18, in cui viene affermato che «*spetta [...] alla Corte, qualora si avvalga della possibilità di limitare l'efficacia in passato di un accertamento d'invalidità nell'ambito dell'art. 177, il determinare se una deroga a tale limitazione dell'efficacia temporale della sentenza possa essere fatta a favore, vuoi dell'attore dinanzi al giudice nazionale, vuoi di qualsiasi altro operatore economico che abbia agito nello stesso modo prima dell'accertamento d'invalidità, ovvero, anche per gli operatori economici che abbiano preso tempestivamente iniziative intese a far salvi i loro diritti, la dichiarazione d'invalidità con effetto solo ex nunc costituisca un rimedio adeguato*»; 15 gennaio 1986, *Pinna*, C-41/84, punto n. 29; 26 aprile 1994, *Roquette Frères*, C-228/92, punto 27; 28 aprile 2016, *Borealis Polylefine GmbH*, C-191/14, punto 108, reperibili in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)) Tale « misura di salvaguardia » risultava dal grave conflitto tra il giudice europeo e il giudice francese seguito alle sentenze Corte di Giustizia C.E., 15 ottobre 1980, *Providence agricole de Champagne*, C-4/79, punto 45, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); 15 ottobre 1980, *Roquette frères*, C-145/79, punto 52, *ibid.* e in *Foro it.*, 1982, IV, 33, con nota di richiami e 15 ottobre 1980, *Maïseries de Beauce*, C-109/79, punto 45, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

La vicenda trae origine dalle cause intentate, da parte di tre società francesi, Roquette Frères S.A., Maïseries de Beauce, e Providence agricole de Champagne, nei confronti di due enti pubblici, l'ONIC (Office national interprofessionnel des céréales) e la Dogana, al fine di ottenere il rimborso degli importi compensativi monetari versati in eccesso. La richiesta si fondava sulla pretesa illegittimità del regolamento della Commissione con il quale venivano fissati detti tassi: le corti adite avevano perciò rinviato in via pregiudiziale la questione della validità del regolamento alla Corte di Giustizia, ex art. 177 TCEE. La Corte aveva riconosciuto l'illegittimità del regolamento, ma aveva limitato gli effetti retroattivi della propria pronuncia, interpretando estensivamente i poteri di cui all'art. 174 par. 2 del TCEE. I giudici del rinvio rilevarono che la statuizione sugli effetti della declaratoria di nullità esulava dalle competenze della Corte di Giustizia, e, disattendendo quanto affermato dalla Corte, riconobbero ai ricorrenti le restituzioni loro negate dalla Corte di Giustizia (cfr. Tribunal d'instance de Lille, 15 luglio 1981, in *D.*, 1982, 10, con nota di J. Boulouis. Cfr. Anche H. Labayle, *La Cour de Justice des Communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité*, in *R.T.D.E.*, 1982, 484; J.-C. Masclet, *La jurisprudence « Roquette » à l'épreuve des juridictions françaises*, *R.T.D.E.*, 1986, 162 ss e la giurisprudenza ivi richiamata). Anche il Conseil d'Etat si allineò con la posizione dei Tribunali amministrativi, discostandosi dalle argomentazioni formulate dal *commissaire du gouvernement* Genevois, che, dopo aver evidenziato le molteplici eccezioni alla regola della retroattività elaborate dallo stesso Conseil d'Etat « *inspirées par des motifs impérieux de sécurité juridique* », concludeva: « *tous les systèmes juridiques des Etats membres des Communautés prennent en compte de semblables considérations [...] Dès l'instant que les préoccupations de chaque système juridique sont très voisines et qu'il s'agit en définitive de trouver un juste équilibre entre les exigences de la légalité et les*

In definitiva, le condizioni e le modalità di esercizio del potere di modulazione, così come delineate nella sentenza *AC!*, testimoniano la volontà di lasciare l'esercizio del potere di modulazione alla discrezionalità del giudice amministrativo. Gli unici veri limiti al potere, infatti, sono di natura procedurale, mentre i termini – per il vero assai vaghi – del giudizio di bilanciamento, così come la mancata previsione di vizi o atti esclusi dall'ambito di applicabilità del potere, sembrano concepiti proprio per consentire al giudice di decidere «caso per caso»<sup>234</sup>.

Al fine di comprendere quali siano le tecniche specifiche di protezione della stabilità delle situazioni giuridiche createsi durante la vigenza dell'atto annullato, conviene quindi analizzare le modalità concrete con le quali il giudice ha applicato la giurisprudenza *AC!* dal 2004 a oggi.

---

*impératifs de la sécurité juridique, nous estimons que vous ne devez pas récuser la démarche qu'a suivie la Cour de justice dans ses arrêts du 15 octobre 1980» : cfr. M. Genevois, conclusions sur Cons. Etat, 28 juin 1985, O.N.I.C. c. Société Maiseries de Beauce, R.T.D.E., 1986, 145. In Italia, la sentenza *Roquette Frères* fu duramente criticata dalla Corte Costituzionale nella sentenza 13 aprile 1989, n. 232, *Foro it.*, I, 1855, con nota di L. Daniele, *Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di Giustizia comunitaria*, nella quale veniva affrontata la questione della compatibilità dell'art. 177 del Trattato (interpretato nel senso che la Corte possa modulare gli effetti della propria pronuncia incidentale di invalidità dell'atto comunitario) con l'art. 24 Cost., qualora la Corte di Giustizia non faccia salvi i ricorsi già proposti sul fondamento dell'invalidità del regolamento. Secondo la Consulta, «le esigenze di certa e uniforme applicazione del diritto comunitario non risulterebbero affatto compromesse, ove, pure facendo salvi gli effetti pregressi del regolamento invalidato, si lasciasse inalterata l'efficacia della pronuncia nella controversia oggetto del giudizio principale ed anche in tutti quei giudizi già iniziati dinanzi alle giurisdizioni nazionali prima della data di emanazione della sentenza invalidante.»*

<sup>234</sup> La necessità di lasciare al giudice dell'annullamento un ampio margine di discrezionalità, nell'esercizio del potere, emergeva con forza soprattutto nella nota interna redatta da A. Courrèges e J.-H. Stahl, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la section du contentieux*, cit.. Gli Autori sostenevano che dovesse essere lo stesso giudice, e non il legislatore, a porre le condizioni per l'esercizio del potere, atteso che «le souci du législateur pourrait être de veiller à déterminer avec précision les contours du pouvoir de modulation qui serait confié au juge administratif, détaillant notamment les actes à l'égard desquels ce pouvoir peut être utilisé et les conditions de sa mise en oeuvre, avec le risque que cette disposition fasse ensuite l'objet d'une interprétation restrictive interdisant l'usage de ce pouvoir hors les hypothèses expressément couvertes par le texte». L'introduzione del potere in via pretoria avrebbe, invece, consentito al giudice di servirsene più liberamente.

## **c. Le condizioni di applicazione della giurisprudenza AC!: i metodi della tutela della *sécurité juridique*, a fronte della retroattività dell'annullamento**

### **α. La precisazione delle condizioni per l'esercizio del potere di modulazione**

#### ***a. Irrilevanza del vizio dell'atto annullato?***

In occasione della prima applicazione della giurisprudenza AC!<sup>235</sup>, il Conseil d'Etat ha espressamente tenuto conto, nel raffrontare inconvenienti e vantaggi di un annullamento dagli effetti retroattivi, della tenuità del vizio inficiante il provvedimento. Una valutazione analoga compare anche in alcune sentenze successive<sup>236</sup>.

La gravità del vizio, pur non essendo stata esplicitamente menzionata nel *leading case AC!* tra le circostanze rilevanti ai fini della modulazione, parrebbe un elemento da tenere in considerazione nell'ambito del giudizio sugli «*inconvenienti della limitazione nel tempo degli effetti dell'annullamento [...] alla luce del principio di legalità*», tanto che il Conseil d'Etat ha talvolta motivato il rifiuto di modulare gli effetti della sentenza sulla scorta della gravità del vizio inficiante il provvedimento<sup>237</sup>.

Come rilevato da un'Aatrice<sup>238</sup>, nella maggior parte dei casi, tuttavia, il giudice si è limitato a richiamare il parametro in esame solo nelle ipotesi in cui l'atto fosse affetto

---

<sup>235</sup> Cons. Etat, 25 febbraio 2005, *France Télécom, Lebon*, 86, R.F.D.A., 2005, 802, *conclusions* E. Prada-Bordenave; A.J.D.A., 2005, 997, con nota di C. Landais e F. Lenica, *Modulation dans le temps d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications*.

<sup>236</sup> Cons. Etat, 17 luglio 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins, Lebon Tables*, 406; Cons. Etat, Ass. 23 dicembre 2011, *Danthony, Lebon*, 649, R.F.D.A., 2012, 284, *conclusions* G. Dumortier; *ibid.*, 296, con nota di P. Cassia, *L'office du juge administratif à l'égard du vice de procédure*; A.J.D.A., 2012, 195, con nota di A. Bretonneau e X. Domino, *Le vice, mode d'emploi*.

<sup>237</sup> Cfr., per esempio, Cons. Etat, 23 febbraio 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics, Lebon* 71.

<sup>238</sup> O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, A.J.D.A., 2014, 501. L'Aatrice aderisce alla metodologia del Conseil d'Etat, ritenendo che «*l'appréciation de la légalité de l'acte annulé et la question, différente, des conséquences de l'annulation sont indépendantes*.» Dello stesso avviso è C.

da un unico vizio, oppure questo risultasse particolarmente tenue, quasi ad elevarlo ad argomento «*a fortiori*», da solo non dirimente, a favore dell'opportunità della modulazione<sup>239</sup>.

In realtà, la gravità del vizio non rappresenta una condizione ostativa alla modulazione<sup>240</sup>. A riprova di ciò, possono essere citati molteplici casi in cui, invece, il Conseil d'Etat ha modulato gli effetti di sentenze di annullamento di atti affetti da più vizi<sup>241</sup>, o da vizi gravi e rilevabili d'ufficio<sup>242</sup>, senza farne alcuna menzione nell'esposizione del bilanciamento effettuato, ossia senza fornire ulteriori argomenti tali da giustificare la modulazione *malgrado* la grave illegittimità del provvedimento.

Tale apparente assenza di limiti ha recentemente trovato un'eccezione nell'ipotesi dell'annullamento dell'atto adottato in contrasto con l'ordinamento comunitario.

Nel 2011, il Conseil d'Etat ha per la prima volta modulato gli effetti dell'annullamento di un atto anticomunitario<sup>243</sup>. Disattendendo i dubbi precedentemente espressi dalla dottrina circa la compatibilità di tale pratica con i

---

Vinet, *Pouvoir de modulation des effets d'une annulation contentieuse en matière d'urbanisme*, A.J.D.A., 2010, 2104.

<sup>239</sup> Cfr. Cons. Etat, 28 settembre 2016, *M. B.*, n. 377190, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr), in cui il Conseil d'Etat ha mantenuto gli effetti degli atti compiuti da un notaio la cui nomina era stata annullata, al fine di non pregiudicare il funzionamento del servizio pubblico notarile. La scelta veniva giustificata anche sulla scorta della tenuità del vizio inficiante la nomina.

<sup>240</sup> Il Conseil d'Etat non ha infatti mai posto alcun limite esplicito al proprio potere di modulazione, riferibile alla tipologia o alla gravità del vizio dell'atto impugnato, come d'altronde preconizzato sia da Ch. Devys (*conclusions cit.*), sia da J.H. Stahl e A. Courrèges (in *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la section du contentieux*, cit.).

<sup>241</sup> Cons. Etat, 11 aprile 2012, *GISTI*, A.J.D.A., 2012, 735; Ass., 23 dicembre 2013, *Société M6*, A.J.D.A., 2014, 4.

<sup>242</sup> Cons. Etat, 3 marzo 2009, *Association française contre les myopathies*, *Lebon*, 69, *J.C.P. A.*, 2009, 2116, con nota di D. Bailleul, *Une nouvelle évolution de l'office du juge de l'excès de pouvoir*; 2 dicembre 2011, *FNATH*, *R.D.S.S.*, 2012, 175; 24 aprile 2013, *GIFAM*, A.J.D.A., 2013, 1780.

<sup>243</sup> Cons. Etat, 17 giugno 2011, *Canal + Distribution*, *Lebon*, 296; *D.*, 2011, 1678, con nota di C. de Presse, *Rémunération pour copie privée: supports à usage professionnel*; *id.*, 2012, 2836, con nota di P. Sirinelli, *Propriété littéraire et artistique*; *RTD eur.*, 2011, 888, con nota di D. Ritleng, *Annulation aux effets différés aux fins de respect du droit de l'Union*. In realtà, anche Cons. Stato, 10 febbraio 2010, *Perez*, A.J.D.A., 2010, 561, con nota di G. Dreyfus, *Annulation du seuil de 20.000 euros pour les marchés passés selon une procédure adaptée*, può essere considerato come un'ipotesi di modulazione dell'annullamento di un atto anticomunitario (la disposizione regolamentare impugnata, che innalzava il valore degli appalti affidabili in via diretta da 4.000 euro a 20.000 euro era stata considerata contraria al principio europeo del *favor participationis*).

principi di leale collaborazione e di uniforme applicazione del diritto europeo<sup>244</sup>, il Conseil d'Etat ha giustificato la modulazione alla luce della necessità di evitare la revivescenza dell'atto precedentemente in vigore, giudicato ancor più gravemente violativo del diritto europeo, e facendo così mostra di una certa prudenza nell'esercizio del potere. *Ad adiuvandum*, il Conseil d'Etat aveva altresì richiamato l'esigenza di tutelare la *sécurité juridique*, «*principe [...] reconnu par le droit européen*»<sup>245</sup>.

Nel 2014, il caso *Vent de colère!*<sup>246</sup> ha tuttavia imposto al Conseil d'Etat di delimitare in modo netto il proprio potere di modulazione nei casi in cui l'atto risultasse anticomunitario.

---

<sup>244</sup> Cfr. P. Cassia, *La modulation dans le temps d'une annulation et le droit communautaire*, A.J.D.A., 2005, 1025. Lo studioso metteva in discussione, in particolare, le argomentazioni spese da D. Casas nelle sue *conclusions* a Cons. Etat, 23 febbraio 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres*, R.F.D.A., 2005, 483. Secondo il *rapporteur public*, la modulazione degli effetti dell'annullamento del provvedimento anticomunitario avrebbe in generale dovuto ritenersi ammissibile sulla scorta di tre ordini di motivazioni: in primo luogo, la modulazione è ampiamente praticata dalla stessa Corte di Giustizia, ben al di là dei limiti imposti dall'art. 231 TCE (Casas si dice tuttavia insoddisfatto di tale argomentazione, alla luce del fatto che l'art. 231 non potrebbe mai essere inteso come riferibile al potere delle giurisdizioni nazionali); in secondo luogo perché i giudici nazionali, a cui spetta applicare il diritto europeo, sono dotati di un'autonomia procedurale che consente loro di osservare le regole processuali interne – con l'unico limite del raggiungimento di una tutela effettiva dei diritti sanciti dalla disciplina europea; in ultimo luogo, perché il potere di modulazione è giustificato dall'esigenza di garantire la *sécurité juridique*, principio cardine dell'ordinamento europeo. Secondo P. Cassia, invece, la Corte di Giustizia avrebbe invece esplicitamente riservato a sé il potere di limitare nel tempo la tutela del ricorrente di fronte a una violazione del diritto comunitario, coerentemente con il principio di uniforme applicazione del diritto comunitario; inoltre, l'autore rilevava che, comunque, le condizioni poste dalla giurisprudenza AC! non sono conformi a quelle elaborate dalla Corte per l'esercizio del potere di modulazione. Si noti che, nel caso *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, D. Casas aveva finito per sostenere l'opportunità di non limitare gli effetti nel tempo dell'annullamento, ritenendo che la modulazione sarebbe stata priva di effetti pratici, visto che il giudice investito di un'eventuale controversia in merito alla validità dei contratti stipulati sulla base delle disposizioni annullate avrebbe comunque dovuto dichiarare il vizio del negozio, in conseguenza della necessaria disapplicazione della disposizione contraria al diritto europeo.

<sup>245</sup> In tale passaggio argomentativo riecheggia l'argomentazione di D. Casas (*Conclusions* a Cons. Etat, 23 febbraio 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres*, cit.), efficacemente riassunta da N. Boulouis nelle *conclusions* a Cons. Etat, 10 febbraio 2010, *Perez*, cit. In quell'occasione, il *rapporteur public* aveva proposto al giudice di modulare gli effetti dell'annullamento al fine di non destabilizzare i contratti stipulati in seguito ad affidamenti diretti alla stregua della disposizione annullata, rilevando che «*la circonstance que, ce faisant, vous mettriez entre parenthèses des principes communautaires n'est pas dirimante, eu égard à l'effet d'antidote de la sécurité juridique*».

<sup>246</sup> Cons. Etat, 28 maggio 2014, *Association Vent de colère!*, A.J.D.A., 2014, 1127 e *ibid.*, 1784, con nota di O. Mamoudy, *Coup de vent sur la jurisprudence AC! dans les litiges relevant du droit de l'Union européenne*; R.F.D.A., *conclusions* di C. Legras.



Investito dell'impugnazione di alcuni decreti d'incentivo della produzione di energia eolica, il Conseil d'Etat aveva rimesso alla Corte di Giustizia, in via pregiudiziale, la questione della conformità delle misure ivi previste alla disciplina comunitaria degli aiuti di Stato. La Corte aveva qualificato le misure come aiuti di Stato illegittimi, e si era espressamente rifiutata di accogliere la richiesta di modulare gli effetti della propria sentenza, promossa dal governo francese<sup>247</sup>.

In sede di rinvio, il Conseil d'Etat si è quindi trovato costretto a rigettare la richiesta di modulazione promossa dalla resistente, ritenendo che il giudizio circa il carattere sproporzionato degli effetti retroattivi della sentenza di annullamento fosse già stato condotto, con esiti negativi, dalla Corte di Giustizia.

Ha inoltre statuito, in via generale, che il rigetto di una richiesta di modulazione da parte della Corte di Giustizia costituisce sempre condizione ostativa all'applicazione della giurisprudenza AC! da parte del giudice del rinvio<sup>248</sup>.

I commentatori hanno rilevato che la sentenza in esame ha per la prima volta posto, in via generale, un limite all'esercizio del potere di modulazione<sup>249</sup>: quando la Corte di

---

<sup>247</sup> CGUE, 12 dicembre 2013, C-262/12, *Association Vent de colère! Fédération nationale*, in curia.europa.eu. Cfr., in particolare, i punti 38 a 44. Il giudice comunitario riteneva che non si configurassero le due condizioni in presenza delle quali una modulazione risulta giustificata alla luce del «principio generale della certezza del diritto intrinseco all'ordinamento giuridico dell'Unione», ossia «la buona fede degli ambienti interessati e il rischio di gravi inconvenienti», in quanto, da una parte, che «il governo francese non poteva ignorare il divieto di esecuzione di una misura di aiuto», e, d'altra parte, «le conseguenze finanziarie che potrebbero derivare per uno Stato membro da una sentenza pronunciata in via pregiudiziale non hanno mai, di per sé, giustificato la limitazione dell'efficacia nel tempo di detta sentenza».

<sup>248</sup> Di seguito il *considérant* esaminato: «*les arrêtés attaqués encourageant l'annulation [...] pour méconnaissance du droit de l'Union tel qu'interprété par la Cour [dans son arrêt préjudiciel], le rejet des conclusions dont la Cour était saisie quant à une limitation dans le temps des effets de son arrêt fait obstacle à ce que le Conseil d'Etat accueille des conclusions de même nature, tendant à la limitation dans le temps des effets de cette annulation.*» Deve tuttavia osservarsi che le condizioni fissate dalla Corte di Giustizia e dal Conseil d'Etat per la modulazione degli effetti della sentenza sono diverse e, per alcuni versi, non sovrapponibili. Dal *leading case* CGCE 8 aprile 1976, C-34/75, *Defrenne Sebena*, che fondava la modulazione su generici riferimenti a «*considerazioni imprescindibili di certezza del diritto riguardanti il complesso degli interessi in gioco, tanto pubblici quanto privati*», la giurisprudenza della Corte si è evoluta sino ad individuare due condizioni per l'esercizio del potere: la «*buona fede dell'ambiente considerato*» e i «*gravi inconvenienti*» derivanti dall'applicazione retroattiva dell'interpretazione resa in via pregiudiziale dalla Corte (si veda, ad esempio, CGUE, 28 settembre 1994, *Vroege*, C-57/93, punti 21 e ss. o, da ultimo CGUE 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, C-477/16, punti 52 e ss.) in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).)

<sup>249</sup> O. Mamoudy, *Coup de vent sur la jurisprudence AC ! dans les litiges relevant du droit de l'Union européenne*, cit., in particolare, ha sostenuto che «*la rédaction retenue signifie que, dans cette hypothèse particulière, la jurisprudence AC! est toujours exclue*».

Giustizia si sia pronunciata rigettando la domanda di modulare gli effetti della pronuncia pregiudiziale, al giudice del rinvio sarebbe preclusa non solo la facoltà di limitare gli effetti retroattivi dell'annullamento, ma anche, a monte, il dovere di condurre un giudizio di bilanciamento delle circostanze del caso concreto, anche qualora le conseguenze della retroattività paiano, di primo acchito, «manifestamente eccessive».

Rimaneva tuttavia dubbio se tale limite dovesse operare anche nei casi in cui mancasse una statuizione esplicita della Corte sull'insussistenza delle condizioni della modulazione.

In un'altra sentenza del 2014<sup>250</sup>, emanata in seguito a un rinvio pregiudiziale<sup>251</sup>, il Conseil d'Etat ha ritenuto, in assenza di una specifica statuizione dei giudici lussemburghesi sul punto, di poter esercitare il proprio potere di modulazione dell'annullamento dell'atto anticomunitario, malgrado i dubbi espressi dal *rapporteur public* A. Lallet, che chiedeva di adire la Corte di Giustizia sulla questione<sup>252</sup>.

La sentenza ha attirato le critiche della dottrina più attenta<sup>253</sup>.

Il principio di leale collaborazione impone a tutte le istituzioni degli Stati membri – inclusi i giudici – di eliminare le conseguenze illecite di ogni atto adottato in contrasto con l'ordinamento comunitario<sup>254</sup>, anche al fine di assicurare l'uniforme applicazione del diritto europeo. Il mantenimento, anche temporaneo, degli effetti dell'atto anticomunitario non sembrerebbe quindi ammissibile, in assenza di un'espressa autorizzazione della Corte di Giustizia.

Tale tesi risulta peraltro coerente con la posizione della Corte, che ha costantemente affermato la propria esclusiva competenza a determinare la portata temporale delle sentenze interpretative, in ossequio al principio di uniforme applicazione del diritto

---

<sup>250</sup> Cons. Etat, 23 luglio 2014, *Société Octapharma*, A.J.D.A., 2014, 2315, con nota di O. Mamoudy, *La jurisprudence AC! appliquée à une annulation pour méconnaissance du droit de l'Union européenne*.

<sup>251</sup> CGUE, 13 marzo 2014, C-512/12, *Octapharma France SAS*, in curia.europa.eu.

<sup>252</sup> A. Lallet, *Conclusions sous Cons. Etat*, 23 luglio 2014, *Société Octapharma*, in arianeinternet.conseil-etat.fr.

<sup>253</sup> Cfr. O. Mamoudy, *La jurisprudence AC! appliquée à une annulation pour méconnaissance du droit de l'Union européenne*, cit.

<sup>254</sup> Cfr. CGCE, 16 dicembre 1960, *Humblet*, C-6/60, in curia.europa.eu, e, più chiaramente, CGCE, 19 novembre 1990, *Francovich*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *ibid.*, punto 36.



CONDORELLI Martina | I principi di certezza del diritto e di *sécurité juridique* e le garanzie offerte al cittadino in Italia e in Francia

europeo<sup>255</sup>: la sentenza del giudice nazionale che mantenga gli effetti di un atto risultato in contrasto con l'ordinamento europeo in seguito a una pronuncia pregiudiziale della Corte di fatto limiterebbe indirettamente la portata di quest'ultima.

Tuttavia, è mancata, sino a tempi recentissimi, una presa di posizione netta da parte della Corte di Giustizia sul tema. Questa si è dapprima si è limitata - nel 2010 - ad affermare, in un *obiter dictum*<sup>256</sup>, che le condizioni di «una sospensione provvisoria dell'effetto di disapplicazione esercitato da una norma di diritto dell'Unione direttamente applicabile rispetto al diritto nazionale in contrasto con detta norma [...] potrebbero essere determinate solo dalla Corte [di Giustizia]»<sup>257</sup>.

Nel 2012, investita di una questione pregiudiziale circa l'ammissibilità della modulazione degli effetti dell'annullamento dell'atto anticomunitario da parte del Conseil d'Etat belga<sup>258</sup>, la Corte di Giustizia non ha fissato, in termini generali, tali condizioni, ma si è limitata a rispondere facendo riferimento alle specifiche circostanze del caso sottoposto al suo esame<sup>259</sup>.

---

<sup>255</sup> Cfr., *ex multis*, CGCE, 27 marzo 1980, C-61/79, *Denkavit*, p. 18, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) e in *Foro it.*, 1981, IV, 119.

<sup>256</sup> CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, C-409/06, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu), *A.J.D.A.*, 2010, 2305, con nota di M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Pouvoirs des juges nationaux*; *R.F.D.A.*, 2010, 961, con nota di C. Mayeur-Carpentier, L. Clément-Wilz, F. Martucci, *Chronique de droit administratif et de droit de l'Union Européenne*.

<sup>257</sup> Nel caso di specie, la Corte non ha autorizzato il mantenimento degli effetti della disciplina ritenuta in contrasto con il diritto europeo «in considerazione dell'assenza di esigenze imperative di certezza del diritto tali da giustificarla».

<sup>258</sup> CGUE, 28 febbraio 2012, *Inter-environnement Wallonie*, C-41/11, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu); *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3102, con nota di C. Feliziani, *Gli effetti della sentenza di annullamento tra legalità, effettività della tutela e principio di autonomia procedurale degli Stati membri. Il punto di vista della Corte di Giustizia*; *A.J.D.A.*, 2012, 995, con nota di M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Maintien provisoire d'une norme nationale incompatible avec le droit de l'Union*.

<sup>259</sup> Occorre tuttavia notare che in Cons. Etat (Belgio), 18 gennaio 2011, n. 210.483, in [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be), il Conseil d'Etat belga aveva posto la questione in termini strettamente riferibili al caso di specie: «le Conseil d'Etat, - saisi d'un recours en annulation de l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 février 2007 modifiant le Livre II du Code de l'environnement constituant le Code de l'eau en ce qui concerne la gestion durable de l'azote en agriculture, - qui constate que cet arrêté a été adopté sans respecter la procédure prescrite par la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement et est, pour cette raison, contraire au droit de l'Union européenne et doit être annulé, - mais qui constate en même temps que l'arrêté attaqué procure une exécution convenable à la directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, - peut-il différer dans le temps les effets de l'annulation juridictionnelle pendant une courte période nécessaire à la réfection de l'acte annulé afin de maintenir au droit de l'environnement de l'Union une certaine exécution concrète sans solution de continuité ?».

Le due sentenze della Corte di Giustizia richiamate sembravano comunque implicitamente indicare che, per poter mantenere gli effetti dell'atto anticomunitario, il giudice nazionale dovesse sempre ottenere una previa «autorizzazione» della Corte di Giustizia, esclusivamente competente a fissarne le condizioni caso per caso<sup>260</sup>. In assenza di una statuizione univoca circa i limiti e le condizioni generali dell'esercizio del potere, la questione rimaneva tuttavia dubbia.

Nel 2015, il Conseil d'Etat francese ha posto alla Corte di Giustizia in via pregiudiziale la questione se «*un giudice nazionale, giudice di diritto comune del diritto dell'Unione europea, debba, in tutti i casi, adire in via pregiudiziale la Corte dell'Unione europea affinché essa stabilisca se occorra mantenere provvisoriamente in vigore le disposizioni ritenute, da parte del giudice nazionale, contrarie al diritto dell'Unione*»<sup>261</sup>.

La Corte ha ammesso la possibilità, per il giudice nazionale, di mantenere gli effetti dell'atto anticomunitario, ma solo in via del tutto eccezionale: per poter esercitare tale potere, il giudice nazionale, se di ultimo grado, deve sempre ottenere il previo avallo della stessa Corte, a cui spetta la valutazione della sussistenza di «*considerazioni imperative attinenti alla tutela dell'ambiente e [delle] circostanze specifiche della*

---

La ritrosia della Corte emerge tuttavia chiaramente dall'estrema specificità delle condizioni per la modulazione, enunciate dai punti 57 a 62 della sentenza. Innanzitutto, la modulazione non può essere giustificata da motivi di natura economica, ma deve avere come obiettivo la tutela dell'ambiente, «*uno degli obiettivi essenziali dell'Unione*» (punto 57). La Corte autorizzava il Conseil d'Etat a mantenere gli effetti del decreto impugnato, previo vaglio della sostanziale rispondenza del decreto impugnato alla direttiva 91/676/CEE (punto 59), dell'inidoneità della clausola di salvaguardia di alcuni degli atti adottati sulla scorta del decreto impugnato, contenuta nel nuovo decreto, a evitare gli effetti pregiudizievoli per l'ambiente conseguenti all'annullamento dell'atto impugnato (punto 60), della maggiore nocività per l'ambiente di un eventuale vuoto giuridico susseguente all'annullamento (punto 61). Infine, verificata la necessità della modulazione, il Conseil d'Etat belga avrebbe potuto mantenere gli effetti dell'atto con riferimento al solo lasso di tempo necessario all'adozione di misure atte a rimediare all'irregolarità censurata (punto 62).

<sup>260</sup> Così, M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Maintien provisoire d'une norme nationale incompatible avec le droit de l'Union*, cit., secondo i quali «*clairement, la Cour n'a pas voulu franchir ce pas, soucieuse, à n'en pas douter, de ne pas ouvrir une brèche dans le dogme qui veut qu'elle assure l'uniformité d'application du droit de l'Union, sa mission fondamentale*»; conf. J.C. Bonichot, *Le point de vue d'un juge de l'Union*, A.J.D.A., 2013, 396.

<sup>261</sup> Cons. Etat, 26 giugno 2015, *Assoc. France Nature Environnement*, A.J.D.A., 2015, 1293 (traduzione riportata nella versione italiana della sentenza CGUE, 28 luglio 2016, *Association France Nature Environnement*, C-379/15, in curia.europa.eu); *R.T.D. Eur.*, 2015, 856, con nota di E. Muller, *Le juge national est-il compétent pour moduler dans le temps une annulation prononcée pour méconnaissance du droit de l'Union?*

*controversia*»<sup>262</sup>. Tale obbligo è da ritenersi escluso solo nei casi in cui il giudice nazionale «sia persuaso, cosa che è subordinata a circostanziata dimostrazione, che non sussistano ragionevoli dubbi riguardo all'interpretazione ed all'applicazione delle condizioni risultanti dalla sentenza del 28 febbraio 2012, *Inter-Environnement Wallonie e Terre wallonne*»<sup>263</sup>.

La contrarietà dell'atto all'ordinamento europeo non impedisce quindi in modo assoluto la modulazione degli effetti della sentenza di annullamento, ma ridimensiona fortemente il potere del giudice nazionale di ultima istanza di valutare autonomamente le circostanze concrete del caso di specie. Quest'ultimo può, tutt'al più, verificare la sussistenza delle condizioni – estremamente specifiche - poste da *Inter-environnement Wallonie*; in alternativa, rilevata l'opportunità di modulare, può adire la Corte di Giustizia sul punto ed eseguirne le istruzioni.

Con la recente sentenza *ANODE*<sup>264</sup>, il Conseil d'Etat sembra tuttavia aver scelto di intraprendere una strada diversa da quella tracciata dalla Corte di Giustizia in *France Nature Environnement*. Il giudice ha infatti deciso di modulare gli effetti della sentenza di annullamento dell'atto - ritenuto contrario al diritto dell'Unione Europea – pur in assenza di un'indicazione in questo senso della Corte, adita in via pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva violata dal regolamento impugnato<sup>265</sup>.

Modificando il *considérant* di principio elaborato in *AC!* per riconoscere la specificità del caso sottoposto al suo esame (ossia l'anticomunitarietà dell'atto), il Conseil d'Etat richiamava in particolare la giurisprudenza *Association France Nature Environnement*, senza tuttavia riportarne il principio di diritto ivi espresso. Anzi, il

---

<sup>262</sup> CGUE, 28 luglio 2016, C-379/15, *Association France Nature Environnement*, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu); *A.J.D.A.*, 2016, 2226, con nota di O. Mamoudy, *Encadrement de la possibilité pour le juge nationale de maintenir en vigueur un acte contraire au droit de l'Union*. È stato notato che la Corte di Giustizia ha così applicato al potere di modulazione la teoria dell'atto chiaro, elaborata in CGUE, 27 marzo 1981, *Cilfit*, causa 283/81, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) (così, H. Cassagnabère, *Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps*, *Nouv. Cahiers Const.*, 2017, 47): ciò implicitamente dimostra, ancora una volta, la volontà di sottrarre al giudice nazionale il potere di decidere di mantenere gli effetti del provvedimento anticomunitario.

<sup>263</sup> *Ibid.*

<sup>264</sup> Cons. Etat, 19 luglio 2017, *ANODE*, *A.J.D.A.*, 2017, 1477 e *ibid.*, 1789, con nota di G. Odinet, S. Roussel, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union*; *R.T.D. Eur.*, 2017, 853, nota di F. Lombard, *La modulation dans le temps de l'annulation d'un acte contraire au droit de l'Union européenne*.

<sup>265</sup> CGUE, V sez., 7 settembre 2016, C-121/15, *ANODE*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu),

Conseil ne generalizzava le prescrizioni, slegandole del tutto dalle condizioni stringenti poste in *Inter-environnement Wallonie*<sup>266</sup>.

I commentatori istituzionali – i *maîtres des requêtes* G. Odinet e S. Roussel - hanno rilevato la discrepanza tra la sentenza in esame e il principio sancito in *Association France Nature Environnement*, oltre all’insussistenza, in generale, delle condizioni dell’*acte clair*, poiché di recente, in circostanze analoghe, la Corte di Giustizia si è rifiutata di limitare gli effetti delle proprie sentenze pregiudiziali<sup>267</sup>. Malgrado ciò, hanno avallato la decisione del Conseil d’Etat – che qualificano come «*audacieuse, voire même téméraire*», sulla scorta, in particolare, di due ordini di considerazioni. In primo luogo, la modulazione degli effetti della sentenza di annullamento, sottendendo un giudizio sui fatti, sarebbe effettivamente appannaggio del giudice nazionale; in secondo luogo, gli inconvenienti di un’annullamento retroattivo sarebbero stati particolarmente gravi, nel caso di specie, in cui un annullamento retroattivo avrebbe comportato il travolgimento di migliaia di contratti stipulati sulla scorta del regolamento annullato e un vuoto giuridico quanto alla disciplina delle tariffe per la fornitura di energia elettrica<sup>268</sup>.

Ciascuna di queste argomentazioni pare discutibile, alla luce delle cristalline indicazioni di *Association France Nature Environnement*. Ciononostante, il Conseil d’Etat ha recentemente consacrato la fronda realizzata in *ANODE* : in una recentissima sentenza, il Conseil d’Etat ha esplicitamente aggiunto alla formula classica del

---

<sup>266</sup> Si consideri la fine del paragrafo della sentenza dedicato alle conseguenze dell’annullamento: « *Dans son arrêt « Association France Nature Environnement » du 28 juillet 2016 (affaire C-379/15), la Cour de justice de l’Union européenne a dit pour droit qu’une juridiction nationale peut, lorsque le droit interne le permet, exceptionnellement et au cas par cas, limiter dans le temps certains effets d’une déclaration d’illégalité d’une disposition du droit national qui a été adoptée en méconnaissance d’une directive, à la condition qu’une telle limitation s’impose par une considération impérieuse et compte tenu des circonstances spécifiques de l’affaire dont elle est saisie, lorsqu’elle est convaincue, ce qu’elle doit démontrer de manière circonstanciée, qu’aucun doute raisonnable n’existe quant à l’interprétation et l’application des conditions posées par sa jurisprudence à une telle limitation.* »

<sup>267</sup> G. Odinet, S. Roussel, *La modulation dans le temps des effets d’un acte contraire au droit de l’Union*, cit., che citano, in particolare, le sentenze CGUE, 21 marzo 2013, C-92/11, *RWE Vertrieb*, punti 59 e ss. e 23 ottobre, cause riunite C-359/11 e C-400/11, *Schulz e Egbringhoff*, punti 57 ss., in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), in cui il giudice europeo non ha ravvisato « gravi inconvenienti » legati al fatto che dalla propria interpretazione potesse dipendere l’invalidità di migliaia di contratti di fornitura di gas naturale e energia elettrica, rispettivamente.

<sup>268</sup> Così G. Odinet, S. Roussel, *La modulation dans le temps des effets d’un acte contraire au droit de l’Union*, cit.

*considérant* di principio relativo al potere di modulazione la possibilità di modulare gli effetti dell'annullamento di atti anticomunitari in presenza di «*nécessité impérieuse*»<sup>269</sup>.

Vista l'aggressiva rivendicazione del potere di modulazione da parte del giudice francese<sup>270</sup>, ci si può chiedere se, in futuro, la Corte di Giustizia non finirà per ammorbidire la propria posizione, per esempio attraverso la fissazione di condizioni generali in presenza delle quali il giudice nazionale possa mantenere gli effetti dell'atto anticomunitario.

Diversamente, può comunque immaginarsi che, in futuro, il novero delle ipotesi in cui i giudici nazionali potranno esercitare autonomamente il potere verrà ampliato, se non altro per effetto della sottoposizione alla Corte di Giustizia di nuovi casi in cui potrebbe risultare opportuno il mantenimento degli effetti del provvedimento anticomunitario: stante l'atteggiamento attuale della Corte, tale processo non potrà tuttavia che avvenire in modo lento e casistico.

### ***b. L'irrilevanza della tipologia di atto annullato***

Nessun limite all'esercizio del potere di modulazione è stato posto, invece, con riferimento alla tipologia di provvedimento annullato, conformemente a quanto auspicato dal *commissaire* Devys che, nelle sue *conclusions* alla sentenza *AC!*, aveva sostenuto - senza successive smentite da parte del Conseil d'Etat - che il potere di modulazione non dovesse essere limitato all'ipotesi di annullamento di atti di carattere

---

<sup>269</sup> Cons. Etat, 17 gennaio 2018, *Association La Cimade et autres*, n. 410280, inedita al Lebon. La precisazione «*s'agissant d'une annulation résultant d'une méconnaissance du droit de l'Union européenne, [la modulation] ne peut être utilisée qu'à titre exceptionnel et en présence d'une nécessité impérieuse*» chiude il *considérant* classico relativo al potere di modulazione.

<sup>270</sup> Il caso in commento non è isolato, in realtà. Si consideri Cons. Etat, 7 giugno 2017, *Mme Ao...*, n. 368208, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr), in cui il Conseil d'Etat ha rigettato la richiesta di modulare gli effetti dell'annullamento adducendo, in primo luogo, che la retroattività non avrebbe avuto un impatto dirimente sui rapporti contrattuali in corso, e, solo in secondo luogo, rilevando che «*une telle limitation contreviendrait aux exigences attachées à la primauté et à l'effectivité du droit de l'Union européenne en l'absence de nécessité impérieuse justifiant son usage, compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire*»: neppure in questo caso il Conseil d'Etat si è riferito alle condizioni fissate in *France Nature Environnement*.

regolamentare<sup>271</sup>. Del pari, anche Stahl e Courrèges, autori di una nota rivolta al presidente della sezione giurisdizionale in cui sostenevano l'opportunità dell'introduzione del potere di modulazione, raccomandavano di lasciare un'ampia discrezionalità al giudice, evitando di limitare l'esercizio del potere al solo annullamento degli atti regolamentari. Tra le argomentazioni, i due Autori adducevano l'evoluzione della giurisprudenza della Corte di Giustizia, che, «per ragioni di coerenza», si era trovata a dover ampliare l'ambito di applicabilità del potere di modulazione previsto dall'art. 231 TCE, dapprima limitato alle sole ipotesi di annullamento degli regolamentari<sup>272</sup>.

Benché tale potere sia stato esercitato, nella grande maggioranza dei casi, proprio al fine di mantenere gli effetti già prodotti da regolamenti illegittimi<sup>273</sup>, in talune circostanze, il Conseil d'Etat ha modulato anche gli effetti dell'annullamento di atti

---

<sup>271</sup> Ch. Devys, *conclusions* a AC! cit. La necessità di un potere di modulazione duttile e adattabile alla varietà dei casi presentati dalla prassi costituiva l'argomentazione principale utilizzata dal *commissaire du gouvernement* a sostegno dell'introduzione del potere in via giurisprudenziale, il cui fine era di evitare la previsione di eventuali limiti inopportuni al potere da parte del legislatore.

<sup>272</sup> J.-H. Stahl, A. Courrèges, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la section du contentieux*, cit..

<sup>273</sup> D'altronde, come scriveva Ch. Devys nelle sue *conclusions* a AC!, «ce sont essentiellement les actes réglementaires dont l'annulation rétroactive pourra, compte tenu de l'importance des situations juridiques constituées sur la base de tels actes, avoir des conséquences telles qu'elles permettront au juge de différer les effets de l'annulation.»



generali non regolamentari<sup>274</sup>, individuali<sup>275</sup>, e addirittura, nell'ambito del contenzioso dei contratti pubblici, di un contratto<sup>276</sup> e delle clausole di una concessione di servizi<sup>277</sup>.

In particolare, le sentenze di annullamento di atti individuali (di nomina) paiono specialmente interessanti da analizzare, perché dimostrano la versatilità del potere di modulazione.

Emanate nel 2007, le sentenze *Sire* e *Vignard* sancivano l'annullamento delle nomine di due magistrati, la cui portata retroattiva avrebbe messo a repentaglio la stabilità degli atti processuali compiuti nell'ambito di procedimenti pendenti, nonché delle sentenze non ancora passate in giudicato. Nelle sue *conclusions*, il *rapporteur public* Mathieu Guyomar aveva escluso che tale problema potesse essere risolto applicando la teoria del funzionario di fatto, poiché, in passato, la Corte di Cassazione penale aveva nettamente escluso la configurabilità di una «*théorie du magistrat de*

---

<sup>274</sup> Cons. Etat, 25 febbraio 2005, *France Télécom* cit., in cui sono stati modulati gli effetti dell'annullamento di un provvedimento dell'Autorità indipendente per le telecomunicazioni in materia di tariffe di accesso alla rete locale.

<sup>275</sup> Cons. Etat, 28 settembre 2016, *M. C.*, n. 377190, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 24 giugno 2011, *M. B.*, n. 343391, *id.*; 24 giugno 2011, *Mme B.*, n. 342997, *id.*; 30 dicembre 2010, *Robert*, *id.*; 12 dicembre 2007, *Sire*, *Lebon*, 471; 12 dicembre 2007, *Vignard*, *A.J.D.A.* 2008, 638, con *conclusions* M. Guyomar; *D.* 2008, 1457, con nota di P.-O. Caille, *Jusqu'où peut aller le pragmatisme du juge administratif lorsqu'il annule la nomination d'un magistrat judiciaire*; *A.J.F.P.*, 2008, 172, con nota di R. Gueguen, *La modulation de l'annulation des nominations des magistrats*.

<sup>276</sup> Cons. Etat, 1 giugno 2011, *Koné*, *Lebon*, 266; *A.J.C.T.*, 2011, 568, con *onservations* di S. Hul, *Passation des marchés allotés et articulation entre le référé contractuel et précontractuel*; *A.J.D.A.*, 2011, 1108. Si consideri che l'art. 551-18 del *code de justice administrative*, che consente al giudice di pronunciare, in via cautelare, la nullità del contratto in casi analoghi a quelli enumerati dal nostro art. 121 c.p.a., permette altresì di adottare misure alternative, e meno gravose (quali la *résiliation du contrat* e la *réduction de sa durée*) solo se «*le prononcé de la nullité du contrat se heurte à une raison impérieuse d'intérêt général*». Non ravvisando, nel caso di specie, una circostanza di tal fatta, ma rilevando la necessità di assicurare lo svolgimento del servizio durante il tempo necessario per l'indizione del nuovo bando, il Conseil d'Etat optava per una modulazione degli effetti della « nullità » del contratto: «*compte tenu de la nécessité d'assurer la continuité des prestations de dépannage et d'entretien des ascenseurs durant le délai nécessaire au lancement d'une nouvelle procédure de publicité et de mise en concurrence et à l'attribution des nouveaux marchés correspondant aux lots en cause et de l'intérêt général qui s'attache à ce que cette continuité soit préservée, il y a lieu de ne prononcer l'annulation de ces deux marchés qu'à l'expiration d'un délai de quatre mois à compter de la date de la présente décision*».

<sup>277</sup> Cons. Etat, 31 luglio 2009, *Ville de Grenoble*, *R.J.E.P.*, marzo 2010, 22, con *conclusions* di N. Boulouis.



*fait*»<sup>278</sup>, cassando una sentenza di condanna a morte<sup>279</sup> emanata da un collegio cui aveva partecipato un giudice la cui nomina era stata in seguito annullata<sup>280</sup>.

Rilevando tuttavia un'indefettibile «necessità di preservare la continuità del servizio pubblico della giustizia», Guyomar proponeva di applicare la giurisprudenza *AC!*.

Il Conseil d'Etat ha aderito alla soluzione prospettata da Guyomar, modulando gli effetti dei due annullamenti al fine di evitare «un pregiudizio manifestamente eccessivo al funzionamento del servizio pubblico della giustizia». La giustificazione addotta a sostegno della modulazione dimostra chiaramente la parziale sovrapposibilità delle finalità perseguite dalla giurisprudenza *AC!* e dalla teoria del funzionario di fatto, la cui *ratio* è proprio quella di garantire la continuità del servizio pubblico. L'omogeneità di *ratio* delle due giurisprudenze risulta ancor più evidente se si ha riguardo al tenore degli argomenti spesi dal *commissaire du gouvernement*, sia dallo stesso Conseil d'Etat, a sostegno della modulazione nel caso *Sire*.

Come anticipato sopra, Guyomar prospettava che «*l'annulation des nominations [...] portera, eu égard à la nature et à la durée des fonctions qu'ils ont respectivement exercées [...] un réelle atteinte au fonctionnement du service public de la justice. Dans les circonstances de l'espèce, nous estimons que cette atteinte est manifestement excessive.*» Tale timore non risultava però supportato da un esame approfondito della situazione nella quale si sarebbe inserita la sentenza di annullamento, tanto che lo stesso *commissaire du gouvernement* ammetteva: «*certes, nous ignorons le nombre exact des procédures ou des décisions en cause*».

La valutazione svolta dal Conseil d'Etat ha quindi più le caratteristiche di una petizione di principio, che del giudizio di bilanciamento fondato su elementi concreti

---

<sup>278</sup> Secondo M. Guyomar, *Conclusions a Sire e Vignard* cit., l'inapplicabilità della teoria del funzionario di fatto alla figura del magistrato si spiega sulla scorta del fatto che «*là où la continuité du service public doit l'emporter parce que le fonctionnaire s'efface derrière sa fonction, la justice exige au contraire une véritable personnalisation de la fonction de juger*».

<sup>279</sup> Cass. criminelle, 4 giugno 1981, n. 80-922.32, *Bull. Crim.*, 1981, n. 191. In dottrina, la possibilità di salvaguardare i giudizi resi dal magistrato illegittimamente nominato era invece stata prospettata da P. Auvret, *La notion de droit acquis en droit administratif français*, *R.D.P.*, 1985, 53 (part. 87), che sosteneva che «*si la nomination d'un magistrat est annulée après plusieurs années d'exercice, tous les jugements à la délibération desquels il a participé ne seront pas ipso facto réduits à néant*».

<sup>280</sup> Cons. Etat, 15 maggio 1981, *Maurice, Lebon*, 281.

richiesto per l'esercizio del potere di modulazione, tanto da risultare, in sostanza, assimilabile a un'applicazione surrettizia della teoria del funzionario di fatto. Quest'ultima non richiede, infatti, l'accertamento del carattere sproporzionato delle specifiche conseguenze della retroattività dell'annullamento della nomina, bensì lo presume, in presenza di alcune condizioni. Allo stesso modo, la modulazione degli effetti della sentenza di annullamento, applicata ad atti di nomina, si fonda su una vera e propria presunzione di sproporzione delle conseguenze.

Una recente sentenza del Conseil d'Etat parrebbe sancire il definitivo superamento della teoria del funzionario di fatto a favore della tecnica della modulazione<sup>281</sup>. Nel caso in esame, il Conseil d'Etat ha modulato gli effetti della sentenza di annullamento della nomina di un notaio sulla scorta di due argomentazioni. La prima – di ordine generale - consisteva nella necessità di tutelare «*l'intérêt général qui s'attache à l'autorité des actes authentiques*»; l'altra, più generica, riecheggiava la *ratio* della teoria del funzionario di fatto: la modulazione viene disposta al fine di evitare «*une atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public notarial*». Considerato che la funzione notarile è un *munus publicum*, ricondotto, come tale, al «*service public*», il Conseil d'Etat ben avrebbe potuto applicare la teoria del funzionario di fatto.

La scelta di modulare gli effetti della sentenza di annullamento parrebbe sottendere la preferenza del giudice per tale strumento, probabilmente in virtù della sua maggiore flessibilità. Per esempio, nel caso in esame, la modulazione ha non solo consentito di escludere gli effetti retroattivi dell'annullamento, ma anche di differirne gli effetti di nove mesi, in modo da consentire all'Amministrazione di porre in essere una nuova procedura di selezione: un tale risultato non avrebbe potuto essere conseguito attraverso l'applicazione della teoria del funzionario di fatto, che avrebbe determinato la mera convalida degli atti già compiuti dal funzionario.

---

<sup>281</sup> Cons. Etat, 28 settembre 2016, *M. C.*, n. 377190, cit..

## **β. Lo sviluppo di nuove modalità di modulazione**

### ***a. L'ampliamento della gamma delle tecniche di differimento: un potere senza limiti?***

L'origine del successo dello strumento della modulazione – e specialmente della tecnica del differimento – parrebbe potersi rinvenire nella sua estrema flessibilità. Tale ipotesi parrebbe confermata dal progressivo ampliamento delle tecniche di manipolazione degli effetti temporali delle sentenze ad opera della giurisprudenza del Conseil d'Etat, che le ha sempre più liberamente conformate alle esigenze presentate dai casi concreti sottoposti al suo esame.

Originariamente, la sentenza *AC!* aveva declinato il potere di modulazione in due modi. Il giudice avrebbe potuto scegliere se far decorrere gli effetti dell'annullamento dalla data della sentenza, mantenendo fermi gli effetti prodotti dall'atto sino ad allora, consolidando così atti e situazioni nati sulla base di esso. In alternativa, avrebbe potuto differire l'annullamento a una data successiva, al duplice fine di agevolare l'Amministrazione nell'esecuzione della sentenza (dandole un termine per sostituire il provvedimento illegittimo) e di tutelare la certezza del diritto, evitando l'insorgere di un vuoto giuridico<sup>282</sup>.

Nella giurisprudenza applicativa della giurisprudenza *AC!*, tale alternativa è stata superata.

---

<sup>282</sup> Emerge, nella dottrina, un equivoco circa la portata della seconda tecnica di modulazione descritta. Secondo alcuni, questa determinerebbe al contempo il mantenimento degli effetti già prodotti del provvedimento annullato e la convalida degli effetti che questo produrrà sino alla data cui è differito l'annullamento; secondo altri, come A.C. Bezzina, *2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC !*, *R.F.D.A.*, 2014, 735, invece, tale tecnica, da sola, non limiterebbe gli effetti retroattivi della sentenza, ma determinerebbe la sola decorrenza di tali effetti da una data diversa da quella della pronuncia. Avuto riguardo ad alcune delle sentenze analizzate nel proseguio, in cui il giudice fa espressamente uso di entrambe le tecniche di modulazione (cfr. *infra*), propendo per la seconda tesi, anche se tale interpretazione sembrerebbe porsi in contrasto con la lettera del *considérant* di *AC!*, che, nella prima parte, consente l'uso di entrambe le tecniche di modulazione nelle ipotesi in cui «l'effetto retroattivo dell'annullamento abbia conseguenze manifestamente eccessive [...]».

I casi in cui il giudice si è limitato a stabilizzare gli effetti del provvedimento annullato sono estremamente rari<sup>283</sup>. Il Conseil d'Etat tende invece a combinare le due tecniche di modulazione previste da AC!<sup>284</sup>: tale pratica è divenuta talmente corrente che il giudice non sempre si cura di darne conto in modo esplicito<sup>285</sup>.

Come sopra accennato, il differimento degli effetti della sentenza di annullamento dovrebbe servire a dare all'Amministrazione il tempo di adottare un provvedimento sostitutivo. Tale forma di modulazione, combinata al mantenimento degli effetti già prodotti dall'atto, dovrebbe quindi fondarsi su una «doppia motivazione» - stabilizzare gli effetti degli atti adottati sulla scorta dei provvedimenti annullati e evitare un “vuoto giuridico” - di cui il giudice dovrebbe dare puntualmente conto<sup>286</sup>.

Eppure, non sempre il giudice si cura di esplicitare le ragioni che fondano la scelta di impiegare entrambe le tecniche di modulazione, e, a fronte di tali lacune, risulta talvolta particolarmente difficile giustificare l'impiego della tecnica del differimento.

---

<sup>283</sup> A.C. Bezzina, *2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC !*, cit., ne censiva solo due: Cons. Etat, 15 maggio 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, A.J.D.A., 2012, 1876, con nota di D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*; Cons. Etat 13 gennaio 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE*, A.J.D.A., 2010, 1222. A questi può aggiungersi Cons. Etat, 17 luglio 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n. 354103, *Lebon Tables*, 106 (la cui portata è tuttavia ambigua, come meglio esaminato *infra*), Cons. Etat, 7 dicembre 2016, *Allianz IARD*, n. 366345, *www.conseil-etat.fr*, Cons. Etat, 8 luglio 2016, *Beaudout Père et fils*, n. 357115, *www.conseil-etat.fr* (i cui effetti sono stati limitati alla data dell'emanazione della sentenza pregiudiziale CGUE, 17 dicembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier*, cause riunite C-25/14 e 16/14, che a sua volta limitava gli effetti dell'interpretazione resa, sulla scorta della giurisprudenza *Defrenne*) e Cons. Etat, 19 luglio 2017, *ANODE*, cit..

<sup>284</sup> Lo ha fatto esplicitamente, ad esempio, in Cons. Etat, 1 luglio 2016, *Union nationale des professions libérales*, A.J.D.A., 2016, 2196; Cons. Etat, 9 luglio 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux et autres*, n. 375542, A.J.D.A., 2015, 1391, con nota di J. Pastor, *On ne transige pas sur les règles du jeu sportif*; Cons. Etat, Ass., 23 dicembre 2013, *Société M6*, A.J.D.A., 2014, 4; Cons. Etat, 11 aprile 2012, n. 322326, *GISTI, Lebon*, 142; A.J.D.A., 2012, 729, con nota di X. Domino et A. Bretonneau, *Les aléas de l'effet direct*; R.F.D.A., 2012, 547, con *conclusions* di G. Dumortier; *ibid.*, 560, con nota di M. Gautier, *L'effet direct des conventions internationales*; Cons. Etat, 8 luglio 2009, *Commune de Saint-Die-Des-Vosges et autres*, A.J.D.A., 2010, 398, con nota di M. Touzeil-Divina, *La redistribution des cartes...judiciaires*; Cons. Etat, 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif, Lebon*, 433, A.J.D.A., 2008, 2201.

<sup>285</sup> Si v., per esempio, Cons. Etat 11 luglio 2008, *SIMAVELEC*, A.J.D.A., 2008, 1414, Cons. Etat, 29 agosto 2008, *Département du Tarn*, n. 29182, *www.conseil-etat.fr* e Cons. Etat, 16 maggio 2008, *Département Val-de-Marne*, A.J.D.A., 2008, 965 et 1504, con nota di F. Crouzatier-Durand, *Le pouvoir normatif du juge administratif*; A.J.F.P., 2008, 228, con nota di F. Berguin, *Les péripéties du transfert de TOS : une annulation pour la forme*.

<sup>286</sup> Seguono tale schema, ad esempio, Cons. Etat, 9 luglio 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux et autres*, n. 375542, A.J.D.A., 2015, 1391, con nota di J. Pastor, *On ne transige pas sur les règles du jeu sportif* e Cons. Etat, 11 aprile 2012, *GISTI*, n. 322326, cit. CE 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, cit.

Così, per esempio, nella recente sentenza di annullamento dell'atto di nomina del consiglio di amministrazione della Cassa previdenziale per le professioni liberali<sup>287</sup>, il Conseil d'Etat si è comprensibilmente curato di stabilizzare gli effetti degli atti adottati dal c.d.a. irregolarmente composto. Meno comprensibile risulta invece la decisione di differire gli effetti dell'annullamento a decorrere da due mesi dalla sentenza, anche alla luce dell'assenza di giustificazioni sul punto<sup>288</sup>, visto che la pronuncia avrebbe richiesto la mera nomina di un nuovo c.d.a.

Analogamente, è stata criticata<sup>289</sup> la scelta di differire gli effetti della sentenza di annullamento della nomina di due magistrati, visto che questa non avrebbe dato luogo un vuoto giuridico, ma solo alla necessità di nominare due sostituti<sup>290</sup>. Per utilizzare l'espressione del *commissaire du gouvernement* Guyomar, il differimento sembrava servire, nel caso di specie al solo «comfort», dell'Amministrazione<sup>291</sup>.

Suscita alcune perplessità, sempre in ordine ai fini perseguiti, anche la tecnica denominata dalla dottrina «*modulation pour le passé*»<sup>292</sup>, consistente nel far decorrere gli effetti della sentenza di annullamento da una data anteriore a quella della sentenza.

---

<sup>287</sup> Cons. Etat, 1 luglio 2016, *UNAPL*, cit.

<sup>288</sup> Il Conseil d'Etat si è infatti limitato ad affermare che «*l'annulation rétroactive du décret et de l'arrêté attaqués serait susceptible d'affecter la légalité de l'ensemble des délibérations prises par le conseil d'administration de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales, depuis la date de son installation, ainsi que de l'ensemble des actes réglementaires pris après avis de ce conseil. Compte tenu du caractère excessif de telles conséquences, il y a lieu [...], d'une part, de différer l'effet des annulations ainsi prononcées jusqu'au 1er octobre 2016 et, d'autre part, de prévoir que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, les effets du décret et de l'arrêté attaqués antérieurement à leur annulation doivent être regardés comme définitifs*».

<sup>289</sup> V. P. Caille, *Jusqu'où peut aller le pragmatisme du juge administratif lorsqu'il annule la nomination d'un magistrat judiciaire*, cit.

<sup>290</sup> Cfr. Cons. Etat, 12 dicembre 2007, *Sire*, cit. e *Vignard*, cit., che peraltro omettono qualsiasi giustificazione circa la necessità di differire gli effetti dell'annullamento.

<sup>291</sup> Dalla lettura delle *conclusions* di Guyomar, in *A.J.D.A.*, 2008, 638, si evince che il differimento era stato richiesto dal Ministero della Giustizia proprio per evitare una vacanza dei posti occupati dai magistrati durante il tempo necessario alla nomina dei loro sostituti. Inutilmente Guyomar vi si era opposto, sostenendo che «*la modulation ne saurait jouer pour le confort de l'administration à qui il appartient de tirer toutes les conséquences des annulations contentieuses*».

<sup>292</sup> Così, O. Bui-Xuan, *Modulation pour le passé des effets d'une annulation contentieuse*, cit. La denominazione è stata ripresa da O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, cit. e A.C. Bezzina, *2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC !*, cit.

Impiegata almeno in un caso<sup>293</sup> al fine di far coincidere la data di decorrenza degli effetti dell'annullamento con quella in cui il provvedimento era stato revocato, ha di fatto privato di qualsivoglia effetto la sentenza di annullamento<sup>294</sup>, salvo nei confronti di coloro che avessero proposto un'impugnazione prima dell'emanazione della sentenza di annullamento<sup>295</sup>.

Qui la modulazione degli effetti dell'annullamento nel tempo pare semplicemente inutile, alla luce dello scopo perseguito; circostanza che potrebbe contribuire a spiegare perché ne sia stato rinvenuto un solo utilizzo. La modulazione “al passato” dell'annullamento dell'atto non più in vigore non sortisce effetti diversi rispetto alla tecnica «canonica» del mantenimento degli effetti del provvedimento, che, infatti, il Conseil d'Etat aveva già efficacemente impiegato in casi analoghi<sup>296</sup>. In una sentenza più recente, ha addirittura specificato che qualora l'atto non sia più produttivo di effetti alla data dell'annullamento, quindi non più suscettibile di essere regolarizzato dall'Amministrazione, «*il n'y a pas lieu de prévoir que l'annulation prendra effet à une date ultérieure à celle de la décision l'ayant prononcée [...] mais seulement de disposer que, sous réserve des actions contentieuses engagées à cette dernière date contre les actes pris sur son fondement*»<sup>297</sup>.

Altri esempi di modulazioni “creative”, emergenti dall'analisi della giurisprudenza del Conseil d'Etat, meritano di essere brevemente analizzati, perché illustrano ulteriormente come, nella prassi applicativa della giurisprudenza AC!, il giudice abbia usato del potere di modulazione – e in particolare, la tecnica del differimento - per scopi diversi da quelli originariamente individuati in AC!.

---

<sup>293</sup> Cons. Etat, 17 dicembre 2010, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information, Ass. UFC Que choisir, Lebon Tables*, 927; *A.J.D.A.*, 2011, 854, con nota di O. Bui-Xuan, *Modulation pour le passé des effets d'une annulation contentieuse*.

<sup>294</sup> G. Chapeau, *Taxe pour copie privée : le Conseil d'Etat annule, mais sans effet*, [www.numerama.fr](http://www.numerama.fr).

<sup>295</sup> In AC!, il Conseil d'Etat si era curato di specificare che la modulazione non avrebbe prodotto alcun effetto nei confronti di coloro che avessero promosso un'azione di annullamento contro il provvedimento o atti adottati in applicazione di esso; in Cons. Etat, 17 dicembre 2010, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information*, cit., tale specificazione è ribadita.

<sup>296</sup> Impiegata, in circostanze analoghe, e con effetti equipollenti, in Cons. Etat, 13 gennaio 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE*, cit, con cui erano stati fatti salvi gli effetti già prodotti dal provvedimento impugnato, che alla data dell'annullamento non era già più produttivo di effetti.

<sup>297</sup> Cons. Etat, 5 maggio 2013, *Fédération nationale des transports routiers, Lebon*, 271, *A.J.D.A.*, 2013, 1876, con nota di D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*.



In alcuni casi, per esempio, il giudice ha sanato tutti gli effetti futuri dell'atto, pur formalmente annullato, attraverso la fissazione della decorrenza dell'annullamento a una data futura, posteriore all'esaurimento degli effetti del provvedimento annullato<sup>298</sup>. In tal modo, ha privato la sentenza di annullamento non solo dei suoi effetti demolitori e ripristinatori, ma anche dei suoi effetti conformativi: tale risultato pare porsi in netto contrasto con la funzione del differimento, che è proprio quello di agevolare l'esecuzione dell'obbligo conformativo.

In un altro caso, il giudice ha, con una formulazione ambigua, escluso la retroattività della sentenza di annullamento di un regolamento disciplinante il corso di studi per l'ottenimento del titolo di chiropratico, al fine di non compromettere la situazione degli studenti ancora in corso di formazione<sup>299</sup>. Pur se la lettera della sentenza esclude esplicitamente il differimento dei suoi effetti<sup>300</sup>, sarebbe illogico ritenere che questo non sia stato disposto: per sortire l'effetto dichiaratamente perseguito, il decreto ministeriale avrebbe dovuto continuare a produrre i suoi effetti almeno sino alla fine del corso di studi di coloro che avessero intrapreso la formazione

---

<sup>298</sup> Cons. Etat, 16 maggio 2008, *Département Val-de-Marne*, n. 290416, *R.D.P.*, 2009, 1517, con nota di F. Bottini, *La sécurité juridique et la modulation dans le temps des annulations contentieuses*; *A.J.D.A.*, 2008, 1054, con nota di F. Crouzatier-Durand, *Le pouvoir normatif du juge administratif*; Cons. Etat, 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, *Lebon*, 433, *A.J.D.A.*, 2008, 2201.

<sup>299</sup> Cons. Etat, 17 luglio 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n. 354103, *Lebon Tables*, 106.

<sup>300</sup> La sentenza è doppiamente ambigua. Da una parte, il Conseil d'Etat modula gli effetti dell'annullamento, pur rilevando la retroattività della sentenza non comporterebbe effetti sproporzionati; dall'altra, utilizza una tecnica di modulazione che mal si attaglia agli scopi dichiaratamente perseguiti. Per maggiore chiarezza, si riporta il passaggio della sentenza riguardante gli effetti dell'annullamento: « *Considérant qu'il ne ressort pas des pièces du dossier que la disparition rétroactive des actes attaqués entraînerait des conséquences manifestement excessives ; qu'il n'y a ainsi pas lieu de prévoir que leur annulation ne prendra effet qu'à une date postérieure à celle de la présente décision ; qu'en revanche, il ressort des pièces du dossier, notamment des réponses des parties à la mesure d'instruction ordonnée sur ce point par la 1ère sous-section, chargée de l'instruction de l'affaire, qu'afin de ne pas porter une atteinte disproportionnée aux intérêts des étudiants qui accomplissent ou ont achevé leur formation et que l'annulation du chapitre II du décret attaqué et du chapitre II de l'arrêté du même jour risquerait d'empêcher d'utiliser le titre de chiropracteur, il y a lieu, compte tenu du motif de l'annulation et alors qu'aucun autre moyen n'est de nature à justifier l'annulation des actes attaqués, de disposer que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur le fondement des chapitres II du décret et de l'arrêté du même jour, les effets de ces dispositions doivent être regardés comme définitifs.* »



durante la sua vigenza. Tale circostanza avalla l'opinione di un'Autrice secondo la quale, nel caso in esame, il giudice avrebbe posto in essere un differimento *sine die*<sup>301</sup>.

Aderendo a tale prospettazione, non può non rilevarsi come, nel combattere l'incertezza del diritto, il Conseil d'Etat abbia suscitato un'incertezza ancor più grave, almeno con riferimento alla data sino alla quale il corso di studi avrebbe continuato ad essere disciplinato dal regolamento annullato. Anche in questo caso, il Conseil d'Etat ha di fatto agito in modo non conforme alla *ratio* del differimento, il cui fine è quello di migliorare la certezza del diritto per i cittadini, garantendo una disciplina "transitoria" la cui efficacia si protrae sino a una data individuata.

### ***b. La modulazione « in due momenti »: fattore di maggiore incertezza?***

Analogamente, la tecnica della modulazione diacronica sviluppata dal Conseil d'Etat negli ultimi anni<sup>302</sup> parrebbe aver introdotto un fattore di complessità ingiustificato.

Come meglio esaminato in precedenza, il Conseil d'Etat può fare uso del potere di modulazione sia su richiesta di parte, sia d'ufficio ; in entrambi i casi, il potere può essere esercitato solo in seguito a un'analisi accurata delle circostanze concrete della fattispecie controversa. Tale analisi deve essere svolta nel contraddittorio tra le parti<sup>303</sup>, come specificamente indicato anche nel *considérant* di principio che delinea le caratteristiche fondamentali del potere di modulazione.

E' così accaduto, in almeno quattro occasioni, che il giudice considerasse la questione della legittimità dell'atto impugnato matura; al contempo, ritenendo di dover esercitare il potere di modulazione, insorgeva la necessità di sottoporre l'esame della questione all'esame delle parti. In tali casi, il Conseil d'Etat ha in prima battuta

---

<sup>301</sup> Così O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, cit.. Si può presumere che la data del differimento coincida con la fine della formazione dell'ultimo studente che avesse intrapreso i suoi studi in vigenza del regolamento annullato.

<sup>302</sup> Detta anche «*modulation en deux temps*» dalla dottrina francese : cfr. D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, *A.J.D.A.*, 2013, 1876.

<sup>303</sup> Su tale contraddittorio, cfr. *supra*, I, 2, b., β, 1.

annullato l'atto, e, in seconda battuta, dopo aver ordinato un "supplemento d'istruzione" o aver concesso un termine perché le parti potessero svolgere le loro difese, disposto la modulazione<sup>304</sup>. Tale pratica è stata addirittura consacrata nel *considérant* di principio sulla modulazione<sup>305</sup>.

La tecnica dell'annullamento "in due tempi" presenta(va), in particolare, due aspetti problematici, soprattutto alla luce delle ragioni di tutela della certezza del diritto poste a fondamento del potere di manipolare la portata temporale delle sentenze di annullamento.

Il primo aspetto problematico è evidente: nell'intervallo di tempo intercorrente tra l'emanazione della sentenza di annullamento e l'emanazione della sentenza di modulazione, le parti versano in una situazione di grave incertezza quanto alla portata dell'annullamento, non potendo sapere, sino alla seconda sentenza, se questo avrà effetti retroattivi, effetti *ex nunc* decorrenti dalla data della prima sentenza o ancora effetti differiti a una data futura<sup>306</sup>. Tale incertezza risulta particolarmente grave alla luce della lunghezza, nella prassi, di tale periodo: si consideri che, in due occasioni, la

---

<sup>304</sup> Cons. Etat, 9 giugno 2015, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n. 363638 e Cons. Etat, 15 aprile 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n. 363638, entrambe in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); Cons. Etat, 15 maggio 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, A.J.D.A., 2013, 1876, con nota di D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation* e Cons. Etat, 4 luglio 2012, *Fédération nationale des transports routiers*, Lebon, 271, A.J.D.A., 2012, 1379; Cons. Etat, 1 giugno 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, J.C.P. A., 2012, 2254, con nota di M. Touzeil-Divina, « *Maîtrise ou « masterisation » du temps et des effets contentieux* » e Cons. Etat, 28 novembre 2011, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, n. 341775, *Lebon Tables*, 952; Cons. Etat, 7 marzo 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, n. 325657, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); Cons. Etat, 12 maggio 2010, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, n. 325657, *Lebon Tables*, 919.

<sup>305</sup> Cons. Etat, 15 maggio 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, cit., in cui si afferma che «[...] il appartient au juge administratif [...] de prévoir dans sa décision d'annulation, ou, lorsqu'il a décidé de surseoir à statuer sur cette question, dans sa décision relative aux effets de cette annulation, que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision prononçant l'annulation contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine. » Tale formulazione è stata altresì ripresa in Cons. Etat, 23 dicembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6)*, A.J.D.A., 2014, 4 (la modulazione è stata però pronunciata nella stessa sentenza di annullamento); Cons. Etat, 21 settembre 2016, *Mme El.*, n. 388034, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr) (il giudice ha ritenuto di non modulare), Cons. Etat, 9 giugno 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n. 363638, cit.

<sup>306</sup> Così D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, cit.

sentenza di modulazione è intervenuta a distanza di dieci mesi da quella di annullamento<sup>307</sup>, mentre in un caso è stata emanata sette mesi dopo<sup>308</sup>.

Il Conseil d'Etat sembrerebbe da ultimo aver preso coscienza di tale inconveniente: la sentenza di sola modulazione più recente è intervenuta a distanza di soli due mesi dalla sentenza di annullamento<sup>309</sup>. Non è tuttavia ancora possibile determinare se in futuro il giudice si atterrà a tale virtuoso esempio.

L'altro profilo problematico dell'annullamento «in due tempi» – ora risolto – riguardava la salvaguardia delle azioni già promosse avverso gli atti consequenziali a quello annullato. Nelle prime sentenze in cui ha fatto uso della tecnica in esame, il Conseil d'Etat aveva fatto salvi i ricorsi presentati sino alla data della (seconda) sentenza di sola modulazione<sup>310</sup>. E' stato correttamente rilevato che tale meccanismo rischiava di vanificare in parte la modulazione, poiché consentiva ai cittadini di “approfittare” della conoscenza dell'illegittimità del provvedimento, presentando, nell'intervallo tra le due sentenze, ricorsi che sarebbero sfociati in sentenze di annullamento escluse dall'ambito di applicazione della modulazione<sup>311</sup>.

Per ovviare a tale fenomeno, dal 2013<sup>312</sup> in poi, il Conseil d'Etat ha iniziato a fare salvi i soli ricorsi presentati sino alla data della sentenza di annullamento, inserendo tale precisazione anche nel *considérant* di principio dedicato alla tecnica della modulazione in due tempi.

---

<sup>307</sup> Cons. Etat, 15 maggio 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, cit. e Cons. Etat, 4 luglio 2012, *Fédération nationale des transports routiers*, cit.; Cons. Etat, 7 marzo 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, cit. e Cons. Etat, 12 maggio 2010, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, cit.

<sup>308</sup> Cons. Etat, 1 giugno 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, J.C.P. A., 2012, 2254, con nota di M. Touzeil-Divina, « *Maîtrise ou « masterisation » du temps et des effets contentieux* » e Cons. Etat, 28 novembre 2011, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, n. 341775, *Lebon Tables*, 952.

<sup>309</sup> Cons. Etat, 9 giugno 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n. 363638, cit.

<sup>310</sup> Cons. Etat, 1 giugno 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, cit. e Cons. Etat, 7 marzo 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, cit.

<sup>311</sup> Così D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, cit.

<sup>312</sup> Cons. Etat, 15 maggio 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, cit.

## **γ. L'ampliamento dell'ambito di applicabilità della modulazione degli effetti della pronuncia**

### ***a. La modulazione degli effetti della sentenza di rigetto***

Nel 2006, con la sentenza *Techna*<sup>313</sup>, il Conseil d'Etat ha esteso l'esercizio del potere di modulazione degli effetti delle proprie pronunce alla sentenza di rigetto, al fine dichiarato di tutelare la *sécurité juridique*, «[principio] *reconnu tant en droit interne que par l'ordre juridique communautaire*».

La decisione in esame si pone sulla scia di un altro *grand arrêt* dello stesso anno, la sentenza *KPMG*<sup>314</sup>, in cui il Conseil d'Etat ha riconosciuto alla *sécurité juridique* il rango di «*principe général du droit*»<sup>315</sup>, stabilendo che, in osservanza di tale principio, l'amministrazione è tenuta, nell'ambito del suo potere regolamentare, a predisporre delle misure transitorie atte ad evitare cambiamenti eccessivamente repentini dei regolamenti vigenti<sup>316</sup>.

---

<sup>313</sup> Cons. Etat, 27 ottobre 2006, *Société Techna*, R.F.D.A., 2007, 265, con *conclusions* di F. Séners ; A.J.D.A., 2006, 2835, con nota di C. Landais, F. Lenica, *Modulation dans le temps d'une décision de rejet* ; D., 2007, 621, con nota di P. Cassia, *La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif* ; J.C.P. Gén., 2006, II, 10208, con nota di S. Damarey, *L'application différée d'une décision de rejet rendue par le Conseil d'Etat*.

<sup>314</sup> Cons. Etat, 24 marzo 2006, *Société KPMG et autres*, A.J.D.A., 2006, 1028, con nota di C. Landais, F. Lenica, *Sécurité juridique : la consécration*.

<sup>315</sup> B. Genevois definisce tali principi come «*des principes qui ne figurent pas nécessairement dans des textes, mais que la jurisprudence administrative reconnaît comme devant être respectés par les autorités administratives, leur violation constituant une illégalité*» in B. Genevois, *Répertoire du contentieux administratif*, voce «Principes généraux du droit», Banca dati Dalloz, 2010 (agg. 2016). La tendenza del Conseil d'Etat a basare le proprie sentenze su principi non scritti inerenti all'ordinamento è risalente (ne faceva già menzione E. Laferrière nel *Traité de la Juridiction administrative*, 2° ed., I, XIII), ma il Conseil d'Etat affermò espressamente la possibilità di fondare le proprie sentenze su «*principes généraux du droit applicables même en absence de texte*» solo nel 1945, in Cons. Etat, Ass., 26 ottobre 1945, *Aramu et autres*, *Lebon*, 213. Dal punto di vista della gerarchia delle fonti, i *principes généraux du droit* si collocano in una posizione inferiore rispetto alle leggi - alle quali il giudice è sempre sottoposto - e superiore ai regolamenti (cfr. Cons. Etat, 16 giugno 1959, *Syndicat général des ingénieurs-conseil*, *Lebon*, 394) : l'amministrazione è dunque tenuta a conformarsi ai *principes généraux du droit*, pena l'illegittimità del provvedimento. Per ulteriori approfondimenti sulla nozione di *principe général du droit*, cfr. B. Jeanneau, *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954.

<sup>316</sup> Tale principio è stato oggi recepito nel *Code des relations entre le Public et l'Administration*, in vigore dal 1 gennaio 2016, agli artt. L-221-5 e L-243-1.

La medesima logica impregna la sentenza *Techna*. Nella fase cautelare era stata disposta la sospensione del decreto impugnato, adottato al fine di recepire la direttiva europea 2002/2/CE in materia di composizione dei mangimi per animali.

Alla stregua dell'art. 521-1, co. 2, del *code de justice administrative*<sup>317</sup>, l'ordinanza sospensiva avrebbe dovuto perdere i propri effetti all'emanazione della pronuncia di merito. Il Conseil d'Etat ha tuttavia ritenuto che la perdita di efficacia dell'ordinanza di sospensione avrebbe comportato un *vulnus* eccessivo alla *sécurité juridique*, avuto riguardo al fatto che, in pendenza del giudizio, era decorso il periodo transitorio previsto dal decreto di trasposizione della direttiva perché gli operatori economici si conformassero alla nuova disciplina<sup>318</sup>. Al fine di garantire alle imprese coinvolte un periodo di tempo per adeguarsi alla nuova normativa, il Conseil d'Etat ha fatto decorrere gli effetti della sentenza di rigetto dal 1 febbraio 2007, prolungando così indirettamente l'efficacia dell'ordinanza sospensiva.

La sentenza ha suscitato un vivo dibattito dottrinale: alcuni autori si sono mostrati molto critici nei confronti dello scavalcamento, da parte del giudice, di una norma espressa in nome di un principio<sup>319</sup>, soprattutto tenuto conto del fatto che un'ordinanza cautelare, per definizione provvisoria, non dovrebbe poter ingenerare alcuna legittima aspettativa nei privati circa il futuro accoglimento del ricorso. Ciò era ancor più vero nel caso di specie, atteso che l'ordinanza di sospensione era tra l'altro basata su un *fumus* di contrarietà al Trattato della direttiva trasposta dal decreto impugnato, ma tale sospetto di illegittimità era definitivamente stato fugato da una sentenza resa dalla Corte di Giustizia in via incidentale nel 2005<sup>320</sup>.

---

<sup>317</sup> Il quale prevede che «*la suspension prend fin au plus tard lorsqu'il et statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision*».

<sup>318</sup> Nella specie, il *commissaire du gouvernement* Séners prospettava nelle sue *conclusions* il rischio di uno sconvolgimento del mercato dei mangimi, visto che la sopravvenuta inefficacia del provvedimento sospensivo avrebbe comportato l'impossibilità di mettere in vendita tutti i mangimi già prodotti sulla scorta della disciplina precedentemente in vigore e la conseguente interruzione dell'approvvigionamento di grossisti e allevatori.

<sup>319</sup> Così, P. Cassia, *La modulation dans le temps des décision de rejet du juge administratif*, cit., secondo il quale «*on n'a jamais vu, devant le juge ordinarire, qu'un principe général du droit français, à supposer même qu'il ait une valeur constitutionnelle, puisse faire échec à l'application d'une disposition législative*».

<sup>320</sup> CGCE, Grande Sezione, 6 dicembre 2005, *Abna Ltd et autres*, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, in curia.europa.eu.

Secondo altri autori, invece, la soluzione adottata non si sarebbe posta in contrasto con l'art. 521-1 del *code de justice administrative*, visto che questo si limiterebbe a disciplinare il solo operato del giudice cautelare (*juge des référés*), senza impedire al giudice del merito di modulare gli effetti della sentenza di rigetto<sup>321</sup>.

L'innovatività della soluzione adottata è stata comunque riconosciuta dallo stesso *commissaire du gouvernement* Séners, il quale rilevava, al contempo, l'esistenza di un legame di filiazione tra le soluzioni adottate nelle sentenze *AC!* e *KPMG* a tutela della *sécurité juridique* e quella elaborata in *Techna*, che riassumeva nell'efficace formula «*KPMG l'impose, AC! le permet*»<sup>322</sup>.

Se, infatti, le finalità perseguite erano analoghe a quelle sottostanti alla sentenza *KPMG* (garantire la certezza del diritto, prevedendo un regime transitorio che eviti un cambiamento eccessivamente repentino della normativa applicabile), le condizioni per l'applicazione della nuova soluzione richiamavano inequivocabilmente quelle delineate dalla sentenza *AC!*<sup>323</sup>. Tuttavia, come notava F. Melleray, più che a *AC!* - il cui scopo è quello di evitare le conseguenze della retroattività della sentenza di annullamento - la sentenza *Techna* sembrerebbe ispirarsi alla tecnica dell'annullamento condizionato elaborata in *Titran*, con la differenza che, invece di indicare le misure di esecuzione della sentenza all'Amministrazione, il giudice ha

---

<sup>321</sup> Così, C. Landais, F. Lenica, *Modulation dans le temps d'une décision de rejet*, cit. Del medesimo avviso era d'altronde il *commissaire du gouvernement* Séners, che aveva anticipato l'obiezione, escludendo *a priori* la possibilità che il giudice di merito potesse modulare gli effetti del provvedimento sospensivo, visto che l'art. 521-1 cit. «*faisait explicitement obstacle*» a tale soluzione, in F. Séners, *conclusions* a *Société Techna*, cit.

<sup>322</sup> F. Séners, *op. cit.* Secondo il *commissaire du gouvernement*, lo stesso obbligo stabilito in *KPMG* («*il incombe à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter, pour des motifs de sécurité juridique, les mesures transitoires qu'implique, s'il y a lieu, une réglementation nouvelle*») dovrebbe essere osservato al giudice, d'ufficio.

<sup>323</sup> Tali analogie emergono chiaramente dalla lettura del *considérant* dedicato al nuovo potere del giudice. Il potere officioso di modulazione degli effetti della sentenza di rigetto richiede quindi, al pari di quello di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento, che il giudice svolga una doppia valutazione. La prima valutazione verte sulla possibilità che una brusca sostituzione della disciplina vigente attenti in modo eccessivo al principio di *sécurité juridique*, tenuto conto delle difficoltà di qualsiasi ordine ad essa conseguenti. La seconda valutazione impone al giudice di mettere a confronto, da una parte, tali difficoltà, e, dall'altra, l'interesse all'entrata in vigore immediata della nuova disciplina.



autonomamente provveduto ad assicurare l'osservanza di un periodo transitorio nel dispositivo della sentenza<sup>324</sup>, sostituendosi così all'Amministrazione<sup>325</sup>.

Benché tale tipologia di intervento venga configurata come una *extrema ratio*, possibile solo nei casi in cui l'amministrazione non potesse fare fronte alle difficoltà derivanti dalla caducazione del provvedimento sospensivo<sup>326</sup>, e anche ammettendo che la scelta del Conseil d'Etat fosse lecita dal punto di vista formale, la sentenza *Techna* suscita comunque alcune perplessità.

In questo caso, il giudice ha oltrepassato un'ulteriore «barriera» frapposta tra i poteri del giudice amministrativo e i poteri dell'Amministrazione, arrogandosi il potere di conformare la disciplina vigente nel periodo successivo all'esercizio (ed esaurimento) del proprio potere giurisdizionale. Non può non constatarsi come, d'altronde, il giudice si sia chiaramente posto sullo stesso piano dell'Amministrazione, agendo in virtù della constatazione pragmatica dell'impossibilità per l'Amministrazione

---

<sup>324</sup> Così, F. Melleray, *L'entrée en vigueur différée d'une décision de rejet du juge de l'excès de pouvoir*, J.C.P. A., 8 gennaio 2007, 2001. *Contra*, G. Pellissier, *Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC ! – Une nouvelle dimension de l'office du juge*, R.J.E.P., Agosto 2008, étude n. 7, secondo il quale « *il s'agit bien du même pouvoir [de modulation utilisé dans l'arrêt AC !], utilisé dans une configuration qui semble devoir rester marginale, les décisions de rejet n'ayant en général pas pour effet de bouleverser les situations juridiques* ».

<sup>325</sup> Secondo P. Deumier, *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps: fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges*, R.T.D. Civ., 2007, 72, la modulazione degli effetti della sentenza di rigetto nasconde l'indebita creazione di una regola transitoria per l'applicazione del regolamento impugnato da parte del giudice.

<sup>326</sup> Così Cons. Etat, 27 ottobre 2007, *Société Techna*, cit., il cui *considérant* di principio dedicato alle conseguenze del rigetto della domanda di annullamento limita l'impiego del nuovo potere di modulazione ai casi in cui « *le rejet d'une requête tendant à l'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge administratif statuant en référé [...] est de nature, compte tenu des difficultés de tous ordres qui peuvent en résulter et auxquelles l'administration ne serait pas en état de parer immédiatement elle-même, à porter atteinte au principe de sécurité juridique [...], il appartient au juge administratif, le cas échéant d'office, d'apprécier, en prenant en compte tant les difficultés susmentionnées que l'intérêt général qui s'attache à l'entrée en vigueur des nouvelles dispositions, s'il y a lieu de décider que sa décision de rejet, en tant qu'elle met fin à la suspension précédemment prononcée, ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine et, en ce cas, de prescrire la publication de sa décision au Journal officiel de la République française.* » La sottolineatura è nostra. Conformemente alle condizioni fissate in *Techna*, il Conseil d'Etat si è mostrato molto parco nell'esercizio del potere di modulazione delle sentenze di rigetto, di cui ha fatto uso solo in Cons. Etat, 17 febbraio 2012, *Mme Arigon-Lali*, A.J.D.A., 2012, 354. La modulazione della misura cautelare era stata in quel caso disposta al fine di consentire agli operatori economici interessati dal rigetto del ricorso (e dalla caducazione della misura cautelare sospensiva) di adattarsi al cambiamento della disciplina applicabile alla loro attività.



di fare fronte alla situazione di instabilità normativa venutasi a creare per effetto della sentenza di rigetto.

### ***b. La modulazione degli effetti della misura cautelare***

Nel 2014, il Conseil d'Etat si è spinto ancora più lontano: posto di fronte a una fattispecie simile, ma per alcuni versi speculare a *Techna*, ha affermato il potere del giudice del merito di modulare gli effetti delle misure cautelari<sup>327</sup>.

La controversia trae origine dall'impugnazione di un decreto di fissazione del prezzo del farmaco orfano<sup>328</sup> Siklos, prodotto dalla società Addmedica. In via cautelare, il Conseil d'Etat aveva accolto la domanda di sospensione del provvedimento impugnato e aveva ordinato all'Amministrazione di fissare nuovamente il prezzo del farmaco<sup>329</sup>, tenendo conto del costo degli investimenti per la ricerca e lo sviluppo.

Ritenuta l'illegittimità del decreto impugnato, il Conseil d'Etat si era tuttavia trovato di fronte al problema seguente: se avesse annullato il provvedimento, la misura cautelare avrebbe perso efficacia, alla stregua del succitato art. L. 521-1 del *code de la justice administrative*, e sarebbe così venuto meno il decreto di fissazione del prezzo adottato in via cautelare. Per evitare che tale situazione rendesse impossibile commercializzare il farmaco, il Conseil d'Etat ha pronunciato l'annullamento, prevedendo altresì nel dispositivo della sentenza alcune «misure transitorie» volte ad assicurare la tutela della *sécurité juridique*. Nella specie, queste consistevano nel

---

<sup>327</sup> Cons. Etat, 14 maggio 2014, *Société Addmedica*, A.J.D.A., 2014, 1955, con nota di D. Connil, *Office du juge de l'annulation et modulation dans le temps des effets de la suspension ordonnée en référé*.

<sup>328</sup> Sono detti orfani i farmaci sviluppati per la cura di malattie rare.

<sup>329</sup> Tale misura era stata adottata nell'ambito della procedura di *référé-suspension*, che, alla stregua di un orientamento giurisprudenziale ormai consolidato, consente al giudice cautelare di formulare delle ingiunzioni finalizzate ad assicurare l'esecuzione dell'ordinanza di sospensione, su richiesta di parte, o anche d'ufficio, se necessarie: così, C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 6° ed., 2018, L.G.D.J., 468, e giurisprudenza ivi richiamata (le ingiunzioni possono sempre – anzi, devono – essere pronunciate d'ufficio quando la sospensione ha ad oggetto un provvedimento di diniego: cfr. C. Broyelle, *Les mesures ordonnées en référé*, R.F.D.A., 2007, 73).

prolungamento dell'efficacia del provvedimento cautelare sino alla data dell'emanazione di un nuovo provvedimento di fissazione dei prezzi<sup>330</sup>.

Come *Techna*, la sentenza in esame costituisce un'applicazione dei principi enunciati nella sentenza *KPMG* all'operato del giudice amministrativo: anche in questo caso, il giudice ha direttamente e dichiaratamente adottato le misure transitorie necessarie per evitare l'insorgere di un vuoto giuridico tale da pregiudicare sia l'attività economica della società *Addmedica*, sia la possibilità per i malati di acquistare l'unico medicinale disponibile sul mercato europeo per la cura dell'anemia falciforme<sup>331</sup>.

Pare tuttavia ancor più dubbia la compatibilità della sentenza *Addmedica* con le regole disciplinanti la tutela cautelare, almeno sotto due profili.

Quanto al primo profilo, come accennato *supra*, il *code de justice administrative* stabilisce espressamente che le misure cautelari perdono efficacia nel momento in cui il giudice del merito si pronuncia (art. 521-1 del *code de justice administrative*). Le

---

<sup>330</sup> Si riporta di seguito un estratto dei due *considérants* finali della sentenza in commento, nel quale vengono descritte le condizioni di operatività del nuovo potere del giudice: «*considérant que l'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge administratif statuant en référé produit en principe ses effets dès le prononcé de cette décision juridictionnelle ; que, toutefois, s'il apparaît que cette annulation est de nature, compte tenu des difficultés de tous ordres qui peuvent en résulter et auxquelles l'administration ne serait pas en état de parer immédiatement elle-même, à porter atteinte au principe de sécurité juridique, il appartient au juge administratif, le cas échéant d'office, d'apprécier s'il y a lieu de décider que sa décision d'annulation soit accompagnée de mesures transitoires destinées à assurer le respect de ce principe et, en ce cas, de prescrire la publication de sa décision au Journal officiel de la République française. [...] Considérant que l'annulation de la décision attaquée a pour effet, d'une part, d'interdire la vente des spécialités Siklos 100 mg et 1 000 mg aux prix initialement fixés par le comité économique des produits de santé et, d'autre part, de mettre fin aux prix temporairement fixés par une décision du 21 novembre 2012 du même comité, prise en application de l'article 2 de l'ordonnance du 6 novembre 2012 par laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la décision attaquée, de sorte que ces spécialités ne pourraient plus, à la date de la présente décision, être commercialisées, faute de disposer d'un prix de vente au public ; qu'en l'espèce, eu égard au principe de sécurité juridique qui s'attache à ce que les spécialités Siklos 100 mg et 1 000 mg puissent continuer à être commercialisées en l'attente de l'intervention d'une nouvelle décision du comité économique des produits de santé fixant leurs prix, il y a lieu de prévoir que les prix temporairement fixés par la décision du 21 novembre 2012 du comité continuent de s'appliquer jusqu'à l'intervention de cette nouvelle décision ; qu'il y a lieu, par suite, de prescrire la publication de la présente décision au Journal officiel de la République française.*»

<sup>331</sup> Così D. Connil, *Office du juge de l'annulation et modulation dans le temps des effets de la suspension ordonnée en référé*, A.J.D.A., 2014, 1955, secondo il quale la sentenza «*présente une parenté certaine avec la jurisprudence KPMG puisqu'il procède d'une logique identique. Cependant, il va aussi au-delà en ce que le juge administratif n'impose pas à l'autorité investie du pouvoir réglementaire d'édicter des mesures transitoires comme il le fait classiquement application de la jurisprudence KPMG. Ici, le Conseil d'Etat énonce lui-même les mesures transitoires qui s'imposent [...] Ainsi l'arrêt Addmedica [...] constitue, surtout, le prolongement d'une autre solution jurisprudentielle dégagée par le Conseil d'Etat en 2006, celui de l'arrêt société Techna.*»

Le misure adottate dall'amministrazione in esecuzione dell'ordinanza di *référé-suspension* sono anch'esse – ovviamente – sottoposte al principio di provvisorietà che informa la sospensione cautelare. La dottrina ritiene perciò che le decisioni con le quali l'Amministrazione si conforma all'ordinanza cautelare debbano necessariamente perdere i loro effetti quando la controversia viene decisa nel merito<sup>332</sup>. Il Conseil d'Etat ha esplicitamente configurato il nuovo potere consacrato in *Addmedica* come una deroga alla regola contenuta nell'art. 521-1 cit.<sup>333</sup>. In questo caso il giudice non si è infatti limitato, come in *Techna*, a differire gli effetti della sentenza, ottenendo indirettamente il prolungamento dell'efficacia delle misure cautelari; ha invece espressamente prolungato gli effetti di queste ultime, in contrasto con quanto previsto dalla legge.

In tale prospettiva, la sentenza presenta un'ulteriore profilo critico di non poco momento. Il *code* prevede che il giudice dei *référés* si pronunci solo sulla richiesta cautelare e non sul merito<sup>334</sup>. Viceversa, il giudice del merito non dovrebbe poter influire sulle misure cautelari – non ne avrebbe motivo - né, a rigor di logica, sulla loro operatività nel tempo: la modulazione della misura cautelare è stata quindi pronunciata non solo *contra legem*, ma anche da un giudice privo di competenza sul punto.

---

<sup>332</sup> D'altronde, come ricorda C. Broyelle, *Les mesures ordonnées en référé*, R.F.D.A., 2007, 73, «l'urgence est directement attributive de pouvoirs ; elle habilite [...] le juge à exercer des pouvoirs autres que ceux que les textes lui attribuent. [...] Du référé-liberté et du référé-suspension (mais peut-être aussi du référé conservatoire), émerge ainsi un juge des référés de droit commun, qui se présente comme un administrateur provisoire habilité à prendre les mesures qui, selon les situations, lui semblent nécessaires. » Venuta meno l'urgenza, dovrebbe cadere, ovviamente, anche il potere di «amministratore provvisorio» attribuito al giudice cautelare.

<sup>333</sup> È interessante notare come il Conseil d'Etat abbia qualificato la regola contenuta al secondo comma dell'art. 521-1 cit. come un «principio» - di cui è quindi possibile il bilanciamento con il principio di *sécurité juridique* - nel *considérant* di *Addmedica* (cfr. nota n. 96). La regola generale viene formulata in modo diverso («l'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge administratif statuant en référé produit **en principe** ses effets dès le prononcé de cette décision juridictionnelle») ma, alla luce del contesto, ha un significato equivalente a «la suspension prend fin au plus tard lorsqu'il est statué sur la requête en annulation ou en réformation de la décision». Un fenomeno analogo può essere riscontrato nella sentenza *Techna*, in cui il Conseil d'Etat ha così declinato la regola di cui all'art. 521-1 cit.: «considérant que le rejet d'une requête tendant à l'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge administratif statuant en référé a **en principe** pour effet que cet acte trouve ou retrouve application dès le prononcé de cette décision juridictionnelle [...]».

<sup>334</sup> L'art. 511-1 cit. prevede infatti che «le juge des référés statue par des mesures qui présentent un caractère provisoire. Il n'est pas saisi du principal [...]».

Tali osservazioni sono da mitigare alla luce del fatto che, nel caso in esame, la modulazione degli effetti della misura cautelare è stata pronunciata in favore della stessa società ricorrente (oltre che nell'interesse dei malati facenti uso del farmaco). Se fosse stato pronunciato un annullamento «ordinario», infatti, la società Addmedica non avrebbe potuto procedere all'immediata commercializzazione del farmaco : potrebbe quindi concludersi che il mantenimento temporaneo degli effetti della misura cautelare partecipa alla tutela giurisdizionale del ricorrente, assicurandogli l'utilità desiderata nelle more dell'adozione del nuovo atto di fissazione del prezzo del farmaco.

#### **δ. Le ragioni della modulazione: un tentativo di definizione della *sécurité juridique***

Analizzate le tecniche di modulazione del Conseil d'Etat, rimangono da esaminare le specifiche motivazioni poste a fondamento della limitazione degli effetti retroattivi delle sentenze di annullamento: tale analisi può infatti contribuire alla definizione del concetto di *sécurité juridique* accolto dal giudice amministrativo francese.

Sotto tale profilo, è possibile suddividere le sentenze del Conseil d'Etat in tre categorie.

##### ***a. Assicurare la continuità della disciplina giuridica : il rischio del vuoto giuridico e la tutela di beni giuridici fondamentali***

In primo luogo, la modulazione viene impiegata per fare sì che, in seguito all'annullamento di atti regolamentari o dalla portata generale, non si crei un vuoto giuridico. Tale obiettivo si ricollega direttamente all'esigenza di tutela della *sécurité juridique*: lo scopo della modulazione è di non privare una data materia della sua disciplina, ed evitare così sia l'incertezza sul regime giuridico applicabile in seguito

all'annullamento<sup>335</sup>, sia la lesione del bene giuridico che l'atto illegittimo era finalizzato a proteggere, nelle more del nuovo esercizio del potere<sup>336</sup>.

Più in generale, anche quando non viene specificato che la modulazione è finalizzata ad evitare il vuoto giuridico, un'esigenza analoga può essere desunta nei casi in cui il Conseil d'Etat si limita ad affermare che la modulazione è strumentale ad assicurare una continuità nella tutela di un interesse pubblico o di un bene giuridico di primaria importanza, o ancora la continuità del servizio pubblico<sup>337</sup>.

---

<sup>335</sup> Così, esplicitamente, Cons. Etat, 10 novembre 2010, *Département du Lot*, n. 337379; 10 novembre 2010 *Département de l'Ariège*, n. 337380; 21 maggio 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365; 17 marzo 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, 14 ottobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594; 29 agosto 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, tutte reperibili su [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 16 maggio 2008, *Département Val-de-Marne*, A.J.D.A., 2008, 965 et 1504, con nota di F. Crouzatier-Durand, *Le pouvoir normatif du juge administratif*, A.J.F.P., 2008, 228, con nota di M. Elfort, *Les péripéties du transfert des TOS: une annulation pour la forme*. In questa serie di sentenze, venivano annullati i decreti attuativi di una legge che aveva disposto il trasferimento di funzionari statali alle dipendenze degli enti locali. La modulazione era stata giustificata sulla scorta della necessità di preservare la *sécurité juridique* dei funzionari, nonché di non compromettere l'esercizio delle funzioni pubbliche negli enti locali. Conf., Cons. Etat, 9 luglio 2015, *Football club des Girondins Bordeaux et autres*, A.J.D.A., 2015, 1391, con nota di J. Pastor, *On ne transige pas sur les règles du jeu sportif* (in cui veniva annullato parzialmente e solo a partire da una data futura il regolamento dei campionati di calcio *Ligue 1* e *Ligue 2* al fine di non compromettere il campionato che si sarebbe aperto di lì a poco, nonché la partecipazione di alcune squadre come l'*AC Monaco* al campionato dell'anno precedente); 11 aprile 2012, *GISTI*, A.J.D.A., 2012, 936, con nota di X. Domino, A. Bretonneau, *Les aléas de l'effet direct* (in cui veniva annullato un decreto di attuazione del diritto alla casa – sancito dall'art. L-300-1 del *code de la construction et de l'habitation* - per violazione del principio di eguaglianza. La modulazione veniva giustificata alla luce della necessità di non lasciare inattuata la disposizione sino all'adozione del nuovo decreto); 3 marzo 2009, *Association Française contre les myopathies*, A.J.D.A., 2009, 461.

<sup>336</sup> Cfr, in questo senso, Cons. Etat, 9 luglio 2015, *Football club des Girondins Bordeaux et autres*, cit.; 23 dicembre 2013, *M6 et TF1, Lebon*, 322 (in cui veniva annullato un atto dell'Autorità garante dei mercati che vietava un'operazione di concentrazione; ne venivano tuttavia mantenuti gli effetti sino all'adozione di un nuovo atto al fine evitare un danno alla libera concorrenza); 11 aprile 2012, *GISTI*, cit.; 20 novembre 2010, *Département du Lot*, n. 337379, cit.; 10 novembre 2010 *Département de l'Ariège*, n. 337380, cit.; 21 maggio 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365, cit.; 17 marzo 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406, cit.; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, cit.; 14 ottobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594, cit.; 29 agosto 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, cit.; 16 maggio 2008, *Département Val-de-Marne*, cit..

<sup>337</sup> Il Conseil constitutionnel considera la continuità del servizio pubblico come un principio di rango costituzionale: cfr., in tal senso, Cons. const., 25 luglio 1979, n. 79-105 e 28 luglio 1987, n. 87-230, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

Ciò si verifica molto spesso: nella giurisprudenza, la modulazione è stata ricollegata all'esigenza di preservare la libera concorrenza<sup>338</sup>, l'ambiente<sup>339</sup>, il diritto alla casa<sup>340</sup>, il diritto all'educazione<sup>341</sup>, il diritto alla tutela della salute<sup>342</sup>, o, più in generale, la continuità del servizio sanitario<sup>343</sup>, la continuità del servizio televisivo<sup>344</sup> la continuità dei servizi primari di erogazione del gas e dell'elettricità<sup>345</sup>, la continuità e il buon andamento della funzione pubblica<sup>346</sup> o della giustizia<sup>347</sup>, il regolare svolgimento delle competizioni sportive<sup>348</sup>, e infine la garanzia dell'accessibilità dei disabili ai trasporti pubblici<sup>349</sup>.

Nei casi in cui la modulazione è finalizzata ad evitare il vuoto giuridico, il giudice mantiene gli effetti dell'atto sino sino a una data futura<sup>350</sup>, talvolta indicando all'Amministrazione di sostituire l'atto illegittimo entro tale data<sup>351</sup>. Come ha notato

---

<sup>338</sup> Cons. Etat, 23 dicembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6) et Société Télévision Française 1, Lebon*, 322, A.J.D.A., 2014, 4; 5 marzo 2008, *Société TF1 et autres, Lebon*, 91, con *conclusions* di T. Olson; 25 febbraio 2005, *France Télécom, Lebon*, 86, R.F.D.A., 2005, 802, con *conclusions* E. Prada-Bordenave; A.J.D.A., 2005, 997, con nota di C. Landais e F. Lenica, *Modulation dans le temps d'une décision de l'Autorité de régulation des télécommunications*.

<sup>339</sup> Cons. Etat, 24 aprile 2013, *GIFAM*, cit.

<sup>340</sup> Cons. Etat, 11 aprile 2012, *GISTI*, cit.

<sup>341</sup> Cons. Etat, 1 giugno 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale de la recherche publique*, n. 341775, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 23 dicembre 2011, *Danthony*, cit..

<sup>342</sup> Cons. Etat, 25 novembre 2015, *Fondation Jérôme Lejeune*, n. 370610, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 11 gennaio 2006, *Association des familles de victimes du saturnisme, Lebon*, 11.

<sup>343</sup> Cons. Etat, 28 dicembre 2016, *Fédération de l'hospitalisation privée*, n. 390060, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 21 novembre 2008, *Association des Hôpitaux sans but lucratif, Lebon*, 433.

<sup>344</sup> Cons. Etat, 5 marzo 2008, *Société TF1 et autres*, cit.

<sup>345</sup> Cons. Etat, 31 luglio 2009, *Ville de Grenoble, Lebon Tables*, 642.

<sup>346</sup> Cons. Etat, 20 novembre 2010, *Département du Lot*, n. 337379, cit.; 10 novembre 2010 *Département de l'Ariège*, n. 337380, cit.; 21 maggio 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365, cit.; 17 marzo 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406, cit.; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, cit.; 14 ottobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594, cit.; 29 agosto 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, cit.; 16 maggio 2008, *Département Val-de-Marne*, cit..

<sup>347</sup> Cons. Etat, 30 dicembre 2010, *M. Robert*, cit.; 19 dicembre 2008, *Kierzkowski-Chatal*, cit.; 8 luglio 2009, *Commune de Saint-Die-des-Vosges et autres, A.J.D.A.*, 2010, 398, con nota di M. Touzeil-Divina, *La redistribution des cartes...judiciaires*; 12 dicembre 2007, *Vignard*, cit.; 12 dicembre 2007, *Sire*, cit..

<sup>348</sup> Cons. Etat, 9 luglio 2015, *Football club des Girondins de Bordeaux et autres*, cit.

<sup>349</sup> Cons. Etat, 3 marzo 2009, *Association Française contre les myopathies*, cit.

<sup>350</sup> Cons. Etat, 9 luglio 2015, *Football club des Girondins Bordeaux et autres*, cit.; 23 dicembre 2013, *M6 et TF1*, cit.; Cons. Etat, 11 aprile 2012, *GISTI*, cit. ; 10 novembre 2010, *Département du Lot*, n. 337379, cit.; 10 novembre 2010 *Département de l'Ariège*, n. 337380, cit.; 21 maggio 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365, cit.; 17 marzo 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406, cit.; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, cit., 14 ottobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594, cit.; 29 agosto 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, cit.; 16 maggio 2008, *Département Val-de-Marne*, cit.

<sup>351</sup> Così, ad esempio, Cons. Etat, 23 dicembre 2013, *M6 et TF1*, cit.



parte della dottrina, la modulazione è utilizzata, in questi casi, per approntare un regime giuridico transitorio per il periodo intercorrente tra l'annullamento e l'adozione del nuovo atto, e non necessariamente per evitare che siano travolti gli effetti già prodotti dall'atto<sup>352</sup>. Così, il giudice amministrativo francese applica ai propri provvedimenti il principio generale espresso nella sentenza *KPMG*<sup>353</sup> nei confronti dell'autorità dotata del potere regolamentare, che può riassumersi nel modo seguente: se un nuovo regime giuridico è suscettibile di incidere in modo eccessivo sulle situazioni in corso, l'autorità è tenuta, in nome del principio generale di *sécurité juridique*, ad adottare delle misure di carattere transitorio<sup>354</sup>. Nel caso della modulazione, però, il regime transitorio non serve ad assicurare la conoscibilità della nuova normativa applicabile, bensì al mero esercizio di attività (non solo pubbliche, ma anche private) che sarebbero rese impossibili dall'assenza di una disciplina giuridica.

Tale uso della modulazione parrebbe infine essere ispirato dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia, che sovente impiega il potere attribuitogli dall'art. 264 TFUE al fine di non pregiudicare la certezza del diritto – intesa come *esistenza di una disciplina giuridica idonea a tutelare un dato bene giuridico* - nelle more dell'adozione di un nuovo atto<sup>355</sup>.

---

<sup>352</sup> X. Domino, A. Bretonneau, *Les aléas de l'effet direct*, A.J.D.A., 2012, 936.

<sup>353</sup> Cons. Etat ass., 24 mars 2006, *K.P.M.G.*, n. 288460, *Lebon*, 154; R.F.D.A. 2006, 463, con *conclusions* di Y. Aguila; *ibid.*, 483, con nota di F. Moderne, *Sécurité juridique et sécurité financière*, ; A.J.D.A., 2006, 1028, con nota di C. Landais e F. Lenica, *Sécurité juridique: la consécration*; *Ibid.*, 841, con nota di B. Mathieu, *La sécurité juridique entre au Conseil d'Etat*; *ibid.*, 897, con nota di F. Melleray, *L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique?*; D., 2006, 1190, con nota di P. Cassia, *La sécurité juridique: un «nouveau» principe général du droit aux multiples facettes*.

<sup>354</sup> Il Conseil d'Etat ha applicato il medesimo principio anche ai *revirement* du giurisprudenza, con una serie di decisioni inaugurate da Cons. Etat, 16 luglio 2007, *Tropic travaux de signalisation*, R.D.P., 2007, 1402, con *conclusions* di D. Casas; R.F.D.A., 2007, 917, con nota di F. Moderne, *Sur la modulation dans le temps des effets des revirements de jurisprudence*; A.J.D.A., 2007, 1964, con nota di P. Cassia, *Le nouveau recours contre le contrat: questions périphériques de procédure contentieuse*; L.P.A., 17 ottobre 2007, 10, con nota di F. Buy, *Revirement pour l'avenir: le Conseil d'Etat répond à la Cour de cassation*; *Gaz. Palais*, 27 settembre 2007, 10, con nota di P. Raimbault, *Retour sur l'adoption du revirement prospectif*.

<sup>355</sup> Sovente la Corte si premura anche di fissare un termine ultimo per l'adozione dell'atto sostitutivo, coincidente con la data alla quale l'annullamento produrrà i suoi effetti. In questo senso, cfr., da ultimo, *ex multis*, CGUE, 20 settembre 2017, *Tilly-Sabco SAS*, C-183/16, punti 122 ss.; 22 settembre 2016, *Parlamento c. Consiglio*, C- 14/15, punti 75 ss.; 7 settembre 2016, *Repubblica Federale di Germania c. Parlamento*, C-113/14, punti 79 ss.; 23 dicembre 2015, *Parlamento c. Consiglio*, C-595/14, punti 45 ss., tutte reperibili in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

Usata a tale scopo, la modulazione serve alla protezione della certezza del diritto intesa in senso oggettivo, poiché assolve a fini che interessano il buon andamento dell'attività amministrativa in settori di particolare importanza, e quindi, in ultima istanza, la generalità dei consociati.

***b. Salvaguardare la stabilità delle situazioni e degli atti giuridici già venuti ad esistenza : l'argomento «quantitativo» e l'argomento «qualitativo»***

In secondo luogo, il Conseil d'Etat giustifica la modulazione sulla scorta dell'elevato numero di situazioni potenzialmente coinvolte dall'annullamento, con un argomento che si potrebbe definire «quantitativo»: in questi casi, la motivazione contempla espressamente il *numero* di provvedimenti, contratti<sup>356</sup> o, in generale, di situazioni giuridiche che potrebbero essere rimesse in discussione per effetto della retroattività dell'annullamento<sup>357</sup>.

---

<sup>356</sup> Cons. Etat, 19 luglio 2017, *ANODE*, cit.; 23 dicembre 2013, *M6 et TF1*, cit.; 23 dicembre 2011, *Danthonny*, cit.; 10 febbraio 2010, *Perez, A.J.D.A.*, 2010, 561, con nota di G. Dreyfus, *Annulation du seuil de 20.000 euros pour les marchés passés selon une procédure adaptée*; 13 gennaio 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE, A.J.D.A.*, 2010, 1222; 5 marzo 2008, *Société TF1 et autres*, cit. Generalmente, tale numero non viene precisamente indicato, e risulta talvolta sconosciuto allo stesso *commissaire du gouvernement* o *rapporteur public* (in questo senso, cfr., per esempio, N. Boulouis, *Conclusions sous Cons. Etat, 10 février 2010, Perez*, in *R.J.E.P.*, maggio 2010, comm. n. 23, che ammetteva esplicitamente «*On ne connaît pas l'ampleur exacte des désordres possibles : ni le nombre de contrats d'un seuil inférieur à 20 000 euros, ni la proportion de ceux qui sont en cours d'exécution ou ont été passés ou sont complètement exécutés, ni au sein de ses masses tant la proportion de ceux qui auraient quand même fait l'objet d'une procédure transparente d'attribution que de ceux qui n'ont pas fait l'objet d'une telle procédure et pour lesquels l'abstention pourrait être justifiée par d'autres motifs qu'un montant inférieur au seuil. [...] Le nombre de ces litiges comme leur issue probable est impossible à évaluer.*»). E' difficile quindi stabilire quale sia il numero di atti che la retroattività debba minacciare perché il giudice possa ricorrere alla modulazione. Un indizio sul punto può essere tratto dalle *conclusions* di M. Guyomar alla vicenda *Commune de Nogent-le-Rotrou* (citate da M. Touzeil-Divina, *La redistribution des cartes judiciaires*, cit.) che aveva chiesto al giudice di non modulare, visto che l'annullamento rischiava di travolgere « solo » cento controversie in corso.

<sup>357</sup> Così Cons. Etat, 17 luglio 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, cit.; 15 maggio 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, cit.; 7 marzo 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, cit.; 20 novembre 2010, *Département du Lot*, cit.; 10 novembre 2010 *Département de l'Ariège*, n. 337380, cit.; 21 maggio 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365, cit.; 17 marzo 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406, cit.; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, cit., 14 ottobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594, cit.; 29 agosto 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, cit.; 16 maggio 2008, *Département Val-de-Marne*, cit

Le sentenze nelle quali viene impiegato l'argomento quantitativo possono essere suddivise in tre categorie.

Nella prima categoria possono essere fatti rientrare i casi in cui l'annullamento colpisce un atto generale o regolamentare : il giudice limita gli effetti retroattivi dell'annullamento al fine di evitare la fragilizzazione delle situazioni sorte sulla scorta dell'atto invalido. Si tratta dell'ipotesi classica, sulla scorta della quale, per esempio, è stato dapprima concepito il potere di modulazione del giudice europeo<sup>358</sup>.

In questi casi, viene tutelata la certezza del diritto di un gruppo di soggetti, la cui taglia e qualità varierà al variare dell'oggetto dell'atto annullato, o (surrettiziamente<sup>359</sup>) l'affidamento di questi in una situazione favorevole<sup>360</sup>.

La stessa cosa avviene nel secondo ordine di ipotesi in cui il giudice impiega l'argomento «quantitativo». Si tratta dei casi in cui, pur non potendo applicare la teoria del funzionario di fatto, il giudice si trova di fronte all'analoga esigenza di stabilizzare gli effetti di atti adottati da soggetti irregolarmente nominati o composti: l'argomento quantitativo è stato così impiegato per limitare gli effetti dell'annullamento nonché

---

<sup>358</sup> Cfr. art. 174, par. 2, TCEE e art. 231, par. 2, TCE, che sancivano la possibilità di modulare gli effetti dell'annullamento dei soli regolamenti.

<sup>359</sup> Manca infatti nelle sentenze considerate qualsiasi richiamo al principio di *confiance légitime*.

<sup>360</sup> Nel caso di Cons. Etat, 17 luglio 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, cit., che riguardava l'annullamento di atti regolanti l'accesso al titolo di chiropratico, la modulazione ha protetto la stabilità delle situazioni giuridiche (favorevoli) dei soli studenti in corso di formazione, o che avessero appena terminato quest'ultima ; allo stesso modo, in Cons. Etat, 10 febbraio 2010, *Perez*, cit., (in cui veniva annullato il decreto di modifica della disciplina degli appalti sotto soglia che elevava la soglia degli affidamenti diretti da 4.000 a 20.000 euro) venivano modulati gli effetti dell'annullamento in modo da preservare i contratti stipulati in seguito a affidamenti diretti di appalti di valore superiore a 4000 euro. A tal proposito, risulta altresì molto interessante Cons. Etat, 23 febbraio 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, R.F.D.A., 2005, 483, con *conclusions* di D. Casas, che non ha concesso la modulazione degli effetti dell'annullamento di alcune delle disposizioni di carattere regolamentare del codice degli appalti pubblici del 2004 che non garantivano sufficiente pubblicità alle procedure di evidenza pubblica. La sentenza non specificava le ragioni del diniego, ma queste possono essere ricavate dalla lettura delle conclusioni di Casas, che sosteneva l'opportunità di non limitare gli effetti dell'annullamento anche in virtù del fatto che gli enti locali avevano in realtà « previsto » che le disposizioni applicabili potessero essere illegittime, tanto da porre in essere misure di pubblicità delle gare non richieste dal codice. Potrebbe quindi desumersi che, in un caso siffatto, il giudice ritenga insussistente l'esigenza di tutelare l'affidamento delle parti contraenti.

degli atti di creazione di sezioni specializzate dei Tribunali civili<sup>361</sup> e degli atti di nomina di notai<sup>362</sup>, magistrati<sup>363</sup> e membri di organi collegiali<sup>364</sup>.

In tutti i casi citati, il giudice ha altresì invocato la necessità di tutelare la continuità dell'attività di pubblico rilievo<sup>365</sup>. Implicitamente, dunque, come nel caso della teoria del funzionario di fatto, la modulazione ha lo scopo di tutelare sia la stabilità delle situazioni giuridiche createsi in virtù degli atti compiuti dal soggetto la cui nomina è stata annullata, sia l'affidamento dei privati nell'apparenza del diritto<sup>366</sup>. Come la teoria del funzionario di fatto, tuttavia, la modulazione non protegge l'affidamento dei privati nella situazione favorevole, ma cristallizza tutte le situazioni giuridiche già sorte, che siano favorevoli o meno.

Nella terza categoria di sentenze, l'argomento «quantitativo» ha ad oggetto non già il travolgimento di molteplici situazioni giuridiche, quanto il rischio che l'annullamento dia luogo a un ulteriore contenzioso o richieste di rimborsi a catena, sia nei confronti di enti pubblici, sia nei confronti di soggetti privati. Si tratta di una variante del *floodgates argument* elaborato dalla giurisprudenza anglosassone, e ampiamente utilizzato nella giurisprudenza della Corte di Giustizia<sup>367</sup>. Tale argomentazione, tuttavia, non può, da sola, fondare la modulazione: come la Corte di

---

<sup>361</sup> Cons. Etat, 8 luglio 2009, *Commune de Saint-Die-des-Vosges*, cit..

<sup>362</sup> Cons. Etat, 28 settembre 2016, *M.C.*, cit.

<sup>363</sup> Cons. Etat, 30 dicembre 2010, *M. Robert*, cit.; 12 dicembre 2007, *Vignard*, cit.; 12 dicembre 2007, *Sire*, cit.

<sup>364</sup> Cons. Etat, 1 luglio 2016, *Union nationale des professions libérales*, *A.J.D.A.*, 2016, 2196 ;21, *Union Syndicale solidaires fonctions publiques*, *A.J.D.A.*, 2007, 7).

<sup>365</sup> Cons. Etat, 28 settembre 2016, *M.C.*, cit.; 8 luglio 2009, *Commune de Saint-Die-des-Vosges et autres*, cit.; 30 dicembre 2010, *M. Robert.*, cit.; 12 dicembre 2007, *Vignard*, cit.; 12 dicembre 2007, *Sire*, cit.

<sup>366</sup> Come è stato rilevato da G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, cit., 55, a proposito della teoria del funzionario di fatto, la continuità dell'esercizio della funzione pubblica presuppone la fiducia dei cittadini nella legittimità dell'attività del funzionario: le due esigenze sono dunque strettamente collegate.

<sup>367</sup> Sul punto, si veda, ad esempio, la giurisprudenza richiamata nella nota immediatamente successiva.

Giustizia<sup>368</sup>, il Conseil d'Etat<sup>369</sup> ha in via di principio escluso che la modulazione possa essere concessa per mere circostanze di carattere economico<sup>370</sup>. In realtà, come ha rilevato la dottrina<sup>371</sup>, nelle sentenze in cui viene menzionato, l'argomento economico<sup>372</sup> è, esplicitamente o implicitamente, al centro delle preoccupazioni del

---

<sup>368</sup> Nel *leading case* in materia di modulazione degli effetti della sentenza interpretativa (Corte di Giustizia CE, 8 aprile 1976, *Defrenne*, C-43/75, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)), a fronte della richiesta di Irlanda e Regno Unito di limitare gli effetti della pronuncia per evitare il moltiplicarsi di richieste di rimborso, il giudice comunitario ha precisato che «*benché le conseguenze pratiche di ogni pronuncia giurisdizionale vadano accuratamente soppesate, non si può tuttavia spingersi fino a distorcere l'obiettività del diritto od a comprometterne la futura applicazione, per tener conto delle ripercussioni che un provvedimento giurisdizionale può avere per il passato*»; la modulazione è stata invece disposta al fine di tutelare il legittimo affidamento degli operatori del settore. La ratio è chiara : consentendo alla modulazione per soli motivi di carattere finanziario, la Corte finirebbe, paradossalmente, per attenuare la sanzione delle violazioni più gravi del diritto comunitario commesse dagli Stati membri (così, *ex multis*, Corte di Giustizia CE, 23 maggio 2000, *Buchner*, C-104/98, *ibid.*, punto 41 ; 13 febbraio 1996, C-197/94, *Société Bautiaa*, punto 55, in [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu), in cui si afferma che «*le conseguenze finanziarie che potrebbero derivare ad un governo dall'illegittimità di una tassa o di un'imposta non hanno mai giustificato, di per sé, la limitazione degli effetti di una sentenza della Corte [...] Inoltre, limitare gli effetti di una sentenza fondandosi soltanto su considerazioni di questa natura porterebbe ad una sostanziale riduzione della tutela giurisdizionale dei diritti che i contribuenti traggono dalla normativa fiscale comunitaria*»; Corte di Giustizia, 11 agosto 1995, *F.G. Roders B.V.*, C-367/93, punto 48, in [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)). In realtà, la giurisprudenza della Corte di Giustizia sconta una certa ambiguità, come può evincersi dalla motivazione di Corte di Giustizia CE, 17 maggio 1990, *Barber*, punto 44, [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) o, ancora più vistosamente, Corte di Giustizia CE, 9 marzo 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, C-437/97, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), in cui, al punto 59, si giustifica la modulazione alla luce di «*motivi imperativi di certezza di diritto, [che] si oppongono a che siano rimessi in discussione rapporti giuridici che hanno esaurito i loro effetti nel passato, allorché questa rimessa in discussione perturberebbe retroattivamente il sistema di finanziamento dei Comuni austriaci*» : il rischio di incertezza del diritto e il *floodgates argument* sembrano sovrapporsi e formare un'unica argomentazione.

<sup>369</sup> Già nel *leading case* Cons. Etat, 11 maggio 2004, *Association AC!* cit., il giudice aveva specificato che «*la seule circonstance que la rétroactivité de l'annulation pourrait avoir une incidence négative pour les finances publiques et entraîner des complications pour les services administratifs chargés d'en tirer les conséquences ne peut, par elle-même, suffire à caractériser une situation de nature à justifier que le juge fasse usage de son pouvoir de modulation dans le temps des effets de cette annulation*». Tale affermazione è stata reiterata più volte : ad esempio, in Cons. Etat, ; 17 giugno 2011, *Canal +*, cit., 17 dicembre 2010, *SFIB*, *Association Que Choisir* cit. e 11 luglio 2008, *SIMAVELEC*, cit., in cui il giudice, pur adducendo motivazioni di ordine economico a fondamento dell'esercizio dei poteri di modulazione, si è curato di richiamare anche ragioni più generiche, inerenti alla *sécurité juridique*.

<sup>370</sup> Può notarsi che anche il Conseil Constitutionnel esclude, in generale, che il legislatore possa emanare delle *lois de validation* al solo fine di evitare ripercussioni di carattere economico: in questo senso, esplicitamente, cfr. Cons. Constitutionnel, 28 dicembre 1995, n. 95-369 DC, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>371</sup> A. Van Lang, *De l'usage du bilan dans l'après-jugement*, in A.A.V.V., *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, 1053 (cfr. part. 1079) e F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, *ibid.*, 139 (part. 152).

<sup>372</sup> L'argomento economico può essere veicolato anche implicitamente, invocando, per esempio, il rischio di travolgimento di contratti già stipulati dagli enti pubblici o dai concessionari del servizio pubblico: Cons. Etat, 19 luglio 2017, *ANODE*, cit.; 23 dicembre 2013, *M6 et TFI*, cit.; 23 dicembre 2011, *Danthonny*, cit.; 10 febbraio 2010, *Perez*, A.J.D.A., 2010, 561, con nota di G. Dreyfus, *Annulation*



giudice, ma l'importanza ad esso attribuita non emerge sempre chiaramente nella motivazione<sup>373</sup>.

La minimizzazione della rilevanza degli interessi economici dei soggetti privati nella motivazione della modulazione potrebbe essere ricondotta alla generale tendenza del giudice amministrativo francese a non ammettere esplicitamente che la modulazione possa essere disposta anche a tutela di interessi e valori che non abbiano carattere schiettamente generale; eppure, in generale, i casi in cui la modulazione viene disposta a tutela di interessi esclusivamente privati sono in realtà tutt'altro che infrequenti<sup>374</sup>. In questi casi, normalmente, è sempre la quantità di interessi – seppur privati – potenzialmente lesi da un annullamento retroattivo a fondare la scelta di modulare; tuttavia, vi sono stati casi in cui il giudice ha modulato a tutela dei soli interessi di un soggetto privato<sup>375</sup>.

Tale circostanza emerge molto chiaramente, per esempio, nella sentenza *Football Club des Girondins Bordeaux et autres*, in cui è stato annullato il regolamento del campionato *Ligue 1*, equivalente francese della Serie A<sup>376</sup>.

---

*du seuil de 20.000 euros pour les marchés passés selon une procédure adaptée*; 13 gennaio 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE, A.J.D.A.*, 2010, 1222; 5 marzo 2008, *Société TFI et autres*, cit.  
<sup>373</sup> Ad esempio, in Cons. Etat, 27 maggio 2011, *Laboratoires Pharma 2000 et autres, A.J.D.A.*, 2011, 1704, la modulazione è stata esplicitamente disposta solo in considerazione del fatto che, in caso di annullamento retroattivo, i costi di gestione delle richieste di rimborso sarebbero stati superiori ai rimborsi che i ricorrenti vittoriosi avrebbero potuto ottenere. In Cons. Etat, 2 dicembre 2011, *FNATH, R.D.S.S.*, cit., viene citato, elitticamente, il rischio comportato dall'annullamento retroattivo di una disposizione modificativa delle condizioni del rimborsi delle prestazioni sanitarie da parte dell'ente previdenziale sulla gestione dei rimborsi già effettuati dall'entrata in vigore della disposizione. Nelle sentenze Cons. Etat, 17 dicembre 2010, *SFIB, Association Que Choisir*, cit. ; 17 giugno 2011, *Canal +*, cit.; 11 luglio 2008, *SIMAVELEC*, cit., 11 maggio 2004, *Association AC!*, cit.. la modulazione viene disposta *in primis* per evitare le richieste di rimborsi; l'altra motivazione, inerente alla *sécurité juridique* («*la disparition rétroactive [...] serait à l'origine de graves incertitudes quant à la situation et aux droits [des individus concernés]*») risulta talmente generica da sembrare quasi pretestuosa.

<sup>374</sup> Come emerge chiaramente in alcuni dei casi di modulazione fondati sull'«argomento quantitativo». Tale circostanza è stata rilevata da J. Sirinelli, *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir, R.F.D.A.*, 2016, 529, che ha a tal proposito osservato che «*si le respect des situations des individus ne semble pas jouer un rôle prépondérant dans l'analyse du juge, l'intérêt général s'attachant à un maintien temporaire de ses effets étant primordial, certaines solutions témoignent occasionnellement de l'importance des intérêts privés. De ce point de vue, le mouvement de subjectivisation se développe mais le juge peut préférer mettre pudiquement un voile sur cette évolution. Ainsi la protection des intérêts personnels peut justifier, de manière exclusive, la modulation dans le temps des effets de l'annulation.*»

<sup>375</sup> Si veda, ad esempio, Cons. Etat, 5 marzo 2008, *Société TFI et autres*, cit.

<sup>376</sup> Cons. Etat, 9 luglio 2015, *Football club des Girondins Bordeaux et autres*, cit.



Dopo aver evocato il rischio del vuoto giuridico nell'imminenza dell'inizio del nuovo campionato al fine di giustificare il differimento degli effetti della sentenza, il giudice ha motivato la scelta di rendere definitivi gli effetti già prodotti osservando che, atteso che un annullamento retroattivo avrebbe comportato la necessaria squalifica della (sola) squadra *AS Monaco* dal campionato appena concluso, «*de telles conséquences rétroactives seraient, dans les circonstances de l'espèce, manifestation excessives*».

La sentenza dimostra che il travolgimento di *poche* situazioni giuridiche private non determina necessariamente il rigetto della domanda di modulazione, come sembravano sottendere alcune pronunce in cui è stato affermato il principio contrario<sup>377</sup>: nel giudizio sulla limitazione degli effetti della sentenza di annullamento rileva anche la *qualità* di tali situazioni.

In altri casi la protezione di situazioni di carattere individuale è stata disposta in modo ancora più chiaro: per esempio, in una sentenza del 2008, il Conseil d'Etat ha giustificato la modulazione alla luce dell'interesse generale allo sviluppo della televisione digitale, ma anche degli interessi della società affidataria delle frequenze di trasmissione digitale terrestre in base all'atto annullato<sup>378</sup>: è chiaro che la prima motivazione si sovrappone alla seconda, visto che l'annullamento avrebbe avuto come unica «vittima» la società affidataria delle onde.

***c. Il rischio di violazione del diritto europeo e la limitazione degli effetti dell'annullamento susseguente alla modulazione della sentenza pregiudiziale della Corte di Giustizia***

In terzo luogo, il giudice amministrativo francese impiega la modulazione per conformarsi all'ordinamento comunitario.

---

<sup>377</sup> Cfr., a tal riguardo, Cons. Etat, 6 settembre 2006, *Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT, Lebon Tables*, 1077 e 23 febbraio 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres, Lebon*, 71, in cui viene negata la modulazione in virtù delle poche situazioni giuridiche coinvolte.

<sup>378</sup> Cons. Etat, 5 marzo 2008, *Société TF1 et autres*, cit.

Ciò accade, in primo luogo, quando gli effetti retroattivi dell'annullamento darebbero luogo a una violazione (o un'ancor più grave violazione) del diritto comunitario, perché la misura farebbe sparire dall'ordinamento l'atto con cui è stata recepita una direttiva<sup>379</sup> oppure un atto necessario a garantire la tutela di principi cardine dell'ordinamento europeo, quale il principio della libera concorrenza nel mercato interno<sup>380</sup>.

In tali casi, la modulazione non è collegata ad esigenze di tutela della *sécurité juridique*, ma costituisce comunque un'applicazione del principio di proporzionalità in ambito giurisdizionale. Se, in generale, il giudizio di bilanciamento realizzato dal giudice pone a confronto l'obiettivo del ripristino della legalità violata e l'esigenza di stabilità delle situazioni giuridiche già costituite, la modulazione finalizzata alla conformazione al diritto europeo pone a confronto due contrapposte misure di salvaguardia della legalità: l'annullamento retroattivo e la modulazione, che consente di evitare di ricadere in una situazione di contrasto con il diritto europeo.

In tre casi recenti, il giudice ha limitato gli effetti della sentenza di annullamento per conformarsi alla modulazione della sentenza interpretativa della norma applicabile pronunciata dal giudice europeo<sup>381</sup>. Anche in questo caso, la modulazione assurge a strumento di tutela della legalità, permettendo un'applicazione del diritto europeo calibrata sulle indicazioni fornite dal giudice comunitario circa la decorrenza degli effetti della sentenza interpretativa. In tali ipotesi, la modulazione degli effetti dell'annullamento è stata indirettamente utilizzata per la tutela della *sécurité juridique*, visto che lo scopo perseguito dalla modulazione operata dal giudice europeo e dalla conseguente modulazione del giudice interno, è quello di tutelare l'affidamento dei cittadini nell'*apparenza del diritto*<sup>382</sup>.

---

<sup>379</sup> In questo senso, cfr. Cons. Etat, 9 giugno 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges*, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 24 luglio 2009, *CRII-GEN*, A.J.D.A., 2009, 1818, con nota di S.-J. Liéber et D. Botteghi, *Le Conseil d'Etat et la Charte de l'environnement: de prudentes avancées*; R.F.D.A. 2009. 963, con conclusioni di E. Geffray; *Constitutions*, 2010, 117, con nota di O. Le Bot, *L'abrogation implicite d'une loi par la révision constitutionnelle du 1er mars 2005*.

<sup>380</sup> Cons Etat, 25 febbraio 2005, *France Télécom*, cit..

<sup>381</sup> Cons. Etat, 7 dicembre 2016, *Allianz IARD*, cit.; 8 luglio 2016, *UNIS*, cit. e 8 luglio 2016, *Beaudout et fils*, cit.

<sup>382</sup> Secondo la giurisprudenza costante della Corte, gli effetti delle sentenze interpretative possono essere limitati solo al fine di preservare i rapporti giuridici costituiti in buona fede e di evitare il rischio

### **3. LE CONSEGUENZE DELL'INTRODUZIONE DEL POTERE DI MODULAZIONE DEGLI EFFETTI DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO: LA DIFFUSIONE DEL MODELLO AC!**

#### **a. Nella giurisprudenza del giudice amministrativo in funzione di juge de l'excès de pouvoir**

Il metodo del bilanciamento elaborato dalla giurisprudenza AC! ha costituito un modello innanzitutto per lo stesso giudice amministrativo: negli anni successivi al 2004, la giurisprudenza amministrativa è stata caratterizzata dall'emersione di diverse correnti giurisprudenziali tese a limitare gli effetti della sentenza di annullamento o addirittura ad infrangere il necessario sillogismo tra illegittimità del provvedimento e annullamento dello stesso. La particolarità di tali orientamenti non risiede tanto nel tentativo di stabilizzazione delle situazioni costitutesi sulla scorta dell'atto illegittimo, quanto piuttosto nell'operazione di bilanciamento a monte di tale stabilizzazione, in cui, come in AC!, vengono messe a confronto le esigenze di ripristino della legalità violata e le esigenze di tutela della *sécurité juridique*.

Un esempio di tale fenomeno è rappresentato da un orientamento giurisprudenziale emerso nei mesi successivi alla pubblicazione della sentenza AC!, in tema di conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto<sup>383</sup>.

---

di gravi inconvenienti (le due condizioni sono cumulative). Nel celebre *leading case* Corte di Giustizia CE, 8 aprile 1976, *Defrenne*, cit., è stato precisato che la buona fede degli operatori del settore sussiste qualora le istituzioni europee li abbiano indotti «per un lungo periodo, a tener ferme pratiche in contrasto con [il diritto europeo], benché non ancora vietate dal rispettivo diritto nazionale».

<sup>383</sup> C.A.A. Lione, 13 luglio 2004, *M. René Moreau*, A.J.D.A., 2004, 1824, con nota di F. Bourrachot, *La régularisation possible, à titre exceptionnel, d'un acte détachable annulé*; D.A., 2004, 36, con nota di G. Pellissier, *L'acte détachable peut-il être régularisé?*.

Prima che il giudice amministrativo ammettesse l'impugnazione diretta del contratto pubblico da parte di chiunque vi avesse un interesse certo e concreto<sup>384</sup>, l'unica possibilità per i terzi<sup>385</sup> di contestare l'esito della procedura di evidenza pubblica consisteva nell'impugnazione *pour excès de pouvoir* dell'*acte détachable*, ossia dell'atto amministrativo preliminare alla stipula del contratto<sup>386</sup>.

Una volta dichiarata l'illegittimità dell'*acte détachable*, il giudice del *plein contentieux*, investito di eventuali controversie riguardanti l'esecuzione del contratto, poteva dichiararne la nullità anche d'ufficio<sup>387</sup>: per tali motivi, l'annullamento dell'*acte détachable*, pur non comportando automaticamente o necessariamente l'inefficacia del contratto, contribuiva senz'altro alla sua fragilità<sup>388</sup>.

---

<sup>384</sup> Cons. Etat, 4 aprile 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, A.J.C.T., 2014, 375, con nota di S. Dyens, *Quand la sécurité juridique prime sur la légalité*, R.F.D.A. 2014, 425, con *conclusions* di B. Dacosta; *ibid.*, 438, con nota di P. Delvolvé, *De Martin à Bonhomme: le nouveau recours des tiers contre les contrats administratifs*. Sulle implicazioni delle particolari condizioni di ricevibilità del ricorso consacrate in *Tarn-et-Garonne*, cfr. F. Rolin, *Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne*, R.D.P., 2014, 1198.

<sup>385</sup> Ossia da coloro che non fossero parti del contratto, né concorrenti pretermessi (a partire dal 2007, con la sentenza Cons. Etat, 16 luglio 2007, *Tropic travaux de signalisation*, A.J.D.A., 2007 1577, con nota di F. Lenica e G. Boucher, *Recours des tiers contre les contrats et modulation dans le temps des effets des changements de jurisprudence: «never say never»*, il Conseil d'Etat ha ammesso l'impugnazione diretta del contratto da parte dei concorrenti pretermessi).

<sup>386</sup> Così, Cons. Etat, 4 agosto 1905, *Martin*, Sirey, 1906, III, 49, con nota di M. Hauriou. L'impugnazione del contratto era invece riservata alle parti o, dal 2007, ai contraenti pretermessi.

<sup>387</sup> Deve notarsi che tale potere è stato limitato da Cons. Etat, 28 dicembre 2009, *Béziers I*, R.F.D.A., 2009, 506, con *conclusions* di E. Glaser; *ibid.*, 519, con nota di D. Pouyaud, *L'office du juge du contrat alle ipotesi di vizi gravi*. Anche nella giurisprudenza *Béziers I*, relativa al potere di risolvere il contratto attribuito al giudice del *plein contentieux*, viene cristallizzato il metodo del bilanciamento, come emerge dal *considérant de principe*: «*Considérant, en premier lieu, que les parties à un contrat administratif peuvent saisir le juge d'un recours de plein contentieux contestant la validité du contrat qui les lie ; qu'il appartient alors au juge, lorsqu'il constate l'existence d'irrégularités, d'en apprécier l'importance et les conséquences, après avoir vérifié que les irrégularités dont se prévalent les parties sont de celles qu'elles peuvent, eu égard à l'exigence de loyauté des relations contractuelles, invoquer devant lui ; qu'il lui revient, après avoir pris en considération la nature de l'illégalité commise et en tenant compte de l'objectif de stabilité des relations contractuelles, soit de décider que la poursuite de l'exécution du contrat est possible, éventuellement sous réserve de mesures de régularisation prises par la personne publique ou convenues entre les parties, soit de prononcer, le cas échéant avec un effet différé, après avoir vérifié que sa décision ne portera pas une atteinte excessive à l'intérêt général, la résiliation du contrat ou, en raison seulement d'une irrégularité invoquée par une partie ou relevée d'office par lui, tenant au caractère illicite du contenu du contrat ou à un vice d'une particulière gravité relatif notamment aux conditions dans lesquelles les parties ont donné leur consentement, son annulation*».

<sup>388</sup> Ciò, soprattutto alla luce dell'orientamento giurisprudenziale secondo il quale, in seguito alla sentenza di annullamento, in alcuni casi l'Amministrazione sarebbe stata tenuta a impugnare il contratto oppure a recedere da esso (sul punto, cfr. L. Richer, *Conséquences de l'annulation d'un acte détachable*

Con la sentenza *René Moreau*, la Corte di Appello amministrativa di Lione aveva affermato che l'Amministrazione potesse, in casi eccezionali, «regolarizzare»<sup>389</sup> - con effetti retroattivi - l'atto di aggiudicazione viziato, al fine di evitare che l'annullamento dello stesso producesse delle conseguenze manifestamente eccessive sul contratto già stipulato.

La dottrina ha evidenziato l'influenza della giurisprudenza AC! sull'orientamento in esame<sup>390</sup>, che dal punto di vista teleologico, persegue, come la modulazione, l'obiettivo di limitare gli effetti destabilizzanti dell'annullamento dell'atto amministrativo e, dal punto di vista metodologico, adotta un modello di bilanciamento molto simile a quello inaugurato dalla sentenza AC!<sup>391</sup>.

In seguito ad alcune oscillazioni<sup>392</sup>, tale orientamento giurisprudenziale è stato in seguito confermato, seppur in termini parzialmente diversi, dal Conseil d'Etat, che ha affermato che, nell'ambito del giudizio di annullamento dell'*acte détachable*, il giudice deve verificare se tale misura, e la susseguente ingiunzione all'Amministrazione di recedere dal contratto, non comportino «*une atteinte excessive à l'intérêt général*»<sup>393</sup>.

---

*sur le contrat*, A.J.D.A., 1998, 169 e, per le successive evoluzioni della giurisprudenza, G. Le Chatelier, *La régularisation rétroactive de l'acte détachable du contrat*, A.J.C.T., 2011, 402).

<sup>389</sup> Secondo E. Fatôme e J.-F. Lafaix, *Attribution et consolidation des titres d'occupation du domaine public. Retour sur l'arrêt Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole*, A.J.D.A., 2017, 611, tale operazione consiste nell'eliminazione del vizio dall'atto, con effetti retroattivi, ossia, secondo le categorie del diritto amministrativo italiano, a una convalida.

<sup>390</sup> Cfr. G. Pellissier, *op. cit.*

<sup>391</sup> Il legame di filiazione tra la giurisprudenza AC! e la sentenza *René Moreau* è chiaramente identificabile nella formulazione del *considérant* di principio, alla stregua del quale «*lorsqu'un acte détachable d'un contrat a été annulé pour excès de pouvoir en raison d'un vice qui lui était propre, dépourvu de tout lien avec le contrat lui-même, et que l'effet rétroactif de cette annulation est de nature à emporter sur les effets du contrat des conséquences manifestement excessives, au regard du motif de l'annulation, la collectivité concernée peut, à titre exceptionnel, valider cet acte en lui substituant rétroactivement un nouvel acte, apuré du vice qui l'affectait.*»

<sup>392</sup> Cons. Etat, 8 giugno 2011, *Divonne-les-bains*, A.J.D.A., 2011, 1685, con nota di J.D. Dreyfus, *Tempérament au principe de non rétroactivité pour les actes administratifs en lien avec un contrat*; A.J.C.T., 2011, 402, con nota di G. Le Chatelier, *La régularisation rétroactive de l'acte détachable du contrat* in cui il Conseil d'Etat ha precisato che la regolarizzazione dell'*acte détachable* può avvenire a prescindere dalle conseguenze dell'annullamento sul contratto; l'unica condizione della regolarizzabilità rimane quella della natura del vizio dell'atto, che non deve derivare dalla violazione di norme poste a tutela della pubblicità o della parità d'accesso alla contrattazione pubblica.

<sup>393</sup> Cons. Etat, 28 gennaio 2013, *Flandre Morinie*, A.J.C.T., 2013, 303, con nota di M. Philip-Gay, *Le Conseil d'Etat précise la limitation de compétence d'une commission d'appel d'offre en période post-électorale*.

Un altro esempio dell'influenza del modello AC! sulla giurisprudenza successiva è rappresentato dalla sentenza *Dubruques*<sup>394</sup>, pronunciata in materia edilizia. Dopo l'affermazione, in via generale, del principio secondo il quale l'accoglimento di uno dei motivi dell'impugnazione determina l'annullamento dell'atto censurato, il giudice ha affermato che qualora le conseguenze dell'annullamento paiano eccessive, alla luce della gravità del vizio rilevato, l'atto *non può* essere annullato: se ciò risulta possibile, deve invece essere concesso all'Amministrazione un termine per regolarizzarlo<sup>395</sup>. Può osservarsi che la tecnica adottata dalla sentenza in esame ricorda altresì gli annullamenti condizionati di *Titran* e *Vassiliokitis*<sup>396</sup>, con la differenza che, in tali ipotesi, l'annullamento era stato effettivamente pronunciato, come si evince dal dispositivo delle sentenze richiamate. Le indicazioni riguardanti la regolarizzazione degli atti ritenuti viziati, fornite dal giudice, si atteggiano quindi come altrettante ingiunzioni «*a priori*», finalizzate a illustrare all'Amministrazione le corrette modalità di esecuzione delle sentenze di annullamento. Nel caso di *Dubruques*, invece, nel dispositivo indicava che «*il est sursis à statuer, jusqu'au 28 juin 2005, sur les requêtes présentées [...]*»: nelle more della convalida del provvedimento, il giudice si è astenuto dall'accogliere la domanda, pur fondata, dei ricorrenti, per «motivi di interesse generale», pur riservandosi di annullare l'atto in seguito, qualora le indicazioni fornite non fossero state osservate.

---

<sup>394</sup> T.A. Amiens, 24 maggio 2005, *Dubruques et autres*, A.J.D.A., 2005, 2416, con nota di F. Melleray, *L'annulation conditionnelle d'un permis de construire*.

<sup>395</sup> Anche in questo caso, nel *considérant* di principio riecheggia il «modello» AC!: «[Considérant] que le caractère fondé d'un moyen implique, en principe, l'annulation de l'acte administratif entaché d'illégalité ; que, toutefois, s'il apparaît, d'une part, que l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives eu égard à la portée du moyen d'annulation retenu et que, d'autre part, la décision administrative est susceptible d'être régularisée à bref délai, sans porter atteinte aux droits des requérants à un recours effectif, il appartient au juge administratif, après avoir examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause, de prendre en considération, d'une part, les conséquences de l'annulation pour l'intérêt général en cause et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif, une régularisation de l'acte; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé, à titre exceptionnel, à une annulation immédiate et, dans l'affirmative, de surseoir à statuer sur la requête afin de permettre, le cas échéant, une régularisation de l'acte, dans le respect du droit au recours des requérants, dans un délai qu'il détermine.»

<sup>396</sup> Su cui cfr. *supra*, Cap. I, 2, b., α.



## **b. Nella riforma costituzionale e nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel**

L'influenza della giurisprudenza *AC!* si è estesa anche al di fuori dai confini del giudizio di legittimità amministrativa: la metodologia della modulazione delle sentenze di annullamento elaborata dal Conseil d'Etat è stata, negli anni, eretta a modello anche dal Conseil constitutionnel, sia nell'ambito del sindacato di costituzionalità a priori sia, e soprattutto, nell'ambito del sindacato incidentale introdotto nel 2008.

Prima dell'introduzione della *question prioritaire de constitutionnalité* (QPC), il Conseil constitutionnel era uno dei pochi organi di giustizia costituzionale al mondo a vagliare la costituzionalità delle leggi solo in via preventiva<sup>397</sup>; di conseguenza, non si era mai trovato confrontato al problema delle ripercussioni delle proprie pronunce sui rapporti giuridici sorti sulla scorta della norma censurata. Cionostante, per effetto di un fenomeno qualificato dalla dottrina come di «*dissémination de la jurisprudence AC!*»<sup>398</sup>, il Conseil constitutionnel aveva già, in un'occasione, espressamente manipolato gli effetti della declaratoria di incostituzionalità, non già per tutelare la *sécurité juridique* dei cittadini, quanto per evitare la violazione dell'obbligo di

---

<sup>397</sup> Così G. Morbidelli, *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, 2016, 565. Per una ricostruzione dell'evoluzione della natura e dei poteri del Conseil Constitutionnel, cfr. G. Delledonne, *Il tempo ritrovato. La modulazione degli effetti temporali del Conseil Constitutionnel, prima e dopo l'avvento della QPC*, in D. Buttarini, M. Nicolini, *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Ed. Scientifiche, 2014, 221.

<sup>398</sup> Così, O. Dord, *Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC!*; *R.F.D.A.*, 2008, 1233.

recepimento di una direttiva<sup>399</sup>, emulando le pratiche già collaudate del giudice amministrativo<sup>400</sup>.

Nel 2008, con la legge costituzionale n. 2008-724, è stata introdotta, all'art. 61-1 della Costituzione francese, la possibilità di promuovere una questione incidentale di costituzionalità nell'ambito di un giudizio pendente davanti alle Corti superiori. Il dibattito che ha preceduto l'introduzione della QPC aveva dimostrato l'esistenza di preoccupazioni relative alla questione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità: ci si chiedeva come conciliare la rimozione della norma incostituzionale dall'ordinamento con l'esigenza di tutelare la *sécurité juridique*<sup>401</sup>, principio che, nel corso degli anni Duemila, aveva acquisito una crescente importanza. Come ricorda l'ex segretario generale del Conseil constitutionnel E. Schoettl, la sentenza *AC!* aveva suscitato grande interesse tra i membri del Conseil, che erano unanimi nel ritenere che, se fosse stato introdotto un controllo di legittimità costituzionale *a posteriori*, sarebbe stato necessario attribuire al giudice costituzionale il potere di modulare liberamente gli effetti della declaratoria d'incostituzionalità<sup>402</sup>.

---

<sup>399</sup> Cons. const. 19 giugno 2008, n. 2008-564 DC, A.J.D.A., 2008, 1614, con nota di O. Dord, *Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC!*; R.F.D.A., 2008, 1233, con nota di A. Roblot-Troizier e T. Rambaud, *L'environnement au coeur des évolutions du Conseil constitutionnel*; L.P.A., 3 dicembre 2008, 8, con nota di F. Barque, *Le Conseil constitutionnel et la censure à effet différé*. La decisione è stata fortemente criticata, perché ritenuta in diretto contrasto con l'art. 62 Cost., che nella formulazione precedente alla riforma del 25 luglio 2008, prevedeva «une disposition déclarée inconstitutionnelle ne peut être promulguée ni mise en application»: così O. Dord, *op.cit.*, e F. Barque, *op. cit.*. Occorre precisare che la decisione n. 2008-564 QPC non rappresentava la prima dimostrazione dell'atteggiamento «conseguenzialista» (cfr. *infra*) del Conseil: come evidenzia G. Delledonne, *op. cit.*, 227 ss., il Conseil aveva precedentemente fatto uso di varie tecniche di modulazione degli effetti temporali delle decisioni pronunciate in via preventiva. Una prima tecnica consiste nella «*censure virtuelle*» mediante la quale il Conseil rileva la possibilità dell'incostituzionalità della norma, senza tuttavia dichiararla, al fine di dare al legislatore stesso modo di correggere le criticità rilevate, anche entro un determinato termine fissato dallo stesso Conseil. Sulla tecnica della «*censure virtuelle*», cfr. D. Rousseau, *Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1997-1998*, R.D.P., 1999, 63 e F. Barque, *Le Conseil constitutionnel et la technique de la «censure virtuelle» : développements récents*, R.D.P., 2006, 1409.)

<sup>400</sup> Analogamente, nella giurisprudenza amministrativa, la modulazione viene sovente giustificata in virtù della necessità di evitare l'eliminazione *ex tunc* dell'atto che recepisce una direttiva o applica un regolamento europeo: così Cons. Etat, 25 febbraio 2005, *France Télécom* cit.; Cons. Etat, 24 luglio 2009, *CRII GEN* cit.; Cons. Etat, 17 giugno 2011, *Canal + distribution*, cit.; Cons. Etat, 9 giugno 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges*.

<sup>401</sup> Così M. Disant, *Les effets dans le temps des décisions de QPC*, *Nouveaux Cahiers Const. n. 40* (Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC), 2013.

<sup>402</sup> Così, testualmente, E. Schoettl, *Ce fut AC !*, A.J.D.A., 2014, 116.

Il legislatore costituzionale francese si è mostrato sensibile a tale esigenza, prevedendo, all'art. 62 Cost., che *«une disposition déclarée inconstitutionnelle sur le fondement de l'article 61-1 est abrogée à compter de la publication de la décision du Conseil constitutionnel ou d'une date ultérieure fixée par cette décision. Le Conseil constitutionnel détermine les conditions et limites dans lesquelles les effets que la disposition a produits sont susceptibles d'être remis en cause»*.

Come si evince dal tenore della norma, si è voluto attribuire al Conseil constitutionnel il potere di modulare gli effetti della propria decisione sia dal punto di vista temporale, differendo tali effetti, sia dal punto di vista «qualitativo», determinando, volta per volta, le condizioni e i limiti entro i quali gli effetti che la norma incostituzionale ha prodotto possano essere rimessi in discussione.

Il margine di manovra attribuito al Conseil risulta ben maggiore rispetto a quello concesso ai suoi omologhi dall'art. 140 co. 5 della Costituzione austriaca<sup>403</sup> o dall'art. 190 della Costituzione polacca, che consentono agli organi di giustizia costituzionale di differire gli effetti delle pronunce di 18 mesi al massimo, o ancora dell'art. 282, co. 4 della Costituzione portoghese<sup>404</sup>, che limita l'esercizio del potere di modulazione ai casi in cui ciò sia imposto da esigenze di tutela della «certezza del diritto, dell'equità o di un interesse pubblico di eccezionale rilievo».

Al contrario, l'art. 62 Cost. lascia al Conseil constitutionnel una grande libertà anche quanto alle motivazioni da porre a fondamento dell'esercizio del potere di modulazione. La previsione, infatti, neppure contiene una formula analoga a quella, già ampia, contemplata dall'art. 8, co. 3, della legge speciale sulla Corte costituzionale belga, che specifica che la modulazione può essere disposta *«si la Cour l'estime nécessaire»*<sup>405</sup>.

---

<sup>403</sup> L'art. 140, co. 5 della legge costituzionale federale austriaca recita: *«[...] Die Aufhebung tritt am Tage der Kundmachung in Kraft, wenn nicht der Verfassungsgerichtshof für das Außerkrafttreten eine Frist bestimmt. Diese Frist darf 18 Monate nicht überschreiten.»*

<sup>404</sup> L'art. 282, co. 4 della Costituzione portoghese del 1976 prevede che *«Quando a segurança jurídica, razões de equidade ou interesse público de excepcional relevo, que deverá ser fundamentado, o exigirem, poderá o Tribunal Constitucional fixar os efeitos da inconstitucionalidade ou da ilegalidade e com alcance mais restrito do que o previsto nos n.os 1 e 2.»* In Portogallo, la pronuncia di incostituzionalità produce, in generale, un effetto di annullamento *ex tunc*.

<sup>405</sup> Come in Portogallo, in Belgio la pronuncia di incostituzionalità produce effetti *ex tunc*. L'art. art. 8, co. 3, della legge speciale sulla Corte costituzionale del 6 gennaio 1989 prevede che *«Si la Cour l'estime*

Addirittura, potrebbe sostenersi, leggendo l'art. 62, che il costituente non abbia voluto stabilire alcuna «regola» quanto agli effetti della decisione di incostituzionalità<sup>406</sup>, rimettendo la questione al libero apprezzamento del Conseil. Tale assunto pare confermato dalla stessa giurisprudenza del Conseil constitutionnel, a cui, di fatto, è spettato di stabilire quali siano, in generale, gli effetti delle proprie decisioni.

Nel 2011, dopo alcuni tentennamenti<sup>407</sup>, il Conseil stesso ha precisato, in via generale, che «*la disposition déclarée contraire à la Constitution ne peut être appliquée dans les instances en cours à la date de la publication de la décision du Conseil constitutionnel*»<sup>408</sup>. In modo non dissimile da quanto accade in Italia, il Conseil ha quindi attribuito alle proprie pronunce un effetto di «retroattività processuale»<sup>409</sup>, con la precisazione, tuttavia, che alle situazioni giuridiche sorte prima della pronuncia, ma non (ancora) oggetto di un processo alla data della pronuncia, continua ad applicarsi la norma dichiarata incostituzionale<sup>410</sup>.

Tale conclusione si rendeva d'altronde necessaria - per ragioni di eguaglianza - in seguito all'affermazione del principio secondo il quale, al fine di garantire l'utilità della QPC, la pronuncia di incostituzionalità deve produrre i suoi effetti almeno nel giudizio nell'ambito del quale è stato richiesto il rinvio (c.d. effetto di *prime au requérant*)<sup>411</sup>.

---

*nécessaire, elle indique, par voie de disposition générale, ceux des effets des dispositions annulées qui doivent être considérés comme définitifs ou maintenus provisoirement pour le délai qu'elle détermine.»*

<sup>406</sup> M. Verpeaux, *Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel*, R.F.D.A., 2011, 807.

<sup>407</sup> Sul punto, cfr. P. Deumier, *Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles*, *Nouveaux Cahiers Const.*, 2015, n. 47, 65.

<sup>408</sup> Cons. const., 25 marzo 2011, n. 2010-108 QPC e 2010-110 QPC.

<sup>409</sup> L'espressione è di T. Di Manno, *La modulation dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, R.F.D.A., 2004, 700. L'utilizzo della nozione di «retroattività» in tema di effetti delle pronunce di incostituzionalità deve essere accompagnato da cautele. Come precisa G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale* (voce), *Enc. Dir.*, vol XXXVI, Giuffrè, Milano, 1989, 633 ss., «*se si vuol parlare di retroattività, occorre almeno chiarire che si tratta di un caso particolare per il quale non si determina alcuna successione fra discipline sostanziali*». La cd. retroattività delle pronunce di incostituzionalità non consiste dunque «*nell'emanazione di una regola sostanziale nuova riferita a rapporti anteriori ma, per così dire, in un'interferenza processuale conseguente alle nuove norme utilizzabili dai giudici per definire i vecchi giudizi. Non si ha insomma una qualificazione ora per allora di situazioni e rapporti anteriori disciplinati da una diversa norma sostanziale, ma le conseguenze retroattive sono solo indirette [...]*».

<sup>410</sup> Il meccanismo viene giustificato in virtù della necessaria protezione della stabilità delle situazioni giuridiche. Si tenga conto del fatto che in Francia manca una norma equivalente all'art. 30, co. 3, l. 11 marzo 1953, n. 87.

<sup>411</sup> Così Cons. const., 3 dicembre 2009, n. 2009-595 DC. In applicazione del principio, il Conseil Constitutionnel ha specificato che, nell'ipotesi in cui il giudice a *quo*, abbia ritenuto, per motivi di

La limitazione degli effetti della pronuncia di incostituzionalità alle sole controversie già in corso all'epoca della pronuncia – disposta al fine dichiarato di tutelare la stabilità delle situazioni sorte sulla scorta della norma dichiarata incostituzionale – non ha tuttavia mancato di suscitare alcune perplessità<sup>412</sup>.

Malgrado la fissazione di tale regola, tesa a limitare gli effetti delle pronunce di incostituzionalità, dal 2010 al 2014, il Conseil ha modulato gli effetti delle proprie decisioni in un terzo dei casi di accoglimento delle *questions prioritaires*<sup>413</sup>. Nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel, lungi dall'essere eccezionale, la valutazione degli effetti della pronuncia diventa sistematica, in un movimento di emulazione della logica «conseguenzialista»<sup>414</sup> tipica della giurisprudenza del Conseil d'Etat degli ultimi anni.

Anche nella formula impiegata dall'organo di giustizia costituzionale per giustificare la scelta di modulare gli effetti delle sue pronunce riecheggia chiaramente la giurisprudenza AC!: il Conseil Constitutionnel differisce gli effetti della pronuncia - facendoli decorrere da una data futura, oppure escludendone l'operatività per le controversie in corso - sulla scorta delle possibili «*conséquences manifestement excessives*» della pronuncia<sup>415</sup>. Nella maggior parte dei casi tali conseguenze si traducono nel *vulnus* di un'altro principio di rango costituzionale, oppure –

---

urgenza, di non sospendere il processo (come consente l'art. 23-2 della *loi organique* 7 novembre 1958 sul Conseil Constitutionnel, introdotto dalla *loi organique* 20 dicembre 2009, n. 2009-1523) e si sia, nelle more, pronunciato nel merito, «*ni [l'art. 23-3], ni l'autorité de la chose jugée ne sauraient priver le justiciable de la faculté d'introduire une nouvelle instance pour qu'il puisse être tenu compte de la décision du Conseil constitutionnel*».

<sup>412</sup> O. Bonnefoy, *L'effet immédiat contentieux des incostitucionalités prononcées à posteriori : de la consécration à l'abandon d'un principe contestable*, intervento al XIX convegno nazionale dell'AFDC, Lione 2014, in [www.droitconstitutionnel.org](http://www.droitconstitutionnel.org). L'autore ha tuttavia riscontrato che, dal 2011 al 2014, al di fuori dei casi in cui ha differito gli effetti della pronuncia, nella maggior parte delle ipotesi, il Conseil Constitutionnel ha esteso gli effetti della pronuncia anche «*aux affaires nouvelles*».

<sup>413</sup> E. Bottini, *Relazione sulla Francia*, in A.A.V.V., *Problematiche finanziarie degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Servizio studi della Corte Costituzionale, 2014.

<sup>414</sup> Così, in senso critico, M. Disant, *Les effets dans le temps des décisions QPC*, *Nouveaux Cahiers Const.*, 2013, n. 40, 63, che rileva, nelle sentenze del Conseil, un «*raisonnement conséquentialiste qui consiste à se projeter trop avant dans les paramètres de réintroduction de la QPC dans le procès principal et dans tous ceux qui sont susceptibles de faire application des dispositions examinées*».

<sup>415</sup> *Ex multis*, tra le più recenti, cfr. Cons. const., 2 marzo 2018, n. 2017-694 QPC; 16 febbraio 2018, n. 2017-617 QPC; 2 febbraio 2018, decisione n. 2017-688 QPC; 24 novembre 2017, n. 2017-675 QPC; 4 agosto 2017, n. 2017-468 QPC; 9 giugno 2017, n. 2017-635 QPC; 20 novembre 2015, n. 2015-499 QPC; 20 marzo 2015, n. 2014-457 QPC; 6 giugno 2014, n. 2014-397 QPC, reperibili in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

classicamente – nel rischio di lesione della *sécurité juridique* dovuto al travolgimento di un gran numero di rapporti giuridici in corso<sup>416</sup>.

La giurisprudenza del Conseil mostra perciò un chiaro legame di filiazione con la giurisprudenza AC!, sia quanto all'individuazione delle ragioni che impongono di limitare gli effetti della sentenza, sia quanto alla metodologia impiegata. Come il Conseil d'Etat, il Conseil constitutionnel esercita il potere attribuitogli dall'art. 62 co. 2 Cost. realizzando prima una valutazione delle conseguenze attese della pronuncia di incostituzionalità e, susseguentemente, un bilanciamento tra costi e vantaggi della pronuncia. Come nel giudizio di legittimità, anche nella valutazione di conformità alla Costituzione, la modulazione ha introdotto «*une dose non négligeable de concrétisation dans le contrôle abstrait*»<sup>417</sup>.

### **c. La giurisprudenza AC!, fonte di ispirazione per il legislatore**

Le tecniche di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento hanno da ultimo costituito un modello per il legislatore francese che, almeno in due casi recentissimi, si è chiaramente ispirato alla giurisprudenza AC! nel disciplinare i poteri del giudice civile e amministrativo<sup>418</sup>.

Nel 2016, è stata introdotta la possibilità, per sindacati e associazioni, di esperire davanti al giudice amministrativo un'azione collettiva tesa ad ottenere, a favore di una categoria di soggetti titolari di interessi omogenei, il riconoscimento di diritti derivanti

---

<sup>416</sup> P. Deumier, *op. cit.* Si noti che nelle sentenze più recenti la motivazione della modulazione tende ad assumere un carattere estremamente sintetico: il Conseil constitutionnel si limita spesso a richiamare le «*conséquences manifestement excessives*» di una «*abrogation immédiate*», senza specificare in cosa consistano tali conseguenze. In questo, il Conseil Constitutionnel procede come il Conseil d'Etat, che secondo D. Truchet, *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat: retour aux sources et équilibre*, E.D.C.E., 1999, n. 50, 361 (part. 370), «*n'explique pas l'intérêt général: il le déclare, en donnant le sentiment de faire un constat de bon sens, évident ou relevant de la nature des choses*».

<sup>417</sup> P. Deumier, *op. cit.*

<sup>418</sup> Così, D. Baugard, *Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire*, *D. Soc.*, 2018, 59.



da atti normativi<sup>419</sup>. Nel disciplinare quali siano i poteri del giudice nel riconoscimento di tali diritti (egli può, per esempio, determinare le condizioni di fatto e di diritto in presenza delle quali il diritto operi), il legislatore ha precisato che «*s'il [...] apparaît [au juge] que la reconnaissance de ces droits emporte des conséquences manifestement excessives pour les divers intérêts publics et privés en présence, il peut déterminer les effets dans le temps de cette reconnaissance*», adottando una formula in cui riecheggia chiaramente il *considérant* di principio della sentenza AC!. L'opportunità dell'attribuzione di un potere di modulazione era stata esplicitamente richiesta nel rapporto Bélaval sull'azione collettiva nel diritto amministrativo, in cui si sottolineava che «*l'action collective, précisément parce qu'elle est susceptible d'avoir des conséquences sérielles, devrait logiquement devenir terrain d'élection pour une modulation dans le temps des effets de la décision juridictionnelle*»<sup>420</sup>. L'attribuzione del potere di modulazione al giudice ha suscitato le perplessità di una parte della dottrina: è stato infatti notato che il carattere seriale delle azioni potrebbe contribuire a giustificare una sistematica modulazione degli effetti del riconoscimento dei diritti, vanificando del tutto la tutela che il legislatore intendeva approntare attraverso l'introduzione dell'azione<sup>421</sup>.

Un analogo potere di modulazione è stato attribuito al giudice civile, con riferimento ai giudizi di annullamento degli accordi collettivi, dall'art. 4 della recentissima *ordonnance*<sup>422</sup> n. 2017-1385 del 22 settembre 2017<sup>423</sup>, modificativo

---

<sup>419</sup> L'azione, denominata *action en reconnaissance de droits* e disciplinata agli artt. L-77-12-1 ss. del *Code de justice administrative*, è stata introdotta dall'art. 93 della legge del 18 novembre 2016, denominata «*Loi de modernisation de la justice du XXIème siècle*».

<sup>420</sup> P. Bélaval, L. Hemlinger, P. Mindu, A. Courrèges, A. Levasseur, *L'action collective en droit administratif français*, Conseil d'Etat, 2009, pubblicato in <https://hal.archives-ouvertes.fr>, 20.

<sup>421</sup> O. Mamoudy, *L'action en reconnaissance de droits*, *A.J.D.A.*, 2016, 2264, che in particolare rilevava: «*la modulation temporelle pourrait ôter tout effet utile à l'action en privant les intéressés des droits pourtant reconnus, droits dont ils ne pourraient plus se prévaloir ensuite dans le cadre d'une requête individuelle ou devant l'administration, étant donnée l'autorité de la décision faisant droit à l'action. Cette possibilité risque donc de ruiner l'intérêt de telles actions*».

<sup>422</sup> L'*ordonnance* è, nel sistema delle fonti francese, un atto adottato dal Governo in materie di competenza legislativa del Parlamento, su delega (*loi d'habilitation*) di quest'ultimo (cfr. art. 38 della Costituzione). Le *ordonnances* devono essere successivamente ratificate dal Parlamento; in caso di mancata presentazione del progetto di ratifica entro il termine fissato dalla *loi d'habilitation*, «*elles deviennent caduques*». L'*ordonnance* ha valore regolamentare, ed è perciò sindacabile dal giudice amministrativo, sino alla sua ratifica; se validamente ratificata, acquista valore di legge.

<sup>423</sup> Reperibile su [www.legifrance.fr](http://www.legifrance.fr).

dell'art. L 2262-15 del codice del lavoro. L'attribuzione di un potere di modulazione al giudice ordinario era già stata prospettata dalla dottrina, che aveva notato le similitudini tra il giudizio di annullamento dell'atto amministrativo e il giudizio di annullamento degli accordi collettivi<sup>424</sup>.

La novella prevede che al giudice è consentito di determinare che l'annullamento produrrà i suoi effetti solo *ex nunc*, oppure da un'altra data, con l'unico limite della salvezza delle impugnazioni già proposte alla data della sentenza nei confronti degli atti adottati sulla scorta dell'atto illegittimo.

Il potere di modulazione disciplinato dalla nuova *ordonnance* è legato alla sussistenza di due presupposti alternativi: il rischio che la retroattività dell'annullamento comporti delle conseguenze «*manifestamente eccessive, avuto riguardo sia alle situazioni costituite sul fondamento del contratto da annullarsi, sia degli effetti che l'atto ha prodotto, oppure all'ipotesi in cui il mantenimento degli effetti già prodotti dall'atto risponda ad un interesse generale*». Evidentemente, anche in questo caso, la norma è stata pensata erigendo a modello il *considérant* di principio di AC!, tanto che la dottrina, osservando che la formulazione generica della disposizione solleverà senz'altro dei degli interrogativi circa le modalità di applicazione della modulazione, ha preconizzato che questi saranno risolti alla luce della giurisprudenza AC!<sup>425</sup>. L'introduzione del potere di modulazione dell'annullamento degli accordi collettivi ha anch'esso suscitato alcune preoccupazioni circa la possibile compressione delle garanzie di tutela offerte ai lavoratori<sup>426</sup>.

---

<sup>424</sup> P. Deumier, *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges*, R.T.D. Civ., 2007, 72 ; P. Sargos, *L'horreur économique dans la relation de droit*, Dr. Soc., 2006, 123.

<sup>425</sup> D. Baugard, *Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire*, cit., 59.

<sup>426</sup> F. Batard, M. Grevy, *Securitas omnia corrumpit*, Rev. droit trav., 2017, 663, che constatavano «*c'est au nom de [l'impératif de sécurité juridique] que les ordonnances du 22 septembre tendent à évincer toujours plus le juge judiciaire des rapports de travail. [...] La volonté politique de «sécuriser» - i.e. mettre l'employeur à l'abri du «risque» contentieux - se manifeste [...] par l'encadrement de l'office du juge et des sanctions, soit en sauvegardant la légalité de la décision patronale, soit en limitant les conséquences de l'illégalité*».

## II. Giudizio di legittimità e limitazione degli effetti della sentenza di annullamento in Italia

---

### 1. IL GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ: ORIGINI E CARATTERISTICHE

#### a. Le origini del giudizio di legittimità: le ragioni della retroattività

Con l'art. 3 l. 31 marzo 1889, n. 5992, veniva istituita la quarta sezione del Consiglio di Stato, deputata a decidere sui «ricorsi per incompetenza, per eccesso di potere o per violazione di legge contro atti e provvedimenti di un'autorità amministrativa o di un corpo amministrativo deliberante che abbiano ad oggetto un interesse d'individui o di enti morali giuridici, quando i ricorsi medesimi non siano di competenza dell'autorità giudiziaria, né si tratti di materia spettante alla giurisdizione o alle attribuzioni contenziose di corpi o collegi speciali».

La scelta di rinunciare al sistema monistico istituito con dalla legge di abolizione del contenzioso amministrativo nasceva dalla constatazione del fallimento di quest'ultimo<sup>427</sup>: da una parte, l'art. 3 dell'allegato E della legge 20 marzo 1865, n. 2248, che prevedeva una serie di garanzie procedurali per il cittadino, non fu mai applicato perché considerato norma programmatica; dell'altra, l'Amministrazione, in

---

<sup>427</sup> Sulla storia delle origini della giustizia amministrativa in Italia, cf. A. Salandra, *La giustizia amministrativa in Italia*, Unione Tipografico-editrice, Torino, 1893; L. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura civile*, vol. I, Dott. F. Vallardi, Milano, 1923, 328 ss.; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Dott. F. Vallardi, Milano, 1911, 376 ss., e più recentemente A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 12° ed. rivista e aggiornata, Giappichelli, Torino, 2018, 18 ss.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 6° ed., Il Mulino, 2002, 67 ss.; G. D'Angelo, *Lodovico Mortara e il diritto amministrativo prima delle riforme crispine*, in L. Mortara, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione (1886-1887)*, Jovene, Napoli, 2013, LVII; B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1985, 170.

funzione contenziosa, non garantì una tutela effettiva degli «interessi» del cittadino<sup>428</sup>. Ad aggravare il quadro contribuirono le posizioni espresse dal Consiglio di Stato – organo inizialmente incaricato di risolvere gli eventuali conflitti<sup>429</sup> - che, di fatto, tendeva ad escludere la giurisdizione del giudice ordinario ogni qual volta venisse in rilievo un provvedimento dell'Amministrazione<sup>430</sup>, e la stessa giurisprudenza del giudice ordinario, che, quando non le veniva sottratta la controversia, riduceva comunque al minimo il proprio sindacato sull'attività dell'Amministrazione<sup>431</sup>.

La constatazione della necessità di un potenziamento della tutela del cittadino di fronte agli atti dell'Amministrazione indusse il legislatore, dopo alcuni tentativi falliti<sup>432</sup>, a riformare il sistema della giustizia amministrativa.

La riforma del 1889 concepì la giurisdizione amministrativa come un «completamento» del sistema di tutela predisposto dalla legge di abolizione del

---

<sup>428</sup> In un bilancio di fine secolo, R. Porrini, *Cenno storico del contenzioso amministrativo e suo svolgimento nella legislazione italiana*, in R. Porrini (a cura), *Codice della giustizia amministrativa*, G. Barbèra ed., 1894, 71, scriveva: «molti affari (in ispecie di diritto pubblico) prima garantiti colla decisione di un giudizio dell'ordinario tribunale del contenzioso, [rimasero] affidati alla balia delle autorità amministrativo colla sola lustra di un ricorso gerarchico: ben tosto se ne elevarono molti lamenti: troppo grande è l'influenza dei partiti nei governi parlamentari affinché tosto non si notino le sollecitazioni e le ingerenze nei dicasteri della pubblica amministrazione, il ricorrere d'ogni parte ai membri del parlamento e peggio ancora le decisioni ottenute per i facili favoritismi.» Vent'anni prima, G. Mantellini osservava, nelle sue conclusioni a *I conflitti di attribuzione tra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, G. Barbèra ed., 1871, 145, che fosse «ora di cercare di finirla, e presto, coi conflitti fra Tribunali e l'Amministrazione attiva, il che si traduce a non comportare più a lungo che l'Amministrazione, al quale agisce, giudichi sotto qualsiasi pretesto dei propri atti, o si renda giustizia da sé.»

<sup>429</sup> La competenza sui conflitti passò poi in capo alla Corte di Cassazione con la legge del 31 marzo 1877, n. 3761. La riforma, tuttavia, non contribuì a potenziare il sistema di tutela dei cittadini, poiché «la Cassazione proseguì nell'indirizzo già prospettato dal Consiglio di Stato, confermandone l'interpretazione sui limiti esterni della giurisdizione ordinaria, segno evidente che tale indirizzo rifletteva un'ideologia radicata.» (Così, A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 19).

<sup>430</sup> Così G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980, 77 ss. (in particolare le decisioni citate alla nota n. 124, pag. 78). Cfr. G. Mantellini, *op. cit.*, 105, secondo il quale «può anche meno dubitarsi che non siano tante cause che si tratta di decidere, e che la decisione non si rinvii all'autorità amministrativa o al potere esecutivo, sebbene la contestazione cada, o per riuscire più esatti, appunto perché la contestazione cade sopra provvedimenti amministrativi [...]».

<sup>431</sup> M. Nigro, *op. cit.*, 70 ss.

<sup>432</sup> Come riporta A. Salandra, *La giustizia amministrativa in Italia*, Unione Tipografico-editrice, 1893, 43, prima dell'adozione del disegno di legge del ministro Crispi, furono presentati, senza successo, un primo progetto di Crispi (il 14 giugno 1873 e, una seconda volta, il 6 febbraio 1875), e i disegni di legge dei ministri Nicotera (27 marzo 1877) e Depretis (che ne presentò due: il primo, il 31 maggio 1880, e il secondo il 18 febbraio 1884) di riforma della giustizia amministrativa.

contenzioso amministrativo<sup>433</sup>, di modo che i limiti alla giurisdizione del giudice ordinario scolpirono «*in negativo, il tipo di processo cui darà vita la legge di 1889*»<sup>434</sup>. Così, il Consiglio di Stato fu dotato proprio di quel potere di annullamento negato al giudice ordinario dall'art. 4 della legge di abolizione del contenzioso amministrativo<sup>435</sup>.

Il giudizio davanti al Consiglio di Stato è stato in prima battuta configurato come un «*controllo a finalità obiettive e con struttura esclusivamente cassatoria, della legalità dell'atto amministrativo*»<sup>436</sup>: il modello di tutela scelto dal legislatore del 1889 si spiegherebbe anche, secondo Nigro<sup>437</sup>, alla luce del fatto che il legislatore non prese immediatamente posizione relativamente alla natura della quarta sezione<sup>438</sup>. La struttura cassatoria del giudizio di legittimità sarebbe stata, quindi, il risultato dell'iniziale «equivoco»<sup>439</sup> sulla natura della quarta sezione<sup>440</sup>, sicché la tutela davanti

---

<sup>433</sup> G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1937, 54

<sup>434</sup> M. Nigro, *op. cit.*, 77; M. Nigro, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 1815, part. 1832. Nello stesso senso, A. Lugo, *Sulla struttura del giudizio amministrativo di legittimità*, in G. Miele (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Neri Pozza, Vicenza, 1968, 151 (part. 155).

<sup>435</sup> Secondo M. Clarich, *Azione di annullamento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), la scelta del rimedio dell'annullamento rifletteva «*il carattere imperativo (ovvero costitutivo) tipico del provvedimento amministrativo, valido o invalido, [che] richiedeva un rimedio giurisdizionale specifico sotto forma di un'azione costitutiva atta a elidere l'effetto prodotto dal provvedimento, e cioè un'azione di annullamento volta a rimuovere con efficacia ex tunc il provvedimento illegittimo.*»

<sup>436</sup> M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, 741.

<sup>437</sup> L'Autore in *op. cit.*, 76, riconduce la natura del giudizio anche ai modelli rappresentati dal contenzioso amministrativo austriaco e dal giudizio davanti alla Corte di cassazione.

<sup>438</sup> Secondo M. Nigro, *op. cit.*, 76, tale ambiguità potrebbe essere stata deliberata: «*i legislatori [...] non avevano le idee chiare circa la natura del nuovo organo o non volevano metterne nettamente in luce la natura giurisdizionale per non mostrare di volere attentare ai sacri poteri del giudice ordinario*». Sembrava propendere per tale tesi G. Zanobini, *op. cit.*, vol II, 54, secondo il quale «*gli autori della riforma del 1889 avevano evitato, per quanto possibile, di definire come giurisdizionali tali funzioni, prospettando i nuovi ricorsi, che venivano concessi contro gli atti amministrativi, come semplici perfezionamenti di quelle difese amministrative, che erano contemplato nell'art. 3 della legge del 1865.*»

<sup>439</sup> Tale «equivoco» fu, com'è noto, definitivamente chiarito nel 1907, con la l. 7 marzo 1907, n. 62, che all'art. 5 confermò espressamente il carattere giurisdizionale della IV e V sezione del Consiglio di Stato: sul punto cfr. G. Zanobini, *op. cit.*, vol. II, 55 ss.. Per una prospettiva di inizio secolo sul dibattito sulla natura della IV sezione del Consiglio di Stato, cfr. V. Scialoja, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, *Giust. amm.*, 1901, IV, 61; G. Codacci Pisanelli, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, *Scritti di diritto pubblico*, Lapi, 1900, 295.

<sup>440</sup> Sotto tale profilo, può essere tracciato un parallelismo tra le origini del modello di tutela accolto in Italia e quello del *recours pour excès de pouvoir* costruito dal Conseil d'Etat nel corso del XIX° secolo (prima di ricevere un formale riconoscimento positivo all'art. 9 della legge del 24 maggio 1872 relativa al Tribunal des Conflits). Come accennato nel primo capitolo, esistono diverse teorie sulle origini del modello *contentieux de l'excès de pouvoir*; secondo alcuni autori, anche in Francia il modello della



al giudice amministrativo fu inizialmente conformata al giudizio di revisione della decisione amministrativa<sup>441</sup>.

## b. Caratteri generali degli effetti della sentenza di annullamento

Pur mancando una norma giuridica che stabilisca espressamente che l'annullamento ha effetti *ex tunc*, anche in Italia, la giurisprudenza<sup>442</sup> e la dottrina maggioritaria<sup>443</sup> sono

---

sanzione dell'annullamento con effetti retroattivi sarebbe anch'esso stato mutuato dal tipo di tutela approntato dai vertici dell'Amministrazione ai tempi della *justice retenue*.

<sup>441</sup> M. Nigro, *op. cit.*, 77; in senso analogo G. Stancanelli, *I poteri di decisione del Consiglio di Stato*, in G. Miele, *La giustizia amministrativa*, Neri Pozza, Vicenza, 1968, 74, secondo il quale «ciò si inquadrava bene anche nella logica del sistema che era stato creato con l'istituzione della IV sezione, la cui attività, com'è noto, venne inizialmente concepita come una forma di controllo amministrativo-contenzioso dell'operato dell'Amministrazione; donde la conclusione che il ricorso, limitato ai motivi di legittimità, non potesse che portare all'emanazione di un tipico atto di controllo negativo quale è l'annullamento».

<sup>442</sup> Per una concezione «dichiarativa» dell'annullamento, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 1938, n. 548, *Riv. dir. pubbl.*, 1939, II, 21, secondo cui «l'annullamento ha effetto *ex tunc*, in quanto riconoscimento e dichiarazione di nullità ab initio dell'atto procedurale».

<sup>443</sup> Cfr. le opinioni divergenti riportate A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, 1916, 444, che dà conto della sussistenza di contrasti sul punto a inizio secolo: «per regola generale al diritto, l'annullamento di atti giuridici ha efficacia *ex tunc*; ma mentre nel diritto privato il principio è ammesso senza notevoli contrasti, nel diritto pubblico il suo accoglimento ha dato luogo ad opposizione, e al riconoscimento di numerose eccezioni. Il principio opposto ha potuto, infatti essere affermato, sia per ragioni giuridiche, sia per ragioni di necessità e convenienza sociale.» (con riferimento a tale ultimo punto, l'Autore cita due autori francesi che, sin dall'inizio del XX° secolo, hanno posto in rilievo la necessità di preservare la stabilità delle situazioni giuridiche in seguito all'annullamento: L. Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, M. Giard et E. Brière, 1912 e G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités*, cit., 298, il quale sosteneva, già nel 1913, che «l'interêt social exige que les relations entre les individus soient d'une grande stabilité. Il faudra donc atténuer ou supprimer les conséquences logiques de la nullité, toutes les fois que le trouble social qu'entraînerait la solution logique sera trop grave»). Sul contrasto in esame, cfr., *amplius*, anche V. Romanelli, *op. cit.*, 348 ss., secondo cui il contrasto deriverebbe da due concezioni diverse dell'annullabilità: «tutti coloro, e sono una minoranza, che ritengono che l'atto annullabile non sia un atto in contraddizione con l'ordinamento giuridico, né che l'annullabilità costituisca una forma di invalidità, in coerenza con le proprie premesse, attribuiscono efficacia irretroattiva all'annullamento. Per converso, se si ritiene, come anche noi abbiamo sostenuto, che l'annullabilità implichi una divergenza dell'atto dai requisiti di diritto e che, perciò si tratti pure sempre di una speciale forma di invalidità che comporta solo provvisoria validità dell'atto, ne discende il principio generale, ammesso, senza discussione, in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui l'annullamento viene ad avere efficacia retroattiva.» Quanto agli effetti dell'annullamento in autotutela, può ricordarsi l'opinione divergente di F. Cammeo, *Commentario cit.*, I, 486, nota n. 3, secondo il quale, attesa la discrezionalità che caratterizza l'annullamento in autotutela, è logico ritenere che l'Amministrazione possa anche discrezionalmente modularne gli effetti nel tempo.



sempre stati concordi<sup>444</sup> nel ritenere che, dopo l'annullamento<sup>445</sup>, l'atto scompare dall'ordinamento sin dal momento in cui è comparsa la sua invalidità<sup>446</sup>.

Alla stregua di tale principio, l'annullamento comporterebbe il venir meno di tutti gli effetti già prodotti dall'atto: oltre a un effetto eliminatorio o distruttivo, operante in via automatica sull'atto<sup>447</sup>, anche per il passato, la sentenza di annullamento farebbe sorgere l'obbligo per l'Amministrazione di ripristinare lo *status quo ante*, o «*risolvere in situazione normale quella anormale*»<sup>448</sup>, se necessario attraverso l'adozione di atti con effetti retroattivi (c.d. effetto ripristinatorio) volti ad eliminare dall'ordinamento gli atti e le situazioni giuridiche intervenuti per effetto dell'atto illegittimo<sup>449</sup>.

La retroattività degli effetti eliminatori e ripristinatori dell'annullamento è altresì strumentale al corretto esplicarsi del c.d. effetto conformativo della sentenza di annullamento<sup>450</sup>, consentendo all'Amministrazione di provvedere nuovamente «*senza*

---

<sup>444</sup> Dava già conto del carattere pacifico di tale principio «*ammesso senza discussione nella pratica*» U. Forti in, *I controlli cit.*, 860.

<sup>445</sup> Occorre notare in questa sede che per la dottrina dell'inizio del secolo scorso, annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale dovevano essere considerati come produttivi di effetti assolutamente analoghi; i contributi citati si riferiscono quindi indifferentemente alle due figure, quanto all'analisi degli effetti. M. S. Giannini, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego*, *Foro it.*, 1942, III, 145, rilevava a tal proposito «*l'annullamento degli atti amministrativi, prima di essere un atto, è un effetto giuridico. Annullamento è un vocabolo bisenso [...]. Tale duplicità di significati sarebbe innocua, se una non vigilata tendenza della dottrina non tendesse a ravvicinare gli atti produttivi di annullamento, quasi per unificarli in un solo schema. [...] Quello che si può – entro certi limiti – schematizzare, è solo l'effetto dell'annullamento.*» In questo senso, cfr. anche E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento*, *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, 494.

<sup>446</sup> Tale formula appare ben più precisa della più diffusa «*si considera l'atto come se non fosse mai esistito*», come rileva S. Romano, *Teoria dell'annullamento nel diritto amministrativo*, in *Scritti Minori*, Giuffrè, Milano, 1950, 327 (spec. 339), visto che è ben possibile che il vizio non sia originario, bensì sopravvenuto.

<sup>447</sup> cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 1902, *Giur. It.*, 1902, III, 213, in cui veniva chiarito che «*le decisioni d'annullamento della IV sezione distruggono il provvedimento impugnato in modo che non richiedesi alcuna revoca ulteriore del medesimo da parte dell'amministrazione attiva*».

<sup>448</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2° ed., Jovene, Napoli, 1954, 278.

<sup>449</sup> In generale, come nell'ordinamento francese, nell'ordinamento italiano non è ammessa la retroattività dell'atto amministrativo, pur mancando una regola espressa in tal senso. L'adozione di atti retroattivi in seguito all'annullamento del provvedimento illegittimo costituisce tuttavia un obbligo per l'Amministrazione, se tale misura risulta necessaria a dare piena tutela all'interesse legittimo leso del ricorrente vittorioso.

<sup>450</sup> In questo senso, A. M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, *Dir. & Società*, 1982, 19. Per una teorizzazione dei diversi contenuti possibili dell'effetto conformativo dell'annullamento cfr. M. Nigro, *L'appello nel processo amministrativo*, Giuffrè, 1960, 431 ss..

[...] *essere compromessa dagli effetti medio tempore prodotti dall'atto ritenuto illegittimo*»<sup>451</sup>.

Alla retroattività degli effetti eliminatori e ripristinatori dell'annullamento non potrebbero porre ostacolo le situazioni venute ad esistenza nel periodo di provvisoria efficacia dell'atto, poiché, secondo un orientamento dottrinale e giurisprudenziale molto risalente, l'invalidità originaria di quest'ultimo precluderebbe in radice il nascere di qualsivoglia diritto<sup>452</sup>.

Tali affermazioni, di carattere generale, non devono trarre in inganno. In Italia, la concezione degli effetti della sentenza di annullamento sopra descritta non è rimasta statica, dagli albori della giustizia amministrativa a oggi: al contrario, essa ha subito un'evoluzione che ha rispecchiato il passaggio da una concezione prevalentemente oggettiva della tutela avverso gli atti amministrativi illegittimi<sup>453</sup>, in cui la protezione dell'interesse legittimo veniva concepita come meramente strumentale al perseguimento dell'interesse pubblico al ristabilimento della legalità violata<sup>454</sup>, a una

---

<sup>451</sup> Così Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 1973, n. 259, *Cons. Stato*, 1973, I, 423.

<sup>452</sup> In questo senso, in dottrina, cfr. C.M. Iaccarino in *Gli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo e il diritto di ricorso*, *Foro it.*, 1921, III, 138 (part. 141); U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2, Società editrice libraria, Milano, 1905-1930, 1195. Cfr. altresì F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Dott. Francesco Vallardi, Milano, I, 485 e G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939, 213; in giurisprudenza (le pronunce della prima metà del XX secolo si riferiscono indistintamente all'annullamento d'ufficio e all'annullamento giurisdizionale): IV sez., 4 maggio 1923, *Giur. it.*, 1923, III, 185; 14 maggio 1926, *Foro it.*, Rep. 1926, voce *Atto amministrativo*, n. 26; IV sez., 15 febbraio 1930, n. 60, *Foro Amm.*, 1930, I, I, 64; Cass., 29 novembre 1932, n. 3596, *Foro Amm.*, 1933, II, 30; Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 1951, *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Atto amministrativo*, n. 140; sez. IV, 7 giugno 1952, n. 906, *id.*, 1952, III, n. 195; Cass., 13 maggio 1954, n. 1511, *Foro it.*, 1955, I, 58; 26 luglio 1961, n. 1814, *id.*, Rep. 1961, voce *Atto amministrativo*, n. 126; Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 1973, n. 684, *Cons. Stato*, 1973, I, 1335.

<sup>453</sup> Sostennero la tesi della natura oggettiva del giudizio davanti alla IV sezione, per esempio, V. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939, 283 ss.; F. D'Alessio, *Rapporti e conflitti tra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Soc. ed. Libreria, 1912, 98 ss. e A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, 1904, 826. Per un quadro del dibattito dottrinale sulla natura oggettiva o soggettiva della tutela nella prima metà del XX° secolo, cfr. G. Zanobini, *op. cit.*, vol. II, 54 ss.; E. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*, 2° ed., Giuffrè 1950, 14 ss.; C. Vitta, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, *Riv. dir. pubbl.*, 1921, 352; F. Rovelli, *Sul carattere delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, *Riv. dir. pubbl.*, 1914, 208; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, cit., 277 ss.

<sup>454</sup> Cfr., in questo senso, E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, 3° ed, C.E.D.A.M., Padova, 1957, 68 ss., secondo cui «il cittadino [...] ricorre giuridicamente parlando per la tutela dell'interesse pubblico e solo in linea di fatto profitterà dell'occasionale coincidenza con quest'ultimo del suo interesse personale.» Tale concezione risultava d'altronde logicamente dall'idea secondo la quale la

concezione soggettiva della tutela del cittadino, secondo il modello delineato oggi dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.

Come accennato *supra*, il giudizio di legittimità è nato come giudizio cassatorio, di verifica della corrispondenza del provvedimento impugnato al paradigma normativo, e di eventuale eliminazione del provvedimento, qualora ne fosse stata riscontrata l'illegittimità: così, se nella prospettiva tradizionale, l'interesse pubblico alla legalità dell'azione amministrativa giustificava la rimozione integrale di tutti gli effetti prodotti dall'atto, ragioni di interesse pubblico potevano altresì fondare una limitazione degli effetti dell'annullamento, come dimostrano la giurisprudenza e la dottrina dell'inizio del secolo scorso (2).

Con l'emanazione della Costituzione, il giudizio di legittimità è stato inequivocabilmente qualificato come strumento di tutela diretta della posizione soggettiva lesa del cittadino<sup>455</sup>: in questa prospettiva, la retroattività dell'annullamento ha perso il suo carattere di necessità logica (derogabile per ragioni di interesse pubblico), per assumere il carattere di (unica)<sup>456</sup> garanzia di un'integrale soddisfazione dell'interesse violato del ricorrente<sup>457</sup>.

Nell'ambito del processo amministrativo a carattere soggettivo, l'annullamento doveva garantire al meglio la soddisfazione dell'interesse del ricorrente: ciò implicava la necessità di ripristinare una situazione favorevole al cittadino. Nel caso di lesione di

---

disciplina del potere amministrativo (c.d. «norme di azione») sarebbero state finalizzate alla sola tutela dell'interesse pubblico, sostenuta dall'Autore in E. Guicciardi, *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, Arch. dir. pubbl., 1938, 51. Secondo la tesi sostenuta da L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Dott. Francesco Vallardi ed., 1923, I, 387, invece, il cittadino agirebbe a tutela del proprio diritto alla legittimità dell'atto amministrativo.<sup>455</sup> Cfr. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non «amministrativa»*, Giuffrè, Milano, 2005, 46 ss. Secondo G. Zanobini, *op. cit.*, p. 121, il carattere soggettivo del processo amministrativo era già, in realtà, sancito dalle leggi istitutive della quarta sezione del Consiglio di Stato.

<sup>456</sup> Fino a tempi recentissimi, infatti, il nostro ordinamento non prevedeva altre forme di tutela giurisdizionale dell'interesse legittimo, oltre all'annullamento.

<sup>457</sup> Cfr., in questo senso, A. Piras, *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, 598 (specialmente p. 607), secondo cui «l'annullamento, l'annullabilità – se pure si rivolgono contro la rilevanza giuridica del provvedimento – non hanno i caratteri della sanzione: rappresentano piuttosto il contenuto di un effetto del quale spetta ad un soggetto di disporre nei modi dell'azione e di fronte all'organo giurisdizionale. Il soggetto o i soggetti ai quali spetta di disporre dell'effetto sono gli stessi titolari dei rapporti e degli interessi evidenziati dal procedimento. E' a loro favore, a garanzia di questi interessi e rapporti, che viene disposto l'effetto dell'annullamento, quando il provvedimento versi in uno stato viziato.».

interessi oppositivi, tale ripristino passava da una restituzione del bene della vita illegittimamente sottratto dal provvedimento illegittimo; nel caso di lesione di interessi pretensivi, l'annullamento comportava il ripristino della *chance* di ottenere il bene della vita, attraverso una rinnovazione dell'esercizio del potere amministrativo. Nell'ottica di attuare la garanzia di una tutela giurisdizionale effettiva dell'interesse leso offerta al cittadino dalla Costituzione, la giurisprudenza del primo dopoguerra ha esteso la portata degli effetti ripristinatori dell'annullamento, a discapito della stabilità delle situazioni giuridiche sorte nel frattempo a favore di soggetti terzi, normalmente assicurata dall'inoppugnabilità degli atti non impugnati. In questo contesto, la «nuova» funzione dell'annullamento giurisdizionale ha reso molto difficile giustificare una limitazione dei suoi effetti.

L'importanza crescente del principio del contraddittorio - alla stregua del quale è tendenzialmente preclusa l'incisione di posizioni giuridiche favorevoli a terzi che non siano stati messi in condizioni di difendersi - ha determinato, negli ultimi anni del XX secolo, una evoluzione delle posizioni della giurisprudenza sul tema di effetti ripristinatori della sentenza di annullamento. A partire dagli anni Ottanta, in particolare, si sono registrati diversi orientamenti tesi ad assicurare un migliore bilanciamento tra stabilità delle posizioni giuridiche e diritto all'effettività della tutela. Tale evoluzione si è infine accelerata e consolidata grazie all'introduzione dell'istituto dei «nuovi»<sup>458</sup> motivi aggiunti, operato dalla l. 21 luglio 2000, n. 205, che ha modificato l'art. 21 della legge T.A.R. (3).

Infine, da una ventina di anni a questa parte, l'azione di annullamento non rappresenta più l'unica garanzia offerta al cittadino a fronte del cattivo esercizio del potere da parte dell'Amministrazione. Si pensi, in primo luogo, all'affermazione della risarcibilità del danno da lesione degli interessi legittimi<sup>459</sup> e, soprattutto,

---

<sup>458</sup> Per una ricostruzione dei motivi aggiunti nella giurisprudenza precedente alla novella, cfr. C. Cacciavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 legge T.A.R., come modificato dalla legge 205 del 2000*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 181 ss.

<sup>459</sup> Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Foro it.*, 1999, I, 2487, con nota di richiami e note di R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; F. Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*; di A. Romano, *Sono*

all'ampliamento delle forme di tutela previste dal codice del processo del 2010, che ha esteso il novero delle azioni esperibili dal cittadino a tutela del proprio interesse legittimo<sup>460</sup>.

Tale ultima evoluzione, unita a una crescente attenzione nei confronti della stabilità e certezza delle situazioni giuridiche<sup>461</sup>, ha dato luogo a un recente movimento giurisprudenziale che ha affermato la possibilità di modulare gli effetti della sentenza di accoglimento del ricorso per annullamento, che parrebbe essere stato recentemente confermato, seppur in via implicita, dall'adunanza plenaria del 22 dicembre 2017, n. 13 (4).

---

*risarcibili: ma perché devono essere interessi legittimi?;* di E. Scoditti, *L'interesse legittimo e il costituzionalismo. Conseguenze della svolta giurisprudenziale in materia risarcitoria.*

<sup>460</sup> Su tali evoluzioni, *ex multis*, cfr. M.A. Sandulli, *Il superamento della centralità della azione di annullamento, Libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, 829. L'evoluzione del processo amministrativo nel senso «*dei principî costituzionali e comunitari in materia di pienezza della tutela giurisdizionale*» determinata dall'introduzione di una pluralità di azioni aggiuntive rispetto all'azione di annullamento è stata riconosciuta espressamente da Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, *Foro it.*, 2012, III, 46, con nota di A. Giannelli, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione.*)

<sup>461</sup> Soprattutto in materia di annullamento d'ufficio, è solo a partire seconda metà del XX secolo iniziano a registrarsi statuizioni che attribuiscono rilevanza giuridica all'affidamento del cittadino, imponendo all'Amministrazione di ponderare interesse pubblico alla rimozione dell'atto e interessi al mantenimento dello stesso nel frattempo consolidatisi in capo ai cittadini: cfr., ad esempio, Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 1961, n. 1022, *Foro it.*, Rep. 1961, voce *Atto amministrativo*, n. 153. Per un'affermazione molto risalente e isolata della necessità di tenere conto della situazione del beneficiario del provvedimento, cfr. Cons. Stato, sez. V, 1 giugno 1928, *Foro it.*, 1928, III, 169. In precedenza, in generale, si affermava che il decorso di un lungo periodo di tempo tra emanazione dell'atto illegittimo e annullamento in autotutela deponesse nel senso della mancanza di un interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo: in questo senso A. De Valles, *Annullamento d'ufficio e interesse pubblico*, *Foro it.*, 1951, III, 228. In dottrina, su tale evoluzione, si veda F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, cit.; F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, *Dir. Amm.*, 2005, 844 (part. 847).

Sempre con riferimento alla crescente attenzione dell'ordinamento alla tutela dell'affidamento del privato, si può richiamare la recente giurisprudenza che riconosce la risarcibilità del danno subito dal soggetto che avesse riposto un affidamento legittimo nella stabilità dell'assetto di interessi favorevole riconosciutogli da un provvedimento illegittimo, poi annullato: Cass., sez. un., 23 marzo 2011, n. 6594, 6595, 6596, *Foro it.*, 2011, I, 2387, con nota di A. Travi; *Urb. App.*, 2011, 915, con nota di S.R. Masera, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*; *Corr. Giur.*, 2011, 933, con nota di A. Di Majo, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*. Precedentemente, era ammesso il risarcimento del danno derivante dalla sottrazione del bene della vita conseguito tramite provvedimento illegittimo, solo qualora il soggetto danneggiato potesse provare la spettanza dello stesso bene della vita (così Cass., 29 gennaio 2010, n. 2122, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 436).

## 2. EFFETTI DELL'ANNULLAMENTO E LIMITI ALLA RETROATTIVITÀ DEGLI EFFETTI RIPRISTINATORI NELLA GIURISPRUDENZA PRECEDENTE ALLA COSTITUZIONE

### a. La retroattività «logica» della sentenza di annullamento

Nella dottrina e nella giurisprudenza degli albori, l'annullamento era prevalentemente concepito come strumento di ripristino della legalità nell'interesse pubblico, e solo mediatamente a garanzia della situazione soggettiva dei privati<sup>462</sup>.

In dottrina, vi erano alcuni autori che aderivano a una concezione «logica» rigorosa dell'annullamento, che non ammetteva che gli effetti di questo potessero essere limitati. Per esempio, secondo la tesi sostenuta da G. Codacci-Pisanelli, l'effetto caratteristico dell'annullamento consisterebbe nella «*trasformazione dell'annullabilità in nullità fin dal momento in cui l'invalidità risale*»<sup>463</sup>. L'effetto retroattivo dell'annullamento comporterebbe così, secondo l'Autore, il venir meno di «*tutte le situazioni e i rapporti giuridici che si fondavano sull'atto annullabile, idoneo a produrre effetti giuridici bensì, ma senza assicurarne la definitiva fermezza*»<sup>464</sup>. L'annullamento dell'atto presupposto determinerebbe l'invalidità di tutti gli atti ad esso consequenziali, *sub species* di nullità per gli atti «*che trovano il loro fondamento nell'atto annullato, [...] poiché viene meno un loro elemento essenziale*» e di annullabilità per gli atti «*emanati in occasione dell'atto invalido, o ad esso semplicemente ricollegati*»<sup>465</sup>.

---

<sup>462</sup> Cfr. *supra*, II, 1, b.

<sup>463</sup> G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939, 212.

<sup>464</sup> G. Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, 213. Secondo l'Autore, non potrebbero costituire ostacolo alla retroattività dell'annullamento i diritti quesiti, posto che questi non potrebbero sorgere in virtù di un atto invalido: caratteristica principale dei diritti di tal fatta sarebbe, secondo l'Autore, la loro perpetuità, che sarebbe incompatibile con l'instabilità propria dell'atto amministrativo illegittimo.

<sup>465</sup> G. Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, 217.



Tale concezione si ricollegava all'inquadramento teorico dell'invalidità nel novero delle sanzioni predisposte dall'ordinamento nei confronti dell'atto difforme dal paradigma normativo<sup>466</sup>: la totale rimozione degli effetti dell'atto invalido si configurava come reazione dell'ordinamento a tale difformità.

La giurisprudenza della prima metà del XX secolo non conferma appieno tale impostazione; anzi, diversi orientamenti, nella casistica dell'inizio del secolo scorso, dimostrano come il giudice amministrativo non avesse abbracciato una concezione rigorosa della retroattività dell'annullamento. Dall'analisi di tali orientamenti emerge invece un approccio relativamente "flessibile" rispetto alla questione degli effetti della sentenza di accoglimento. Infatti, se gli effetti eliminatori della sentenza non venivano generalmente in discussione, si ammetteva invece, in particolari ipotesi, che gli effetti ripristinatori della sentenza potessero essere limitati, al fine di non compromettere la stabilità delle situazioni giuridiche sorte durante la sua vigenza.

## **b. I limiti alla retroattività dell'annullamento nella giurisprudenza della prima metà del XX secolo**

### **α. La teoria del funzionario di fatto: la certezza del diritto come limite agli effetti ripristinatori della sentenza di annullamento**

Il limite più risalente alla retroattività dell'annullamento fissato dalla giurisprudenza è senz'altro rappresentato dalla teoria del funzionario di fatto, di origine romanistica<sup>467</sup>. Essa merita in questa sede un approfondimento particolare, poiché è

---

<sup>466</sup> Concezione che viene, per esempio, richiamata in F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, C.E.D.A.M., Padova, 1960, 596. Tracce della tesi in esame si trovano anche in A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, 1916, 64 e G. Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, 23.

<sup>467</sup> Per un'analisi della figura del funzionario di fatto nel diritto romano, comune e canonico, si veda C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, *Riv. Dir. Pubbl.*, 1923, 475; specificamente sul passo di Ulpiano relativo alla nomina a pretore dello schiavo fuggitivo *Barbarius Philippus* (legge 3 Dig. *De off. praet.*, 1.4), cfr. M. E. Lucifredi Peterlongo, *Barbarius Philippus...servus fugitivus...praetor designatus est*, in M. E. Lucifredi Peterlongo, R. Lucifredi, *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Giuffrè, Milano, 1965, ma anche C. Vitta, *Il funzionario di fatto cit.*, 494, che conclude che il responso

proprio nell'ambito dell'analisi della teoria del funzionario di fatto che la dottrina e la giurisprudenza italiane hanno iniziato a occuparsi della questione della rilevanza giuridica dell'affidamento del cittadino in ambito pubblicistico.

Nella prima giurisprudenza del Consiglio di Stato, la teoria del funzionario di fatto ha ricevuto un'applicazione estensiva: è possibile rinvenire diverse ipotesi di limitazioni degli effetti dell'annullamento della nomina del magistrato<sup>468</sup> o di uno dei membri di un organo collegiale<sup>469</sup>, oltre ai classici casi di limitazione degli effetti dell'annullamento della nomina del funzionario.

Se la giurisprudenza era generalmente concorde nel ritenere che gli atti compiuti dal funzionario di fatto non potessero essere annullati perché da considerare a tutti gli effetti validi<sup>470</sup>, tale assunto non faceva l'oggetto di conclusioni altrettanto pacifiche in dottrina<sup>471</sup>. Secondo alcuni autori, infatti, gli atti del funzionario di fatto sarebbero stati invalidi ma non annullabili<sup>472</sup>.

Neppure sull'ambito di operatività della teoria vi era perfetto accordo: secondo parte della dottrina, d'accordo con Jèze<sup>473</sup>, questa avrebbe dovuto operare in presenza del mero esercizio pacifico e pubblico della funzione, e pur in assenza di un atto di

---

dato da Ulpiano circa la validità degli atti compiuti di Barbarius Philippus trova la sua ragion d'essere nella «*utilità dei terzi, la sicurezza della loro posizione*». Riporta Vitta che la regola enunciata da Ulpiano fu, in un primo tempo, applicata in modo talmente estensivo che dall'ampia casistica si trasse il brocardo «*error communis facit ius*». (Cfr. *op. cit.*, 498). Su tale brocardo cfr. L. Agostinelli, *Il funzionario di fatto*, Porta, 1925, 18 ss., il quale sostiene che la dottrina vi sia arrivata «esagerando» l'ambito di operatività della *lex Barbarius* (della stessa opinione è C. Vitta, *op. cit.*, 498), e che alla regola debba essere preferita, al fine di salvaguardare la pubblica fede, la teoria del funzionario di fatto (A. Agostinelli, *op. cit.*, 27).

<sup>468</sup> Cass. pen. Roma, 5 febbraio 1907, *Foro it.*, 1907, II, 151; Cass. Torino, 7 marzo 1908, *Giur. it.*, 1908, I, 1, 515; Cass., sez. I, 10 luglio 1934, *Foro it.*, 1935, I, 277, con nota di R. Resta, *Natura e effetti dell'atto amministrativo di controllo preventivo*.

<sup>469</sup> Cons. Stato, 11 ottobre 1892, *Giust. amm.*, 1892, I, 271; Cass., sez. I, 10 luglio 1934, cit.

<sup>470</sup> Cfr., per una statuizione esplicita sul punto, Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 1934, n. 581, *Foro amm.*, 1935, I, 16.

<sup>471</sup> Sostenevano che gli atti del funzionario di fatto fossero senz'altro validi C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, cit. e S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, C.E.D.A.M., Padova, 1930, 112 ss.

<sup>472</sup> Così G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento*, cit., 221, secondo cui la teoria del funzionario di fatto costituirebbe una consuetudine, in deroga ai principi generali. In questo senso, più di recente, cfr. S. Fantini, *Attività amministrativa del funzionario di fatto ed invalidità derivata*, in B. Cavallo (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005, 67, secondo il quale gli atti compiuti da soggetti investiti di una nomina annullabile o nulla sono colpiti da una mera invalidità derivata (e non da invalidità caducante): il ricorrente che vi abbia interesse deve quindi procedere alla loro autonoma impugnazione per ottenerne il venir meno.

<sup>473</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, R.D.P., 1914, 48.

investitura<sup>474</sup>. Secondo un altro orientamento, maggioritario, perché potessero essere fatti salvi gli atti compiuti dal funzionario di fatto, era necessario che vi fosse stata un'investitura, seppur invalida, da parte dell'autorità competente<sup>475</sup>.

La dottrina era divisa anche sulla questione dei principî fondativi della teoria del funzionario di fatto. Secondo alcuni autori, la teoria sarebbe stata riconducibile a una *ratio* di tutela dell'affidamento<sup>476</sup>; tuttavia, le diverse ricostruzioni proposte

---

<sup>474</sup> E. Capaccioli, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, C.E.D.A.M., Padova, 1956, 50, notava, discostandosi dall'orientamento maggioritario, che «quando si è ritenuto che gli atti della persona sprovvista d'investitura siano da considerare inesistenti come atti amministrativi, si è fatta, a ben guardare, una deduzione logica, non un'osservazione diretta della realtà: gli atti si sono evidentemente posti come amministrativi, altrimenti il problema non sarebbe sorto neppure [...]. La stessa teoria del funzionario di fatto costituisce un sintomo notevole nel senso che gli atti in questione si presentano e si comportano come amministrativi, si tratti di investitura viziata o mancante.» Così, secondo l'Autore, perché l'attività svolta dal soggetto – anche del tutto privo di investitura – possa essere qualificata come amministrativa occorre che rientri fra quelle che l'Amministrazione svolge, e che sia svolta secondo «modalità esteriori tali da farle assumere il carattere dell'attività degli organi pubblici» (così E. Capaccioli, *op. cit.*, 56). Dello stesso avviso è A. Tesauro, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Unione tipografica Torinese, 1961, 223.

<sup>475</sup> In giurisprudenza, esplicitamente, Cass. pen. 7 dicembre 1953, *Giust. pen.*, 1954, II, 765. In dottrina, A. Agostinelli, *op. cit.*, 43. Secondo l'Autore, perché possa operare la teoria del funzionario di fatto, devono sussistere tre presupposti: «1) una funzione pubblica; un individuo che ne apparisca titolare; 3) un rapporto tra questo e quella che abbia sua base in un titolo, costituito da irregolare atto amministrativo di nomina e elezione»; conf. C. Vitta, *op. cit.*, 517 ss.; R. Perrone Capano, *La retroattività degli atti amministrativi*, Jovene, Napoli, 1950, 108; R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1965, 115, part. 172, che tuttavia osservava che se lo scopo della salvaguardia degli atti compiuti dal funzionario di fatto è quello di tutelare la buona fede, allora il meccanismo dovrebbe operare anche con riferimento agli atti compiuti dal soggetto del tutto privo di un titolo, a prescindere dalla soluzione della diversa questione dell'imputabilità degli atti del funzionario di fatto all'Amministrazione. L'Autore finisce tuttavia per concludere che possono essere considerati atti validi (almeno fino al loro annullamento) del funzionario di fatto solo gli atti compiuti dal soggetto investito della funzione, seppure con atto invalido.

<sup>476</sup> Così, in sostanza, U. Forti, *I controlli*, cit., 863. In realtà, tale tesi viene prevalentemente sostenuta nelle ricostruzioni più recenti della figura: S. Fantini, *Attività amministrativa del funzionario di fatto ed invalidità derivata*, in B. Cavallo (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005, 67; P. Scarabino, *Il funzionario di fatto tra realtà e contraddizioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); A. M. Liuzzo, *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, *ibid.*, e, in giurisprudenza, per esempio, cfr. Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2003, n. 821, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Concorso a pubblico impiego*, n. 83; Cons. Stato, ad. plen., 22 maggio 1993, n. 6, in *Cons. St.*, 1993, I, 593. Merita di essere riportata in questa sede, perché particolarmente originale, la tesi sostenuta da S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, cit., 113, secondo il quale «oltre e più che alla buona fede, si deve aver riguardo, quando la questione voglia esaminarsi da un punto di vista del tutto pratico, alla necessità in cui il pubblico può essersi trovato di avvalersi dell'opera di quel funzionario, di obbedire ai suoi ordini, se pure l'irregolarità della sua posizione fosse nota o sospettata.»: secondo l'Autore, infatti, la teoria del funzionario di fatto non è volta (solo) a tutelare la buona fede dei cittadini, poiché, diversamente opinando, gli atti interni compiuti dal funzionario di fatto dovrebbero senz'altro essere caducati in seguito all'annullamento della nomina; gli atti sarebbero invece validi perché, malgrado il vizio dell'investitura, risulterebbero comunque imputabili all'Amministrazione, visto che gli atti non sono mai del funzionario, ma sempre dell'ente.

attribuivano una rilevanza diversa all'elemento della buona fede soggettiva del cittadino, e non consentivano di trarre tale conclusione in modo univoco.

L'impostazione alla stregua della quale dovessero essere fatti salvi tutti gli atti compiuti dal soggetto con le *sembianze* del funzionario - al di là dell'effettiva sussistenza di un atto di nomina o di investitura - dava rilevanza all'atteggiarsi della situazione di fatto, che doveva essere tale da ingenerare un errore scusabile, perché pressoché inevitabile, nei cittadini. La teoria del funzionario di fatto, così intesa, avrebbe tutelato l'affidamento dei cittadini nella mera apparenza del diritto<sup>477</sup>. Aderendo a tale impostazione, la teoria del funzionario di fatto si sarebbe atteggiata a meccanismo di sanatoria della «*situazione di fatto che manifesta e fa apparire reale una situazione giuridica non reale*»<sup>478</sup>.

Invece, in virtù della seconda ricostruzione, maggioritaria, il dato della mera apparenza (e dell'errore del cittadino) non sarebbe stato sufficiente a superare la non imputabilità dell'atto alla pubblica Amministrazione; per l'operare del meccanismo di salvaguardia sarebbe stato necessario anche un presupposto oggettivo: la nomina o investitura – seppur illegittima<sup>479</sup>. La teoria del funzionario di fatto non era così concepita come un meccanismo di tutela della buona fede soggettiva dei cittadini. Lo scopo perseguito sarebbe stato piuttosto quello di evitare eventuali «disordini» dati dalla trasmissione dell'invalidità dalla nomina agli atti compiuti<sup>480</sup>, evitando, da una parte, il rischio di creare un clima di sfiducia nei confronti dei soggetti che si presentassero al pubblico come pubblici funzionari, e, dall'altra, gli sconvolgimenti effettivi che avrebbe creato nell'ordinamento l'invalidità di tutti gli atti compiuti dal

---

<sup>477</sup> R. Resta, *Natura e effetti dell'atto amministrativo di controllo preventivo*, *Foro it.*, 1935, I, 277. Secondo l'Autore, «*si limita, convenzionalmente ed equitativamente, l'efficacia retroattiva dell'atto dichiarativo di annullamento onde salvaguardare la buona fede e le situazioni giuridiche dei terzi, fondate su una situazione apparentemente legale, ma sostanzialmente invalida.*»

<sup>478</sup> Così, A. Falzea definisce l'apparenza in A. Falzea, *Apparenza*, *Enc. Dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, 683.

<sup>479</sup> In questo senso cfr. R. Lucifredi, *op. cit.*, 172; R. Perrone Capano, *op. cit.*, 108; C. Vitta, *op. cit.*, 514; a riprova di ciò, tali Autori rilevavano che, in alcune occasioni, gli atti compiuti da privati cittadini facenti le veci dell'Amministrazione erano stati espressamente convalidati dal legislatore; una siffatta convalida sarebbe stata superflua se, in assenza di un'investitura, fosse stata applicabile la teoria del funzionario di fatto. Per una critica di tale argomentazione, cfr. E. Capaccioli, *op. cit.*, 61.

<sup>480</sup> Cass. Roma, 5 febbraio 1907, *cit.*, esplicitamente riconduceva la teoria del funzionario di fatto alla necessità di evitare il «*disordine e lo scompiglio che sarebbe gittato nella pubblica amministrazione*» al ripercuotersi dell'annullamento delle nomine dei funzionari sugli atti da essi compiuti.

funzionario irregolarmente nominato. I fautori di tale impostazione ritenevano dunque che il meccanismo mirasse alla protezione dell'interesse pubblico alla certezza del diritto, intesa in senso oggettivo, come stabilità dei rapporti giuridici già venuti ad esistenza.

Ciò non deve sorprendere. Nella prima metà del XX secolo, la tutela dell'affidamento (o buona fede soggettiva) del cittadino, a fronte dell'esercizio dei pubblici poteri, non veniva generalmente concepita come un principio generale dell'ordinamento<sup>481</sup>, quanto piuttosto come una necessità di rilievo metagiuridico<sup>482</sup>, come dimostra anche il fatto che l'operatività del meccanismo di salvaguardia in esame non era stato inizialmente limitato ai soli atti favorevoli al cittadino<sup>483</sup>: a tale approdo sembra invece essere giunta solo la giurisprudenza più recente in materia, ormai unanime sul punto<sup>484</sup>.

### **β. Altre limitazioni degli effetti ripristinatori dell'annullamento in giurisprudenza: la protezione delle situazioni giuridiche nate sulla scorta**

---

<sup>481</sup> In questo senso E. Capaccioli, *op. cit.*, 66 ss. e, esplicitamente, 74 ss., secondo cui, «quanto al principio della tutela dei terzi in buona fede, è [...] evidente che non si può trattare di un principio di carattere generale, con eventuale possibilità di applicazione anche, ma non soltanto, all'ipotesi del funzionario di fatto».

<sup>482</sup> Sul punto, si rimanda alla breve esposizione della dottrina di inizio secolo in tema di limiti della sentenza di annullamento contenuta nella sezione II, 2, c. E' interessante, tuttavia, notare che – come riporta F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, 2° ed., Giuffrè, Milano, 2001 - secondo W. Jellinek, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, Reichverwaltungsblatt und Preussisches Verwaltungsblatt*, 1932, 807, la teoria del funzionario di fatto rappresenterebbe un'espressione del principio di tutela della buona fede (*treu und glauben*) nel diritto pubblico italiano; si tratta, tuttavia, di una prospettiva che probabilmente non teneva conto delle categorie giuridiche proprie del diritto italiano.

<sup>483</sup> E. Capaccioli, *op. cit.*, 70, sollevava l'obiezione, ma concludeva che la limitazione dell'operatività della teoria del funzionario di fatto agli atti posti in essere a vantaggio dei cittadini in buona fede «non può accogliersi facilmente. Non ci si può, proprio nel campo del diritto pubblico, preoccupare solo della tutela dei privati, o più in genere dei terzi. [...] Nei rapporti di diritto privato preme solo la tutela del terzo che abbia agito fidando in buona fede dell'apparenza: nel campo del diritto pubblico, invece, domina il perseguimento dei fini dello Stato.»

<sup>484</sup> Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2116, *Foro amm.*, 2015, 1124; 9 aprile 2015, n. 1782, *ibid.*, 1111, che descrive il funzionario di fatto come il «soggetto privo di legittimazione a compiere attività amministrativa, ma che sia apparentemente fornito di tale legittimazione, giustificando l'incolpevole affidamento di terzi, a vantaggio dei quali soltanto gli atti emessi debbono considerarsi validi». Cfr. altresì T.a.r. Lazio, sez. II, 15 marzo 2012, n. 2550, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 1999, n. 749, *Cons. Stato*, 1999, I, 625; ad. plen., 22 maggio 1993, n. 6, *Foro it.*, 1993, I, 593, con nota di richiami.

## **dell'atto illegittimo. L'ampio ricorso al principio *factum infectum fieri nequit***

Nella giurisprudenza della prima metà del secolo scorso è possibile rinvenire altre ipotesi di limitazione degli effetti ripristinatori della sentenza di annullamento, dettate dall'inopportunità di rimettere in discussione la stabilità delle situazioni giuridiche sorte sulla scorta dell'atto invalido.

Un indirizzo giurisprudenziale sosteneva, per esempio, che la *fictio iuris* della retroattività dell'annullamento non avrebbe consentito il travolgimento di tutte le situazioni individuali sorte in conseguenza dell'adozione dell'atto invalido. In virtù di tale principio, per esempio, in un giudizio sulla ricostituzione della carriera di un ufficiale dell'esercito a cui era stata illegittimamente negata una promozione, la quinta sezione del Consiglio di Stato si era rifiutata di pronunciare la caducazione della promozione nel frattempo disposta a favore di altro ufficiale, in luogo del ricorrente vittorioso, affermando che la *fictio iuris* della retroattività dell'annullamento non avrebbe potuto essere portata a tali «*assurde conseguenze*»<sup>485</sup>.

Vista la sinteticità della motivazione addotta a sostegno della decisione, non è possibile determinare se l'orientamento in esame costituisca un *revirement* rispetto all'indirizzo, invero molto più risalente, secondo il quale l'invalidità del licenziamento di un funzionario avrebbe reso altresì invalida la nomina del sostituto<sup>486</sup>, o se il Consiglio di Stato avesse voluto sancire la legittimità del comportamento dell'Amministrazione che nell'eseguire la sentenza non avesse annullato l'atto di nomina del sostituto – da considerarsi affetto da invalidità derivata - al fine specifico di tutelare la stabilità della situazione giuridica di quest'ultimo. Ad ogni modo, la

---

<sup>485</sup> Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 1933, *Foro it.*, 1933, III, 347, con nota di richiami. Cfr., nello stesso senso, Cons. Stato, sez. V, 25 aprile 1941, *Liberati c. Ministero dell'Interno e Comune di Bassano*, *Foro it.*, 1942, III, 145, con nota di M.S. Giannini, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego pubblico*.

<sup>486</sup> Così, Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 1905, *Giur. it.*, 1905, III, 311, secondo la quale l'effetto «*logico e legale*» dell'annullamento dell'atto con il quale veniva annullata la nomina di un funzionario era il travolgimento degli atti «*posteriori e dipendenti*» (nella specie, l'atto di nomina del sostituto); cfr. Cons. Stato, IV sez., 15 aprile 1898, *id.*, 1898, III, 231.



terminologia impiegata nella sentenza («*assurde conseguenze*») sembrerebbe indicare che la soluzione adottata dal giudice amministrativo riposava su valutazioni di carattere equitativo, o, per impiegare un concetto attuale, su un giudizio circa la proporzionalità degli effetti dell'annullamento.

Un secondo esempio della delimitazione degli effetti ripristinatori della sentenza di annullamento è costituito dall'orientamento in virtù del quale l'annullamento della nomina o della promozione non implicano il dovere di restituire le somme percepite dal funzionario a titolo di retribuzione per la carica effettivamente (seppur illegittimamente) ricoperta<sup>487</sup>.

In dottrina, tale fenomeno veniva comunemente spiegato sulla scorta del fatto che le prestazioni economiche non sono dovute in sé, ma solo a fronte della prestazione di un'attività da parte del funzionario: così, si sosteneva che l'esclusione del dovere di restituire gli emolumenti costituisse un classico esempio della regola *factum infectum fieri nequit*<sup>488</sup>, alla stregua della quale gli effetti ripristinatori dell'annullamento non potrebbero «disfare» ciò che nella realtà materiale è ormai irreversibile (ossia il fatto che il funzionario avesse effettivamente prestato l'attività lavorativa).

Analogamente, la giurisprudenza riteneva<sup>489</sup>, e tuttora ritiene<sup>490</sup>, che, nei casi in cui venga annullato il diniego di promozione o di assunzione, gli effetti ripristinatori

---

<sup>487</sup> Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 1935, n. 309, *Foro amm.*, 1935, I, 288; 3 maggio, 1930, *Foro it.*, 1931, III, 6, con nota di U. Forti, *Limiti alla retroattività dell'annullamento* e in *Foro amm.*, 1930, I, 160; Cons. Stato, sez. IV, 17 agosto 1928, *Foro it.*, Rep. 1928, voce *Militare*, n. 25 e *Foro amm.*, 1928, 291.

<sup>488</sup> Per altre applicazioni del principio, cfr. Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 1976, n. 825, *Cons. Stato*, 1976, I, 923, con la quale veniva negato che fosse dovuto, a titolo di ripristino, l'assegno previsto dalla legge per la prestazione di attività di pubblico impiego in una sede estera, visto che la *factio iuris* della retroattività non potrebbe condurre a considerare esistente un fatto mai accaduto (nella specie, la mancata prestazione di attività all'estero, seppur dovuta al provvedimento illegittimo dell'amministrazione).

<sup>489</sup> Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 1932, *Foro it.*, 1933, III, 4, con osservazioni di U. Forti; sez. IV, 9 marzo 1928, *id.*, Rep. 1928, voce *Militare*, n. 30; 5 febbraio 1927, *id.*, 1927, III, 111, con nota di richiami. *Contra*, tuttavia, Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 1928, *id.*, 1929, III, 63, con nota di richiami; sez. V, 8 luglio 1933, *id.*, 1933, III, 289, con nota di richiami, sez. V, 29 luglio 1932, *ibid.*, 55, con nota di richiami, secondo cui quando l'Amministrazione, nell'eseguire una sentenza di annullamento, disponga la promozione del funzionario, retrodatandola, questi ha il diritto di percepire gli stipendi arretrati a decorrere dalla data indicata nel provvedimento di promozione (defalcati dai compensi già percepiti per la funzione effettivamente ricoperta).

<sup>490</sup> Cfr., da ultimo, Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2854, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. VI, 3 settembre 2013, n. 4393, *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 2553. In questi casi, il ricorrente vittorioso potrebbe quindi, al limite, agire per il risarcimento del danno subito.

dell'annullamento, benché retroattivi, trovino un limite del fatto compiuto, sicché l'Amministrazione non è tenuta a corrispondere gli stipendi non percepiti ai ricorrenti vittoriosi. Curiosamente, tuttavia, se l'oggetto dell'annullamento è un atto di licenziamento, la giurisprudenza fa invece seguire tutti gli effetti ripristinatori del caso, compresa la restituzione degli emolumenti non percepiti<sup>491</sup>; eppure, neanche in questo caso può dirsi che sia stata prestata un'attività lavorativa da parte del ricorrente<sup>492</sup>.

Sembrerebbe quindi il richiamo al principio *factum infectum fieri nequit* esprima, in alcuni casi, una misura di carattere equitativo, relativa all'inopportunità del travolgimento di alcune situazioni giuridiche, più che l'applicazione rigorosa di un principio giuridico<sup>493</sup>.

---

<sup>491</sup> Per applicazioni recenti di tale principio cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2018, n. 616, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. V, 14 aprile 2015, n. 1867, *ibid.*; 6 settembre 2007, n. 4690, *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2470; Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3338, *id.*, 2006, 1862; sez. V, 20 gennaio 2003, n. 169, *id.*, 2003, 112; 12 aprile 2001, n. 2286, *id.*, 2001, 870; ad. plen., 12 dicembre 1991, n. 10, *Foro it.*, 1991, III, 308, con nota di richiami, e giurisprudenza ivi richiamata. Per una ricostruzione completa degli orientamenti sulla questione della spettanza degli stipendi arretrati, cfr. M.S. Giannini, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego pubblico*, cit.

<sup>492</sup> Su tale distinzione, cfr., in senso critico, A. Travi, *Annulamento del diniego di assunzione e obblighi di ripristinazione dell'Amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 1985, 433, secondo cui l'obbligo di corrispondere gli emolumenti arretrati sarebbe da ricondurre all'effetto ripristinatorio della sentenza di annullamento, di talché «*non sussistono ragioni di ordine logico o di ordine giuridico che impongano di differenziare la sorte degli effetti del diniego di assunzione che perdurano dopo l'annullamento*» visto che «*la logica dell'obbligo di ripristino è unitaria*».

<sup>493</sup> Anche la giurisprudenza più recente talvolta si appella all'«impossibilità» del ripristino, in ipotesi in cui questo risulti inopportuno per effetto del consolidamento delle posizioni giuridiche sorte sulla scorta del provvedimento annullato. In questo senso, per esempio, T.A.R. Valle D'Aosta, 23 maggio 1995, n. 68, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Giustizia amministrativa*, n. 813, in cui si premetteva che «*l'effetto retroattivo che discende dall'annullamento giurisdizionale non può trovare un limite nelle situazioni formatesi sul presupposto della legittimità dell'atto poi caducato giacché, diversamente opinando, l'utile esperimento del rimedio giurisdizionale contro atti amministrativi lesivi degli interessi verrebbe ad essere frustrato dall'esigenza di successive situazioni poste in essere sulla base dell'atto illegittimo*» per poi concedere che ciò debba essere escluso se «*nell'arco temporale intercorrente fra l'emanazione del provvedimento illegittimo e il giudicato di annullamento [...] si siano consolidate posizioni di terzi [...] che rendano in concreto impossibile la piena reiterazione.*» In Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1782 e 27 aprile 2015, n. 2116, reperibili in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), andando oltre, ammetteva esplicitamente che il principio *factum infectum fieri nequit*, insieme al principio di intangibilità dei diritti soggettivi sorti in capo ai terzi in buona fede, giustificasse «*la possibilità per il giudice di valutare gli effetti conformativi delle proprie pronunce e i limiti dell'obbligo ripristinatorio*».

## **c. Primi tentativi della dottrina amministrativa italiana di teorizzare i limiti alla retroattività dell'annullamento**

### **α. Tentativi di limitare gli effetti retroattivi dell'annullamento al fine di tutelare l'affidamento: le teorie sui limiti «soggettivi» dell'annullamento**

Gli orientamenti giurisprudenziali sopra esposti erano comunemente citati come esempio dalla dottrina italiana che, all'inizio del secolo scorso, sosteneva che la retroattività dell'annullamento non andasse necessariamente intesa in modo «assoluto»<sup>494</sup>.

Come i loro colleghi francesi, gli studiosi italiani erano consapevoli che l'eliminazione per il passato degli effetti prodotti dall'atto annullato risulta, in realtà, materialmente impossibile: la retroattività dell'annullamento costituirebbe una mera *fictio iuris*, dal carattere non sempre necessitato<sup>495</sup>. Sulla scorta di tali considerazioni, alcuni autori italiani, anche influenzati dalla dottrina francese<sup>496</sup>, tentarono di teorizzare in modo sistematico quali fossero i fondamenti giuridici dei limiti alla retroattività dell'annullamento.

---

<sup>494</sup> Ci si riferisce, in particolare a U. Forti, *op. cit.*, e *I limiti alla retroattività dell'annullamento*, cit.; V. Romanelli, *op. cit.*, 345 e, in particolare, A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, cit., 446.

<sup>495</sup> Osservava, a tal proposito, V. Romanelli, *op. cit.*, 345: «*Appare evidente tutta l'artificiosità di una simile concezione nel campo giuridico. Essa urta prima che in un assurdo giuridico, in un assurdo logico, perché nessuna attività volitiva, e nemmeno la legge, può superare un ostacolo derivante dalla natura stessa delle cose. [...] Come si vede, la retroattività, nel senso schietto della parola, non esiste, perché il passato è passato e non torna più.*» G. Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, 214 ss., metteva in luce il paradosso che emerge quando si giustappone l'assunto secondo il quale l'invalidità del provvedimento determina la «nullità» dello stesso sin dal momento in cui sopraggiunge il vizio e l'affermazione della retroattività dell'annullamento, «*retroattività inconcepibile in fatto e resa, tuttavia, possibile dal diritto, mediante una finzione, consistente nel ripristinare la situazione giuridica che si sarebbe verificata se l'atto non fosse stato compiuto.*» Osservazioni del medesimo tenore svolgeva C. Bozzi, *Limiti alla retroattività dei provvedimenti amministrativi relativi al rapporto d'impiego*, *Foro amm.*, 1932, IV, 77.

<sup>496</sup> In V. Romanelli, *op. cit.*, U. Forti, *I limiti alla retroattività dell'annullamento*, in *Foro it.*, 1931, III, 6 e in A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, cit., è richiamata la dottrina francese di inizio secolo (in particolare G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités*, cit.; L. Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, cit. e L. Ledoux, *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, Berger Levraalt, 1912, 403).

Fra i capostipiti di tale corrente dottrinale, Ugo Forti è stato uno dei primi autori italiani a ricondurre le eccezioni al principio della retroattività dell'annullamento elaborate da giurisprudenza e dottrina ad un comune denominatore, ossia la necessaria tutela del (legittimo) affidamento nella validità dell'atto amministrativo<sup>497</sup>.

Nel suo contributo al *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo italiano*, l'Autore rilevava che, sino all'annullamento, l'atto è dotato di una «validità che, per quanto provvisoria, non era lecito ad alcuno, entro quel periodo, disconoscere»<sup>498</sup>. Così, se gli atti di esecuzione o applicazione dell'atto illegittimi erano da considerarsi legittimi, anzi dovuti, *ab origine*, questi devono essere considerati legittimi anche dopo l'annullamento: secondo Forti gli effetti dell'annullamento incontrerebbero quindi un limite nelle situazioni sorte sulla scorta dell'(obbligatoria) osservanza del provvedimento *provvisoriamente valido*<sup>499</sup>, ossia, in definitiva, dell'affidamento nella validità dello stesso.

Proprio in tale fenomeno giuridico Forti ravvedeva la *ratio* della teoria del funzionario di fatto<sup>500</sup>. L'Autore giungeva a tale conclusione anche sulla scorta di un'analisi del notissimo passaggio di Ulpiano relativo allo schiavo fuggitivo *Barbarius Philippus*<sup>501</sup>: significativamente, Forti esprimeva il dubbio che la riconduzione della teoria del funzionario di fatto all'equità, nel passo di Ulpiano, fosse frutto di

---

<sup>497</sup> U. Forti, *I limiti alla retroattività dell'annullamento*, cit., che, nel commentare una sentenza del Consiglio di Stato in cui veniva affermato che gli emolumenti percepiti dal funzionario la cui promozione era stata successivamente annullata non dovessero essere restituiti (principio equivalente a quello denominato in Francia «*théorie du service fait*»), la ricollegava a numerose altre ipotesi di limitazione degli effetti dell'annullamento «che possono ricondursi allo stesso principio», innominato dall'Autore, ma legato all'«*esecutorietà dell'atto amministrativo e alla presunzione di validità che ne è il presupposto*», rappresentate sia da diverse sentenze applicative della teoria del funzionario di fatto, sia da altre sentenze in cui, «per ragioni non diverse, fu ritenuta irrilevante la possibile nullità di un decreto di scioglimento di consiglio comunale nei riguardi delle nuove elezioni avvenute [...] e valide le deliberazioni adottate in conformità di un regolamento successivamente annullato». Particolarmente significativa è la riconduzione delle ipotesi succitate a un'unica «*interessante corrente giurisprudenziale, che si trova d'altronde in pieno accordo con la dottrina*», con riferimento alla quale l'Autore cita il proprio contributo *I controlli*, cit., e A. De Valles, *op. cit.* 444 ss..

<sup>498</sup> U. Forti, *I controlli*, cit., 861.

<sup>499</sup> U. Forti, *I controlli*, cit., 861, «*tutte le situazioni giuridiche, che abbiano avuto solo (per dir così) un temporaneo contatto con la situazione giuridica annullata ed alle quali pertanto è base sufficiente la legittimità di quel comportamento, non vengono toccate dal retroagire della dichiarazione di nullità.*»

<sup>500</sup> U. Forti, *I controlli*, cit., 863.

<sup>501</sup> Sul quale cfr. *infra*.

un'interpolazione successiva dei compilatori giustiniani. L'Autore ravvedeva invece nella possibile formulazione originale della parte finale del passo delle argomentazioni non dissimili da quelle formulate nell'elaborazione della sua teoria generale dei limiti dell'annullamento. Secondo Forti, infatti, anche per Ulpiano la validità degli atti compiuti da Barbarius Philippus era fondata sull'affidamento riposto dai cittadini romani nella sua qualità di pretore: in sostanza, l'Autore sostenne che, sin dalle sue origini, la teoria del funzionario di fatto costituiva un'ipotesi di tutela dell'affidamento dei cittadini nell'apparenza del diritto<sup>502</sup>.

Nel 1916, De Valles evocava il tentativo di Forti di teorizzare il principio della tutela dell'affidamento nell'apparenza del diritto «*con argomenti prettamente giuridici*», puntualizzando tuttavia, come, nella pratica, questo non avesse ricevuto un'applicazione sistematica da parte del giudice amministrativo, al di fuori dall'ipotesi della giurisprudenza applicativa della teoria del funzionario di fatto e della teoria del servizio effettivamente svolto<sup>503</sup>.

In generale, De Valles rilevava tuttavia che «*la regola dell'efficacia ex tunc dell'annullamento soffre tali eccezioni, che, per il loro numero e per la loro importanza pratica, possono giustificare l'affermazione della regola contraria*»<sup>504</sup>. Tali eccezioni erano ricondotte anche da De Valles alla circostanza secondo la quale, per previsione di legge e nel pubblico interesse, l'atto amministrativo gode di una presunzione di legittimità, e la sua esecuzione costituisce un dovere: «*perciò, come non v'è responsabilità in chi eseguisce un atto esecutorio, così non vi è colpa, ma spesso l'osservanza di un dovere, a chi regola la propria attività come se l'atto fosse valido*»<sup>505</sup>. Il carattere necessario dell'esecuzione o dell'osservanza del provvedimento da parte del cittadino, sosteneva l'Autore, dovrebbe sempre essere preso in

---

<sup>502</sup> U. Forti, *I controlli*, cit., 863, nota 5.

<sup>503</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 447. Del pari, l'Autore aveva rilevato, a proposito delle costruzioni di Jèze e Alcindor, che «*in questa impossibilità o sconvenienza di eliminare tutti gli effetti che un atto amministrativo, durante il suo stato di presunta validità, abbia prodotto, sta la ragion per cui la legge, la giurisprudenza e la dottrina, in molti casi ammettono che l'annullamento di un atto amministrativo operi ex nunc e non porti, quindi a disconoscere la validità di tutti gli atti e fatti fondati sulla sua presunta validità*», per poi concludere che «*qualche autore ha cercato di comporre un sistema [...]; ma mi sembra che le conclusioni abbiano un valore piuttosto esemplificativo, che dogmatico*».

<sup>504</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 445.

<sup>505</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 449.

considerazione dall'ordinamento, poiché un'applicazione rigida del principio della retroattività dell'annullamento condurrebbe infatti «*a delle gravi conseguenze, dal punto di vista dell'equità*»<sup>506</sup>. In particolare, De Valles proponeva di dare rilevanza giuridica a tre ordini di circostanze: al «*turbamento sociale che potrebbe essere prodotto dal mutamento di uno stato di fatto, per quanto illegittimo*»<sup>507</sup>, all'«*affidamento creato dalla volontà dell'amministrazione*» e alla «*difficoltà per i cittadini di constatare l'irregolarità di un atto amministrativo*»<sup>508</sup>, di cui tuttavia riconosceva il carattere metagiuridico. Secondo l'Autore, per dar loro rilevanza giuridica, il legislatore avrebbe dovuto prevedere che l'annullamento di determinate categorie di atti dovesse sempre avere effetti *ex nunc*, o, in alternativa, avrebbe dovuto attribuire all'«*organo annullante*» una facoltà di limitazione degli effetti dell'annullamento<sup>509</sup>.

Nel tentativo di ricostruire il meccanismo giuridico di una eventuale limitazione degli effetti dell'annullamento, l'Autore rilevava, in prima battuta, che nelle more dell'annullamento, l'atto viziato avrebbe la mera *apparenza* della validità<sup>510</sup>: il decorso del tempo avrebbe potuto dare luogo ad un'ipotesi di *conversione* dell'atto, con conseguente salvaguardia degli effetti già prodotti da esso<sup>511</sup>.

La costruzione di De Valles, seppure definita «*geniale*»<sup>512</sup>, non ha ricevuto particolare diffusione, a differenza del pensiero di Forti, che ha continuato a costituire il punto di partenza di molti contributi dottrinali in tema di tutela delle situazioni costituite sulla scorta del provvedimento annullato.

Tra questi, può citarsi un articolo pubblicato da Iaccarino nel 1921<sup>513</sup>. Prendendo le mosse dalla tesi di Forti, l'Autore sosteneva la necessità di ampliarne l'ambito di

---

<sup>506</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 449.

<sup>507</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 449.

<sup>508</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 449.

<sup>509</sup> L'Autore non precisa se tale potere possa competere alla sola Amministrazione, nell'esercizio dei suoi poteri di autotutela: è quindi possibile ritenere che si riferisse anche al giudice amministrativo. È interessante notare, a tal proposito, che A. De Valles, a differenza di F. Cammeo, *Commentario cit.*, I, 486, nota n. 3, non dà per scontata la possibilità di modulare gli effetti dell'annullamento d'ufficio.

<sup>510</sup> E non una validità provvisoria, come sosteneva invece U. Forti: v. *supra*.

<sup>511</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 451.

<sup>512</sup> Così V. Romanelli, *op. cit.*, 353 e P. Bodda, *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi, Studi in onore di F. Cammeo*, C.E.D.A.M., Padova, 1932, 27.

<sup>513</sup> C.M. Iaccarino, *op. cit.*, 138.



operatività. Secondo Iaccarino, infatti, la limitazione degli effetti dell'annullamento non avrebbe infatti dovuto operare solo a tutela dei terzi in buona fede, ma, più in generale, a tutela della stabilità delle situazioni giuridiche, ossia in tutti i casi in cui risultasse «*inopportuno e dannoso togliere di mezzo gli effetti già prodotti*», poiché «*tra l'interesse protetto dal ricorso, e l'interesse a conservare [situazioni consolidate da lungo tempo], prevalga quest'ultimo*»<sup>514</sup>.

A differenza di Forti o De Valles, tuttavia, Iaccarino non tentò di costruire una teoria dei limiti della retroattività dell'annullamento, spiegando quali fossero le ragioni giuridiche del prevalere dell'esigenza di conservare lo *status quo* sulla necessità di ripristinare la legalità: senza affermarlo esplicitamente, Iaccarino giustificava tale bilanciamento alla luce di ragioni di mera opportunità. Pare tuttavia interessante richiamare la posizione sostenuta – pur senza particolari argomenti – dall'Autore, perché manifesta la continuità della corrente dottrinale di coloro che hanno sostenuto che gli effetti dell'annullamento potessero essere limitati nell'interesse (prevalentemente pubblico) alla stabilità delle situazioni giuridiche.

A questa corrente dottrinale possono altresì essere ricondotti gli autori che, negli anni '50, hanno sostenuto che il meccanismo di salvaguardia previsto dall'art. 1445 c.c., che dispone che «*l'annullamento [del contratto] che non dipende da incapacità legale non pregiudica i diritti acquistati a titolo oneroso dai terzi in buona fede*», potesse essere esteso all'annullamento dell'atto amministrativo. La tesi, meramente abbozzata da Romanelli nel 1939<sup>515</sup>, fu ripresa con maggiori argomentazioni da Perrone Capano, nella sua monografia sulla retroattività degli atti amministrativi<sup>516</sup>. In particolare, l'Autore sosteneva che l'inserimento della regola del rispetto delle situazioni giuridiche dei terzi nel codice civile del 1942 rafforzasse le «*molte decisive considerazioni in favore della limitazione [degli effetti dell'annullamento dell'atto*

---

<sup>514</sup> C.M. Iaccarino, *op. cit.*, 140.

<sup>515</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 352, che, nel cercare di elaborare un sistema dei limiti della retroattività della sentenza di annullamento, evocava un orientamento della dottrina privatistica che sosteneva che l'annullamento del contratto non potesse travolgere le situazioni giuridiche dei terzi (citando E. Redenti, *Dei contratti nella pratica commerciale*, C.E.D.A.M., Padova, 1933, 321 e A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, C.E.D.A.M., Padova, 1937, 158 ss.) Com'è noto, tale orientamento ispirò l'attuale articolo 1445 c.c.

<sup>516</sup> R. Perrone Capano, *op. cit.*, 98.

amministrativo], *le quali erano ritenute anche quando non potevasi affermare che vi fosse limite alla retroattività nel diritto privato*<sup>517</sup>.

La tesi dell'applicabilità della regola dettata dall'art. 1445 c.c. all'annullamento dell'atto amministrativo fu sostenuta, all'inizio degli anni cinquanta, anche da A.M. Sandulli<sup>518</sup>, secondo il quale la retroattività incontrerebbe dei «*limiti naturali*», come la «*inammissibilità di qualsiasi incidenza sulle situazioni giuridiche dei terzi in buona fede (art. 1399, 1445 c.c.)*»<sup>519</sup>, così sottendendo una elevazione a principio generale, valevole anche per il diritto pubblico, della regola espressa nel codice civile.

Tale argomentazione fu invece criticata da autori come Cannada-Bartoli, che sosteneva che il principio espresso dall'art. 1445 c.c. non avrebbe potuto applicarsi all'annullamento dell'atto amministrativo, poiché era stato elaborato al fine di limitare gli effetti della sanzione di un atto per natura diverso dall'atto amministrativo<sup>520</sup>. Secondo Cannada-Bartoli, per comprendere come debba operare la retroattività dell'annullamento (e in particolare, quali siano i suoi limiti), occorreva piuttosto «*cogliere i principî peculiari del sistema giuridico cui gli atti invalidi appartengono [...]*» e, in particolare, chiedersi se «*riguardo alla pubblica potestas, possano ritenersi influenti i principî relativi alla buona fede, alla trascrizione (quesito che presuppone risolto l'altro e più importante sulla qualifica dei diritti dei cittadini rispetto all'autorità)*».

Tale impostazione prevalse<sup>521</sup>, e l'art. 1445 c.c. cessò, sino a tempi recentissimi<sup>522</sup>, di essere invocato a sostegno dell'esistenza di un principio generale di tutela dei terzi

---

<sup>517</sup> R. Perrone Capano, *op. cit.*, 99. L'Autore, tuttavia, riteneva di non poter affermare *tout court* che «*l'annullamento non retroagisce a danno dei terzi*», visto che «*l'uso di quell'espressione presuppone una lunga indagine per determinare chi possa considerarsi terzo di fronte a un atto amministrativo*» (cfr. *loc. cit.*, nota 32).

<sup>518</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Jovene, Napoli, 1954, 278.

<sup>519</sup> A.M. Sandulli, *op. cit.*, 278.

<sup>520</sup> E. Cannada Bartoli, *op. cit.*

<sup>521</sup> Come sembra dimostrare il suo rigetto anche da parte di F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit. Negli anni Settanta, il principio espresso dall'art. 1445 c.c. è stato richiamato da T.A.R. Sardegna, 26 novembre 1975, n. 170, *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Atto amministrativo*, n. 423, per giustificare la limitabilità degli effetti retroattivi dell'annullamento d'ufficio, «*da ravvisarsi nell'impossibilità di incidere su situazioni giuridiche di terzi in buona fede*».

<sup>522</sup> Il tentativo di trasporre norme del codice civile poste a tutela della situazione dei terzi in buona fede ha trovato una iterazione relativamente recente in G. Greco, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1986, 130 e ss., dove si sosteneva che gli art. 23, co. 2, e 25, co.

in buona fede, come limite agli effetti dell'annullamento. Oggi, invece, tale l'argomentazione sembrerebbe conoscere un ritorno in auge<sup>523</sup>.

### **β. Tentativi di limitare gli effetti retroattivi dell'annullamento: la tesi dei limiti «oggettivi» dell'annullamento**

Le obiezioni espresse da Cannada-Bartoli erano sintomatiche del fatto che, nella prima metà del XX secolo, la sicurezza giuridica o l'affidamento dei cittadini nell'apparenza del diritto erano generalmente considerati elementi metagiuridici, nell'ambito dei rapporti di carattere pubblicistico. Proprio l'irrilevanza giuridica della buona fede nel diritto pubblico costituiva il punto di partenza del tentativo di Vincenzo Romanelli di stabilire una sistematica «oggettiva» dei limiti alla retroattività dell'annullamento, fondata sul principio espresso dal brocardo latino *factum infectum fieri nequit*.

Dopo aver evocato i vari tentativi della dottrina di affermare il principio secondo il quale «l'annullamento degli atti amministrativi non ha efficacia retroattiva rispetto ai terzi»<sup>524</sup>, l'Autore notava, pragmaticamente, che il problema poteva in realtà essere risolto, «se nel concetto di retroattività si prescinde da ogni fictio iuris»<sup>525</sup>: ossia, superando una concezione meramente “logica” degli effetti retroattivi dell'annullamento.

---

2, c.c., che fanno salvi i diritti dei terzi acquisiti in buona fede dalla retroattività dell'effetto delle delibere assembleari delle associazioni e delle fondazioni, avrebbero potuto essere applicati in via analogica al fine di salvaguardare la posizione degli aggiudicatari in buona fede dalla retroattività dell'annullamento dell'aggiudicazione (e dalla conseguente caducazione del contratto). La tesi ebbe un certo seguito in giurisprudenza: cfr. sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratti della p.a.*, n. 780; sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, *id.*, 2003, III, 1, con nota di A. Travi.

<sup>523</sup> Sembra a tal riguardo particolarmente significativa la sua menzione in F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Dike, 2017, 179 ss., nella sezione dedicata alla limitazione degli effetti dell'annullamento giurisdizionale, e precedentemente, in F. Caringella, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, *Giur. it.*, 2012, 2177 (part. 2182).

<sup>524</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 354 faceva riferimento, in particolare, alle tesi di Jèze, De Valles, Forti, Bodda, Perrone-Capano e Treves.

<sup>525</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 355.

Secondo Romanelli, l'eliminazione dell'atto annullato non potrebbe realmente riferirsi al passato, poiché ciò non sarebbe materialmente possibile<sup>526</sup>: la sentenza di annullamento determinerebbe in realtà la creazione di una situazione nuova, caratterizzata, da una parte, dalla soppressione degli effetti dell'atto e, dall'altro, da una ricostituzione (nella misura del possibile, ossia «*non sempre [...] interamente e fedelmente*») della situazione che si sarebbe avuta se il provvedimento non fosse esistito<sup>527</sup>.

La retroattività dell'annullamento consisterebbe quindi una mera «*equiparazione giuridica, non effettiva e materiale*»<sup>528</sup> della situazione che, astrattamente, sarebbe esistita in assenza del provvedimento viziato, e della nuova situazione creata in esecuzione dell'annullamento. In quest'ottica, la retroattività dell'annullamento dovrebbe essere meramente tesa a «*ristabilire l'equilibrio giuridico*». Per fare ciò, non sarebbe necessaria la radicale eliminazione di tutte le situazioni giuridiche sorte sulla scorta dell'atto annullato: nell'eseguire la sentenza di annullamento, l'Amministrazione non sarebbe tenuta a eliminare tutti gli effetti prodotti dall'atto, ma solo i provvedimenti o le situazioni giuridiche che ostano direttamente alla «*rimessione in pristino*» dello *status quo ante* del ricorrente<sup>529</sup>.

La teoria elaborata da Romanelli mirava a una limitazione degli effetti dell'annullamento a quanto strettamente e oggettivamente necessario, contrariamente a quanto prospettato da coloro che, in una prospettiva «logica», ritenevano che dovesse essere attuata sino in fondo la *fiction iuris* della retroattività dell'annullamento. Pur avendo il vantaggio di non fondare la limitazione degli effetti dell'annullamento sul principio di tutela dell'affidamento ingenerato dall'apparenza del diritto – e non esponendosi, così, alle critiche di coloro che sostenevano che tale dato non avesse rilevanza giuridica – la tesi di Romanelli non contribuì, tuttavia, a chiarire definitivamente quale fosse la portata degli effetti ripristinatori dell'annullamento, tanto che, nel commentare il contributo dell'Autore, M.S. Giannini rilevava, nel 1942,

---

<sup>526</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 346.

<sup>527</sup> Così, V. Romanelli, *op. cit.*, 356 ss.

<sup>528</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 357.

<sup>529</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 357 ss.

che «*sulla questione [dell’effetto ripristinatorio] vi è ancora peraltro molto da ricercare*»<sup>530</sup>.

Tale incertezza era d’altronde, inevitabilmente legata al dubbio di fondo sulla funzione stessa dell’annullamento: a ben vedere, infatti, la questione del ripristino dello *status quo ante* assume infatti una consistenza ben diversa, se guardata nella prospettiva del diritto obiettivo, dell’annullamento come ripristino della legalità, o soggettivo, dell’annullamento come ripristino della situazione di vantaggio individuale, effettivo o potenziale, lesa dal provvedimento illegittimo.

### **3. EFFETTI E LIMITI DELL’ANNULLAMENTO NELLA GIURISPRUDENZA SUCCESSIVA ALL’AVVENTO DELLA COSTITUZIONE: L’EVOLUZIONE DELLA CONCEZIONE DEGLI EFFETTI RIPRISTINATORI DELLA SENTENZA DI ANNULLAMENTO: LE VICENDE DEGLI ATTI “CONSEQUENZIALI”**

#### **a. La teoria della caducazione automatica: origini e ratio**

Il passaggio definitivo dalla prima alla seconda prospettiva può essere ravvisato in modo chiaro in una sentenza dell’adunanza plenaria, risalente al 1955, relativa al tema delle ripercussioni dell’annullamento su gli atti consequenziali a quello impugnato<sup>531</sup>. L’adunanza plenaria vi affermava che l’annullamento dell’atto amministrativo

---

<sup>530</sup> M. S. Giannini, *Sulla ripristinazione conseguente all’annullamento di un atto estintivo del rapporto di impiego pubblico*, cit., 145, nota n. 7.

<sup>531</sup> Cons. Stato, ad. plen., 19 ottobre 1955, n. 17, in *Cons. Stato*, 1955, 990 e in *Foro amm.*, 1955, I, IV, 78, con nota critica di V. Simi, *Impugnativa della graduatoria e mancata impugnativa della nomina successiva del vincitore*; cfr., negli anni Cinquanta, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 26 giugno 1957, n. 25, *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Atto amministrativo*, n. 94 Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 1958, n. 355, *Foro amm.*, 1958, I, 2, 538.

determina il travolgimento di tutti gli atti «conseguenziali» all'atto annullato, seppur questi siano, alla data della sentenza, inoppugnabili. La nuova figura della c.d. caducazione automatica è stata dichiaratamente elaborata per fini di economia processuale, allo scopo di potenziare la tutela giurisdizionale del ricorrente vittorioso<sup>532</sup> che, grazie all'«effetto caducante» dell'annullamento, poteva ottenere un pieno ristoro della posizione lesa senza dover necessariamente impugnare tutti gli atti conseguenziali a quello immediatamente lesivo che ostassero al ripristino dello *status quo ante*.

Prima del *revirement* in esame, tali impugnative erano del tutto indispensabili all'ottenimento della tutela costitutiva: la giurisprudenza considerava, generalmente, che, in mancanza dell'impugnazione di tutti i provvedimenti conseguenziali che si frapponevano al ripristino della situazione favorevole, il ricorso avverso l'atto presupposto immediatamente lesivo dovesse essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza dell'interesse a ricorrere<sup>533</sup>.

Il cambiamento di prospettiva sotteso al *revirement* del 1955 può probabilmente ricollegarsi alla recente costituzionalizzazione del diritto alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi<sup>534</sup>.

La tesi della caducazione automatica sembrerebbe infatti sottendere l'accoglimento di una concezione del giudizio di annullamento come momento di accertamento e riparazione in forma specifica della lesione dell'interesse del cittadino, e non più come

---

<sup>532</sup> Sul punto, cfr. A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, *Dir. Soc.*, 1982, 19; in giurisprudenza cfr. Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 1996, n. 592, *Foro amm.*, 1996, 1555, in cui veniva affermato «la sentenza d'annullamento del provvedimento amministrativo impugnato, creando l'obbligo nella p.a. soccombente di ripristinare la situazione antecedente necessario, per cui il ricorrente vittorioso non è tenuto a seguire tutti gli sviluppi del procedimento amministrativo e ad impugnare gli atti conseguenziali, né ha l'onere di ricercare tutti i c.d. «controinteressati successivi»».

<sup>533</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 1954, n. 1021, *Foro amm.*, 1054, I, 1000; 28 ottobre 1953, n. 772, *Cons. Stato*, 1953, I, 1039; 10 giugno 1949, n. 503, *Foro amm.*, 1949, I, 2, 1.

<sup>534</sup> Gli artt. 24 e 113 Cost., sancendo il diritto del cittadino alla tutela giurisdizionale degli interessi legittimi, si ponevano infatti in netta contraddizione con la tesi della natura oggettiva del giudizio di legittimità, come nota G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 287. La Costituzione identificava definitivamente la funzione della giustizia amministrativa nella garanzia della posizione soggettiva del cittadino, superando l'idea del giudizio di legittimità garante della legittimità dell'operato dell'Amministrazione. Gli articoli in esame superavano inoltre la teoria «processualistica» dell'interesse legittimo, sottendendone la natura sostanziale (così, già nel 1949, M. Nigro, *L'art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa*, ora in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1996, I, 29).



momento di ripristino della legalità violata, solo indirettamente strumentale alla tutela dell'interesse del cittadino<sup>535</sup>.

Pur se concepito al fine di migliorare la tutela offerta al privato nell'ambito del giudizio di legittimità, l'orientamento in esame presentava molti aspetti problematici, tanto che la dottrina degli anni Cinquanta e Sessanta lo ha quasi unanimemente criticato, rilevandone le incoerenze con alcune delle regole fondamentali del giudizio di legittimità<sup>536</sup>.

---

<sup>535</sup> Molto esplicitamente, sul punto, la recente Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5842, *Foro Amm., C.d.S.*, 2004, 2629, in cui si afferma che «*deve ritenersi ormai superato l'orientamento che sosteneva l'inammissibilità del ricorso avente ad oggetto l'atto presupposto per sopravvenuta carenza di interesse in caso di omessa impugnazione del successivo e consequenziale provvedimento. Appare più coerente con l'evoluzione del processo amministrativo, il cui oggetto si è progressivamente spostato dall'atto alla pretesa fatta valere, ritenere che l'annullamento dell'atto presupposto comporti l'automatica caducazione dell'atto consequenziale [...]*».

In dottrina, è significativo il collegamento concettuale tra la teoria della caducazione automatica e le tesi secondo le quali il giudizio amministrativo comporterebbe un accertamento del rapporto suggerito da P. Virga, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in A.A.V.V., *Studi in memoria di E. Guicciardi*, C.E.D.A.M., Padova, 1975, 687. L'Autore osservava che «*la spiegazione del fenomeno della caducazione automatica sarebbe resa più agevole, qualora si concepisse il processo amministrativo come un processo sul «rapporto» al pari del processo civile, e qualora si volesse costruire la decisione amministrativa come un accertamento sul rapporto intercorrente fra la pubblica amministrazione e il cittadino; in tale ipotesi, infatti, il giudice amministrativo, dovendo estendere il proprio giudizio sull'intero rapporto portato alla sua cognizione, potrebbe prendere in considerazione, non solo il provvedimento formalmente impugnato, ma altresì tutti quelli consequenziali e connessi.*» Gli Autori che sostennero negli anni 1960 e 1970 la tesi del giudizio amministrativo come giudizio sul rapporto ne evidenziavano d'altronde la strumentalità a una migliore tutela del cittadino: sul punto, molto chiaramente, P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Giuffrè, Milano, 1970, 126 ss. In realtà, l'idea di una giustizia amministrativa posta a tutela della situazione soggettiva del cittadino non è assolutamente incompatibile con la tesi del giudizio di legittimità come giudizio sull'atto, come avevano già dimostrato vari Autori negli anni '60: cfr., sul punto, G. Miele, *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in *Scritti giuridici*, II, Ed. Università di Firenze, 1987, 1065. Con ciò, non si vuole tuttavia sostenere che nel 1955 si fosse già approdati a una concezione certa della natura del giudizio di legittimità; tutto il contrario, come dimostrano le parole di A. Romano, *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961, I, 1247, (part. 1249) che lamentava l'incertezza della questione «*se il processo amministrativo verte sulla legittimità dell'atto oppure sulla lesione di un interesse; se questo interesse è del privato, o dell'Amministrazione, oppure ha un carattere genericamente pubblico; se è di fatto oppure ha consistenza di situazione giuridica soggettiva [...]*».

<sup>536</sup> Cfr. V. Simi, *Impugnativa della graduatoria e mancata impugnativa della nomina successiva del vincitore*, cit; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Morano, Napoli, 1963, 414, nota n. 1, secondo cui «*l'errore [nella sentenza Cons. Stato, ad. plen. 19 ottobre 1955, n. 17] è evidente, non potendosi ammettere la sussistenza dell'impugnativa di un atto che mai abbia formato oggetto di ricorso, e, ancor meno, il verificarsi dell'annullamento di un atto mai fatto oggetto di pronuncia di annullamento*», e ancora, dello stesso Autore, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in A.A.V.V., *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1983, 305 (part. 306, in cui definisce la teoria della caducazione automatica «*radicata in ragioni di ordine pragmatico e finora sfornita [...] di un valido supporto teorico*»; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970, II, 1062

Quest'ultimo contempla la possibilità per il giudice di eliminare solo l'atto o gli atti impugnati, qualora ne sia accertata l'illegittimità con riferimento ai vizi indicati nel ricorso: ciò si spiega in ragione del fatto che, da una parte, il giudizio amministrativo, come quello civile, è sottoposto al principio della domanda<sup>537</sup>; d'altra parte, in virtù del principio della inoppugnabilità, il giudice non ha il potere di eliminare atti divenuti intangibili per via dell'inutile decorso del termine di impugnazione. Tali atti godono infatti di una stabilità rinforzata: possono essere eliminati dalla realtà giuridica solo attraverso l'esercizio del potere di autotutela, sussistendone i presupposti<sup>538</sup>. L'istituto della inoppugnabilità è quindi direttamente strumentale alla tutela della certezza del diritto, intesa come stabilità delle situazioni giuridiche<sup>539</sup> e il meccanismo della

---

(relativamente agli effetti dell'annullamento d'ufficio, ma valgono le considerazioni svolte *supra* circa l'equiparabilità degli effetti del provvedimento adottato in autotutela e della pronuncia di annullamento): secondo l'Autore, l'inoppugnabilità dell'atto preclude la ripristinazione che segue normalmente l'annullamento: in altri termini, l'atto inoppugnabile resiste alla retroattività dell'annullamento del suo atto presupposto; P. Virga, *op. cit.*, p. 693, secondo cui «*sotto il profilo strettamente dogmatico, va preliminarmente escluso che possa ravvisarsi nella caducazione un effetto processuale, seppur secondario, del giudicato amministrativo*» (l'Autore finiva tuttavia per concludere che la caducazione sia un effetto *sostanziale* dell'annullamento).

<sup>537</sup> Sin dagli albori, il giudice amministrativo ha affermato di non potere decidere che nei limiti della domanda di parte: cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 1916, *Giust. Amm.*, 1916, I, 67, malgrado Cass. S.S. U.U., 12 dicembre 1901, *Giust. Amm.*, 1902, III, 2 avesse invece statuito «*quando si tratta di provvedimenti di pubblico interesse e di inosservanza di forme prescritte in garanzia così degli impiegati che delle pubbliche amministrazioni, [la quarta Sezione del Consiglio di Stato] può bene esaminare d'ufficio se concorrono, oltre i motivi di illegalità dedotti contro il provvedimento, anche altri non dedotti e che possano inficiarlo; dovendo esaminare l'atto attaccato d'illegalità sotto tutti gli aspetti, e non soltanto sotto il profilo dedotto, così come può annullarlo anche per ragioni non proposte e che essa rileva d'ufficio.*» In realtà, in alcune risalenti pronunce (Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 1904, *Giur. it.*, 1904, III, 250; 28 ottobre 1904, *Giur. it.*, 1905, III, 36; 23 marzo 1906, *Giur. it.*, 1906, III, 269, il Consiglio di Stato aveva ritenuto di poter rilevare di ufficio alcuni vizi di particolare gravità, sul modello del giudice francese, ma tale orientamento non ebbe seguito, come riporta F. La Valle, *Il vincolo del giudice ai motivi di parte*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 20.

<sup>538</sup> Sul punto, occorre precisare che, secondo alcuni Autori (come A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, *Dir. Soc.*, 1982, 21), l'annullamento d'ufficio dell'atto consequenziale, lesivo della posizione del ricorrente vittorioso costituirebbe una componente del generale dovere di eseguire la sentenza del giudice, ossia una particolare ipotesi di autotutela doverosa. In giurisprudenza, in questo senso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 1985, n. 656, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Giustizia amministrativa*, n. 656. *Contra*, invece, P. Virga, *op. cit.*, 695, secondo il quale «*non sembra [...] possa riconoscersi l'esistenza di un obbligo della amministrazione – peraltro non sancito da alcuna norma positiva – di annullare di ufficio tutti gli atti consequenziali strettamente connessi con quello annullato in sede giurisdizionale, con la conseguenza che, in caso di inottemperanza a tale obbligo, l'interessato possa esperire il ricorso alla giurisdizione di merito per la esecuzione del giudicato.*».

<sup>539</sup> Sul punto, cfr. B. G. Mattarella, *Provvedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Giuffrè, Milano, 2006, 4738.

caducazione automatica rappresenta, in generale, un fattore di indebolimento di tale stabilità.

Tale indebolimento era particolarmente accentuato nella prima giurisprudenza applicativa del meccanismo, che accoglieva una concezione molto ampia del nesso di presupposizione idoneo a fondare un effetto caducante *ipso iure*<sup>540</sup>. Tale indebolimento risultava aggravato dal fatto che la giurisprudenza in materia di caducazione automatica consentiva che l'eventuale interesse alla conservazione del provvedimento potesse essere compromesso senza che i controinteressati «successivi»<sup>541</sup> fossero messi in condizione di esercitare il diritto al contraddittorio.

## **b. Tentativi di delimitazione dell'ambito di operatività del meccanismo della caducazione automatica**

Malgrado la difficile conciliabilità della caducazione automatica con alcuni dei principî cardine che sorreggono la disciplina del giudizio di legittimità, la teoria, configurata come componente degli effetti ripristinatori della sentenza di annullamento, è prevalsa, e persiste sino ad oggi, seppur se con tratti diversi da quelli delineati in origine. Il successo della teoria potrebbe essere d'altronde ricondotto anche alla concezione “logica”, obiettiva, dell'annullamento che sottende<sup>542</sup>, alla stregua della

---

<sup>540</sup> In Cons. Stato, ad. plen., 19 ottobre 1955, n. 17, per esempio, veniva affermato che l'annullamento dell'atto «intermedio» immediatamente lesivo «proietta la sua azione verso gli atti successivi che siano in largo senso l'effetto dell'atto impugnato».

<sup>541</sup> L'espressione è impiegata da D. Corletto, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, Dig. disc. pubbl., XXIV app., 1999, 562 (part. 569), per definire «coloro che sono danneggiati dalla sentenza», da contrapporre ai «classici» controinteressati, parti necessarie del giudizio di annullamento, tradizionalmente definiti come «coloro che sono direttamente avvantaggiati dall'atto impugnato».

<sup>542</sup> In dottrina, si è sostenuto che la caducazione automatica fosse un effetto sostanziale dell'annullamento dell'atto presupposto: così, ad esempio, P. Virga, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, cit., 693.

quale l'annullamento comporterebbe una eliminazione totale degli effetti dell'atto, «*come se questo non fosse mai esistito*»<sup>543</sup>.

Non sono tuttavia mancati i tentativi, sin dagli anni Sessanta, di arginare la concezione ampia degli effetti dell'annullamento propugnata dai fautori di un'estensione dell'operatività del meccanismo della caducazione automatica, al fine di preservare situazioni giuridiche nel frattempo sorte in favore di soggetti terzi<sup>544</sup>.

I problemi legati a un'applicazione troppo estensiva del meccanismo non erano neppure ignoti ai giudici, tanto che, nell'adunanza plenaria n. 4 del 1970<sup>545</sup>, si era finito per ammettere che «*il travolgimento di una serie interminabile di atti, quale effetto del venir meno anche di un solo e concorrente presupposto, non trova riscontro nel sistema, né sarebbe comunque conforme alle esigenze dell'Amministrazione e ai principî che ne regolano l'attività*».

In primo luogo, l'adunanza plenaria aveva tentato di limitare la portata della caducazione automatica, chiarendo quale dovesse essere la portata dei due effetti possibili dell'annullamento dell'atto presupposto: l'invalidità derivata a effetto

---

<sup>543</sup> Per un esempio di tale concezione nella giurisprudenza, cfr. Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 1973, n. 686, *Cons. Stato*, 1973, I, 1335, in cui veniva affermato che l'annullamento della nomina iniziale di un funzionario pubblico determina la caducazione automatica di tutti i successivi avanzamenti di carriera da questi ottenuti, anche in seguito a concorsi interni, indipendentemente da fatto che l'eliminazione degli atti consequenziali giovesse direttamente al ricorrente.

<sup>544</sup> Si veda, a tal proposito, Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 1961, n. 276, *Foro it.*, Rep. 1961, voce *Atto amministrativo*, n. 139, secondo cui «*la decorrenza retroattiva del provvedimento d'annullamento di una deliberazione illegittimo rappresenta la più completa riparazione dell'accertata illegittimità e, quindi, rappresenta l'optimum che deve proporsi il giudice [...] allo scopo di eliminare nella misura maggiore possibile le conseguenze dell'accertata illegittimità; a tale ampio ripristino della posizione giuridica del soggetto leso si oppongono, non tanto motivi di principio, quanto gli interessi di terzi che, per effetto della situazione di fatto determinata dall'atto medesimo, abbiano acquisito diritti e consolidato posizioni che non possono essere sconvolte*». In particolare, parte della giurisprudenza successiva all'adunanza plenaria del 1955 ha dato una lettura restrittiva del meccanismo della caducazione automatica, dichiarando la sopravvenuta carenza d'interesse del ricorrente all'annullamento dell'atto presupposto nei casi in cui fossero stati emanati atti consequenziali caratterizzati da una scelta discrezionale dell'Amministrazione, e questi non fossero stati impugnati dal ricorrente: cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 luglio 1969, n. 328, *Foro amm.*, 1969, I, 2, 713; 30 dicembre 1968, n. 816, *Cons. Stato*, 1968, I, 2069. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 1967, n. 640, *Cons. Stato*, 1967, I, 1970, che distingueva atti «*direttamente consequenziali*» (soggetti alla caducazione automatica) e «*atti indirettamente consequenziali*» (soggetti alla mera illegittimità derivata): in virtù di tale distinzione era stato ritenuto che l'annullamento della graduatoria pubblicata in esito di un concorso per un posto a professore straordinario non avesse un effetto caducante automatico sugli atti di nomina dei candidati risultati vincitori, visto che questi si «*presenterebbero autonomi rispetto ad essa e non ne subirebbero automaticamente le vicende*».

<sup>545</sup> Cons. Stato, ad. plen., 27 ottobre 1970, n. 4, *Cons. Stato*, 1970, I, 1543 e in *Foro amm.*, 1970, I, 935.

caducante avrebbe costituito una conseguenza del tutto eccezionale dell'annullamento; in generale, invece, l'atto consequenziale si sarebbe trovato affetto da un'invalidità derivata a effetto meramente viziante, di talché l'atto consequenziale sarebbe rimasto produttivo di effetti, almeno fino alla sua rimozione da parte dell'Amministrazione.

Secondo la concezione restrittiva della caducazione automatica propugnata dall'adunanza plenaria, il travolgimento automatico degli atti consequenziali avrebbe avuto luogo solo in presenza di un nesso particolarmente intimo tra atto presupposto e atto successivo, tale da configurare quest'ultimo come un mero atto esecutivo dell'atto presupposto. In tutti i casi in cui, invece, l'atto consequenziale avesse comportato l'esercizio di discrezionalità amministrativa, oppure avesse attribuito un beneficio a un terzo non chiamato in causa, l'annullamento dell'atto presupposto non avrebbe potuto, solo, determinarne la caducazione automatica.

Nella maggior parte dei casi, dunque, l'atto presupposto avrebbe dato luogo a una mera invalidità dell'atto consequenziale. Poiché, di regola, la durata del giudizio di legittimità comporta inevitabilmente il decorso del termine per l'impugnazione dell'atto consequenziale non impugnato, la rimozione dell'atto consequenziale, ormai divenuto inoppugnabile, non avrebbe potuto essere realizzata che attraverso un annullamento in autotutela da parte dell'Amministrazione.

In secondo luogo, l'adunanza plenaria aveva tentato di conciliare la necessità di restringere l'ambito di operatività del meccanismo della caducazione automatica e l'esigenza di facilitare al ricorrente l'ottenimento della tutela giurisdizionale, affermando che *«l'interesse al ricorso [...] non si concentra unicamente sul risultato formale dell'annullamento dell'atto impugnato, ma include tra le sue componenti anche l'affidamento in ordine alle attività che in esecuzione del giudicato l'amministrazione è tenuta o facultata a svolgere e dalle quali potrà derivare il soddisfacimento del suo interesse sostanziale»*.

Ammettendo che l'interesse a ricorrere non andasse valutato avuto solamente riguardo agli effetti ripristinatori «automatici» dell'annullamento, ma anche con riferimento agli effetti che ragionevolmente potevano attendersi da una corretta esecuzione della sentenza, l'adunanza plenaria superava il problema che aveva condotto, nel 1955, a elaborare la teoria della caducazione automatica. La soluzione

adottata rappresentava quindi un pregevole tentativo di riequilibrare l'esigenza di assicurare una tutela effettiva al ricorrente e quella di preservare la (relativa) stabilità degli atti divenuti inoppugnabili.

Tale tentativo si può dire in parte fallito: la sentenza in esame non è infatti riuscita a definire chiaramente quale nesso di presupposizione risulti idoneo a dare luogo, in via eccezionale, alla caducazione automatica dell'atto consequenziale. Nella perdurante incertezza sugli effetti della sentenza di annullamento<sup>546</sup>, parte della giurisprudenza ha continuato a propugnare una nozione ampia del nesso di presupposizione, così applicando estensivamente il meccanismo della caducazione automatica.

### **c. La ridefinizione della teoria della caducazione automatica: l'effetto ripristinatorio, verso un migliore bilanciamento tra tutela del ricorrente e tutela delle situazioni giuridiche consolidate**

La giurisprudenza amministrativa attuale riconosce ancora la distinzione tra effetto caducante e effetto invalidante dell'annullamento<sup>547</sup>, ma, negli ultimi anni, i criteri impiegati dai giudici per l'individuazione del nesso di presupposizione idoneo a determinare un'invalidità caducante hanno portato, in generale, a un'ulteriore restrizione dell'ambito di operatività della caducazione automatica.

---

<sup>546</sup> M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in A.A.V.V., *Atti del XXVII° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1983, 63 (cfr., in particolare, p. 76), notava a tal proposito che «*se, in astratto, è facile dire che la ripristinazione comporta l'eliminazione degli stati di fatto e di diritto «creati» dall'atto annullato [...] e il compimento degli atti positivi che valgono a realizzare pienamente la retroattività dell'annullamento, la definizione dell'attività concreta di ripristinazione dovuta solleva molti problemi legati [...] a notevoli oscurità di fondo: le incertezze della giurisprudenza e la varietà delle soluzioni adottate a proposito dei limiti della retroattività dell'annullamento (pur affermata in via di principio come rigorosa) ne sono la prova.*».

<sup>547</sup> Per una sentenza recentissima applicativa di tali categorie, cfr., per esempio, Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2168, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



Tale evoluzione non ha però seguito un percorso lineare, e uno dei problemi principali riscontrati dalla dottrina che ha studiato il meccanismo della caducazione automatica consiste proprio nell'incertezza circa la sua portata<sup>548</sup>. Le oscillazioni della giurisprudenza non sempre consentono, infatti, di determinare univocamente quale tipo di rapporto di presupposizione determini la caducazione automatica: ciò è dovuto anche al fatto che le soluzioni di volta in volta adottate dai giudici sembrano rispondere più all'esigenza di assicurare un determinato risultato pratico che a un'applicazione rigorosa dei principî sostanziali in tema di effetti dell'annullamento dell'atto presupposto sull'atto consequenziale<sup>549</sup>.

In questo contesto di incertezza, può comunque osservarsi, a partire dalla fine degli anni Ottanta, la tendenza della giurisprudenza a tentare di conciliare la teoria della caducazione automatica e l'esigenza di preservare la stabilità delle situazioni di vantaggio consolidate in virtù di provvedimenti divenuti inoppugnabili; in tali orientamenti può ravvedersi la volontà di bilanciare la necessità di garantire una tutela giurisdizionale effettiva al ricorrente e l'esigenza di tutelare la certezza del diritto.

A tal proposito, si può citare un indirizzo giurisprudenziale che, pur ammettendo l'operatività, in generale, del meccanismo della caducazione automatica, escludeva che l'annullamento dell'atto presupposto potesse determinare, *ipso iure*, il venir meno di atti consequenziali favorevoli ai terzi, nel caso in cui la loro rimozione non giovasse direttamente alla posizione del ricorrente<sup>550</sup>.

---

<sup>548</sup> A tal proposito, cfr. l'analisi della giurisprudenza sul nesso di presupposizione necessario perché all'annullamento segua la caducazione automatica svolta da E. Sticchi Damiani in *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 633, nota 4. Secondo l'Autore, «i frequenti contrasti giurisprudenziali nell'individuazione della linea di confine tra invalidità viziante e invalidità caducante [...] si spiegano proprio ove si consideri che, in definitiva, il criterio discrezionale utilizzato è quello del carattere più o meno «intimo».

<sup>549</sup> Così F. Saitta, *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale non sempre coerente*, *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3164. Cfr., nello stesso senso, F. Ancora, *L'individuazione dell'atto amministrativo presupposto*, *Giurisd. amm.*, 2009, IV, 293.

<sup>550</sup> In questo senso, cfr. T.A.R. Lazio, sez. III, 5 gennaio 1985, n. 2, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Giustizia amministrativa*, n. 632, in cui si affermava che «l'amministrazione, quando agisce in ottemperanza alle statuizioni del giudice, dispone di spazi di discrezionalità sul modo di ripristinare la situazione lesa dal provvedimento eliminato dalla sentenza almeno per quanto attiene alle posizioni soggettive non incise in via immediata e diretta da quest'ultima; [...] l'autorità è vincolata al giudicato quando soddisfa la pretesa; si muove invece sul piano dell'autotutela quando decide di eliminare la situazione di vantaggio attribuita [ai soggetti rimasti estranei al giudizio, che avevano tratto vantaggio dal provvedimento caducato]»; Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 1988, n. 178, *Foro it.*, 1988, III, 1, con

E' andato ancora oltre, in questo senso, un altro indirizzo elaborato negli anni Novanta dal Consiglio di Stato. Nel *leading case*<sup>551</sup>, in particolare, si affermava che poiché l'art. 24 Cost. non consente che una pronuncia possa recare pregiudizio a un soggetto che non abbia potuto difendersi nel corso del processo, deve ritenersi sempre inoperante la caducazione automatica nei confronti degli atti consequenziali inoppugnabili che conferiscano vantaggi a soggetti terzi. Tale orientamento non nega l'operatività, in generale, del meccanismo della caducazione automatica, ma vi pone dei limiti legati non (solo) all'inoppugnabilità dell'atto, ma soprattutto al carattere accrescitivo di questo e al mancato esercizio del contraddittorio da parte dei suoi beneficiari<sup>552</sup>.

---

nota di richiami, secondo la quale è viziata da ultrapetizione la sentenza che, nell'annullare il giudizio di inidoneità allo svolgimento delle funzioni di professore associato, ritenuta illegittima per un vizio della composizione della commissione giudicatrice, dichiarava altresì annullati anche tutti gli altri giudizi espressi dalla medesima commissione. La caducazione automatica non poteva in questo caso operare, secondo il Collegio, perché i giudizi svolti dalla Commissione non avevano dato luogo a una graduatoria: i giudizi resi, seppure nell'ambito di un'unica operazione, non avevano quindi, ad avviso del collegio, «*connessioni reciproche*»; perché la sentenza di annullamento spiegasse i suoi effetti ripristinatori, non era necessario eliminare i giudizi di idoneità resi a favore degli altri candidati. Implicitamente, quindi, il giudice vi afferma che non è il collegamento oggettivo tra gli atti (nomina della commissione e atti svolti dalla stessa commissione) a influire sugli effetti dell'annullamento, quanto piuttosto l'interesse del ricorrente a vedere eliminato dalla realtà giuridica l'atto consequenziale. Tale orientamento è stato confermato anche da Cons. Stato, ad. plen. 19 febbraio 1992, n. 4, *Foro it.*, 1992, III, 1, che ha affermato che, in una fattispecie analoga, il ricorrente non dovesse notificare il ricorso (che aveva ad oggetto, oltre alla valutazione, anche l'atto di nomina della commissione) agli altri candidati, visto che un'eventuale sentenza di accoglimento non avrebbe potuto produrre conseguenze su di essi. Cfr. altresì Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 1992, n. 828, *Cons. Stato*, I, 1101. Da ultimo, in questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2011, n. 5986, *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3012. In dottrina, la soluzione adottata dall'orientamento in esame era stata sostenuta da P. Virga, *op. cit.*, 698, secondo il quale dovrebbe ammettersi l'operatività della caducazione automatica nel caso in cui l'atto consequenziale disponesse un assetto di interessi incompatibile con la pretesa del ricorrente.

<sup>551</sup> La prima sentenza esplicita in questo senso sembrerebbe essere Cons. Stato, sez. V, 7 maggio 1994, n. 447, *Cons. Stato*, 1994, 762, ma un ragionamento analogo sembra potersi ravvisare in Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 1985, n. 509, *Foro amm.*, 1985, n. 2132 e Cons. Stato, sez. VI, 21 maggio 1984, n. 282, *Cons. Stato*, 1984, I, 597, in tema di annullamento degli atti di un concorso pubblico, in cui viene esplicitamente affermato che «*il principio della retroattività delle pronunce del giudice amministrativo non ha carattere assoluto, potendosene ammettere la retroattività degli effetti quando si tratta di reintegrare posizioni giuridiche di un soggetto [...] tale evenienza incontra un limite invalicabile nella presenza di posizioni legittimamente costituite e consolidate in favore di altri soggetti*».

<sup>552</sup> C.G.A.R.S., 14 ottobre 1997, n. 398, *Cons. Stato*, 1997, I, 1496; 18 maggio 1996, *Foro amm.*, 1996, 1976. Tale tesi è stata in seguito ribadita, *ex multis*, da Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5748, *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2999; sez. V, 4 agosto 2010, n. 5217, *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1500; sez. VI, 25 febbraio 2008, n. 207, *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 142; sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948, *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1548; sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5842, *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2629; Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 2001, n. 5677, *Ragiusan*, fasc. 215, 320.

L'indirizzo in esame è nato al fine di limitare gli effetti di caducazione automatica a svantaggio di soggetti terzi che non avessero potuto difendersi in giudizio in un contesto in cui l'istituto dell'opposizione di terzo ordinaria non era contemplata nel processo amministrativo<sup>553</sup>; tuttavia, nella giurisprudenza attuale continua ad essere sostenuto lo stesso principio, alla luce del fatto che l'opposizione di terzo non può essere considerato uno strumento ordinario di esercizio del diritto di difesa, ma pur sempre una «*patologia del processo*»<sup>554</sup>.

Gli indirizzi giurisprudenziali sopra esposti mostrano la parziale evoluzione del paradigma seguito dal giudice amministrativo, che ormai non si preoccupava più, come nell'immediato dopoguerra, della sola tutela dell'interesse del ricorrente, ma bilanciava tale esigenza con quella alla stabilità della situazione del terzo titolare di un vantaggio o di un'utilità per effetto di un atto divenuto inoppugnabile.

Nel caso del secondo orientamento, in particolare, può parlarsi di bilanciamento – sebbene l'operazione di non venga condotta in modo esplicito – poiché il limite all'effetto oggettivo di caducazione automatica è stato posto in considerazione della natura delle situazioni da tutelare: queste vengono considerate come consolidate non solo in virtù dell'inoppugnabilità formale dell'atto, ma soprattutto in ragione del carattere accrescitivo dell'atto e della mancata chiamata in causa del suo beneficiario. Nel caso del primo orientamento citato, invece, emerge piuttosto la concezione della caducazione automatica come *extrema ratio*, la cui operatività dovrebbe ritenersi condizionata alla necessità dell'eliminazione degli atti consequenziali ostativi al pieno ripristino dell'interesse legittimo del ricorrente.

---

<sup>553</sup> Com'è noto, l'opposizione di terzo ordinaria è stata dapprima introdotta nel processo amministrativo dalla sentenza Corte Cost., 17 maggio 1995, n. 177, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 298, con nota di F. Lorenzotti, *La Corte costituzionale introduce l'opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo*, che ha dichiarato l'incostituzionalità degli artt. 28 e 36 della l. 6 dicembre 1971, n. 1034, nella parte in cui non prevedevano tale rimedio. La questione era stata sollevata nell'ambito di un giudizio relativo alla legittimità dell'atto di annullamento della nomina del vincitore di un concorso (ritenuta affetta da invalidità derivata), pronunciata dall'amministrazione in esecuzione della sentenza di annullamento dell'atto di esclusione di un concorrente.

<sup>554</sup> In questo senso, Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5748, cit.; sez. V, 4 agosto 2010, n. 5217, cit.; sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948, cit.; nella giurisprudenza di merito, T.A.R. Lazio, sez. III, 4 gennaio 2012, n. 59, *Foro Amm. T.A.R.*, 2012, 170; T.A.R. Umbria, sez. I, 24 novembre 2010, n. 513, *id.*, 2010, 3503.

Nel 2000, la tendenza generale alla limitazione degli effetti di caducazione automatica si è ulteriormente accelerata. L'introduzione dell'istituto dei motivi aggiunti, con la legge 21 luglio 2000, n. 205, ha infatti reso nettamente meno gravosa l'impugnazione di tutti gli atti consequenziali all'atto ritenuto illegittimo, risolvendo uno dei problemi in ragione dei quali è stato elaborato l'istituto della caducazione automatica<sup>555</sup>.

Tuttavia, parte della dottrina ha ritenuto che l'introduzione dell'istituto dei motivi aggiunti non avrebbe determinato la fine del fenomeno della «caducazione automatica», bensì un mero ridimensionamento dello stesso<sup>556</sup>. Effettivamente, la giurisprudenza non ha del tutto superato la tesi della caducazione automatica, ma ne ha decisamente ristretto l'ambito di operatività, qualificandolo come assolutamente «eccezionale»<sup>557</sup>.

Nella giurisprudenza degli inizi del 2000 è ancora possibile ravvisare alcune oscillazioni in ordine alla portata del meccanismo<sup>558</sup>; negli ultimissimi anni, tuttavia, si assiste al consolidamento di un indirizzo che concepisce la caducazione automatica come un fenomeno residuale, operante solo in presenza di tre condizioni.

---

<sup>555</sup> Alcuni Autori erano perciò giunti alla conclusione che l'introduzione dell'istituto dei motivi aggiunti avrebbe comportato la fine della teoria della caducazione automatica: E. Sticchi Damiani, *op. cit.*, secondo cui «l'introduzione dei motivi aggiunti sembra poi possedere una valenza «codificatrice» ai fini della vicenda in esame, ben più ampia di quella già considerata e attribuita ad essa dalla giurisprudenza. La portata della novella [è] di determinare implicitamente, ma inequivocabilmente, l'obbligo di impugnazione di qualsiasi tipologia di provvedimento sopravvenuto, determinando la connessione o meno con l'oggetto del ricorso la sola alternativa processuale tra impugnazione autonoma e motivi aggiunti».

<sup>556</sup> Così M. Ramajoli, *Impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, N.L.C.C., 2001, 567.

<sup>557</sup> Si veda, a tal proposito, Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2020, *Foro amm.*, 2014, 1122.

<sup>558</sup> Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2581, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Giustizia amministrativa*, n. 2581; sez. IV, 7 settembre 2004, n. 5768, *id.*, 2004, voce cit., n. 364; sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8027, *id.*, 2004, voce cit., n. 725. Con riferimento alle procedure di affidamento di appalti pubblici, la questione degli effetti dell'annullamento degli atti della procedura di evidenza pubblica sugli atti consequenziali è stata risolta dal legislatore con il recepimento della direttiva 2007/66/CE, che, com'è noto, ha comportato l'attribuzione del giudice del potere di decidere quali debbano essere gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto (artt. 121 e 122 c.p.a.).

In primo luogo, l'atto annullato deve porsi come «*l'unico presupposto fondante*»<sup>559</sup>, «*unica ragione giustificativa*»<sup>560</sup>, «*unico antecedente logico-giuridico*»<sup>561</sup> dell'atto consequenziale, oppure l'atto consequenziale deve essere «*meramente esecutivo*» dell'atto presupposto<sup>562</sup>. In definitiva, alla stregua del primo criterio, la caducazione opererebbe solo quando l'atto consequenziale non risulti da nuove valutazioni di carattere discrezionale.

In secondo luogo, l'atto consequenziale deve appartenere alla stessa serie procedimentale dell'atto annullato, perché possa prodursi l'effetto di caducazione automatica<sup>563</sup>.

Infine, in adesione all'orientamento «garantista» nato negli anni Novanta, la giurisprudenza in esame ritiene che la caducazione automatica non possa mai operare nei confronti di atti «*che coinvolgano terzi estranei alla vicenda contenziosa*»<sup>564</sup>.

Come accennato *supra*, le ultime evoluzioni nella concezione della caducazione automatica sono state accelerate dall'introduzione dello strumento dei motivi aggiunti, che ha contribuito a facilitare, da un lato, l'esercizio del diritto alla tutela giurisdizionale del ricorrente, salvaguardando, dall'altro, il diritto al contraddittorio dei controinteressati.

---

<sup>559</sup> C.G.A.R.S., 29 gennaio 2015, n. 81, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); cfr. Cons. Stato sez. VI, 15 marzo 1999, n. 307, *Foro amm.*, 1999, 764; sez. IV, 11 ottobre 1989, n. 1329, *Cons. Stato*, 1989, 1236.

<sup>560</sup> Cons. Stato, sez. III, 31 ottobre 2014, n. 5387, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>561</sup> T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 9 settembre 2015, n. 11109 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4551, *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2482; sez. II, par. 15 dicembre 2004, n. 2669, *Cons. Stato*, 2005, I, 597, con nota di S. Mazza; sez. VI, 11 febbraio 2002, n. 785, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 16 novembre 2000, n. 6146, *Foro Amm.*, 2000, 3646.

<sup>562</sup> Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2017, n. 1590, *Foro amm.*, 2017, 846; sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1756, *id.*, 2014, n. 1062; 14 febbraio 2013, n. 157, *Foro Amm. C.d.S.*, 2013, 158; 23 marzo 2009, n. 1869, *id.*, 2009, 1869; sez. V, 7 febbraio 2000, n. 672, *Urb. App.*, 2000, 436; sez. VI, 15 marzo 1999, n. 307, *Cons. Stato*, 1999, I, 459; sez. VI, 27 ottobre 1994, n. 1571, *id.*, 1994, I, 1415; sez. IV, 20 maggio 1991, n. 398, *Foro amm.*, 1991, 1384.

<sup>563</sup> Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4695, *Foro amm.*, 2015, 2521; sez. V, 26 maggio 2015, n. 2611 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2776, *Foro Amm.*, 2015, 1124; sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1782, *ibid.*, 1111; sez. VI, 30 marzo 2015, n. 1652, *ibid.*, 779; sez. V, 20 gennaio 2015, n. 163, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. III, 19 dicembre 2014, n. 6174, *ibid.*.

<sup>564</sup> In questo senso, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4695 cit.; 27 aprile 2015, n. 2776, cit.; 9 aprile 2015, n. 1782, cit.; 30 marzo 2015, n. 1652, cit.; 23 febbraio 2011, n. 1114, *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 621; 17 gennaio 2011, n. 244, *ibid.*, 233; sez. V, 25 novembre 2010, n. 8243, *id.*, 2010, 2379; T.A.R. Liguria, sez. II, 14 aprile 2005, n. 497, *id.*, 2005, 1021.

Non può però considerarsi secondaria, nell'evoluzione della giurisprudenza in materia di effetti ripristinatori della sentenza di annullamento, la crescente importanza del principio di certezza del diritto, intimamente collegato con l'istituto della inoppugnabilità, ma anche, indirettamente, con il principio della tutela del contraddittorio, che si traduce nell'esigenza di consentire la difesa dell'interesse legittimo del controinteressato al mantenimento dell'atto impugnato.

Il movimento pendolare della giurisprudenza in tema di effetti ripristinatori dell'annullamento rappresenta la tensione fra la concezione «logica» dell'annullamento e necessità di assicurare la migliore tutela degli interessi del ricorrente vittorioso (concezione «funzionale» dell'annullamento), da una parte, e l'esigenza di garantire una certa stabilità ai provvedimenti consequenziali.

## **4. LA MODULAZIONE DELLA SENTENZA DI ACCOGLIMENTO IN ITALIA: LA MANIPOLAZIONE DEGLI EFFETTI ELIMINATORI E RIPRISTINATORI DELL'ANNULLAMENTO**

### **a. Il *leading case* italiano in materia di modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento**

#### **α. Accoglimento del ricorso e «non annullamento»: il fondamento giuridico del nuovo potere di modulazione**



Negli ultimi anni, tale esigenza si è tradotta nell'affermazione, oggi sempre più diffusa nella giurisprudenza amministrativa, del potere di manipolare gli effetti delle sentenze di annullamento, proprio al fine di evitare le conseguenze inopportune della retroattività.

Tale filonw giurisprudenziale è stato inaugurato da una celebre sentenza del 2011, considerata il *leading case* italiano in materia di manipolazione degli effetti della sentenza<sup>565</sup>. La sesta sezione del Consiglio di Stato vi ha stabilito che, in generale, al giudice amministrativo è concesso, anche d'ufficio, escludere tutti o alcuni degli effetti eliminatori e ripristinatori della sentenza di accoglimento del ricorso per annullamento<sup>566</sup>. Il giudice italiano ha così emulato, superandolo, il suo modello - esplicitamente individuato nella Corte di Giustizia dell'Unione Europea - disponendo che, qualora ciò risulti conforme all'interesse del ricorrente, dall'accoglimento del ricorso può derivare non solo un annullamento "amputato" dai suoi effetti eliminatori e ripristinatori, ma addirittura il «*non annullamento*» dell'atto illegittimo<sup>567</sup>.

---

<sup>565</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *Urb. App.*, 2011, 927, con nota di A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*; *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 427, di C. Feliziani, *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare il provvedimento illegittimo?*; *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 293, con nota di A. Giusti, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*; *ibid.*, 280, con nota di C. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*; *ibid.*, 1128, con nota di L. Bertozzi, *Sentenza che accoglie l'annullamento amputato dell'effetto eliminatorio?*; *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 con nota di M. Macchia, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove d'imitazione*; *Riv. Giur. Ambiente*, 2011, 818, con nota di A. De Feo e C. Tangari, *VAS, VIA e Valutazione d'incidenza, regole procedurali e sostanziali diverse. La PA obbligata a conformarsi*; *Giur. it.*, 2012, 438, con nota di E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*; [www.giustiamm.it](http://www.giustiamm.it), con nota di M. Sapio, *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale nazionale*; *ibid.*, con nota di P. Quinto, *La specificità della giurisdizione amministrativa e una sentenza di «buon senso»*.

<sup>566</sup> La sentenza in esame è stata fortemente criticata dalla dottrina, come si vedrà nel proseguio, ma ha avuto un certo seguito in giurisprudenza. Può notarsi inoltre che diverse sentenze richiamano Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, cit. come paradigma dei limiti alla retroattività dell'annullamento, facendo mostra di condividerne le conclusioni: così, da ultimo, Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2018, n. 2133, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. III, 11 dicembre 2017, n. 5840, *id.*; Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, *Foro it.*, 2018, III, 145, con nota di richiami.

<sup>567</sup> Così A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, cit. In chiusura della sentenza, il giudice aveva concesso all'Amministrazione dieci mesi per adottare, attraverso l'approvazione di un nuovo piano faunistico venatorio, tutte le misure necessarie a conformarsi alla pronuncia; decorso inutilmente tale periodo, se adito in ottemperanza, il giudice si riservava di «*valutare tutte le circostanze ed esercitare i poteri previsti dal Codice del processo amministrativo, anche quelli riguardanti le misure dissuasorie della eventuale inottemperanza*». In questo senso, la modulazione realizzata dal giudice italiano nella sentenza in

Oggetto del giudizio in esame era l'impugnazione, da parte di un'associazione di difesa dell'ambiente, di una sentenza del TAR Puglia che aveva rigettato il ricorso avverso il piano faunistico venatorio adottato dalla Regione Puglia nel 2009. La ricorrente, una nota associazione ambientalista, lamentava, in particolare, che il piano fosse stato adottato senza il previo esperimento della procedura di valutazione ambientale strategica prevista dal d. lgs. 3 aprile 2006, n. 152. La sesta sezione accoglieva l'appello, precisando, tuttavia, che la regola «fondamentale», «affermata *ab antiquo et antiquissimo tempore*», della retroattività dell'annullamento potesse essere derogata, o addirittura, l'annullamento escluso, qualora gli effetti ordinari della sentenza di accoglimento avrebbero prodotto risultati «*incongrui, manifestamente ingiusti o in contrasto con il principio di effettività della tutela giurisdizionale*».

Secondo i giudici di Palazzo Spada, una siffatta operazione sarebbe stata ammissibile, in primo luogo, perché il diritto positivo non la vieterebbe: il giudice potrebbe quindi stabilire quali effetti dare alle proprie sentenze di accoglimento (annullamento *ex tunc*, *ex nunc* o, appunto “non annullamento”). Anzi, gli artt. 121 e 122 c.p.a., che attribuiscono al giudice il potere di determinare le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione sul contratto, esprimerebbero, in questo senso, un principio di ordine generale, alla stregua del quale il giudice amministrativo dovrebbe ritenersi dotato di ampi poteri valutativi in ordine alla portata della sentenza di accoglimento.

In secondo luogo, la sesta sezione richiamava il potere della Corte di Giustizia di modulare gli effetti delle proprie sentenze. In sostanza, il giudice affermava che, vertendosi in materia di ambiente - di competenza concorrente dell'Unione Europea - sarebbe stata ammissibile una modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento, al fine di assicurare uno *standard* di tutela omogeneo a quello garantito dal giudice europeo; presumendo, dunque, che, investita di un ricorso su un atto analogo, e affetto

---

commento ricorda la tecnica dell'«annullamento condizionato» (alla mancata riedizione dell'atto emendato dall'illegittimità constatata) inaugurata dal giudice francese nella sentenza *Titran*. Il giudice italiano non potrebbe però, in sede di ottemperanza, annullare l'atto dichiarato illegittimo all'esito del giudizio di cognizione, mentre la sentenza di «annullamento condizionato» del giudice francese produce automaticamente i suoi effetti al decorrere del termine assegnato per la conformazione.

dallo stesso vizio, emanato da un’istituzione europea, la Corte di Giustizia si sarebbe comportata allo stesso modo.

### **β. Le ragioni pratiche del “non annullamento” nella sentenza n. 2755/2011: principio di effettività della tutela e “interesse” del ricorrente**

Quanto alle ragioni del «non annullamento» nel caso sottoposto alla sua attenzione, la sezione sosteneva che la caducazione con effetti retroattivi del piano faunistico avrebbe comportato un danno per l’ambiente e la fauna che il piano, seppur illegittimo, aveva il fine di tutelare poiché, venuta meno la disciplina ivi prevista, sarebbe stato possibile esercitare l’attività venatoria senza necessità di rispettare alcun limite. Ciò si sarebbe posto in contrasto, da una parte, con l’interesse dell’ente appellante, un’associazione ambientalista, che avrebbe promosso il ricorso al solo scopo di *«far rilevare l’inadeguatezza della tutela prevista dal piano faunistico»* e non già di *«far rimuovere in quanto tali gli atti generali impugnati»*; d’altra parte, il vuoto di tutela avrebbe portato a effetti contraddittori anche avuto riguardo agli scopi perseguiti dalla normativa di settore violata nel procedimento d’adozione del piano.

Così, ritenendo di fare applicazione del principio di effettività della tutela, il giudice si era rifiutato di assumere una decisione *«in palese contrasto con le finalità poste a base della iniziativa processuale»*. Aveva pertanto ritenuto che, al fine di emettere una statuizione *«pienamente soddisfattiva dell’interesse fatto valere»*, sarebbe stato necessario *«non statuire gli effetti di annullamento degli atti impugnati [e] disporre unicamente gli effetti conformativi»*, stabilendo che *«gli atti conservino i propri effetti sino a che la Regione Puglia li modifichi o li sostituisca»*.

Può in primo luogo osservarsi che l’affermazione della facoltà di modulare gli effetti della sentenza di accoglimento è stata, in Italia – esattamente come in Francia - il risultato della esplicita rivendicazione del giudice amministrativo di un potere di

controllo sulle conseguenze dei propri provvedimenti<sup>568</sup>; la cognizione e l'analisi di tali conseguenze richiede tuttavia un'attività valutativa che va ben al di là da quella normalmente esercitata dal giudice amministrativo<sup>569</sup>.

In realtà, come rilevato nella sezione *sub* II, 3, del presente lavoro, il giudice amministrativo italiano ha sempre prestato attenzione alle conseguenze delle pronunce di annullamento, modulando, senza tuttavia mai escluderli *in toto*, gli effetti ripristinatori della sentenza, al fine di bilanciare il diritto a una tutela effettiva del ricorrente e l'esigenza di (relativa) stabilità delle situazioni giuridiche sorte sulla scorta dell'atto illegittimo. Nella sentenza in esame, il Consiglio di Stato si è però spinto oltre, interpretando, in nome di un principio generale, le norme di riferimento oltre al perimetro del loro significato, al fine dichiarato di sortire un determinato risultato. Tale operazione non è stata condotta invocando il principio di certezza del diritto - come aveva fatto il giudice francese, sul modello del giudice europeo - ma, in modo controintuitivo, sulla scorta dell'esigenza di realizzare appieno l'effettività della tutela.

La sentenza 2755 ha così costituito un "cavallo di Troia", attraverso il quale il giudice italiano ha potuto affermare l'esistenza di un potere che, in astratto,

---

<sup>568</sup> Per una valutazione esplicita, in termini di proporzionalità, delle conseguenze dell'annullamento, cfr. già Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488, *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 952, in cui il giudice aveva affermato che «il giudice amministrativo [...] deve valutare unitariamente quali siano le conseguenze delle proprie statuizioni e può anche seguire una soluzione diversa ed intermedia tra le due alternative tradizionalmente ritenute giuridicamente possibili (reiezione del ricorso di primo grado [...] o accoglimento del ricorso di primo grado)». Al giudice era stata sottoposta l'impugnazione di un provvedimento disciplinare di estinzione del rapporto di lavoro; ritenuto che la sanzione fosse viziata per eccesso di potere perché sproporzionata rispetto all'illecito commesso, il giudice aveva rifiutato di piegarsi alla dicotomia accoglimento dell'appello (e conseguente annullamento dell'atto con effetti retroattivi)/respingimento dell'appello, atteso che il ricorrente aveva comunque commesso un illecito disciplinare. La sezione aveva quindi pronunciato l'annullamento, ma ne aveva limitato gli effetti ripristinatori, negando la restituzione degli emolumenti non percepiti dalla data del licenziamento. Può osservarsi che, pur non trovandosi in un caso di giurisdizione di merito, il giudice ha di fatto modificato la sanzione comminata dall'Amministrazione al funzionario, traducendo la valutazione sulla sproporzione della sanzione inizialmente comminata in una sentenza di annullamento "proporzionata" alla condotta tenuta dal ricorrente.

<sup>569</sup> Particolarmente critica, con riferimento alla possibilità per il giudice di realizzare tale valutazione, è G. Ligugnana, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione e effettività della tutela*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014, 125 (part. 140), che evidenzia - alla stregua di parte della dottrina francese (F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, cit.; A. Van Lang, *De l'usage du bilan après-jugement*, cit.) - che «le valutazioni circa le modalità di realizzazione e tutela dell'interesse pubblico dovrebbero [...] esorbitare dalla pronuncia del giudice, che altrimenti diverrebbe a tutti gli effetti 'un amministratore'».

sembrerebbe porsi in contraddizione con lo scopo stesso della giurisdizione amministrativa, quale presidio del privato avverso gli atti illegittimi dell'Amministrazione.

### **γ. Un ambito applicativo ristretto: effettività della tutela e ipotesi dell'annullamento «autolesivo». Possibili soluzioni alternative alla modulazione.**

Fondando il “non annullamento” sullo stesso “interesse” della ricorrente – alla cui individuazione procedeva la stessa sesta sezione, con un’operazione non del tutto ortodossa<sup>570</sup> – il giudice ha chiaramente tentato di porsi al riparo da possibili critiche relative al contrasto di una modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento con la funzione della tutela giurisdizionale cristallizzata in particolare dagli artt. 24, 103 e 113 Cost.

L’argomentazione in esame, in particolare, tradisce la difficoltà principale della trasposizione dell’istituto della modulazione in un giudizio di carattere soggettivo: al fine di non essere accusato di negare la tutela che l’ordinamento garantisce, il giudice ha dovuto, nella stessa sentenza in cui affermava il potere, fondare l’esercizio dello stesso su un presupposto che risulta, a ben vedere, fortemente limitativo del suo ambito di operatività.

Come accennato *supra*, secondo la sesta sezione, la modulazione della sentenza di accoglimento è giustificata dallo stesso principio di effettività della tutela, nei casi in cui il giudice pronostichi che l’annullamento possa produrre una situazione ancora

---

<sup>570</sup> Come notava A. Travi, *Accoglimento dell’impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell’atto illegittimo*, cit., 937, nota n. 3, «si deve però dubitare che il giudice amministrativo possa valutare [...] la coerenza fra le finalità perseguite dalla parte con la sua impugnazione e gli effetti della sentenza di accoglimento. Il sindacato del giudice può estendersi fino alla verifica delle cd. condizioni dell’azione, come l’interesse a ricorrere; invece quanto rilevato nella sentenza attiene a un profilo diverso, attinente all’opportunità dell’azione proposta; la valutazione di tale profilo è riservata all’autonomia della parte e si esprime nella decisione della parte di proporre l’impugnazione». Dello stesso parere appare L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l’annullamento amputata dell’effetto eliminativo?*, cit., 1134, laddove esclude che il giudice possa farsi «interprete autentico» delle reali finalità perseguite dalla ricorrente.

più pregiudizievole per il ricorrente, rispetto al mantenimento dell'atto illegittimo. Ciò non potrebbe certo verificarsi nei casi in cui l'annullamento sia strumentale al conseguimento del bene della vita cui aspira il ricorrente, o al ripristino della *chance* di ottenere tale bene della vita: in entrambi i casi, al ricorrente sarebbe sicuramente utile l'eliminazione dell'atto con effetti *ex tunc*. Alla stregua della ricostruzione della Sesta sezione, sarebbe dunque da escludere l'esercitabilità del potere nei casi in cui il ricorso sia stato promosso per fare fronte alla lesione di un interesse legittimo: risulta difficile immaginare un'azione di annullamento esperita a tutela di una posizione soggettiva individuale, il cui risultato non vada a vantaggio del ricorrente, che non incorra nel filtro dell'inammissibilità per carenza di interesse.

Può quindi osservarsi che la nozione di “interesse” impiegata dalla sesta sezione non è esattamente sovrapponibile a quella di interesse a ricorrere, inteso come «*interesse proprio del ricorrente al conseguimento di una utilità o di un vantaggio (materiale o, in certi casi, morale) attraverso il processo amministrativo*»<sup>571</sup>. Nel caso in esame non sussisteva una carenza di interesse all'annullamento in senso tecnico: come è stato messo in evidenza da alcuni commentatori, l'associazione ricorrente era titolare di un interesse strumentale all'adozione di un nuovo piano faunistico, presumibilmente più restrittivo<sup>572</sup>.

La sesta sezione, quindi, non avrebbe ravvisato una carenza d'interesse all'annullamento, in senso tecnico, bensì la “maggiore utilità” di una pronuncia con meri effetti conformativi, che avrebbe evitato la creazione di un vuoto nella disciplina delle attività venatorie nel periodo intercorrente dalla data dell'adozione del piano viziato all'emanazione del nuovo piano.

Può osservarsi che se il ricorrente può conseguire una “maggiore utilità” da una pronuncia di “non annullamento” con effetti conformativi significa, da una parte, che il ricorso mira alla tutela di un interesse omogeneo a quello perseguito dall'atto impugnato; semplicemente, il ricorrente richiede che il livello di protezione di tale interesse sia aumentato. In secondo luogo, significa che la lesione dell'interesse

---

<sup>571</sup> Così definisce l'interesse a ricorrere A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, cit., 196.

<sup>572</sup> Così L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, cit. 1133.



perseguito non può essere riparata mediante l’emanazione di un provvedimento con effetti retroattivi, che restituisca al ricorrente quanto illegittimamente sottratto.

Sembrerebbe quindi che un’ipotesi di tal fatta possa corrispondere al solo caso in cui il ricorso sia stato esperito a tutela di un interesse generale (diffuso<sup>573</sup> o pubblico<sup>574</sup>), identico all’interesse pubblico curato dall’atto impugnato<sup>575</sup>. In processi di questo tipo, si verifica infatti una contrapposizione tra «*più visioni dell’interesse pubblico concreto*»<sup>576</sup>, di modo che l’atto illegittimo - pur sempre preposto alla cura dell’interesse pubblico - sarebbe da considerarsi lesivo solo accogliendo la “visione” secondo la quale l’interesse protetto dall’atto dovrebbe ricevere maggiore tutela (a discapito degli interessi secondari in gioco).

Allo stesso tempo, la creazione di un vuoto giuridico nel sistema di tutela dell’interesse diffuso potrebbe dare luogo a un pregiudizio irreparabile, nella misura in cui l’adozione di un atto con effetti retroattivi, in esecuzione del giudicato, non arriverebbe sempre a porvi rimedio.

---

<sup>573</sup> Gli interessi diffusi si distinguerebbero dall’interesse pubblico «*non già per il loro oggetto, che sarebbe pur sempre di rilevanza generale*» ma solo perché ne sarebbero portatori i singoli consociati, fruitori dei beni collettivi, e non le istituzioni: così C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, 2012, 68. Dello stesso avviso, M. Silvestri, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, p. 24 ss., [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), che rileva «*non si può fare a meno di notare come gli interessi che si vorrebbero di volta in volta “soggettivizzati” in capo alle associazioni ricorrenti siano pressoché sempre materialmente coincidenti con l’interesse pubblico della cui tutela è incaricata (almeno) una amministrazione pubblica*».

<sup>574</sup> Cfr., ad esempio, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 luglio 2012, n. 336, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Il ricorso era stato promosso da un Comune sul quale insistevano alcuni siti minerari, ormai abbandonati, il ricorrente lamentava che il provvedimento di riduzione dell’area della concessione mineraria non contemplasse l’ordine di messa in sicurezza di alcuni dei siti collocati nel territorio comunale. I giudici abruzzesi avevano quindi disposto l’annullamento *ex nunc* del provvedimento, qualora questo non fosse stato integrato con un obbligo di messa in sicurezza dei siti minerari indicati dal ricorrente, entro sei mesi dalla notifica o comunicazione della sentenza. La modulazione era stata disposta al fine di non compromettere l’attività di messa in sicurezza degli altri siti contemplati dal provvedimento.

<sup>575</sup> Com’è noto, tale legittimazione può essere conferita *ex lege* (com’è avvenuto, per esempio, per le associazioni ambientaliste riconosciute dal Ministero dell’Ambiente, ex art. 18, l. 8 luglio 1986, n. 349, legittimate a ricorrere a tutela dell’ambiente, o dell’A.G.C.M., ex art. 21 *bis*, l. 10 ottobre 1990, n. 287, legittimata a ricorrere a tutela della concorrenza), oppure viene riconosciuta dalla stessa giurisprudenza a enti che si dichiarino esponenziali di interessi diffusi in presenza di tre presupposti: il ricorso deve essere finalizzato alla tutela di un fine individuato dallo statuto sociale dell’ente; l’ente deve configurarsi come un’organizzazione stabile e, infine, deve esservi una *vicinitas* dell’ente rispetto all’area in cui si trova il bene leso. Per una ricostruzione della giurisprudenza in tema di riconoscimento della legittimazione ad agire in tutela di interessi diffusi, cfr. C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, cit., 73 ss.

<sup>576</sup> *Ibid.*

Se quanto suesposto è vero, i presupposti per l'esercizio del potere di manipolazione degli effetti della sentenza di accoglimento per «autolesività» dell'annullamento retroattivo si configurerebbero solo in un novero assai ristretto di ipotesi: segnatamente, quando il ricorso venga promosso a tutela di interessi generali, come nel caso di specie, e l'interesse risulti, in via provvisoria, meglio tutelato dal mantenimento dell'atto illegittimo, almeno sino all'adozione di un nuovo atto emendato dai vizi riscontrati dal giudice. Negli altri casi, invece, il richiamo al principio di effettività della tutela appare assolutamente inconferente<sup>577</sup>.

---

<sup>577</sup> A riprova di ciò, possono essere richiamate alcune sentenze di merito in cui è stato fatto uso della modulazione al fine dichiarato di assicurare una tutela effettiva al ricorrente.

In T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 693, *Urb. app.*, 2012, 707, con nota di S. Foà, *Annullamento ex nunc e condanna dell'amministrazione ad un facere specifico*, e in T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 700, *Giur. it.*, 2012, 2177, con nota di F. Caringella, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa* e in *Corr. merito*, 2012, 737, con nota di C. Lamberti, *La conservazione degli effetti dell'atto dichiarato illegittimo, necessità giuridica o semplice buon senso?*, il giudice aveva annullato *ex tunc* le norme tecniche di attuazione del piano regolatore generale, adottate senza previa V.A.S. e verifica di conformità alla pianificazione sovraordinata, nella parte in cui condizionavano l'edificabilità delle aree di proprietà delle ricorrenti all'adozione di un piano attuativo, e a decorrere «dal momento in cui è mancata la sottoposizione alla valutazione ambientale strategica ed alla verifica di conformità alla pianificazione sovraordinata», in generale (con specificazione dell'obbligo di sostituire le norme tecniche viziate entro otto mesi dalla pubblicazione della sentenza): è evidente che la modulazione non era tesa a garantire l'effettività della tutela delle ricorrenti (garantita, invece, dall'annullamento *ex tunc* delle norme tecniche nella parte in cui limitavano l'edificabilità delle aree di loro proprietà), ma ad assicurare la stabilità delle stesse nelle more dell'espletamento della procedura di V.A.S..

In T.A.R. Umbria, sez. I, 18 gennaio 2013, n. 19, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), è stata disposta la modulazione degli effetti dell'annullamento di una deliberazione con cui la Giunta umbra aveva introdotto un'aliquota impositiva su ogni prestazione medica resa *intra moenia* pari al 29% del valore della prestazione. Il ricorso era stato proposto da diverse associazioni sindacali di medici: sebbene l'aumento del costo delle prestazioni, dovuto all'introduzione dell'aliquota, fosse sopportato integralmente dai pazienti, la misura aveva comportato una diminuzione importante del volume delle prestazioni *intra moenia*. Il giudice aveva ritenuto che, non potendo i medici ottenere il rimborso della tassa non dovuta (che sarebbe invece spettato ai soli assistiti), doveva concludersi che «l'interesse dei medici [...] è solo e soltanto quello di ripristinare ex nunc il corretto confronto concorrenziale [con i liberi professionisti]. Sotto altro profilo, la retroattività degli effetti dell'annullamento sarebbe oltremodo incongrua e iniqua, in quanto potrebbe determinare, senza apprezzabile vantaggio per i medici iscritti al sindacato, possibili squilibri finanziari dell'esercizio 2012 [della Regione]. Sul punto, risulta oggi quanto meno rimeditata, anche sulla scia del diritto comunitario, la tradizionale regola secondo cui la sentenza di accoglimento della domanda di annullamento debba comportare sempre e comunque la integrale eliminazione degli effetti dell'atto impugnato, potendo il g.a. modularne gli effetti a seconda delle circostanze e comunque dell'interesse posto a base dell'impugnazione [...] in coerenza con il principio della "pienezza e effettività della tutela" elevato a principio generale dal vigente Codice del Processo amministrativo.» E' evidente che, nel caso di specie, la modulazione non era stata disposta nell'"interesse" dei medici, bensì nell'"interesse" della Regione: il richiamo al principio dell'effettività della tutela risulta quindi incongruo.

In T.A.R. Liguria, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), venivano invece modulati gli effetti dell'annullamento di un provvedimento con il quale veniva disposta la non

Non può tuttavia trascurarsi che, anche nei casi in cui l'annullamento con effetti retroattivi non giova all'interesse perseguito dal ricorrente, il potere di modulazione, come disegnato dalla sesta sezione del Consiglio di Stato, lascia irrisolte alcune questioni, riguardanti, in particolare, la compatibilità della pronuncia con il principio della domanda e con il carattere tipico dell'azione di annullamento (e, specularmente, dei contenuti della pronuncia di accoglimento).

Alcuni Autori hanno rilevato che, nella sentenza 2755 del 2011, la sezione avrebbe operato una conversione officiosa dell'azione di annullamento in azione di condanna<sup>578</sup>. Ebbene, l'esigenza di attribuire al ricorrente un risultato "più utile" rispetto a quello richiesto atteso non sarebbe sufficiente a superare i principî della domanda e della corrispondenza tra chiesto e pronunciato che informano il processo amministrativo. Anche qualora dovesse ritenersi che il giudice non ha disatteso tale principio - visto che l'effetto conformativo sarebbe una delle componenti della pronuncia di annullamento richiesta - perché "*il più reca il meno*", può controbattersi che, allo stato, la tipicità dell'azione di annullamento (e dei contenuti della relativa pronuncia)<sup>579</sup>, confermata dal codice del processo del 2010<sup>580</sup>, non sembrerebbe consentire manipolazioni pretorie.

I commentatori della sentenza hanno prospettato che, *de jure condito*<sup>581</sup>, il problema della potenziale "minor utilità" di un annullamento dagli effetti caducatori e

---

ammissione di un'alunna all'anno di corso successivo, «*per garantire l'effettività della tutela [...] in ragione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio*», al fine di non pregiudicare la carriera scolastica svolta dalla ricorrente nelle more del giudizio. La modulazione non recava, a ben vedere, alcun giovamento alla ricorrente, visto che il proseguimento della sua carriera scolastica era stato reso possibile dalla concessione di una misura cautelare e l'annullamento, con effetti retroattivi, della bocciatura non avrebbe potuto rimettere in discussione tale carriera.

<sup>578</sup> Secondo M. Trimarchi, *Principio della domanda e natura del processo*, *Dir. proc. amm.*, 2016, 1101 (part. 1111), l'operazione configurerebbe una conversione officiosa dell'azione di annullamento in azione di adempimento, autonoma; pur se in modo più sfumato, sembra del medesimo avviso, A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, *Dir. proc. amm.*, 2013, 428 (part. 441 ss.).

<sup>579</sup> Così, F. Caringella, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, *Urb. App.*, 2012, 14, (part. 18).

<sup>580</sup> In questo senso, A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 75 ss. (part. 82).

<sup>581</sup> Si tenga conto che le ipotesi formulate si riferiscono al quadro normativo vigente prima dell'emanazione del secondo correttivo al codice del processo amministrativo, che ha compiutamente disciplinato l'azione di adempimento, limitandone l'esperibilità ai casi in cui «*il giudice può*

eliminatore avrebbe potuto risolversi attraverso la proposizione di un'azione di adempimento da parte del ricorrente. Il giudice avrebbe così potuto rilevare la carenza di interesse all'annullamento, ma accertare comunque l'illegittimità dell'atto, in via incidentale, al fine di pronunciarsi sulla domanda di condanna<sup>582</sup>.

A tale soluzione si sarebbe tuttavia opposto l'ordine di esame delle domande previsto dall'art. 276, co. 2, c.p.c., espressamente richiamato dall'art. 76, co. 4, c.p.a., che avrebbe imposto al giudice di dichiarare l'inammissibilità del ricorso, visto il carattere originario del "difetto d'interesse" del ricorrente all'annullamento.

Vista la difficoltà di rinvenire una soluzione coerente con i principi espressi dalla normativa vigente, è stato proposto, *de jure condendo*, di ammettere un'azione di

---

*pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».*

<sup>582</sup> E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit., 442. Tale prospettazione è stata criticata da L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'annullamento amputata dell'effetto eliminatore?*, cit., 1132 ss., che aveva rilevato che se il giudice dovesse accertare la carenza di interesse all'annullamento, non potrebbe che chiudere il giudizio con una pronuncia di inammissibilità, in ossequio ai principi relativi all'ordine logico di esame delle questioni espressi dall'art. 276, co. 2, c.p.c., espressamente richiamato dall'art. 76, co. 4, c.p.a.. L'Autore prospettava quindi che il giudice potesse rilevare la sopravvenuta carenza di interesse all'annullamento una volta accertata, nel merito, l'illegittimità dell'atto, e pronunciare la sentenza con contenuti ordinatori. V. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, cit., 447, aveva a sua volta rilevato che, in casi come quelli in esame, la carenza d'interesse non sarebbe sopravvenuta, ma originaria, e dovrebbe quindi sempre determinare l'inammissibilità del ricorso, senza consentire un esame nel merito dell'impugnazione.

adempimento “generica”<sup>583</sup> autonoma, sottoposta al medesimo termine previsto per l’azione di annullamento dall’art. 29 c.p.a.<sup>584</sup>.

L’azione di adempimento – ricondotta dal codice alla categoria delle azioni di condanna - può essere attualmente proposta solo congiuntamente all’azione di annullamento, ex art. art. 30, co. 1, c.p.a.<sup>585</sup>. Tale previsione si ricollega, da una parte, al divieto posto al giudice di pronunciarsi su poteri non ancora esercitati (*ex art. 34, co. 2, c.p.a.*), e, dall’altra, di evitare che la legittimità del provvedimento possa essere rimessa in discussione – sia pure in via pregiudiziale, al fine di ottenere la condanna – dopo il decorso dei termini per l’impugnazione, previsti dall’art. 29 c.p.a.<sup>586</sup>. Inoltre, sul piano logico, il limite previsto dall’art. 30, co. 1, cit. troverebbe la sua ragion d’essere nel fatto che, in generale, l’azione di adempimento viene esperita per ottenere una tutela piena avverso il diniego di una richiesta<sup>587</sup>: il previo annullamento dell’atto

---

<sup>583</sup> Cfr., prima del secondo correttivo, L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l’annullamento amputata dell’effetto eliminatorio?*, cit. 1139, nota n. 21, secondo il quale «varrebbe forse la pena, se non m’inganno, di sdrammatizzare il dibattito intorno all’azione di condanna pubblicistica [...] considerando che: a) essa si limita ad anticipare al dispositivo della sentenza di cognizione quel che altrimenti sarebbe l’effetto conformativo della sentenza di annullamento, da far valere (a guisa d’azione della p.a.) nel giudizio di ottemperanza; b) la pregnanza del dispositivo di accoglimento dell’azione di condanna, in termini di conformazione del riesercizio del potere, non eccede quella altrimenti determinata dall’effetto conformativo della sentenza di annullamento [...]». Secondo A. Giusti, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *Dir. proc. amm.*, 280 (part. 317), tale tipo di azione non sarebbe stata contemplata neppure prima del secondo correttivo. L’Autrice, in particolare, rilevava come nel 2011 la giurisprudenza avesse già escluso che il giudice potesse condannare l’Amministrazione ad adempiere nei casi in cui residuassero margini di discrezionalità o tecnico-discrezionali. Secondo parte della dottrina, anche dopo il secondo correttivo, il codice ammetterebbe l’azione di adempimento anche nei casi in cui il potere abbia carattere discrezionale: così A. Carbone, *L’azione di condanna a un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato su una pluralità d’azioni*, *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 175; N. Di Modugno, *Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra codice e secondo decreto correttivo*, *Dir. proc. amm.*, 2013, 791 (part. 805 ss.), valorizzando l’art. 34, lett. e), a mente del quale il giudice «dispone le misure idonee ad assicurare l’attuazione del giudicato e delle pronunce non sospese [...]».

<sup>584</sup> Così L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l’annullamento amputata dell’effetto eliminatorio?*, cit. 1138; V. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, cit. 449.

<sup>585</sup> Alla stregua del quale «l’azione di condanna può essere proposta contestualmente ad altra azione o, nei soli casi di giurisdizione esclusiva e nei casi di [domanda di condanna al risarcimento del danno], anche in via autonoma».

<sup>586</sup> Così, da ultimo, P. Cerbo, *L’azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini*, *Dir. proc. amm.*, 2017, 1.

<sup>587</sup> A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, cit., 446.

sfavorevole sarebbe dunque il presupposto necessario per la successiva emanazione di un atto favorevole.

Vi sarebbero, tuttavia, particolari ipotesi in cui, non sussistendo un legame procedimentale tra privato e Amministrazione resistente, l'atto sfavorevole non consisterebbe necessariamente in un provvedimento di diniego, ma solo in un atto che non soddisfa appieno l'interesse del privato. In tali casi, la necessaria "pregiudizialità" dell'annullamento perderebbe la sua ragion d'essere: il ricorrente ben potrebbe chiedere l'emanazione di un nuovo atto, senza avere bisogno dell'annullamento dell'atto viziato<sup>588</sup>. Tale situazione potrebbe verificarsi, in particolare, nei casi esaminati in apertura del presente paragrafo, in cui il ricorrente potrebbe avere un maggiore interesse al mantenimento dell'atto nelle more del riesercizio del potere. L'introduzione di un'azione di adempimento autonoma potrebbe quindi consentire ai ricorrenti, in questo tipo di situazioni, di "calibrare" al meglio la tutela richiesta, facendo al contempo salvo il rispetto del principio della domanda.

## **b. Aspetti problematici dell'introduzione di un potere di modulazione degli effetti dell'annullamento in via pretoria**

La sentenza 2755 del 2011 aveva inaugurato la pratica della modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento in una situazione molto particolare, che le aveva consentito di giustificare il nuovo potere alla luce del principio di effettività della tutela.

Nel chiudere il paragrafo relativo ai poteri di manipolazione degli effetti delle sentenze di accoglimento, la sesta sezione aveva tuttavia prospettato un'ulteriore ipotesi di operatività della modulazione; il potere avrebbe potuto essere esercitato

---

<sup>588</sup> A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, cit., 447.



anche nei casi in cui la retroattività dell'annullamento risultasse «*incongrua e manifestamente ingiusta*».

In questa ipotesi, solo astrattamente prospettata dalla sentenza 2755 del 2011, i problemi di compatibilità della modulazione con il principio della domanda, e, in generale, con il carattere soggettivo del processo, si pongono con ancor maggiore forza, anche alla luce del fatto che, in tali ipotesi, la modulazione non verrebbe disposta al fine di “migliorare” la tutela offerta al ricorrente – come nel caso della sentenza 2755 – bensì in un’ottica di bilanciamento degli interessi in causa, che si tradurrebbe con una diminuzione della tutela garantita al ricorrente dall’ordinamento ( $\alpha$ ).

Tali questioni dovranno essere esaminate anche luce delle argomentazioni spese dalla giurisprudenza per giustificare il superamento della tipicità della pronuncia di annullamento, al fine di verificare se il nostro ordinamento possa consentire che il giudice operi un giudizio sulla proporzionalità dell’annullamento richiesto ( $\beta$ ).

**$\alpha$ . La difficile conciliazione della natura soggettiva del giudizio di legittimità, del principio della domanda e della modulazione degli effetti della pronuncia di accoglimento: si può disattendere la domanda del ricorrente per salvaguardare altri interessi?**

Come anticipato, può osservarsi che la modulazione degli effetti della pronuncia di accoglimento del ricorso si pone in contrasto con uno dei principî fondamentali che si ricollegano al carattere soggettivo del processo amministrativo: il principio della domanda. Su tale aspetto si sono infatti incentrate le critiche più accese dei primi commentatori alla sentenza 2755 del 2011<sup>589</sup>.

---

<sup>589</sup> R. Villata, *Ancora “spigolature” sul nuovo processo amministrativo?*, *Dir. proc. amm.*, 2011, 1512 (part. 1516); F.G. Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, *Corr. giur.*, 2011, 988 (part. 989). *Contra*, invece, F. Caringella, *Il sistema delle tutele dell’interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, cit., 18, secondo il quale la sesta sezione non avrebbe violato il principio della domanda «*la domanda di annullamento contiene sempre, e per definizione, come il più reca il meno, il quid minus della domanda di mero accertamento dell’illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori. E` quindi coerente con il principio della domanda di cui all’art. 112 del codice di rito civile una decisione che effettui questo accertamento*

E' evidente, infatti che, la soluzione accolta nella sentenza in commento disattende, in primo luogo, il dato testuale dell'art. 34, co. 1, c.p.a., che stabilisce «*in caso di accoglimento del ricorso, il giudice, nei limiti della domanda, annulla in tutto o in parte il provvedimento impugnato*»<sup>590</sup>.

Nel caso deciso dalla sesta sezione, neppure avrebbe potuto soccorrere - infatti, non è stato invocato - l'art. 34 co. 3 c.p.a., che prevede che «*quando, nel corso del giudizio, l'annullamento del provvedimento impugnato non risulta più utile per il ricorrente, il giudice accerta l'illegittimità dell'atto se sussiste l'interesse a fini risarcitori*»<sup>591</sup>. Anche interpretando la previsione in esame come attributiva di un potere officioso di conversione dell'azione, come ha fatto una giurisprudenza minoritaria<sup>592</sup>, nel caso di specie, una tale operazione non sarebbe stata possibile: l'ente legittimato a ricorrere per la tutela dell'interesse diffuso non è, per ciò stesso, titolare di un interesse legittimo risarcibile.

La strada sopra descritta era invece stata percorsa da una ordinanza della quinta sezione del 2015<sup>593</sup>, con la quale, sulla scorta di un'interpretazione particolare dell'art.

---

*adottando una misura che eviti di concedere un quid pluris rispetto a quanto sia necessario per gratificare in modo pieno il bisogno di tutela».*

<sup>590</sup> Tale disposizione del c.p.a., d'altronde, «*contiene un frammento testuale del principio della domanda come codificato nell'art. 112 c.p.c.*», scrive L. Bertonazzi, *Il principio della domanda: insospettabile ostacolo ad un'ulteriore accentuazione come denegata della giustizia ritardata*, *Dir. proc. amm.*, 2016, 639.

<sup>591</sup> La previsione in esame, introdotta con il codice del processo, consente al ricorrente di ottenere una tutela anche qualora sia venuto meno l'interesse all'annullamento (in ipotesi in cui, in assenza della norma in esame, il ricorso dovrebbe essere dichiarato improcedibile per sopravvenuta carenza di interesse, ex art. 35, co. 1, lett. c), c.p.a.).

<sup>592</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 maggio 2011, n. 2817, *Urb. App.*, 2011, 1347, con nota di R. Proietti, *Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento*, in cui, tuttavia, l'annullamento veniva disposto al fine di non lasciare del tutto privo di tutela il ricorrente che aveva promosso un ricorso avverso l'aggiudicazione del contratto a un altro concorrente al fine di soddisfare un interesse strumentale al rifacimento della gara. All'esito del giudizio, risultava tuttavia che l'annullamento non le avrebbe portato alcuna utilità, visto che, in particolare, non sussistevano i presupposti perché la ricorrente subentrasse al posto dell'aggiudicataria nel contratto, ex art. 122 c.p.a.: il giudice aveva allora disposto, facendo officiosamente applicazione dell'art. 34, co. 3, c.p.a., il mero risarcimento del danno. Cfr., con argomentazioni analoghe, Cons. Stato, sez. V, 28 luglio 2014, n. 3997, *Foro amm.*, 2014, 2007; 24 luglio 2014, n. 3939, *Foro amm.*, 2014, 1999; sez. IV, 18 maggio 2012, n. 2916, *Urb. App.*, 2012, 1040, con nota di L. Viola, A. Dapas, *L'art. 34, comma 3 c.p.a. tra inutilità dell'annullamento dell'atto e interesse a ricorrere*.

<sup>593</sup> Cons. Stato, sez. V, ord. 22 gennaio 2015, n. 284, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (sulla quale, in senso fortemente critico, M. Mazzamuto, *Dalla dequotazione dei vizi «formali» alla dequotazione dei vizi «sostanziali»: ovvero della dequotazione tout court della tutela costitutiva (a proposito di una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria)*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)).

34, co. 3, c.p.a., era stata rimessa all'Adunanza plenaria la questione della possibilità di modulare degli effetti della sentenza di accoglimento del ricorso.

La sezione rimettente prospettava, in sostanza, che la previsione in esame consentisse il “non annullamento” dell’atto illegittimo, quando, per via del decorso del tempo e del conseguente consolidamento delle situazioni sorte in capo ai controinteressati, l’interesse del ricorrente alla caducazione dell’atto risultasse recessivo a quello dei controinteressati alla conservazione dello stesso<sup>594</sup>. Si trattava, quindi, di vagliare la percorribilità della seconda ipotesi in cui la sentenza 2755/2011 aveva riconosciuto al giudice la possibilità di modulare gli effetti della pronuncia di accoglimento, ricorrente qualora gli effetti retroattivi dell’annullamento condurrebbero a risultati «*incongrui o manifestamente ingiusti*»<sup>595</sup>, ossia, in una parola, sproporzionati rispetto all’interesse perseguito dall’annullamento stesso<sup>596</sup>.

L’ordinanza in esame era intervenuta all’esito di un *iter* processuale travagliato. In primo grado era stato rigettato il ricorso promosso avverso il provvedimento di esclusione da una procedura concorsuale e della successiva graduatoria finale, risalenti al 1999. Investita dell’appello, la quinta sezione del Consiglio di Stato aveva prospettato la possibile riforma della sentenza in senso favorevole alla ricorrente, rilevando, tuttavia, che l’annullamento retroattivo della graduatoria avrebbe prodotto un grave «*danno sociale*», identificato nella «*perdita dell’attività lavorativa da parte dei candidati a suo tempo risultati vincitori [e] il radicale e gravissimo sconvolgimento delle loro vite e delle loro famiglie. [...]*».

Sulla scorta di tali considerazioni, la sezione aveva concluso che «*il giudice amministrativo - quando si tratti di questioni che riguardino persone fisiche e le loro*

---

<sup>594</sup> Può sul punto notarsi che la sezione remittente non interpretava la condizione di operatività dell’art. 34, co. 3, c.p.a., individuata nella circostanza per cui «*l’annullamento del provvedimento non risulta più utile per il ricorrente*», né letteralmente, né avendo riguardo alle intenzioni del legislatore, in spregio alle regole ermeneutiche fissate dall’art. 12 delle Preleggi. Si faceva infatti coincidere la mancanza di un’“utilità” dell’annullamento con la scarsa consistenza di tale “utilità”, a fronte dell’interesse al mantenimento dell’atto dei controinteressati.

<sup>595</sup> Può agevolmente notarsi come tale secondo criterio rispecchi la locuzione «*conséquences manifestement excessives de la rétroactivité de l’annulation*», comunemente utilizzata dal Conseil nel giustificare la necessità di procedere alla modulazione.

<sup>596</sup> La valutazione della “congruità” dell’annullamento rispetto ai fini perseguiti rientra nel paradigma del giudizio di proporzionalità della sanzione, intesa come idoneità e necessità della sanzione al raggiungimento dello scopo perseguito.

*attività lavorative - non può che farsi carico delle conseguenze delle proprie pronunce, verificando se esse risultino, appunto, conformi ai principi di proporzionalità, di equità e di giustizia.»*

Il giudice aveva quindi chiesto all’adunanza plenaria se il giudice amministrativo potesse “non annullare” il provvedimento illegittimo, e procedere al mero risarcimento del danno, pur in assenza di una domanda in questo senso, «*quando la pronuncia giurisdizionale - in materia di concorsi per l’instaurazione di rapporti di lavoro dipendente - sopraggiunga a distanza di moltissimi anni dalla approvazione della graduatoria e dalla nomina dei vincitori, e cioè quando questi abbiano consolidato le scelte di vita e l’annullamento comporti un impatto devastante sulla vita loro e delle loro famiglie.»*

L’ordinanza di rimessione in esame era il precipitato della sentenza n. 2755/2011, che infatti veniva espressamente citata come precedente rilevante: il giudice chiedeva all’adunanza plenaria di confermare la praticabilità della modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento (*sub species* di «non annullamento») per ragioni di equità, ossia la possibilità di decidere degli effetti dell’accoglimento all’esito un giudizio di proporzionalità, condotto d’ufficio, tra l’interesse del ricorrente alla tutela costitutiva e interessi pubblici e privati al mantenimento del provvedimento.

Facendo leva sul principio della domanda e sul carattere soggettivo del processo amministrativo, l’adunanza plenaria aveva rigettato l’interpretazione dell’art. 34 co. 3 c.p.a. prospettata dalla quinta sezione<sup>597</sup>, rispondendo puntualmente sia alle argomentazioni spese nell’ordinanza di rimessione, sia, significativamente, alle argomentazioni contenute nella sentenza 2755 del 2011<sup>598</sup>.

---

<sup>597</sup> Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 4, *Foro it.*, 2015, III, 286, con nota di A. Travi; *Foro amm.*, 2015, 2207; con nota di M. Silvestri, *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L’adunanza plenaria n. 4 del 2015*; *Dir. proc. amm.*, 2016, 183, con nota di D. Turrone, *Justice delayed is (not) justice denied. L’annullamento dell’atto non è «variabile dipendente» della durata del processo*; *Urb. App.*, 2015, con nota di F. Manganaro e A. Mazza Labbocchetta, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell’Adunanza plenaria n. 4 del 2015*, ha definitivamente escluso che il principio dell’effettività della tutela possa essere posto a fondamento di una selezione d’ufficio, da parte del giudice, della forma di tutela più appropriata della situazione giuridica fatta valere dal ricorrente, in spregio al principio della domanda.

<sup>598</sup> E’ stato osservato da M. Silvestri, *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L’adunanza plenaria n. 4 del 2015*, cit., che l’adunanza plenaria intrattiene con la sentenza 2755/11 «un

In primo luogo, l'adunanza plenaria affermava il carattere generalmente sillogistico del giudizio di legittimità: *«l'illegittimità determina l'annullabilità (in potenza); l'azione di annullamento determina, su pronuncia del giudice, l'annullamento (in atto) degli atti impugnati. In caso di accoglimento del ricorso di annullamento [...] il giudice quindi annulla (necessariamente) in tutto o in parte il provvedimento impugnato»*.

L'adunanza plenaria aveva aggiunto che la carenza di interesse all'annullamento, in grado di inibire la concessione "automatica" della tutela costitutiva, non potrebbe essere invocata nei casi in cui, obiettivamente, tale interesse sussista, indipendentemente dalla sua consistenza e dall'importanza degli altri interessi in gioco. I giudici avevano sostenuto che alla soluzione prospettata dall'ordinanza di rimessione si opponesse la natura prevalentemente soggettiva del processo amministrativo, alla stregua della quale il giudizio di legittimità costituisce – salvo specifiche eccezioni - un presidio della posizione sostanziale del privato<sup>599</sup>.

Dalla natura stessa del giudizio di legittimità conseguirebbe l'impossibilità di derogare alla domanda promossa, in applicazione dei principi di *«opportunità, giustizia, equità, proporzionalità»*. Il giudice sarebbe quindi sempre tenuto a dare al ricorrente vittorioso *«tutto e proprio quello ch'egli ha diritto di conseguire»*<sup>600</sup> secondo il diritto obiettivo: al di fuori dai casi di cui all'art. 21 *octies*, co. 2, l. 7 agosto 1990, accertata l'effettiva sussistenza dei vizi censurati nell'impugnazione, l'utilità che spetta al ricorrente è l'eliminazione, con effetti *ex tunc*, dell'atto illegittimo.

---

*fitto dialogo, giungendo a confutarne anche le argomentazioni non riprese nell'ordinanza di rimessione»*.

<sup>599</sup> E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, *Giur. it.*, 2015, 2192, definisce la giurisdizione soggettiva come la funzionalizzazione del processo alla soddisfazione dell'interesse illegittimamente leso dall'atto impugnato.

<sup>600</sup> Secondo la notissima formula elaborata da G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1957, 40 ss.

## **β. Tipicità degli effetti dell’annullamento e invocabilità di “principi” e regole di matrice comunitaria a giustificazione della modulazione: della necessità di una previsione interna ad hoc**

Nella sentenza 2755 del 2011, la Sesta sezione aveva invece sostenuto, sul piano obiettivo, che l’accoglimento della domanda di annullamento non dovesse necessariamente comportare gli effetti eliminatori e ripristinatori tradizionalmente ricollegati ad essa, poiché tali effetti non sarebbero espressamente previsti dalla legge.

Si è già osservato, nella prima parte del presente capitolo, che sebbene – soprattutto in passato - parte della giurisprudenza abbia attribuito agli effetti ripristinatori un’ampiezza variabile, in funzione del fine da perseguire e, talvolta, della rilevanza attribuita agli altri interessi in gioco, è pacifico, in giurisprudenza come in dottrina, che, in generale, l’annullamento dovrebbe dare luogo a un ripristino della *situazione quo ante* (come se l’atto annullato non fosse mai esistito). A maggior ragione, l’effetto eliminatorio della sentenza di annullamento, in sé e per sé considerato, non è mai stato rimesso in discussione.

L’assenza di un dibattito, in dottrina come in giurisprudenza, sulla retroattività degli effetti dell’annullamento giurisdizionale, considerata pacifica sin dagli inizi del XX secolo, ha reso facilmente superabile tale argomentazione. Se la legge non precisa espressamente quali siano gli effetti dell’annullamento, è perché questi sono dati per scontati<sup>601</sup>. La tipicità degli effetti dell’annullamento rispecchierebbe, d’altronde, la tipicità dell’azione di annullamento<sup>602</sup>, quale presidio generale dell’interesse legittimo del cittadino leso dal provvedimento illegittimo.

Neppure poteva soccorrere, per superare tale dato, il richiamo ai poteri attribuiti al giudice dagli artt. 121, 122 e 123 c.p.a.

---

<sup>601</sup> Così A. Travi, *Accoglimento dell’impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell’atto illegittimo*, cit., 938.

<sup>602</sup> A. Travi, *Accoglimento dell’impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell’atto illegittimo*, cit., 937; E. Follieri, *L’ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit., 440; A. Giusti, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit.



In primo luogo, può essere rilevato che tali norme non consentono al giudice di manipolare l'effetto eliminatorio dell'annullamento dell'aggiudicazione, che precede logicamente la questione dell'inefficacia del contratto<sup>603</sup>. Può invece sostenersi che esse prevedano la possibilità di limitare gli effetti ripristinatori o conformativi di tale annullamento: al giudice è infatti consentito di disporre un risarcimento per equivalente quando alla declaratoria d'inefficacia del contratto o al subentro del ricorrente vittorioso appaia preferibile la prosecuzione dell'esecuzione del contratto stipulato all'esito della procedura viziata. Le previsioni in esame consentirebbero quindi, effettivamente, un bilanciamento tra diritto alla tutela costitutiva del ricorrente e interessi, pubblici e privati, al mantenimento dello *status quo*.

Deve tuttavia rilevarsi che tali previsioni hanno un'origine "spuria", rispetto al resto della disciplina del processo amministrativo. Com'è noto, gli articoli in esame sono il frutto del recepimento della direttiva 2007/66/CE, che nasceva dalla duplice esigenza di potenziare e uniformare la tutela dei concorrenti di procedure di evidenza pubblica ingiustamente pretermessi, da una parte, e di garantire la migliore applicazione del diritto europeo nel settore strategico delle commesse pubbliche, dall'altra<sup>604</sup>.

In particolare, gli art. 2 *quinquies* e 2 *sexies* dir. 1989/665/CEE, come modificata dalla direttiva 2007/66/CE, imponevano agli Stati membri, rispettivamente, di dare all'«organo di ricorso» competente il potere di «privare di effetti» il contratto stipulato in seguito a una procedura di evidenza pubblica gravemente viziata, e di stabilire quali dovessero essere le conseguenze di vizi meno gravi della stessa

---

<sup>603</sup> Così R. Dipace, *L'annullamento tra tradizione e innovazione*, *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273 (part. 1377).

<sup>604</sup> Le due "anime" della direttiva ricorsi sono rilevate dai "considerando" introduttivi della direttiva: per esempio, il "considerando" n. 13 recita «per contrastare l'aggiudicazione di appalti mediante affidamenti diretti illegittimi, [...] è opportuno prevedere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive. Pertanto, un contratto risultante da un'aggiudicazione mediante affidamenti diretti illegittimi dovrebbe essere considerato in linea di principio privo di effetto», mentre il n. 14 dispone che «la privazione di effetti [del contratto] è il modo più sicuro per ripristinare la concorrenza e creare nuove opportunità commerciali per gli operatori economici che sono stati illegittimamente privati delle possibilità di competere». Nel primo "considerando" la declaratoria di inefficacia del contratto assume la consistenza di una sanzione; nel secondo viene ricondotta invece a una forma di tutela soddisfacente dell'interesse leso dei concorrenti.

procedura sul contratto, anche attraverso l'attribuzione di un potere di valutazione di tali conseguenze all'«organo di ricorso» stesso<sup>605</sup>.

Tali previsioni, pertanto, non esprimono un principio generale, bensì, piuttosto, un'eccezione allo stesso, elaborata nell'ambito di un sistema – quello del diritto comunitario – che non risponde alle medesime logiche del diritto processuale italiano. La giurisprudenza della Corte di Giustizia in tema di effettività del diritto comunitario, infatti, rispecchia – specialmente nell'ambito della materia degli appalti – una concezione oggettiva del processo, in cui la tutela delle posizioni soggettive dei privati si atteggia a strumento per il ripristino della legalità comunitaria violata<sup>606</sup>.

Tale è esattamente la prospettiva accolta dalle previsioni in esame. L'art. 121 c.p.a. impone infatti al giudice, anche in assenza di una domanda di parte in tal senso<sup>607</sup>, di dichiarare l'inefficacia del contratto, qualora l'annullamento dell'aggiudicazione sia dovuto ad alcuni gravi vizi del procedimento di evidenza pubblica: la caducazione del contratto sembrerebbe quasi assumere la consistenza di una sanzione da comminarsi nei confronti dell'Amministrazione al fine di punirla dell'inosservanza dei precetti fondamentali fissati dalla disciplina dell'aggiudicazione<sup>608</sup>.

---

<sup>605</sup> Art. 2 *sexies*, par. 1, ult. periodo.

<sup>606</sup> Un esempio significativo di tale tendenza è rappresentato dalla giurisprudenza europea in tema di ricorso incidentale escludente, a partire dal *leading case* Corte di Giustizia U.E., X sez., 4 luglio 2013, C-100/12, *Fastweb*, *Foro it.*, 2014, IV, 395, con nota di A. Travi, e ribadita, da ultimo, in Corte di Giustizia U.E., Grande Sezione, 5 aprile 2016, causa C-689/13, *Foro it.*, 2016, IV, 336, con nota di G. Sigismondi, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di Giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo*.

<sup>607</sup> Come, d'altronde, sembrerebbe suggerire l'uso dell'indicativo nel primo periodo del primo comma dell'art. in esame («il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto»). Hanno sostenuto la doverosità della declaratoria di inefficacia, anche in assenza di una domanda di parte, *ex multis*, R. De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) e G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, *ibid.* *Contra*, invece, F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 30.

<sup>608</sup> In questo senso, cfr. G. Greco, *Illegittimo affidamento, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, cit. e M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, cit.. In senso contrario argomentava invece F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, cit., che sosteneva che, siccome la declaratoria di inefficacia richiederebbe sempre il previo annullamento dell'aggiudicazione, su domanda e nell'interesse del ricorrente, non potrebbe configurarsi come una sanzione di carattere obiettivo. In questo senso, con argomentazioni analoghe, cfr. anche S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt.*

Altrettanto significativo è il limite (posto dallo stesso legislatore europeo) all'obbligo di caducazione stabilito dall'art. 121 co. 1 cit.. Questo viene individuato nella necessità di preservare un interesse generale, che, si precisa espressamente, non può essere identificato con l'interesse economico legato allo stesso contratto<sup>609</sup>: il mantenimento in vita del contratto non deve trovare il suo fondamento nel *favor* della stessa amministrazione, ma deve rispondere a un interesse di carattere generale.

Il giudice è quindi chiamato, nei casi di gravi violazioni, a compiere un giudizio di bilanciamento tra interesse<sup>610</sup> all'eliminazione del contratto e interesse al mantenimento dello stesso.

L'art. 122 c.p.a. recepisce un modello analogo: anzi, al di fuori del caso di gravi violazioni, al giudice è attribuito un potere di bilanciamento ancora più ampio, nel decidere delle conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione<sup>611</sup>.

Le previsioni in esame, è evidente, costituiscono il modello al quale si è ispirata la sesta sezione nella sentenza 2755/2011; eppure, come dimostrato poc'anzi, non è

---

*121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria, Dir. proc. amm.*, 2015, 255. Deve tuttavia osservarsi che è ben possibile agire per l'annullamento dell'aggiudicazione al solo fine di ottenere il risarcimento del danno: in altre parole, il ricorrente potrebbe avere interesse all'annullamento dell'aggiudicazione ma non all'aggiudicazione della commessa; in questi casi, la declaratoria di inefficacia ex art. 121 c.p.a. non avrebbe sicuramente una funzione soddisfattiva.

<sup>609</sup> Il legislatore italiano ha tuttavia ritenuto di derogare a tale limite, disponendo che "l'interesse economico" può essere invocato a fondamento della scelta di non dichiararne l'inefficacia, qualora le conseguenze della rimozione del contratto risultino "sproporzionate" (art. 121, co. 2, c.p.a, ultimo periodo). Tale ultima previsione non risulta perfettamente coerente con l'art. 2 *quinquies*, dir. 1989/665/CEE, come modificata dalla dir. 2007/66/CE, che, al contrario, indicava, tra i possibili interessi economici direttamente legati al contratto che non avrebbero potuto essere ritenuti ostativi alla declaratoria di inefficacia, «*i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, i costi derivanti dal cambio dell'operatore economico che esegue il contratto e i costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti*».

<sup>610</sup> *Rectius*, interessi: pubblico, alla tutela del bene giuridico concorrenza, e privato, al ripristino della *chance* di conseguire l'aggiudicazione.

<sup>611</sup> Com'è noto, la norma in esame stabilisce che il giudice possa decidere quali debbano essere le conseguenze dell'annullamento dell'aggiudicazione alla luce di una pluralità di fattori: gli «*interessi delle parti*»; l'«*effettiva possibilità per il ricorrente di conseguire l'aggiudicazione alla luce dei vizi riscontrati*»; lo «*stato di esecuzione del contratto*»; e, infine, la «*possibilità di subentrare nel contratto nei casi in cui il vizio dell'aggiudicazione non comporti l'obbligo di rinnovare la gara e la domanda di subentrare sia stata proposta*». Secondo parte della dottrina, gli artt. 121 e 122 c.p.a. configurerebbero altrettante ipotesi surrettizie di giurisdizione di merito, vista l'ampiezza e la "discrezionalità" dei poteri affidati al giudice amministrativo in merito alla valutazione dell'interesse al mantenimento del contratto: così, G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, cit.; A. Giusti, *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2012, 126 ss..

affatto sicuro che gli articoli esaminati possano costituire un paradigma generale, in tema di effetti della sentenza di accoglimento. Parrebbe trattarsi proprio del contrario, ossia di previsioni speciali tese a disciplinare un potere straordinario del giudice amministrativo su una tipologia di atti – i contratti - normalmente sottratta al suo sindacato<sup>612</sup>.

Non convince neppure il richiamo ai poteri di modulazione attribuiti alla Corte di Giustizia.

Innanzitutto, questi hanno un fondamento positivo, attualmente rinvenibile nell'art. 264, co. 2, T.F.U.E. e, in vigore delle precedenti versioni del Trattato, con riferimento all'annullamento dei soli regolamenti, nell'art. 174, co. 2, T.C.E.E. e dall'art. 231 del T.C.E.<sup>613</sup>: non costituiscono quindi parte di un «principio» di matrice europea, recepito dall'art. 1 c.p.a., ma una vera e propria disposizione di carattere processuale relativa a un altro ordinamento, che, come tale, non potrebbe essere applicata nell'ordinamento interno<sup>614</sup>.

Il richiamo è altresì inconferente, perché l'art. 264, co. 2, T.F.U.E. dà al giudice la possibilità di precisare gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi: l'annullamento viene pronunciato e ha effetti retroattivi, ma il giudice può selezionare quali dei singoli effetti già prodotti debbano sfuggire dall'annullamento. La norma delinea quindi poteri molto lontani da quelli affermati nella sentenza n. 2755 del 2011.

---

<sup>612</sup> Ciò sembrerebbe ulteriormente confermato dal fatto che il legislatore non ha conferito al giudice alcun potere di modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento del ricorso avverso l'atto di aggiudicazione. Una volta che il giudice accerta l'illegittimità dell'atto, è tenuto ad annullarlo, secondo quanto disposto dall'art. 34, co. 1, c.p.a., lett. a).

<sup>613</sup> A partire dagli anni ottanta, la Corte ha applicato il potere in maniera estensiva, alle ipotesi di annullamento di direttive (Corte giust. 7 luglio 1992, causa C-295/90, *Parlamento c. Consiglio*, in *Foro it.*, 1993, IV, 1), di bilanci (Corte giust. 3 luglio 1986, causa C-34/86, *Consiglio c. Parlamento*, *id.*, 1987, IV, 316) e di altri atti delle istituzioni europee (Corte giust. 28 maggio 1998, causa C-22/96, *Parlamento c. Consiglio*, *id.*, Rep. 1999, voce Unione europea, n. 1523). Inoltre, è stata interpretata in via analogica per fondare la modulazione degli effetti delle pronunce incidentali di invalidità in CGCE, 15 ottobre 1980, causa 145/79, *Roquette Frères*, *Foro it.*, 1982, IV, 33, con nota di richiami. L'art. 264, co. 2, cit. ha un ambito di applicazione più ampio, e consente alla corte di modulare gli effetti di qualsiasi sentenza di annullamento.

<sup>614</sup> E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, cit. 442; A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, cit. 937.

Il richiamo ai poteri di modulazione del giudice europeo neppure pare conferente, alla luce delle circostanze e delle ragioni per le quali questo è esercitato. Può infatti osservarsi che, nei giudizi di annullamento, i ricorrenti c.d. privilegiati - ossia i soggetti istituzionali (Stati membri e principali istituzioni: Parlamento, Consiglio e Commissione) - possono agire anche in virtù di un mero interesse alla legalità<sup>615</sup>: la giurisdizione esercitata dalla Corte ha in questo caso carattere oggettivo. Si comprende allora meglio perché, spesso, la decisione di modulare gli effetti dell'annullamento non sia neppure oggetto di contesa tra le parti in causa<sup>616</sup>.

Il ricorso per annullamento può essere promosso dai soggetti privati, invece, solo qualora l'atto li pregiudichi direttamente e concretamente<sup>617</sup>: ne deriva logicamente che, di regola, i ricorrenti non privilegiati mirano alla completa rimozione degli effetti dell'atto illegittimo sfavorevole. Questo tipo di giudizio è più simile a quello di legittimità svolto dal giudice italiano; occorre tuttavia tenere conto che tale contenzioso, riferito a atti a portata generale, non è particolarmente frequente, visto l'azione dei soggetti non privilegiati è sottoposta a condizioni particolarmente stringenti<sup>618</sup>.

Salvo i casi, invero rari, in cui la Corte ha giustificato la modulazione con motivazioni analoghe a quelle spese della sesta sezione<sup>619</sup>, il giudice europeo modula

---

<sup>615</sup> Sul punto, si registra tuttavia un orientamento (minoritario) secondo il quale è da ritenere irricevibile il ricorso promosso avverso l'atto non pregiudizievole per il ricorrente: CGCE, 18 giugno 2002, C-242/00, *Germania c. Commissione*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>616</sup> Così H. Labayle, *La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autres lieux ou autres moeurs*, R.F.D.A., 2004, 663, che sottolineava, in particolare, che «l'objet des contentieux interinstitutionnels est généralement marqué davantage par un rapport de force que par un débat de fond. [...] Le principe de l'annulation constitue donc l'enjeu majeur du contentieux et la limitation des effets dans le temps ne le trouble pas.»

<sup>617</sup> L'art. 263, co. 4, T.F.U.E. recita «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre [...] un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.» Sulle condizioni di ricevibilità del ricorso per annullamento proposto dai ricorrenti non privilegiati, e, in particolare, sull'interpretazione della circostanza per cui il ricorrente deve essere «direttamente e individualmente riguardato» dall'atto, cfr. C. Amalfitano, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, *Dir. un. eur.*, 2003, 13.

<sup>618</sup> In questo senso, cfr. M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, 109 ss.

<sup>619</sup> CGCE, 20 marzo 1985, C-264/82, *Timex*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), in cui la Corte si è fatta interprete del fine realmente perseguito dalla ricorrente (l'innalzamento dello standard della tutela antidumping predisposta dall'atto impugnato), su cui ha poi fondato l'esigenza di modulare gli effetti dell'annullamento (punto 32).

gli effetti della sentenza solo qualora sussistano ragioni imperative che impongano il mantenimento in vita dell'atto<sup>620</sup>, oppure qualora l'atto risulti solo formalmente viziato, e obiettive ragioni di certezza del diritto ne giustificano un annullamento solo *pro futuro*<sup>621</sup>. I casi di modulazione sono relativamente pochi, perché, da una parte, il ricorso è sottoposto a un termine di impugnazione breve, e, dall'altra, le decisioni della Corte intervengono in tempi abbastanza rapidi: l'atto sospettato di invalidità esplica i suoi effetti solo per un tempo relativamente breve e le sue conseguenze sono pertanto limitate<sup>622</sup>.

Nel caso in cui, invece, la pronuncia di invalidità avvenga in via pregiudiziale, *ex art 267, co. 1, lett b) T.F.U.E.*, l'esercizio del potere di modulazione ha carattere del tutto eccezionale, proprio perché tende a comprimere direttamente il diritto all'effettività della tutela dei cittadini pregiudicati dall'atto illegittimo. Non è d'altronde un caso se, nel tempo, il giudice europeo ha sviluppato alcune misure di salvaguardia, analoghe a quelle stabilite dal giudice francese nella sentenza *AC!*<sup>623</sup>, al fine di bilanciare il fine di tutela della certezza del diritto con il diritto all'effettività della tutela del ricorrente<sup>624</sup>. A seconda delle esigenze di protezione ravvisabili nel caso

---

<sup>620</sup> Cfr., ad esempio, Corte di Giustizia, C.E., 3 settembre 2008, C-402/05, *Kadi*, in cui erano stati mantenuti gli effetti di un regolamento (C.E., 17 maggio 2002, n. 881), nel quale erano state adottate alcune misure di contrasto del terrorismo, fra cui il congelamento dei beni di alcuni soggetti associati ad Al-Qaeda. La Corte aveva riconosciuto l'illegittimità dell'atto per violazione di norme procedurali; aveva tuttavia ritenuto di mantenerne gli effetti al fine di non vanificare gli scopi perseguiti dal regolamento stesso, visto che «*non [era] da escludere che, nel merito, [potesse] comunque rivelarsi giustificata l'applicazione di tali misure ai ricorrenti.*»

<sup>621</sup> In questi casi, come accade nei giudizi di annullamento promossi dai ricorrenti privilegiati, la Corte modula gli effetti dell'annullamento al fine di evitare un vuoto normativo foriero di incertezza circa la disciplina applicabile in un dato settore economico: cfr. Corte di Giustizia U.E., 20 settembre 2017, C-183/16, *Tilly-Sabco S.A.S.*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>622</sup> In questo senso, G. Parodi, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di Giustizia delle Comunità Europee, Quaderni regionali*, 2007, 319 (part. 331), che, nel paragonare i potenziali effetti di una declaratoria di invalidità in via pregiudiziale e di un annullamento in via principale, notava «*il potere di limitare gli effetti della decisione può rivelarsi assai più pregnante se esercitato in sede di procedimento pregiudiziale – con riferimento ad atti normativi che potrebbero aver trovato applicazione per lungo tempo – piuttosto che non in sede di procedimento di annullamento, dove per l'impugnazione è previsto [...] il termine breve di due mesi.*»

<sup>623</sup> Relativamente alle quali si rimanda alla sezione I, 2, b, β.

<sup>624</sup> Significativamente, tali misure sono state sviluppate in seguito alle acce critiche suscitate dalla giurisprudenza *Roquette Frères*, e dallo strappo istituzionale che questa aveva creato, specialmente nella giurisprudenza francese, che aveva rifiutato di dare applicazione alla modulazione (sul punto, cfr. *supra*, I, 3, c., nota n. 328). Per il relativo dibattito in Italia, cfr. T. Ballarino, *Rimborsi, ripetizione d'indebito e art. 177 del Trattato, Dir. com. sc. int.*, 1984, 150; G.M. Ubertazzi, *Gli effetti ratione*



concreto, la Corte dispone che l'annullamento o la declaratoria d'invalidità abbiano effetti *ex tunc* per il ricorrente in via principale o in via incidentale, e effetti non retroattivi o *pro futuro*, *erga omnes*.

Il richiamo al principio di effettività della tutela, combinato all'invocazione dei poteri di modulazione della Corte di Giustizia, dà perciò luogo a un corto circuito argomentativo poco convincente: quando il giudizio ha ad oggetto una posizione soggettiva lesa, in generale, i poteri di modulazione della Corte sono impiegati al fine di tutelare interessi generali (l'efficacia della lotta al terrorismo, ad esempio), o la certezza del diritto, *a discapito dell'effettività della tutela*<sup>625</sup>.

Avrebbe allora potuto costituire un'argomentazione più convincente l'evocazione della giurisprudenza europea che ammette, in generale, che una declaratoria d'invalidità con effetti *ex nunc*, o un annullamento non retroattivo possano costituire un «rimedio adeguato»<sup>626</sup> per il ricorrente, a dimostrazione della circostanza

---

temporis delle sentenze pregiudiziali in materia di invalidità degli atti comunitari, *id.*, 1985, 75. Gli art. 1 e 2 l. 14 ottobre 1957 n. 1203, nella parte in cui davano esecuzione all'art. 177, così come interpretato nel senso indicato in *Roquette Frères*, erano persino approdati davanti alla Corte Costituzionale italiana perché sospettati, in particolare, di violare l'art. 24 Cost. Corte Cost. 13 aprile 1989, n. 232, *Foro it.*, 1990, I, 1855, con nota di L. Daniele, *Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di giustizia comunitaria* aveva dichiarato la questione inammissibile per difetto di rilevanza, ma aveva comunque lanciato alla Corte di Lussemburgo un chiaro monito: nelle ipotesi di modulazioni, la Corte avrebbe dovuto fare salvi gli effetti *erga omnes* e retroattivi della declaratoria di invalidità almeno nei confronti dei soggetti che avessero proposto un'azione prima della pronuncia pregiudiziale, pena la violazione del loro diritto a una tutela effettiva. Tale indicazione è stata invero recepita dal giudice europeo, che già nella sentenza CGCE, 15 gennaio 1986, *Pinna*, C-41/84, *Foro it.*, 1987, IV, 64, con nota di F. Rocco, aveva precisato che «nel caso in cui la Corte si avvalga della possibilità di limitare gli effetti per il passato di una dichiarazione d'invalidità nell'ambito dell'art. 177 del trattato, spetta ad essa determinare se una deroga a tale limitazione dell'efficacia temporale attribuita alla sua sentenza possa essere disposta a favore, vuoi dell'attore dinanzi al giudice nazionale, vuoi di qualsiasi altro soggetto che abbia agito nello stesso modo prima dell'accertamento d'invalidità, ovvero se, viceversa, anche per i soggetti che abbiano preso tempestivamente iniziative intese a far salvi i loro diritti una dichiarazione d'invalidità con effetto solo *ex nunc* costituisca un rimedio adeguato».

<sup>625</sup> Come nota A. Giusti, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, cit., «La giurisprudenza comunitaria, secondo quanto emerge dai brevi cenni ad essa compiuti, giunge alla scelta di non annullare, sacrificando le aspettative di tutela giurisdizionale [...] e postergando la tutela effettiva alla successiva adozione di un nuovo atto, che si sostituisca a quello censurato».

<sup>626</sup> CGCE, 15 gennaio 1986, *Pinna*, C-41/84, cit., e, da ultimo, Corte di Giustizia U.E., 28 aprile 2016, cause riunite C-191/14; C-192/14; C-295/14, C-389/14 e da C-391/14 a C-393/14, *Borealis Polyolefine GmbH*, in [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu) (punto 108).

che una tutela effettiva non passa necessariamente dall'annullamento, *ex tunc*, dell'atto illegittimo.

### **c. Condizioni per l'eventuale attribuzione al giudice amministrativo italiano di un potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento.**

Non può essere ricavato dall'ordinamento, nei termini sopra esposti, un principio generale dal quale trarre l'esistenza di un potere officioso di modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento in capo al giudice: si conferma, pertanto, la necessità della previsione *ad hoc* perché il giudice possa procedere a tale operazione<sup>627</sup>.

Occorre tuttavia verificare se sia compatibile, e in quali termini, un siffatto potere con le garanzie offerte dalla Costituzione avverso i provvedimenti illegittimi.

#### **α. Compatibilità del «non annullamento» del provvedimento illegittimo con l'art. 113 Cost.**

Quanto all'ipotesi della previsione della possibilità di un "non annullamento" - al di fuori dai casi analizzati sub α) - o di un annullamento dagli effetti limitati nel tempo, non parrebbe necessariamente porsi in contraddizione con il principio espresso dagli artt. 113, co. 1 e 2, Cost., alla stregua del quale, da una parte, la tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Amministrazione è sempre ammessa, e, dall'altra, non sono ammesse limitazioni della tutela giurisdizionale avverso specifiche categorie di atti o di mezzi di impugnazione.

---

<sup>627</sup> In questo senso, A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, cit., 938; G. Ligugnana, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione e effettività della tutela*, cit., 125.

Ebbene, la previsione di un potere di modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento non configurerebbe una limitazione della tutela avverso specifiche categorie di atti o relativamente ad alcuni mezzi di impugnazione, ai sensi dell'art. 113, co. 2, Cost.; al contempo, neppure osterebbe la previsione generale di cui all'art. 113 co. 1, Cost. Questa, infatti, non esclude che possa essere limitata la possibilità di annullare l'atto invalido, bensì esclude che possa essere limitata la tutela giurisdizionale avverso gli atti dell'Amministrazione. Anzi, secondo alcuni, lo stesso co. 3 dell'art. 113 Cost. abiliterebbe il legislatore a stabilire che, in particolari ipotesi, alla rilevazione dell'illegittimità dell'atto da parte del giudice non segua necessariamente l'annullamento dello stesso<sup>628</sup>.

Nel sistema attuale, in cui la tutela costitutiva non rappresenta più l'unica garanzia dell'interesse legittimo privato, la compatibilità della modulazione degli effetti della sentenza di accoglimento del ricorso con il principio di effettività della tutela espresso dall'art. 113 Cost. potrebbe essere assicurata attraverso la previsione di una necessaria tutela alternativa.

A riprova di ciò può osservarsi che esistono già, nel nostro ordinamento, esempi di limitazioni della tutela costitutiva, variamente giustificati.

Per esempio, l'art. 21 *octies*, comma 2, l. 241/1990 preclude al giudice di annullare l'atto viziato in due ordini di ipotesi: in primo luogo, quando l'atto sia vincolato, e la sua invalidità derivi da una violazione di prescrizioni procedurali o formali, ma risulti palese che questo non avrebbe potuto avere un contenuto dispositivo diverso. In secondo luogo, al giudice è precluso annullare l'atto, anche non vincolato, che sia stato adottato senza comunicare all'interessato l'avvio del procedimento, quando l'Amministrazione provi che non avrebbe potuto avere contenuti diversi.

La norma in esame, che ha recepito un orientamento elaborato dalla giurisprudenza amministrativa<sup>629</sup>, avrebbe accolto una concezione sostanziale

---

<sup>628</sup> Così F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 319 (part. 344); M. D'Orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, 32 ss.

<sup>629</sup> Sui quali cfr. V. Cerulli Irelli, *Considerazioni in tema di sanatoria di vizi formali*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, 101, che individuava tre filoni principali della giurisprudenza tesa a "dequotare" i vizi formali: un orientamento alla stregua del

dell'invalidità, precludendo la rimozione degli atti che potrebbero essere riadottati dall'Amministrazione, con identico contenuto, all'esito del giudizio di annullamento<sup>630</sup>.

La dottrina maggioritaria si è mostrata molto critica nei confronti della novella. In particolare, è stato sostenuto che l'art. 21 *octies* cit. comporterebbe una diminuzione delle garanzie offerte dall'ordinamento a fronte dell'atto illegittimo: il privato ben potrebbe avere interesse a conservare il bene della vita sottrattogli dal provvedimento viziato, sino all'adozione del nuovo atto di contenuto identico. Ancor di più, avrebbe interesse all'annullamento nei casi in cui il potere sia sottoposto a un termine di decadenza che precluda all'Amministrazione di emanare un atto di analogo contenuto in seguito all'annullamento. Infine, il privato potrebbe avere un interesse a giovare di eventuali sopravvenienze normative che privino l'Amministrazione di detto potere<sup>631</sup>. Anche sulla scorta di tali osservazioni, è stata rimessa in discussione la compatibilità dell'art. 21 *octies* cit. con il sistema delle garanzie disegnato dall'art. 113, co. 1 e 2, Cost.<sup>632</sup>.

In risposta a tali obiezioni, è stato sostenuto che l'art. 21 *octies* troverebbe la sua giustificazione in un principio di rango costituzionale, poiché la norma sarebbe

---

quale il vizio di forma avrebbe potuto tradursi nell'annullabilità dell'atto solo qualora la violazione delle prescrizioni sul procedimento o sulla forma degli atti avesse impedito il raggiungimento dello scopo al quale l'atto è preordinato; un orientamento secondo il quale non sarebbe annullabile l'atto viziato se può considerarsi raggiunto lo scopo cui sono preposte le norme sulla forma o sul procedimento violate e, infine, un terzo orientamento, secondo il quale la violazione delle forme o del procedimento prescritto non può dare luogo all'annullamento dell'atto se risulti che questo non avrebbe potuto avere un contenuto diverso.

<sup>630</sup> Il cittadino non avrebbe quindi interesse a ricorrere: così Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 14, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Atto amministrativo*, n. 368; 9 ottobre 2007, n. 5251, *Ibid.*, voce cit., n. 240; sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307, *id.*, Rep. 2006, voce cit., n. 288.

<sup>631</sup> Con tali rilievi E. Follieri, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, *Urb. App.*, 2005, 625 (part. 626) ha immediatamente confutato la tesi secondo la quale il privato non avrebbe interesse all'annullamento, se un atto dal contenuto identico può essere riadottato dall'Amministrazione all'esito del giudizio.

<sup>632</sup> F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies*, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); D. U. Galetta, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, *ibid.*; E. Follieri, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, cit., 626; A. Travi, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, *Corr. Giur.*, 2005, 449 (part. 453); M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, *Dir. Amm.*, 2005, 557.

strumentale ad assicurare il buon andamento, e in particolare l'economicità dell'attività amministrativa<sup>633</sup>.

Inoltre, secondo molti Autori, non si avrebbe la violazione della garanzia generale di tutela avverso gli atti dell'Amministrazione, prevista dall'art. 113 Cost., ammettendo, nei casi di cui operi il meccanismo di conservazione dell'atto di cui all'art 21 *octies*, co. 2, un accertamento incidentale sulla legittimità dell'atto, strumentale a conferire una tutela alternativa, di tipo risarcitorio, al ricorrente<sup>634</sup>.

Nell'ipotesi di "non annullamento" o di annullamento dagli effetti limitati nel tempo, la limitazione della tutela costitutiva non troverebbe la sua ragion d'essere nella

---

<sup>633</sup> D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, 3° ed., Il Mulino, Bologna, 2005, 355. Osservava tuttavia F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti illegittimi*, cit., 364, nota n. 88, che nel caso di "non annullamento" dell'atto emanato in virtù di poteri che, all'esito del processo, risultino esauriti, la norma non potrebbe essere giustificata alla luce del principio di economicità: in tali ipotesi, infatti, l'atto *non potrebbe essere adottato con il medesimo contenuto*.

<sup>634</sup> Così M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, cit., aveva sostenuto che «*la tutela dei diritti procedurali era da ritenere compatibile con la regola della non annullabilità dei provvedimenti per vizi esclusivamente procedurali o formali*» nella misura in cui la lesione sia riparata attraverso un risarcimento dei danni conseguenti alla violazione. Del medesimo avviso, L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, *Dir. amm.*, 2006, 103 (part. 114); G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 572 (part. 589); D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, cit., 337; A. Romano-Tassone, *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Jovene, Napoli, 2007, 215 (part. 231), secondo il quale «*le disposizioni sul procedimento e sulla forma degli atti amministrativi, siano o meno teleologicamente collegate alla determinazione del contenuto dispositivo del provvedimento finale (ergo, incidano o meno, in astratto ovvero in concreto, sull'interesse legittimo del privato) ledono comunque il diritto soggettivo del cittadino alla correttezza anche formale dell'azione amministrativa [...] causando un «danno ingiusto» [...]*. Un'opinione parzialmente diversa formula F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit., 346, secondo il quale «*le forme di tutela sostitutive devono «assomigliare» all'annullamento. Se non negli effetti, quanto meno nella sostanziale equivalenza delle utilità che esse sono in grado di assicurare. [...] Queste tutele sostitutive non possono corrispondere a ulteriori forme di protezione, già positivamente riconosciute dal sistema delle norme a fianco di quella caducatoria (quali ad esempio potrebbero essere quelle relative alla risarcibilità dell'interesse legittimo). Se [...] queste tutele sostitutive ripetessero altre forme di protezione già attribuite, verrebbe operata una sostanziale riduzione della protezione complessiva riconosciuta al cittadino.*» Sulla scorta di tali osservazioni, l'Autore identificava la tutela alternativa dovuta in una *restitutio ad integrum*, che non sarebbe ricollegabile alla fattispecie di illecito rappresentata dall'atto illegittimo, bensì all'esclusione *ex lege* della tutela costitutiva. Secondo questa tesi, nel caso in cui il provvedimento potrebbe essere adottato, con i medesimi contenuti, all'esito del giudizio, il ricorrente andrebbe risarcito nella misura del «*valore economico espresso dalla mancata soggezione agli effetti del provvedimento medesimo per il periodo di tempo che si sarebbe dovuto impiegare per assumerlo legittimamente e, in ogni caso, per tutto il periodo necessario allo svolgimento del processo*». Nel caso in cui, invece, al termine del processo il potere risultasse esaurito, «*il risarcimento del danno dovrebbe poi essere commisurato all'incidenza assoluta degli effetti del provvedimento, calcolata sulla base di tutta la loro durata.*»

“correttezza sostanziale” dell’atto, bensì nell’inopportunità di travolgere situazioni giuridiche o di creare un vuoto normativo, quindi nella certezza del diritto, intesa in senso oggettivo. L’esempio dell’art. 21 *octies* dimostra però che il ricorrente può essere privato della tutela costitutiva che, alla stregua delle regole ordinarie del giudizio di legittimità, gli spetterebbe, qualora lo richieda un altro interesse di ordine generale.

Un altro esempio in questo senso, forse ancora più conferente nell’ambito di questa indagine, ci può essere fornito dagli artt. 121 e 122 c.p.a. Secondo una tesi sostenuta dalla giurisprudenza amministrativa prima del recepimento della direttiva 2007/66/CE, contratto e aggiudicazione sarebbero avvinti da un nesso di presupposizione<sup>635</sup>: la declaratoria di inefficacia del contratto stipulato in seguito a una procedura di evidenza pubblica viziata costituirebbe quindi una misura ripristinatoria, volta ad eliminare dalla realtà giuridica gli effetti dell’atto viziato e restituire così al ricorrente la situazione di vantaggio persa per effetto dell’aggiudicazione illegittima.

La possibilità, introdotta in seguito al recepimento della direttiva ricorsi, che il contratto non venga caducato, nei casi in cui la misura sia stata richiesta dal ricorrente interessato al subentro, rappresenterebbe, secondo la prospettiva anzidetta, una limitazione della tutela costitutiva derivante dall’annullamento dell’aggiudicazione.

Tale limitazione risulta ammissibile, alla luce dell’art. 113 Cost., perché giustificata dall’interesse generale (art. 121, co. 2; art. 122), o dalla tutela della buona fede dell’aggiudicatario (art. 122), e, soprattutto, perché assistita dalla previsione di una tutela alternativa, di carattere risarcitorio (art. 124, co. 1).

Le norme esaminate indicano che, pur non sussistendo un principio generale che abiliti il giudice a negare la tutela costitutiva richiesta dal ricorrente a fronte di atti illegittimi, l’art. 113 Cost. non osta, in generale, all’introduzione di norme che, in via eccezionale, limitino tale forma di tutela, prevedendo la possibilità per il ricorrente di

---

<sup>635</sup> Su tale orientamento, cfr. C. Benetazzo, *Contratti della P.A. e annullamento dell’aggiudicazione*, C.E.D.A.M., Padova, 2012, 93 ss. Tale prospettiva riecheggia nella tesi - ancora sostenuta in giurisprudenza - secondo la quale l’annullamento in autotutela dell’aggiudicazione comporta la caducazione automatica del contratto: cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1798, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 807; Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, *Urb. App.*, 2014, 1195, con nota di A. Longo e E. Canzonieri, *Dopo la stipula del contratto di appalto la p.a. può esercitare solo il recesso*.



ottenere forme di tutela alternativa, purché queste siano soddisfattive al pari della tutela caducatoria.

## **β. La necessaria fissazione di presupposti rigidi all'esercizio del potere di modulazione**

L'eventuale previsione del potere di modulazione della sentenza di accoglimento da parte del legislatore richiederebbe, anche alla luce dell'esperienza d'oltralpe, una rigorosa fissazione dei presupposti per l'esercizio del potere, al fine di garantire che questo rimanga un fenomeno di carattere del tutto eccezionale, e che la tutela della certezza del diritto (intesa come stabilità delle situazioni giuridiche, e esistenza di una disciplina che assicuri la continuità della tutela di interessi particolarmente rilevanti) non vada a discapito di una tutela effettiva del ricorrente.

### ***1. Un potere dai presupposti necessariamente rigidi***

*De jure condendo*, dovrebbero innanzitutto essere individuate le ipotesi in cui l'esigenza di stabilità dell'atto impugnato possa prevalere sulla richiesta di una tutela costitutiva promossa dal ricorrente.

Come si è avuto modo di osservare con riferimento all'applicazione della giurisprudenza *AC!* da parte del giudice francese, l'assenza di una delimitazione rigida dei presupposti per l'esercizio del potere conduce, da una parte, alla banalizzazione della modulazione e, dall'altra, all'eccessiva eterogeneità delle esigenze poste a fondamento del potere, risultanti nell'inaccettabile compressione della tutela del ricorrente.

La giurisprudenza italiana in materia di modulazione dimostra l'esistenza di un problema analogo nel nostro ordinamento, seppure a una scala ben più limitata: i giudici italiani, specialmente di merito, hanno fatto uso della tecnica per assolvere a

scopi ben diversi da quelli indicati nella sentenza 2755 del 2011<sup>636</sup>, o al fine di salvaguardare gli interessi della sola Amministrazione resistente<sup>637</sup>.

*De jure condendo*, la modulazione dovrebbe essere ammessa solo qualora la retroattività dell'annullamento possa compromettere una pluralità di situazioni giuridiche, oppure possa determinare un vuoto di tutela che rischi di pregiudicare in modo grave gli interessi dei consociati: in definitiva, quindi, quando lo richieda la tutela della certezza del diritto in senso oggettivo.

L'interesse individuale del controinteressato, o di un numero ristretto di controinteressati, alla stabilità dell'atto impugnato dovrebbe sempre, invece, essere considerato recessivo rispetto all'esigenza di garantire la tutela maggiormente appagante possibile al ricorrente. Come evidenziato sub  $\beta$ ), la tutela costitutiva appare sempre la forma preferibile di garanzia dell'interesse legittimo del ricorrente: non sarebbe perciò accettabile, in virtù del principio di parità delle parti, il sacrificio del vantaggio ottenibile del ricorrente mediante la tutela costitutiva, al fine di salvaguardare la posizione di vantaggio, speculare e opposta, di uno o pochi soggetti.

La limitazione del potere di modulazione ai casi in cui l'annullamento non abbia conseguenze importanti, in termini di quantità delle situazioni rimesse in discussione, si giustifica inoltre alla luce di due ordini di considerazioni.

In primo luogo, i soggetti interessati al mantenimento dell'atto hanno, in linea generale, la possibilità di difendere il proprio interesse attraverso l'esercizio del contraddittorio, nell'ambito del giudizio di annullamento. Qualora dovessero essere

---

<sup>636</sup> Il potere di modulazione è stato, fra l'altro, impiegato al fine di "sospendere" l'esecutività della sentenza di primo grado durante il termine per la proposizione dell'appello (T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 8 marzo 2012, n. 121, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)); per superare le indicazioni in tema di ordine di esame delle questioni, in caso di proposizione di ricorso incidentale escludente, fornite da Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4, *Foro it.*, 2011, III, 306, con nota di G. Sigismondi (T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 13 luglio 2012, n. 6418, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), che annullava con effetti *ex nunc* i verbali di gara con i quali non veniva disposta l'esclusione dalla gara della ricorrente principale, e con effetti *ex tunc* l'aggiudicazione alla ricorrente incidentale, determinando così l'obbligo di rifare la gara in ossequio all'interesse strumentale della ricorrente principale); al fine di non interrompere un procedimento di bonifica intrapreso dalla ricorrente in esecuzione di un ordinanza ritenuta illegittimo, perché, malgrado il vizio riscontrato nell'istruttoria compiuta dall'Amministrazione, la ricorrente «non ha affatto dimostrato, sino ad ora, di essere totalmente estranea all'inquinamento verificatosi» (T.A.R. Piemonte, sez. I, 9 agosto 2017, n. 960, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>637</sup> T.A.R. Umbria, sez. I, 18 gennaio 2013, n. 19, cit.

stati privati di tale possibilità, peraltro, l'ordinamento attribuisce loro uno strumento che garantisce *ex post* un contraddittorio sull'assetto di interessi cristallizzato dalla sentenza di annullamento: l'opposizione di terzo, ormai compiutamente disciplinata dall'art. 108 c.p.a..

In secondo luogo, occorre tenere conto del fatto che, qualora dovessero trovarsi a subire perdite economiche in conseguenza dell'annullamento dell'atto favorevole illegittimo, i controinteressati potrebbero sempre rivolgersi al giudice ordinario per ottenere il risarcimento della lesione del proprio affidamento, sussistendone le condizioni<sup>638</sup>.

Infine, sarebbe opportuno precisare in un'eventuale disposizione attributiva del potere di modulazione che quest'ultimo non può essere esercitato al fine di tutelare i meri interessi economici dell'Amministrazione, ossia per evitare l'insorgere di obblighi restitutori o risarcitori o ancora di costi legati alla riedizione del potere. Sul punto, potrebbe essere presa a modello la prescrizione contenuta dal succitato art. 2 *quinquies*, dir. 1989/665/CEE, come modificata dalla dir. 2007/66/CE<sup>639</sup>, che, trasposta

---

<sup>638</sup> Cass. sez. un., ord. 23 marzo 2011, n. 6594, n. 6595 e 6596, cit., nonché 4 settembre 2015, n. 17586, *Dir. proc. amm.*, 2016, 564, con nota di C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica Amministrazione* e in *Riv. giur. edil.*, 2015, 1059, con nota di M. Sinisi, *Annullamento della concessione per la realizzazione e la gestione del porto turistico*.

La Cassazione ha affermato che spetta al giudice ordinario la giurisdizione sulle controversie risarcitorie per lesione del legittimo affidamento, incolpevolmente ingenerato nel privato dall'atto favorevole illegittimo, poi annullato. In Cass., sez. un., ord. 4 settembre 2015, n. 17586 cit., in particolare, veniva specificato che il legittimo affidamento non è sovrapponibile alla posizione di interesse legittimo pretensivo vantata dal privato, bensì coincide con una situazione di diritto soggettivo alla conservazione dell'integrità patrimoniale. La lesione sarebbe riconducibile a una fattispecie complessa, «*rappresentata dall'essere stato il provvedimento ampliativo emesso illegittimamente, dall'essere stato l'agire della p.a. nella sua adozione, in ragione delle circostanze concrete, determinativo di affidamento incolpevole, dall'essere stato il provvedimento illegittimo rimosso (perché tale) in modo ormai indiscutibile*». Conf., da ultimo, Cass. civ., sez. un., ord. 23 gennaio 2018, n. 1654, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Responsabilità civile*, n. 4 (in cui veniva affermata la risarcibilità del danno da lesione del legittimo affidamento per annullamento in autotutela dell'atto ampliativo illegittimo). Sulla risarcibilità del danno da lesione dell'affidamento, cfr. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole con l'Amministrazione*, *Dir. proc. amm.* 2018, 822 (part. 845 ss.) e già Id., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, *Dir. amm.*, 2005, 843 (part. 863 ss.).

<sup>639</sup> Che dispone «*gli interessi economici legati direttamente al contratto in questione non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale. Gli interessi economici legati direttamente al contratto comprendono, tra l'altro, i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, i costi derivanti dal cambio dell'operatore economico che esegue il contratto e i costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti*».

all'ipotesi della modulazione dell'annullamento dell'atto, potrebbe diventare «*la modulazione non può essere disposta al fine di tutelare gli interessi economici dell'Amministrazione direttamente legati all'atto annullato. Questi comprendono, tra l'altro, gli obblighi di rimborsi o restituzione legati a un annullamento ex tunc dell'atto, nonché i costi legati alla riedizione del potere.*»

## ***2. Condizioni processuali per l'esercizio del potere***

Sarebbe inoltre opportuno fissare alcune condizioni di ordine processuale affinché il giudice possa attuare la modulazione.

L'esercizio del potere dovrebbe innanzitutto essere sempre preceduto dalla sottoposizione alle parti della questione, ai sensi dell'art. 73, co. 3, c.p.a.. La modulazione comporterebbe il venir meno della tutela costitutiva che, di regola, risulta maggiormente satisfattiva degli interessi del ricorrente: questo deve quindi essere messo in condizione di contraddire, con memorie e deduzioni, sulla necessità della misura.

La sottoposizione della questione della modulazione consentirebbe altresì di acquisire nel processo ulteriori informazioni utili all'assunzione della decisione in ordine agli effetti da attribuire alla sentenza di accoglimento, garantendo il miglior temperamento degli interessi in gioco.

Prima di disporre la modulazione, il giudice dovrebbe sempre accertare se la tutela alternativa possa risultare satisfattiva, nel caso concreto, dell'interesse del ricorrente: l'impossibilità materiale di rimediare alla lesione dell'interesse legittimo attraverso una misura diversa dalla tutela costitutiva dovrebbe costituire condizione ostativa all'esercizio del potere di modulazione.

Una volta accertato l'interesse del ricorrente alla misura alternativa, il giudice dovrebbe valutare la modulazione più confacente alla tutela degli interessi in gioco.

### 3. Quali tutele, in luogo dell'annullamento?

Tale conclusione impone di esaminare brevemente quali siano le forme di tutela alternativa che, *de jure condendo*, dovrebbero essere previste per garantire una tutela effettiva al ricorrente. Tale è il punto maggiormente problematico, visto che, com'è ovvio, tutela risarcitoria e tutela costitutiva non risultano mai del tutto equipollenti, sul piano della soddisfazione del privato leso dal provvedimento illegittimo.

Dal punto di vista processuale, l'allegazione e la prova della sussistenza dei presupposti per il risarcimento del danno risulta decisamente più gravosa rispetto alla prova dei presupposti per l'annullamento dell'atto illegittimo: ciò si traduce nella maggiore difficoltà di ottenere una pronuncia di condanna al risarcimento del danno subito<sup>640</sup>.

Sul piano sostanziale, poi, è pacifico che la tutela in forma specifica dell'interesse leso sia, in generale, preferibile a una tutela per equivalente dello stesso. La (tendenziale) equipollenza della tutela offerta dall'ordinamento andrebbe quindi verificata caso per caso, specialmente quando l'interesse leso sia di tipo pretensivo. In tali casi, il ricorrente dovrebbe potere ottenere un pieno ristoro del danno subito per effetto dell'illegittima privazione della *chance* di conseguire il bene della vita collegato con l'esercizio del potere. Non risulterebbe perciò soddisfattivo, in luogo della tutela costitutiva (che, in linea di massima, assicurerebbe una vera e propria ricostituzione della *chance*), un risarcimento del danno subordinato alla prova della forte probabilità della spettanza del bene da parte del cittadino, come attualmente richiesto dalla giurisprudenza maggioritaria in tema di danno da perdita di *chance*<sup>641</sup>.

---

<sup>640</sup> Tale problema potrebbe essere risolto, *de jure condendo*, prevedendo che al "non annullamento" o all'annullamento con effetti limitati nel tempo, si ripari con un indennizzo del depauperamento comportato dal non annullamento stesso, sulla falsariga di quanto prospettato da F. Volpe in *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, cit., 359 ss. Una previsione di tal fatta consentirebbe di salvaguardare gli interessi del ricorrente nei casi in cui fosse necessario mantenere gli effetti già prodotti dall'atto, evitando di onerarli della prova della sussistenza degli elementi costitutivi dell'obbligo risarcitorio, ex art. 2043 c.c..

<sup>641</sup> La giurisprudenza maggioritaria accoglie tale criterio, detto «eziologico», nel valutare se al ricorrente spetti il risarcimento della *chance* perduta per effetto dell'illegittimo esercizio del potere: così, ex multis, Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762, *Foro it.*, 2016, III, 468, con nota di

Occorrerebbe, invece, che il giudice condanni l'Amministrazione a risarcire il danno ogniqualvolta venga accertato che il ricorrente fosse titolare di una mera possibilità di ottenere il bene della vita ormai irrimediabilmente venuto meno<sup>642</sup>: nell'ottica di garantire al cittadino una tutela equivalente a quella costitutiva, dovrebbe riparamarsi la sottrazione della possibilità di concretizzare tale *chance*, che la tutela costitutiva mira appunto a ripristinare.

---

richiami; sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249, *id.*, 2015, III, 440, con nota di F. Trimarchi Banfi, *La chance giuridicamente rilevante: esistenza e consistenza*.

<sup>642</sup> Tale è la tesi sostenuta da una parte minoritaria della giurisprudenza: cfr., ad esempio, T.A.R. Lazio, sez. I *ter*, 12 marzo 2015, n. 4063, *Urb. e app.*, 2015, 706, con nota di O. Caputo, *La perdita di chance ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*.





CONDORELLI Martina | I principi di certezza del diritto e di *sécurité juridique* e le garanzie offerte al cittadino in Italia e in Francia

### III. Considerazioni conclusive

---

#### 1. IL GIUDIZIO DI BILANCIAMENTO SULL'OPPORTUNITÀ DELLA SANZIONE DELL'ILLEGITTIMITÀ DELL'ATTO IMPUGNATO: QUALE FUTURO PER IL "NUOVO" GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ?

L'introduzione del potere di modulazione si iscrive in un movimento di ampliamento dei poteri del giudice amministrativo francese, fondato, tra l'altro, sull'utilizzo del metodo del bilanciamento, che è stato impiegato come "grimaldello" per scardinare progressivamente alcuni dei tradizionali limiti del sindacato giurisdizionale<sup>643</sup>.

Utilizzato per la prima volta nella sentenza *Ville Nouvelle Est*<sup>644</sup>, in cui veniva sindacata la proporzionalità dell'esercizio del potere di espropriazione attraverso un'analisi dei costi-benefici dell'operazione, il metodo del bilanciamento è stato progressivamente esteso dal giudice amministrativo ad altri ambiti<sup>645</sup>.

---

<sup>643</sup> Così, testualmente, A. Van Lang, *op. cit.*, 1056. Per l'impiego della nozione di *intérêt général* nei giudizi di bilanciamento, cfr., in materia di modulazione, F. Melleray, O. Dubos, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation de l'acte administratif*, cit., 14, e, in generale, D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., 1977, 357 ss.

<sup>644</sup> Cons. Etat, Ass., 28 maggio 1971, *Ville Nouvelle Est*, *Lebon*, 409, con *conclusions* di G. Braibant.

<sup>645</sup> Cfr., per esempio, in Cons. Etat, 29 gennaio 2003, *Commune de Clans et Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes*, *R.F.D.A.*, 2003, 477, con *conclusions* di C. Maugué, relativa alle conseguenze dell'accertata illegittimità della costruzione di un'opera pubblica (in seguito a occupazione espropriativa), il giudice ha statuito che «*lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière il lui appartient, pour déterminer [...] si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible ; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général.*»

Oggi, il metodo del bilanciamento viene impiegato dal giudice principalmente per due distinti scopi: al fine di vagliare la legittimità di un provvedimento, attraverso un controllo sulla proporzionalità dell'azione amministrativa<sup>646</sup>, e per valutare i costi-benefici dell'applicazione della sanzione prevista per tale illegittimità<sup>647</sup>, come accade nella giurisprudenza sulla modulazione degli effetti dell'annullamento.

Il primo tipo di bilanciamento nasce come metodo di sindacato della discrezionalità amministrativa, volto a verificare la proporzionalità della sua azione; il secondo tipo di bilanciamento è invece fondato sulla volontà di trovare un punto di equilibrio tra esigenza di ripristino della legalità<sup>648</sup> e tutela dell'interesse generale, alla quale partecipa l'interesse alla preservazione della *sécurité juridique*<sup>649</sup>.

In questo secondo caso, il giudizio di proporzionalità viene applicato dal giudice alla propria azione. Sottesa a tale giudizio è l'idea che la sanzione dell'annullamento

---

<sup>646</sup> In questa categoria rientra la giurisprudenza Cons. Etat, Ass., 28 maggio 1971, *Ville Nouvelle Est*, cit.. In questi casi, il giudice contribuisce a fissare (a *posteriori*) i criteri di definizione dell'interesse generale nella fattispecie sottoposta al suo esame. In prima battuta, tuttavia, l'individuazione dell'interesse pubblico e degli strumenti idonei al suo perseguimento rimane appannaggio dell'Amministrazione.

<sup>647</sup> In questa seconda categoria, può essere fatta rientrare la giurisprudenza sulle c.d. «*réserves d'intérêt général*», sulla quale, in generale, cfr. F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, cit. (Cons. Etat, 29 gennaio 2003, *Commune de Clans et Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes*, cit.; Cons. Etat 26 febbraio 2003, *M. et Mme Bour*, A.J.D.A., 2003, 729, con nota di F. Donnat, D. Casas, *La remise en cause de la décision de revendre un bien illégalement préempté est un litige distinct de celui dell'annulation de la décision de préemption*), così definite perché consentono al giudice di non applicare rigidamente la regola di diritto rilevante nel caso di specie, in considerazione di un imperativo dettato, appunto, dall'interesse generale.

A. Van Lang, *op. cit.*, 1053 ss. si riferisce al bilanciamento posto in essere nell'ambito del giudizio sull'opportunità della modulazione come a un «*bilan de la seconde génération*», proprio perché, a differenza del bilanciamento di prima generazione, interviene nella fase (processuale o concettuale) della determinazione delle conseguenze dell'illegittimità.

L'uso delle c.d. *réserves d'intérêt général* è stato duramente criticato da autorevole dottrina (J.B. Auby, *A' propos des réserves d'intérêt général*, D.A., giugno 2003, repères n. 6), che ha sottolineato come il principio «*revient à établir, au profit de l'Administration, une sorte d'immunité partielle d'exécution*». Dal punto di vista dell'opportunità di tale pratica, l'Autore si chiedeva «*s'il est absolument normal que ce soit le juge lui-même qui pose la règle selon laquelle telle ou telle conséquence de la chose jugée cédera devant des exigences d'intérêt général [...] Le problème est que le principe - inhérent à l'État de droit - qui impose de tirer les conséquences des décisions juridictionnelles n'appartient pas au juge, et qu'il n'appartient donc pas à lui de lui fixer des limites. Spécialement lorsque sont en cause des droits fondamentaux.* »

<sup>648</sup> Ripristino da intendersi anche in senso materiale: ci si riferisce ancora una volta alla giurisprudenza Cons. Etat, 29 gennaio 2003, *Commune de Clans et Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes*, cit. e Cons. Etat, 26 febbraio 2003, *M. et Mme Bour*, cit., che consente al giudice di escludere l'esecuzione della sentenza di annullamento dell'atto, nei casi in cui questa comporterebbe un pregiudizio eccessivo per l'«*intérêt général*».

<sup>649</sup> Così, A. Van Lang, *op. cit.*, 1077.

non debba più conseguire automaticamente all'accertamento dell'illegittimità dell'atto, ma debba essere comminata solo se appropriata (*rectius*, proporzionata), alla luce delle circostanze del caso di specie<sup>650</sup>.

Può rilevarsi che tale valutazione si iscrive in un più ampio indirizzo della giurisprudenza amministrativa francese, che negli ultimi anni in particolare, ha trasformato l'annullamento (e le sue conseguenze "ordinarie") da sanzione automatica della illegittimità dell'atto amministrativo a *extrema ratio*<sup>651</sup>. A tale indirizzo possono essere ricondotti diversi filoni giurisprudenziali, tesi a evitare gli annullamenti giurisdizionali ritenuti inopportuni<sup>652</sup> sulla base di un giudizio *ex ante*<sup>653</sup>.

In quest'ottica, la giurisprudenza francese ha sancito che il giudice può non annullare l'atto viziato nei casi in cui l'Amministrazione avrebbe potuto adottare il medesimo atto, sulla scorta di un'altra norma attributiva del potere rispetto a quella

---

<sup>650</sup> V. Coq, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'interêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, 2015, 414 ss., parla a tal proposito di «sanction "adaptée" des irrégularités», facendo risalire l'idea a G. Jèze, *Essai d'une théorie générale de la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, R.D.P., 1913, 294, secondo il quale «dans un système juridique très perfectionné, les sanctions des irrégularités vont varier avec les circonstances».

<sup>651</sup> Cfr., in questo senso, C. Broyelle, *Contentieux administratif*, cit., 165. C. Mialot, *L'arrêt Danthony du point de vue du justiciable*, A.J.D.A., 2012, 1484 parla invece di un processo di «relativisation de la légalité, qui devient de plus en plus la chose du juge et de moins en moins la chose des parties».

Dopo l'emanazione della sentenza Cons. Etat, ass. 18 maggio 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, A.J.D.A., 2018, 1206, con nota di S. Roussel e C. Nicolas, *Contentieux des actes réglementaires : bouquet final*; D.A., ottobre 2018, comm. n. 45 di G. Eveillard, *La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires* (su cui cfr. *infra*), la dottrina francese sembra esprimere un certo malcontento di fronte all'accumularsi delle soluzioni elaborate dal Conseil d'Etat al fine di «salvaguardare» gli atti illegittimi o i loro effetti: cfr., in tal senso, B. Plessix, *Le droit administratif, droit de l'acte réglementaire*, D.A., 2018, *repère* n. 7. L'Autore rilevava che «En 2004, dans l'affaire Association AC!, quand le Conseil d'Etat a souhaité procéder à un rééquilibrage entre les exigences de la légalité et celles de la sécurité juridique, tout le monde a compris et applaudi [...]. Quatorze ans plus tard, en jugeant que dans le cadre de l'exception d'illégalité d'un acte administratif réglementaire, le requérant ne peut soulever que des vices tenant à la compétence, au détournement de pouvoir et à la légalité des règles qu'il fixe, le balancier serait allé en sens contraire trop loin. El Bahi, Hallal, Association AC!, Smirgeomes, Béziers I, Danthony, Département Tarn-et-Garonne, Czabaj, et maintenant CFDT Finances: tout se conjugue pour restreindre l'exercice du recours contre les actes administratifs, pour assouplir l'obligation faite à l'administration de respecter la légalité.»

<sup>652</sup> I casi di "illégalité sans annulation" - per riprendere l'espressione utilizzata da B. Seiller, *L'illégalité sans annulation*, A.J.D.A., 2004, 963 - sono motivati sulla scorta dell'inutilità dell'annullamento (l'Amministrazione potrebbe adottarne uno dai medesimi contenuti all'esito del processo di annullamento) o del suo «caractère néfaste».

<sup>653</sup> Così C. Broyelle, *ibid.*

richiamata<sup>654</sup> o sulla scorta di un'altra motivazione<sup>655</sup>, oppure qualora l'atto sia frutto dell'esercizio di un potere vincolato, se risulta che un atto dal contenuto analogo avrebbe dovuto, comunque, essere adottato<sup>656</sup>. Allo stesso indirizzo può altresì essere ricondotta la dequotazione dei vizi formali dell'atto amministrativo, formalmente consacrata dalla giurisprudenza *Danthy*<sup>657</sup>, alla stregua del quale «*si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure*

---

<sup>654</sup> La prima applicazione del principio è rinvenibile in Cons. Etat, 8 marzo 1957, *Sieur Rosé et autres, Lebon*, 147. In Cons. Etat, 3 dicembre 2003, *El Bahi, Lebon*, 479, con *conclusions* di J. H. Stahl; A.J.D.A., 2004, con nota di D. Casas e F. Donnat, *La substitution de base légale et l'office du juge de l'excès de pouvoir*, è stato precisato che la norma attributiva del potere conferente deve prevedere le medesime garanzie per il privato interessato rispetto a quella erroneamente richiamata.

<sup>655</sup> Cons. Etat, 6 febbraio 2004, *Hallal, R.F.D.A.*, 2004, 740, con *conclusions* di I. Silva; A.J.D.A., con nota critica di F. Donnat e D. Casas, *L'administration doit-elle pouvoir invoquer devant le juge de l'excès de pouvoir de nouveaux motifs à ses décisions?*, che ha esteso al *contentieux de l'excès de pouvoir* un orientamento elaborato nell'ambito del *plein contentieux objectif* (Cons. Etat, 23 novembre 2001, *Compagnie nationale Air France, Lebon*, 230), in virtù del quale la *substitution des motifs* può essere disposta dal giudice anche se l'atto impugnato è stato emanato nell'esercizio di poteri discrezionali (prima del 2004, la tecnica poteva essere impiegata solo in casi di *compétence liée*: cfr., in questo senso, Cons. Etat, 23 luglio 1976, *Ministre du Travail c/ URSSAF du Jura, Lebon*, 362). La tecnica della *substitution des motifs* è impiegata dal giudice con maggiore cautela rispetto alla *substitution de la base légale*: non può essere disposta d'ufficio, ma deve essere richiesta dall'Amministrazione resistente, che può far valere, in primo grado o in appello, una motivazione alternativa e riferita alle circostanze di fatto e di diritto relative alla data di adozione dell'atto. Nelle sue *conclusions* a Cons. Etat, 6 febbraio 2004, *Hallal*, cit., la *commissaire du gouvernement* I. Silva aveva sostenuto l'opportunità dell'estensione della *substitution des motifs* agli atti discrezionali, che avrebbe avuto il risultato di «*prévenir un nouveau contentieux, dès lors que l'administration peut et souhaite reprendre, en cas d'annulation par le juge, une décision à la portée identique qui reposerait sur un nouveau motif légalement fondé. [...] Il en résultera une triple économie de temps et de charge contentieuse : pour l'administration, pour le requérant, pour le juge. Il nous paraît, en définitive, raisonnable de ne pas annuler une décision qui est légalement justifiée, même si le bon motif n'a pas été trouvé à temps*».

In Italia, vige il c.d. *principio di divieto di motivazione postuma*, che può tuttavia essere derogato, secondo un indirizzo giurisprudenziale, in presenza di tre condizioni: qualora non sia stato leso il diritto di difesa dell'interessato; il potere sia vincolato; la motivazione sia desumibile dagli atti endoprocedimentali (così Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Atto amministrativo*, n. 360; sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376, *ibid.*, voce cit., n. 361).

<sup>656</sup> Cons. Etat, 8 giugno 1934, *Augier, D.*, 1934, III, 31, con *conclusions* di M. Josse, in cui veniva affermata, per la prima volta, la possibilità per il giudice di sostituire la motivazione (fino a Cons. Stato, 6 febbraio 2004, *Mme Hallal*, cit., tale possibilità era limitata all'ipotesi in cui l'atto fosse stato emanato nell'esercizio di poteri vincolati). Nei casi di poteri vincolati (*compétence liée*) il giudice può altresì ritenere "neutralizzati" sia i vizi di *illégalité interne* (Cons. Etat, 30 settembre 1998, *Ministre de l'Intérieur c. M. Mansouri, Lebon*, 346) che i vizi di *illégalité externe* (Cons. Etat, 14 maggio 2003, *Syndicat des sylviculteurs, A.J.D.A.*, 2003, 1149, con *conclusions* di M. Guyomar), qualora risulti che un atto dal contenuto identico avrebbe comunque dovuto essere emanato dall'Amministrazione.

<sup>657</sup> Cons. Etat, 2 dicembre 2011, *Danthy*, cit. Da ultimo, l'irrelevanza dei c.d. *vices formels* è stata estesa anche al sindacato incidentale di legittimità degli atti regolamentari da Cons. Etat, ass. 18 maggio 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, cit.

*administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie»<sup>658</sup>.*

Una parte consistente della dottrina francese considera tale orientamento giurisprudenziale alla stregua di un'opportuna concessione di un "margine di errore" all'Amministrazione, a fronte di oneri procedurali che «*chacun s'accorde à considérer trop lourds*»<sup>659</sup>.

In Italia, invece, la stessa logica ha fatto molto più fatica a penetrare: basti pensare alle critiche feroci mosse all'art. 21 *octies*, co. 2, l. 241/1990<sup>660</sup>, il cui ambito di applicazione risulta peraltro ben più ristretto del principio enunciato in *Danthony*. Coerentemente, anche i tentativi di affermare il potere di modulazione degli effetti della sentenza di annullamento sono stati accolti con ostilità dalla dottrina italiana, che vi ha visto, da una parte, un'inaccettabile riduzione delle garanzie costituzionali di tutela del ricorrente e, dall'altra, un ampliamento indebito dei poteri del giudice.

I giudici italiani sembrerebbero invece generalmente più favorevoli all'inclusione del potere di modulazione tra la gamma degli strumenti a loro disposizione, come dimostra la frequente citazione, nella giurisprudenza, della

---

<sup>658</sup> Il Conseil d'Etat aveva qualificato il principio espresso in *Danthony* come preesistente e sotteso all'art. 70 della legge sulla semplificazione e il miglioramento della qualità del diritto. La norma in commento era stata fortemente criticata da parte della dottrina, che vi aveva visto un arretramento delle garanzie (così, P. Cassia, *Vers une immunité contentieuse des avis rendus par les organismes consultatifs ? À propos de l'article 35 de la proposition de loi n. 1890 portant simplification et amélioration de la qualité du droit*, J.C.P. A., 2010, act. 789 ; B. Delaunay, *Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations*, A.J.D.A., 2011, 1180).

<sup>659</sup> Così, B. Seiller, *L'illégalité externe, commode bouc émissaire*, A.J.D.A., 2012, 1609. Sul favore della dottrina per la soluzione consacrata in *Danthony*, cfr., in senso fortemente critico, R. Hostiou, *Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif*, R.F.D.A., 2012, 423. Solo di recente, la dottrina ha iniziato a criticare il ricorso troppo frequente della giurisprudenza a tecniche di dequotazione dei vizi, per giustificare il non annullamento dell'atto, e a tecniche di neutralizzazione, totale o parziale, delle conseguenze dell'annullamento alla luce dell'*intérêt général*. Cfr., in questo senso, la recentissima tribuna di B. Seiller, *Droit à l'erreur: pour qui?*, A.J.D.A., 2018, 1465 e, dello stesso Autore, *Assez d'AC! A.J.D.A.*, 2018, 937. Delle considerazioni analoghe eran già state svolte da F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, cit., 161 a proposito delle *réserves d'intérêt général*.

<sup>660</sup> Sul punto, si rimanda a II, 4, b., α.



sentenza 2755/2011 quale *leading case* in materia di modulazione<sup>661</sup>. Citare il precedente equivale, in questo senso, a rivendicare la possibilità di modulare gli effetti dell'annullamento, e l'apparente favore dimostrato dalla giurisprudenza potrebbe essere ricondotto alla crescente volontà del giudice italiano di controllare e "gestire" le ricadute delle proprie pronunce, alla stregua del suo omologo francese.

Tale volontà non trova spazio nel solo giudizio di legittimità: da ultimo, è emersa, per esempio, nell'adunanza plenaria n. 13/2017<sup>662</sup>, in cui il giudice ha modulato gli effetti di una sentenza interpretativa, o ancora in una recentissima pronuncia della sesta sezione, in cui si è stato affermato che la riforma in appello di una sentenza favorevole non può compromettere le situazioni acquisite, nelle more del giudizio di impugnazione, dall'appellato, in buona fede, sulla base della sentenza di primo grado<sup>663</sup>. In tutti i casi citati, il giudice italiano ha posto in essere un giudizio di bilanciamento tra i costi e i benefici della pronuncia, pur se in modo meno analitico rispetto al giudice francese<sup>664</sup>.

---

<sup>661</sup> In questo senso, *ex multis*, cfr. Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2018, n. 2133, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ad. plen., 20 dicembre 2017, n. 13, cit.; sez. III, 11 dicembre 2017, n. 5840, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Piemonte, sez. I, 9 agosto 2017, n. 960, cit.; T.A.R. Lazio, sez. I, 12 maggio 2016, n. 5652, cit.; T.A.R. Marche, sez. I, 19 giugno 2016, n. 486, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, sez. VII, 8 maggio 2016, n. 2571, *ibid.*; T.A.R. Molise, sez. I, 4 maggio 2015, n. 187, *ibid.*; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2116, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1782, cit.

<sup>662</sup> Cons. Stato, ad plen., 20 dicembre 2017, n. 13, cit.

<sup>663</sup> Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2018, n. 2268, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), nella quale sono stati applicati i principi soggiacenti all'art. 4, co. 2 *bis*, del d.l. 30 giugno 2005, n. 168 (come convertito dalla l. 17 agosto 2005, n. 115), che sancisce, in particolari ipotesi, il "consolidamento" degli esami superati con esito positivo sulla base di un'ammissione alle prove disposta dal giudice in via cautelare, ritenendosi che «*nel caso di specie, vi sia [...] una situazione di affidamento, con avvio in buona fede di un articolato percorso di studio, quasi completato, che merita un trattamento non dissimile a quello previsto dal sopra richiamato art. 4-bis quando vi sia stato il conseguimento di una abilitazione professionale o di un titolo nei casi ivi previsti.*» Pare molto significativa la riconduzione della tesi sostenuta a una generale tendenza evolutiva della giurisprudenza italiana: la Sesta sezione parla, a tal proposito, di un orientamento secondo il quale «*il giudice amministrativo [...] nell'esercizio dei propri poteri conformativi può determinare quale sia la regola più giusta, che regoli il caso concreto, tenendo conto della normativa applicabile nella materia in questione e dell'esigenza che non si producano conseguenze incongrue o asistematiche.*»

<sup>664</sup> Pur non essendo esplicito, il giudizio di bilanciamento emerge chiaramente dai termini usati dal giudice: le conseguenze dell'annullamento devono essere «*coerenti*» e «*congruenti*» (Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, cit.), non «*esorbitanti*» (Cons. Stato, 11 dicembre 2017, n. 5840, cit.); l'applicazione della regola dell'annullamento *ex tunc* non «*incongrua e manifestamente ingiusta*» (T.A.R. Campania, sez. VII, 8 maggio 2015, n. 2571, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

CONDORELLI Martina | I principi di certezza del diritto e di *sécurité juridique* e le garanzie offerte al cittadino in Italia e in Francia

La rarità, nella giurisprudenza italiana, dei casi di modulazione degli effetti dell'annullamento lascia tuttavia pensare all'esercizio di una forma di *self restraint* da parte dei giudici, che potrebbe spiegarsi anche alla luce della durezza delle critiche mosse dalla dottrina nei confronti della sentenza 2755/2011 e dell'ordinanza 284/2015, e alla parziale bocciatura del potere di modulazione da parte dell'adunanza plenaria n. 4 del 2015<sup>665</sup>.

Tale *self restraint* pare del tutto apprezzabile, non solo in virtù del dubbio sull'incompatibilità del sistema di garanzie e tutele offerte al cittadino in Italia, ma anche in ragione delle difficoltà, pratiche e giuridiche, presentate dall'operazione di bilanciamento tra interesse all'eliminazione retroattiva dell'atto impugnato e interesse al mantenimento dei suoi effetti, illustrate dall'esperienza del giudice francese.

## **2. IL GIUDICE AMMINISTRATIVO, DA GUARDIANO DELLA LEGALITÀ A GUARDIANO DELL'«INTERESSE GENERALE»: I PROBLEMI LEGATI ALL'INDIVIDUAZIONE DELL'«INTERESSE GENERALE»**

### **a. Il problema dell'individuazione delle circostanze del caso concreto: un indebito aggravio in capo al ricorrente?**

Nei casi in cui le conseguenze dell'annullamento appaiano «*manifestement excessives*», il giudice francese mette a confronto, da una parte, la duplice esigenza di ristabilire la legalità violata e di tutelare il ricorrente (latamente) leso dall'atto e, d'altra parte, l'«*intérêt général*», che impone il mantenimento, anche parziale, degli effetti

---

<sup>665</sup> In particolare, è possibile osservare come Cons. Stato, ad. plen., 22 gennaio 2015, n. 4, cit., abbia ripreso le argomentazioni ampiamente sviluppate dalla dottrina nei commenti alla sentenza 2755/2011.

dell'atto. L'interesse generale, come emerge dalla giurisprudenza esaminata, può avere i contenuti più disparati: è lo stesso giudice a definirne, volta per volta, il contenuto. La nozione, foriera «*d'une infinité de possibilités*»<sup>666</sup>, consente al giudice di adattare la decisione alle circostanze del caso concreto<sup>667</sup>.

La modulazione, e la previa individuazione dell'interesse generale che questa sottende, richiede al giudice una conoscenza delle circostanze di fatto della controversia che non si estende più ai soli fatti fondanti, ostativi o modificativi della pretesa. Sul punto può osservarsi che gli strumenti conoscitivi sui quali può contare il giudice amministrativo sono limitati: pensati con riferimento al giudizio "tradizionale", incentrato sulla valutazione della legittimità dell'atto sulla base degli elementi dedotti dalle parti, non hanno subito modifiche in conseguenza all'introduzione del potere di modulazione. Eppure, la valutazione rigorosa delle possibili conseguenze dell'annullamento di un atto richiederebbe indagini approfondite su circostanze di fatto, anche estranee da quelle dedotte in giudizio, che sovente richiedono competenze di carattere tecnico<sup>668</sup> che eccedono i mezzi a disposizione del giudice amministrativo. Nella prassi, l'individuazione dei fatti rilevanti ai fini della decisione sulla modulazione ricade pressoché integralmente sulle parti in causa, ritenute meglio informate sulle eventuali ripercussioni di un annullamento retroattivo: pertanto, anche nei casi in cui il giudice sollevi d'ufficio la questione dell'opportunità della modulazione, è alle parti che viene richiesto di produrre le informazioni e le osservazioni idonee ad orientare la decisione finale.

L'aggravio implicato da tale prassi appare sproporzionato, soprattutto avuto riguardo alla posizione del ricorrente, che in questi casi è tenuto non solo ad allegare (e provare) le circostanze allegate a fondamento della pretesa, ma anche i fatti idonei a convincere il giudice della *preferibilità, dal punto di vista del principio di legalità e*

---

<sup>666</sup> A. Van Lang, *op. cit.*, 1064.

<sup>667</sup> *Ibid.* L'Autrice finisce tuttavia per chiedersi se il giudizio di bilanciamento, impiegato nella valutazione delle conseguenze dell'annullamento dell'atto illegittimo, non sia, in ultima istanza, una manifestazione del fenomeno della «vittoria della casistica sulla teoria» (cfr. *ibid.*, 1081).

<sup>668</sup> Si pensi, a tal proposito, al *leading case AC!*, in cui la modulazione veniva giustificata perché l'annullamento retroattivo avrebbe potuto provocare delle domande di rimborso la cui portata «*serait susceptible d'affecter profondément la continuité du régime d'assurance chômage*».

*del diritto alla tutela giurisdizionale (suo e degli altri interessati), di un annullamento retroattivo.* Nei casi in cui tra Amministrazione e privato esista una forte disparità di mezzi, tale ampliamento dell'oggetto del processo potrebbe avvantaggiare fortemente l'Amministrazione resistente, che potrebbe disporre di maggiori informazioni in merito alle possibili conseguenze dell'annullamento<sup>669</sup>.

Tale problema potrebbe aver assunto una portata di sistema. Com'è stato osservato da B. Seiller, la frequenza con la quale, nella prassi, il giudice limita gli effetti dell'annullamento conduce le Amministrazioni a farne sistematicamente richiesta; addirittura, secondo l'Autore, oramai le Amministrazioni tenderebbero a non difendersi quasi più nel merito, limitandosi, nelle proprie memorie, ad argomentare compiutamente sulla richiesta di modulare gli effetti di un'eventuale sentenza sfavorevole<sup>670</sup>. Ciò implica che, al di fuori dei casi in cui sia del tutto disinteressato a una eliminazione degli effetti già prodotti dall'atto impugnato, il ricorrente viene sistematicamente gravato dall'onere di dimostrare la preponderanza dell'interesse al ripristino totale della legalità o le ragioni fondanti il proprio diritto a una tutela effettiva; con la conseguenza di un inaccettabile aggravio delle condizioni di accesso a una tutela giurisdizionale effettiva.

## **b. Imperscrutabilità e insindacabilità delle valutazioni compiute dal giudice**

L'individuazione dell'«interesse generale» alla conservazione dell'atto da parte del giudice pone due ulteriori problemi, di ordine pratico e di ordine teorico.

---

<sup>669</sup> Anche in Francia, come in Italia, la disciplina dell'istruttoria nel *contentieux de la légalité* è stata pensata in considerazione dell'ordinaria disparità tra il privato e l'Amministrazione, tanto che nella dottrina tradizionale era comune l'affermazione che, in tale tipo di processo, «*la charge de la preuve n'existe pas*» (così Y. Galmot, *Conclusions sous Cons. Etat, 22 septembre 1966, Tochou, R.D.P.*, 1966, 584.) La disparità è, in Italia e in Francia, ricondotta alla circostanza secondo la quale l'Amministrazione, che ha condotto l'istruttoria preliminare all'emanazione del provvedimento, dispone di maggiori informazioni rispetto al privato sui fatti rilevanti ai fini della decisione (cfr., sul punto, E. Piwnica, *La charge de la preuve devant le juge administratif*, in AA.V.V., *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Mare et Martin, 2017, 35).

<sup>670</sup> Così, B. Seiller, *Assez d'AC !*, cit.

Com'è fisiologico, nei casi in cui risulti eccessivamente complicato determinare quali siano le conseguenze esatte dell'annullamento, il giudice è costretto ad affidarsi a valutazioni di tipo equitativo o approssimativo, nel determinare se sussista un «interesse generale» al mantenimento degli effetti dell'atto annullato.

Tale circostanza, unita alla vaghezza del concetto di « interesse generale », rende difficile prevedere quali siano le circostanze in presenza delle quali avverrà una modulazione degli effetti dell'annullamento<sup>671</sup>, circostanza che appare paradossale, proprio avuto riguardo al principio di certezza del diritto che la stessa modulazione dovrebbe tendere a proteggere<sup>672</sup>.

L'ampio margine di apprezzamento rimesso al giudice quanto alle conseguenze dell'annullamento ha fatto parlare parte della dottrina francese di una riemersione della figura del giudice amministratore<sup>673</sup>, anche sulla scorta dell'uso da parte del giudice della nozione di «interesse generale». Il perseguimento dell'interesse generale, e, conseguentemente, la definizione di questo, è tradizionalmente appannaggio esclusivo dell'Amministrazione; anzi, l'azione autoritativa dell'Amministrazione, tradizionalmente, si giustifica precisamente in ragione del perseguimento di un interesse pubblico, individuato dalla legge<sup>674</sup>. In questo senso, l'impiego della nozione di « interesse generale » da parte del giudice manifesta il duplice ruolo del giudice

---

<sup>671</sup> P. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, cit., 150, criticava in particolare il carattere indefinito dell'«interesse generale», rilevando che «*cette indétermination pose un véritable problème de sécurité juridique*».

D'altronde, come ha notato B. Pacteau in *La sécurité juridique: un principe qui nous manque?*, A.J.D.A., 1995, 151, la nozione di *sécurité juridique* è anch'essa indefinita : si possono quindi ricondurre ad essa le esigenze più disparate, o addirittura contraddittorie: «*cette sécurité peut être invoquée et exploitée dans des sens divers... et contradictoires, la sécurité juridique justifiant aussi bien qu'on fasse déployer l'intégralité de ses effets rétroactifs à une annulation, et inversement qu'on en module ou atténue les implications. La sécurité des uns n'est pas celle des autres!*».

<sup>672</sup> Cfr., in questo senso, F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, cit., 155. Dal principio della certezza del diritto potrebbe infatti trarsi il dovere di tutelare la legittima aspettativa del ricorrente a una completa eliminazione dell'atto illegittimo, o quantomeno una prevedibilità delle ipotesi in cui tale eliminazione possa avvenire in modo parziale.

<sup>673</sup> Così B. Pacteau, *Vicissitudes (et vérification) de l'adage: juger l'administration, c'est encore administrer*, in A.A.V.V., *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, 317; F. Donnat, D. Casas, *L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat*, D.A., 2004, 9. Con riferimento ai poteri di ingunzione del giudice, un analogo dubbio era stato sollevato da C. Broycelle, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne: le retour du juge administrateur*, D.A., 2004, 6, 8-14.

<sup>674</sup> Nel *rapport public* del 1999, dedicato all'*intérêt général*, il Conseil d'Etat lo definiva come la «*justification primordiale du droit public*» (cfr. Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, La documentation française, 1999, 288).

amministrativo francese, che non è solo garante dei diritti dei cittadini, ma anche del buon andamento, *lato sensu*, dell'attività pubblica<sup>675</sup>.

L'individuazione dell'«interesse generale» al mantenimento degli effetti dell'atto compiuta dal giudice dell'*excès de pouvoir* risulta problematica, sul piano delle garanzie costituzionali di separazione dei poteri e di effettività della tutela, anche alla luce del fatto che, a differenza dell'attività amministrativa, l'attività giurisdizionale (soprattutto l'attività del Conseil d'Etat, organo di vertice della giustizia amministrativa) è insindacabile da parte degli altri organi dello Stato. Il sistema non prevede, in Francia, la possibilità di un ricorso per tutelare la posizione dei ricorrenti vittoriosi che si vedano ingiustamente privati, in tutto o in parte, degli effetti costitutivi della sentenza di annullamento. In Italia, una limitazione degli effetti dell'annullamento che si traduca in un'ingiustificata compressione del diritto alla tutela effettiva potrebbe invece ricadere in un'ipotesi di eccesso di potere giurisdizionale<sup>676</sup>, censurabile, come tale, dalla Cassazione<sup>677</sup>.

### **3. LIMITAZIONE DEGLI EFFETTI DELL'ANNULLAMENTO E DIRITTO ALLA TUTELA GIURISDIZIONALE**

---

<sup>675</sup> Così, esplicitamente, B. Genevois in *Etat des lieux du contentieux administratif*, *Cah. fonct. publ.*, settembre 2005, p. 10, secondo il quale il giudice amministrativo avrebbe la «*double mission de sauvegarde du développement des services publics au nom de l'intérêt général et de protection des droits des administrés*».

<sup>676</sup> Sull'evoluzione della figura dell'eccesso di potere giurisdizionale, si rimanda, da ultimo, a A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema giustizia*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2018, 635.

<sup>677</sup> Secondo A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, *Dir. pubbl.*, 2013, 341, nell'espressione «*motivi inerenti alla giurisdizione*», di cui all'art. 111, co. 9, Cost. rientrerebbero senz'altro «*anche quelli relativi al rispetto, da parte del giudice tributario della giurisdizione, dei «tratti essenziali» della forma di tutela che è chiamato ad erogare*».



## a. Diritto al ricorso e modulazione degli effetti dell'annullamento

Com'è stato notato sin dai primi commenti<sup>678</sup> la modulazione degli effetti dell'annullamento, che preclude la possibilità di agire nei confronti degli atti adottati sulla base del provvedimento annullato, limita il diritto d'azione dei soggetti che, alla data dell'annullamento, non avessero già introdotto un ricorso basato sull'illegittimità dell'atto annullato. Tale limitazione potrebbe, secondo un'Autrice<sup>679</sup>, essere estesa dal giudice anche ai ricorsi già proposti alla data dell'annullamento, la cui salvaguardia era stata posta come obbligatoria sin dal *leading case AC!*, sulla scorta degli insegnamenti della Corte di Giustizia<sup>680</sup>. In alcuni casi di modulazione, infatti, la menzione esplicita della salvaguardia delle azioni già promosse non compare<sup>681</sup>, mentre, in tre sentenze del 2010, sarebbe stato ellitticamente affermato che al giudice spetta il potere di escludere la salvaguardia delle azioni già promosse<sup>682</sup>.

---

<sup>678</sup> J. H. Stahl, A. Courrèges, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, R.F.D.A., 2004, 444.

<sup>679</sup> O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, cit.

<sup>680</sup> Cfr. *supra* (cfr. I, 2, β, 2).

<sup>681</sup> Per esempio, la menzione è omessa in Cons. Etat, 9 marzo 2018, *Société électricité de France et autres*, n. 407516, 407547, 408809, 409065; 30 dicembre 2010, *Robert*, cit.; 3 marzo 2009, *Association française contre les myopathies*, cit.; 5 marzo 2008, *Société TF1 et autres*, cit.; 12 dicembre 2007, *Sire*, cit.; 12 dicembre 2007, *Vignard*, cit. In alcuni casi, la menzione della salvaguardia dei ricorsi già promossi viene eliminata anche dal *considérant* di principio (così, ad esempio, Cons. Etat, 30 dicembre 2010, *Robert*, cit.; 12 dicembre 2007, *Sire*, cit.; 12 dicembre 2007, *Vignard*, cit.)

<sup>682</sup> O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, cit., interpreta così la formula "eufemistica" «*considérant que, lorsque le juge administratif décide de limiter dans le temps des effets de l'annulation de l'acte attaqué devant lui, il est tenu, au regard du droit des justiciables à un recours effectif, de réserver les actions contentieuses engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause à la date de sa décision d'annulation; qu'il lui revient toutefois de tenir compte de ces actions contentieuses dans son appréciation de la nécessité de différer dans le temps les effets de l'annulation [...]*» contenuta in Cons. Etat, 17 dicembre 2010, *SFIB*, cit.; 17 dicembre 2010, n. 315832 e 17 dicembre 2010, n. 314308 (entrambe reperibili in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr)). Secondo Mamoudy, il *considérant* starebbe a significare che, nei casi in cui la salvaguardia delle azioni già promosse venga esclusa, il numero di azioni dovrebbe assurgere a elemento rilevante ai fini della valutazione del carattere sproporzionato delle conseguenze di un annullamento retroattivo. Tale ricostruzione appare avvalorata da O. Bui Xuan, *Modulation pour le passé des effets d'une annulation contentieuse*, cit., che riporta che la questione dell'esclusione della salvaguardia delle azioni già promosse era stata esplicitamente affrontata (e risolta in senso negativo) nelle *conclusions* - non pubblicate - di S.J. Liéber al ricorso di *SFIB*. Non risulta tuttavia che tale esclusione sia mai stata applicata. Secondo A.-C. Bezzina, *2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC!*, cit., il *considérant* aggiuntivo riportato nelle tre sentenze del 2010 starebbe invece ad indicare che il numero di ricorsi proposti avverso gli atti adottati sulla scorta dell'atto impugnato è uno degli elementi di cui il giudice deve tenere conto nel decidere dell'opportunità della modulazione.

Così, la modulazione degli effetti dell'annullamento si traduce in un'esclusione del diritto alla tutela costitutiva<sup>683</sup> avverso alcuni atti amministrativi illegittimi, individuati dal giudice.

Non deve tuttavia stupire il fatto che la dottrina francese abbia generalmente<sup>684</sup> accolto con favore l'introduzione di un potere di modulazione degli effetti dell'annullamento, diversamente da quanto è accaduto in Italia. Sin dal 1950<sup>685</sup>, la giurisprudenza amministrativa ha affermato che il *recours pour excès de pouvoir* è un rimedio generale, esperibile avverso qualsiasi atto amministrativo, da chiunque vi abbia interesse<sup>686</sup>. L'esperibilità del *recours pour excès de pouvoir* avverso qualsiasi provvedimento costituisce un *principe général du droit*, sicché una limitazione dell'accesso al rimedio potrebbe essere prevista da norme di rango legislativo. Una siffatta norma sarebbe d'altronde ammissibile nell'ordinamento francese, poiché, a differenza di quella italiana, la Costituzione francese del 1958 non prevede esplicitamente il diritto d'azione né, tantomeno, il divieto di escludere l'accesso alla tutela giurisdizionale per determinate categorie di atti o di vizi.

A partire dall'inizio degli anni Novanta, la giurisprudenza del Conseil constitutionnel ha individuato la fonte interna del diritto alla tutela giurisdizionale nell'art. 16 della *Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen* del 1789, in cui si

---

<sup>683</sup> Come oggi in Italia, anche in Francia, la tutela risarcitoria può essere chiesta e ottenuta a prescindere dall'annullamento dell'atto lesivo (sul punto, cfr., C. Mantero, *Indemnisation de l'illégalité : le vadevecum*, A.J.D.A., 2016, 800). A. Courrèges, J.H. Stahl, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse*, cit., si erano premurati, a tal proposito, di precisare che «*s'agissant de l'impact de la modulation des effets des annulations sur des contentieux mettant en cause la responsabilité de la puissance publique, il nous paraît qu'il convient de s'en tenir à l'idée qu'un dispositif d'annulation différée ne saurait avoir pour conséquence d'interdire de rechercher la responsabilité des collectivités publiques.*»

<sup>684</sup> Di recente, alcune critiche sono state mosse alla frequenza con la quale il giudice francese pratica la modulazione. In questo senso, cfr. B. Seiller, *Assez d'AC !*, A.J.D.A., 2018, 937 e, precedentemente, O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, cit.

<sup>685</sup> Cons. Etat, 17 febbraio 1950, *Dame Lamotte, Lebon*, 110; R.D.P., 1951, 479, con *conclusions* di J. Delvolvé e in A.A.V.V., G.A.J.A., 21° ed., 2017, 362, in cui veniva affermato che, in generale, il ricorso per annullamento può essere esercitato nei confronti di qualsiasi atto amministrativo, a meno che ciò non venga escluso espressamente dal legislatore.

<sup>686</sup> Nelle sue *conclusions* a Cons. Etat, 17 febbraio 1950, *Dame Lamotte*, cit., J. Delvolvé qualificava il *recours pour excès de pouvoir* come la «*garantie essentielle des citoyens et de la cité*»: la protezione dei diritti dei privati è la sua finalità ultima, ma viene garantita solo indirettamente, attraverso la tutela della legalità, come nota H. Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, L.G.D.J., 2011, 75.

afferma che «*toute société dans laquelle la garantie des droits n'est pas assurée, ni la séparation des pouvoirs déterminée, n'a point de Constitution*»<sup>687</sup>. Il diritto al ricorso è stato dapprima interpretato dal Conseil constitutionnel come una garanzia incompressibile dei soli diritti e principi fondamentali<sup>688</sup>. In seguito, il Conseil constitutionnel ha ampliato l'ambito di operatività del diritto, affermando che «*en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction*»<sup>689</sup>. Tuttavia, la stessa formulazione del principio apre alla possibilità di deroghe, in presenza di esigenze imperative come quella di tutela della certezza del diritto<sup>690</sup>: non si tratterebbe quindi di una regola di carattere assoluto, come quella enunciata dagli artt. 24 e 113 della Costituzione italiana, e interpretata in modo rigoroso dalla Corte costituzionale<sup>691</sup>.

Difatti, il legislatore francese ha talvolta limitato la possibilità di far valere alcuni vizi di particolari tipologie di atti: per esempio, nel 1994, è stato introdotto l'art. L-600-1 del *code de l'urbanisme*, che fissava un termine di sei mesi dall'emanazione dell'atto per eccepire l'illegittimità di un piano urbanistico per vizi di procedura o di

---

<sup>687</sup> La prima decisione in cui il diritto al ricorso è stato espressamente fondato sull'art. 16 della D.D.U.C. è Cons. const., 21 gennaio 1994, n. 93-335 DC, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), relativa all'art. L-600-1 del *Code de l'urbanisme*, su cui cfr. *infra*. Per una ricostruzione storica dell'impiego dell'art. 16 della D.D.U.C. nella giurisprudenza del Conseil constitutionnel, cfr. R. Fraisse, *L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et des libertés, Nouveaux Cahiers Const.*, 2014, n. 44.

<sup>688</sup> In questo senso, cfr. M. Bandrac, *L'action en justice, droit fondamental*, in A.A.V.V., *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, 1, che rilevava che nelle prime decisioni del Conseil constitutionnel in tema di diritto al ricorso, la violazione di questo veniva riscontrata solo qualora l'esclusione dell'azione avesse il risultato di privare della tutela giurisdizionale un diritto fondamentale, quale il diritto di asilo (cfr. Cons. const., 13 agosto 1993, n. 93-325 DC, part. punto 86, *Dalloz*, 1994, 111, con nota di D. Maillard Desgrées du Loû, *Inconstitutionnalité de l'interdiction du territoire automatiquement rattachée à un arrêté de reconduite à la frontière*) o un principio fondamentale dello Stato di diritto, quale la suddivisione delle competenze tra Stato, T.O.M. e comuni (Cons. const., 9 aprile 1996, n. 96-373 DC, part. punti 84 e 85, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)).

<sup>689</sup> Cons. const., 9 aprile 1996, n. 96-373 DC, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>690</sup> Tale possibilità era infatti espressamente ammessa nei contributi più risalenti: cfr., in questo senso, T. Renoux, *Contrôle de constitutionnalité de la loi relative à l'autonomie de la Polynésie française*, *D.*, 1998, 153. Autorevole dottrina più recente dissente, tuttavia: in A.A.V.V., *G.A.J.A.*, cit., 364, viene espresso il dubbio «*qu'une disposition législative qui viendrait à soustraire un acte administratif à tout contrôle juridictionnel heurterait aussi bien la norme internationale que la norme constitutionnelle*», ponendosi in contrasto sia con l'art. 13 CEDU, che con l'art. 16 della Dichiarazione dei diritti dell'Uomo e del Privato del 1789.

<sup>691</sup> Cfr., per un esempio risalente di tale rigore, Corte Cost., 27 giugno 1958, n. 40, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

forma<sup>692</sup>. Il Conseil constitutionnel, adito in via preventiva, aveva ritenuto che la disposizione non violasse il diritto a un ricorso effettivo<sup>693</sup>, sulla scorta di tre argomentazioni: l'ambito di applicabilità molto limitato della disposizione, l'esigenza di evitare l'*insécurité juridique* nel particolare settore considerato, e la residua possibilità di far valere l'illegittimità del regolamento attraverso l'impugnazione del rifiuto di abrogarlo<sup>694</sup>. Ancora, nel 2015, il Conseil d'Etat è stato investito dal Tribunale Amministrativo di Tolosa della questione relativa all'opportunità di sottoporre al Conseil constitutionnel l'art. L. 1434-3-1 del *code de la santé publique*, che fissa a sei mesi il termine per far valere l'*exception d'illégalité* del *projet régional de santé* per vizi di forma o procedura<sup>695</sup>. In quell'occasione, il Conseil d'Etat ha affermato la costituzionalità della norma, impiegando le medesime argomentazioni spese dal Conseil constitutionnel per giustificare la compatibilità dell'art. L-600-1 del *code de l'urbanisme* con l'art. 16 della D.D.U.C.<sup>696</sup>.

In realtà, peraltro, la modulazione degli effetti dell'annullamento non può essere assimilata a una previsione legislativa che limiti, in via generale, la possibilità di ricorrere avverso una determinata tipologia di atti o di far valere determinati vizi, e ciò, per tre ordini di motivi. In primo luogo, le ricadute pratiche della singola modulazione dell'annullamento sono ben più limitate: esse comportano, infatti, la sola limitazione dell'esperibilità di ricorsi avverso i provvedimenti adottati sulla scorta del singolo atto annullato. In virtù dei principî affermati dalla giurisprudenza *Caussidéry*, *Lugan* e *Strasbourg F.M.*, l'annullamento dell'atto presupposto non può determinare che l'annullamento *par voie de conséquence* degli atti non ancora divenuti inoppugnabili.

---

<sup>692</sup> La norma poneva una deroga al principio, enunciato in Cons. Etat, 29 maggio 1908, *Poulin, Lebon*, 580, secondo il quale l'illegittimità dell'atto regolamentare può essere eccepita senza termine in occasione del ricorso avverso un altro atto non ancora inoppugnabile, adottato in esecuzione di esso, secondo un meccanismo simile alla «doppia impugnativa».

<sup>693</sup> Cons. constitutionnel, 21 gennaio 1994, n. 93-335 DC, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>694</sup> Secondo il meccanismo elaborato in Cons. Etat, Cons. Etat, Ass., 3 febbraio 1989, *Compagnie Alitalia*, cit.

<sup>695</sup> Cons. Etat, 19 aprile 2015, *S.A.S. Clinique d'Occitanie*, n. 387773, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr).

<sup>696</sup> Se l'art. L. 600-1 del *code de l'urbanisme* si applica solo a «certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme», l'art. L. 1434-3-1 del *code de la santé publique* attiene ai soli «plans régionaux de santé et à leurs composantes»; entrambe le disposizioni si giustificano sulla scorta dell'esigenza di evitare l'*insécurité juridique* nei particolari settori di riferimento. Infine, sia il Conseil d'Etat, sia il Conseil constitutionnel facevano valere che l'illegittimità del regolamento avrebbe potuto essere fatta valere in virtù della giurisprudenza Cons. Etat, Ass., 3 febbraio 1989, *Compagnie Alitalia*, cit..

Considerando le tempistiche del giudizio di annullamento, si può immaginare che, di regola, la modulazione comporti l'esclusione della possibilità di far valere i vizi dell'atto presupposto avverso i soli atti adottati nelle more del giudizio di annullamento e non ancora divenuti inoppugnabili, e degli atti adottati successivamente alla sentenza di annullamento, nei casi in cui quest'ultima preveda che gli effetti dell'annullamento debbano decorrere da una data futura. Il diritto al ricorso non è peraltro del tutto escluso: gli atti consequenziali possono comunque essere impugnati per vizi diversi dall'invalidità dell'atto presupposto.

In secondo luogo, tale (limitata) compressione del diritto al ricorso può essere considerata ammissibile nella misura in cui viene disposta all'esito di un bilanciamento puntuale degli interessi in causa, effettuato dal giudice caso per caso.

Sul punto, possono essere richiamate le considerazioni espresse dalla dottrina francese in merito alla recente sentenza *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*<sup>697</sup>, in cui, in nome del principio di *sécurité juridique*<sup>698</sup>, l'Assemblée Plénière del Conseil d'Etat ha precluso la possibilità di far valere l'illegittimità del regolamento *par voie d'exception* o attraverso il ricorso contro il *refus d'abroger*, qualora l'atto sia affetto da soli vizi di forma o di procedura. La dottrina ha ritenuto che la regola enunciata nella sentenza in esame fosse sproporzionata rispetto all'obiettivo perseguito. A differenza degli altri meccanismi di «salvaguardia» degli atti amministrativi illegittimi o dei loro effetti, la restrizione della possibilità di far valere l'illegittimità del regolamento non è stata infatti giustificata alla luce di una valutazione comparativa dei “costi” e dei “benefici” di una piena applicazione del principio di legalità: il carattere eccessivo del pregiudizio alla *sécurité juridique*

---

<sup>697</sup> Cons. Etat, ass. 18 maggio 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, A.J.D.A., 2018, 1009. La limitazione è da ritenersi estesa a tutti gli atti regolamentari : non può quindi giustificarsi alla luce dei parametri di costituzionalità indicati dal Conseil constitutionnel nella decisione n. 93-335 DC, su cui cfr. *supra* .

Sulla sentenza in esame, cfr., in senso critico, G. Eveillard, *La limitation du contrôle de légalité externe des actes réglementaires*, cit.; B. Seiller, *Droit à l'erreur: pour qui?*, cit.; M. Touzeil-Divina, *La puissance publique – après 2 mois – peut se moquer de l'Etat de droit: RIP l'exception d'illégalité*, JCP A., 2018, actualité n. 469 ; D. De Bechyllon, *La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires*, R.F.D.A., 2018, 662.

<sup>698</sup> Il principio non è stato esplicitamente invocato dalla sentenza, ma, alla luce delle *conclusions* di A. Bretonneau (in R.F.D.A., 2018, 649) si può affermare con certezza che la soluzione si giustifica in virtù del principio di *sécurité juridique*.



provocato dalla declaratoria d'illegittimità del regolamento, decorsi i termini per l'annullamento, e il carattere veniale dei vizi di forma e di procedura sono stati infatti meramente postulati<sup>699</sup>. Al contrario, la modulazione garantisce (o dovrebbe garantire) che il sacrificio del diritto al ricorso sia giustificato alla luce delle circostanze concrete del caso di specie.

Infine - e forse questo è l'argomento dirimente - la modulazione viene disposta dallo stesso giudice: non si porrebbe, quindi, così, un problema legato all'ingerenza dell'attività del potere legislativo nell'esercizio del potere giurisdizionale, quale quello censurato dalla giurisprudenza della CEDU in tema di leggi retroattive limitative del diritto a ricorrere, quali le *lois de validation* o leggi di sanatoria<sup>700</sup>.

Come evidenziato dal *commissaire du gouvernement* Devys nelle *conclusions* relative al caso *AC!*, la modulazione costituisce uno strumento di stabilizzazione degli

---

<sup>699</sup> Così, G. Eveillard, *La limitation du contrôle de légalité externe des actes réglementaires*, cit., che rilevava che gli altri orientamenti tesi a limitare la possibilità di contestare o di sanzionare l'illegittimità dell'atto (*Danthony, AC!*) presuppongono un'attenta valutazione delle circostanze del caso di specie (natura del vizio fatto valere, rischi concreti per la *sécurité juridique*). Nello stesso senso, cfr. D. De Bechyllon, *La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires*, *R.F.D.A.*, 2018, 662.

<sup>700</sup> La *loi de validation* trova il suo equivalente, nel diritto italiano, nella legge c.d. di sanatoria, su cui cfr. R. Tarchi, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Giuffrè, 1990; per una rassegna della giurisprudenza costituzionale italiana in tema di leggi di sanatoria, cfr., da ultimo, M. Massa, *Giusto processo e dinamica delle norme nel tempo: l'art. 6 CEDU e le leggi retroattive*, in G. Bombelli, L. Ferla, P. Mastrolia (a cura di), *Quaestiones iuris*, vol. I, 2018, 225 (part. 233). Secondo la CEDU, sono legittime, alla stregua dell'art. 6 della Convenzione, le *lois de validation* che rispondono a motivi imperiosi d'interesse generale (Cfr. il *leading case* CEDU, 28 ottobre 1999, *Zielinski e Pradal c. Francia*, *R.F.D.A.*, 2000, 289, con nota di B. Mathieu, *Les validations législatives devant la Cour de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle* e *ibid.*, 1254, con nota di S. Bolle, *L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution*.) Il Conseil constitutionnel, che inizialmente aveva fissato delle condizioni di costituzionalità meno stringenti (Cons. Const. 22 luglio 1980, n. 80-119 DC, *A.J.D.A.*, 1980, 480 e 602, con nota di G. Carcassonne; *R.D.P.*, 1980, 1658, con nota di Favoreu), precisando che la *loi de validation* può essere adottata solo per motivi d'interesse generale - quale la continuità del servizio pubblico - e che il legislatore non può violare il principio di separazione dei poteri, rimettendo in discussione quanto stabilito da sentenze passate in giudicato o ingerendosi nella decisione di controversie pendenti. In seguito, il Conseil constitutionnel ha introdotto un giudizio di bilanciamento relativo all'importanza (*suffisance*) dell'interesse generale perseguito: Cons. Const., 21 dicembre 1999, n. 99-422 DC, *A.J.D.A.*, 2000, 48, con nota di J. E. Schoettl, *Loi de financement de la sécurité sociale pour l'an 2000*. A partire dal 2014, il Conseil constitutionnel si è allineato alle posizioni della CEDU in materia di *lois de validation* (cfr., sul punto, Cons. Const., 14 febbraio 2014, n. 2013-366 QPC, *A.J.D.A.*, 2014, 1204, con nota di J. Roux, *Du «but d'intérêt général suffisant» au «motif impérieux d'intérêt général»: les mots et les choses*).



effetti dei provvedimenti alternativo<sup>701</sup> rispetto alla *loi de validation*, che, precedentemente al 2004, rappresentava l'unico rimedio praticabile qualora la retroattività dell'annullamento fosse ritenuta eccessivamente lesiva della *sécurité juridique*<sup>702</sup>.

Sul punto è già stato notato criticamente che la modulazione – che si atteggia come una sorta di sanatoria giurisdizionale - presuppone un'operazione di carattere politico, di individuazione dell'«interesse generale» al mantenimento degli effetti dell'atto illegittimo, che potrebbe essere considerata esorbitante rispetto alla funzione giurisdizionale<sup>703</sup>.

D'altro canto, dal punto di vista delle garanzie offerte al cittadino, la modulazione costituirebbe una soluzione di tutela della *sécurité juridique* preferibile rispetto alla sanatoria, se non altro perché consentirebbe di evitare l'indebita ingerenza del potere legislativo nell'esercizio del potere giurisdizionale<sup>704</sup>. Inoltre, a differenza della *loi de validation* o della legge di sanatoria, la modulazione garantisce il contraddittorio tra le parti sulla questione degli effetti della sentenza. Infine, la modulazione appare preferibile anche dal punto di vista della prevedibilità dell'esito della vicenda giudiziaria. Essa interviene contemporaneamente all'annullamento, a differenza della *loi de validation*, che interviene successivamente alla sentenza, con effetti retroattivi: così, frustra meno l'affidamento dei cittadini nell'eliminazione o eliminabilità del provvedimento illegittimo<sup>705</sup>.

---

<sup>701</sup> Secondo C. Devys, il giudice avrebbe dovuto modulare gli effetti della sentenza in tutti i casi in cui «*les effets déstabilisateurs [de l'annulation] rendraient le recours à une loi de validation à la fois inévitable et admissible*».

<sup>702</sup> In realtà, alla stregua della giurisprudenza della CEDU e del Conseil constitutionnel, le *lois de validations* possono essere giustificate da ragioni di interesse generale altre rispetto alla necessità di preservare la stabilità delle situazioni giuridiche nate per effetto dell'atto illegittimo. Alcuni Autori hanno tuttavia notato che solo le esigenze di tutela della *sécurité juridique* paiono giustificare pienamente tali leggi: così, nettamente, B. Mathieu, *Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel: un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits?*, R.F.D.A., 1998, 148.

<sup>703</sup> Cfr. *supra* : Conclusioni, 2. a.

<sup>704</sup> Nella sentenza *Zielinski* succitata, la CEDU ha precisamente evidenziato che le *lois de validation* possono essere adottate solo per «*impérieux motifs d'intérêt général*», in assenza dei quali devono ritenersi contrarie all'art. 6, perché configurano una «*ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice, dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige*».

<sup>705</sup> Così A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005, 408.

Secondo l'ex segretario generale del Conseil constitutionnel, l'introduzione del potere di modulazione avrebbe sensibilmente ridotto il numero di *lois de validation* emanate<sup>706</sup>; tuttavia, non ha del tutto contribuito a eliminare tale tipo di leggi. Anzi, almeno in un caso è accaduto che, in seguito al rifiuto del Conseil d'Etat di modulare gli effetti dell'annullamento<sup>707</sup>, il legislatore abbia comunque emanato una *loi de validation* - tesa a salvaguardare alcuni degli effetti già prodotti dall'atto annullato, sino all'adozione di un nuovo atto<sup>708</sup> - che il Conseil constitutionnel ha successivamente ritenuto conforme ai parametri di costituzionalità e convenzionalità predetti<sup>709</sup>. Ciò non deve sorprendere, atteso che, pur essendo motivate da esigenze analoghe di stabilizzazione delle situazioni già venute ad esistenza, le valutazioni operate dal giudice amministrativo e dal legislatore sono diverse<sup>710</sup>, e possono quindi dare luogo a esiti differenti.

Pur se diversamente motivate, *lois de validations* e modulazione dovrebbero comunque avere in comune il carattere eccezionale. Se la modulazione non determina una violazione del principio di separazione dei poteri, essa comporta sempre una compressione del diritto alla tutela giurisdizionale (almeno, di quella di tipo costitutivo) che, pur se ammissibile, dovrebbe essere giustificata da esigenze di

---

<sup>706</sup> A dieci anni dalla sentenza *AC!*, J.E. Schoettl scriveva in *Ce fut AC!*, *A.J.D.A.*, 2014, 116, «*de l'échantillon des cas fichés d'utilisation, par le Conseil d'Etat, de la modulation d'une annulation, je tire de plus la conviction que vingt validations législatives ont été évitées.*»

<sup>707</sup> Cons. Etat, 18 ottobre 2006, *Fédération des services CFDT et autres, Lebon*. 2006, 427, con *conclusions* di Ch. Devys.

<sup>708</sup> Legge di finanziamento del welfare di 2007.

<sup>709</sup> Cons. Const., 14 dicembre 2006, n. 2006-544 DC, *R.F.D.A.*, 2007, 134, con nota di E. Schoettl, *La sanction constitutionnelle de l'abus du droit d'amendement dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*.

<sup>710</sup> Il giudice decide mettendo a confronto gli inconvenienti della retroattività e i vantaggi di un ripristino «assoluto» della legalità, mentre il legislatore può emanare la *loi de validation* quando sussistano «motivi imperiosi dettati dall'interesse generale», osservando il limite del rispetto del giudicato e della non retroattività della legge penale. Anche se le condizioni per l'emanazione delle *lois de validation* sembrerebbero, di primo acchito, più stringenti, si può ben immaginare che anche in presenza di «motivi imperiosi dettati dall'interesse generale», il giudice ritenga prevalente l'interesse al ripristino della legalità, circostanza che potrebbe spiegare gli esiti diversi cui sono giunti il giudice e il legislatore nel caso sopra esposto.

Sostiene invece la sostanziale omogeneità delle condizioni per l'esercizio della modulazione e per l'emanazione della *loi de validation* P.-L. Frier, *Panorama du contentieux administratif de la puissance publique*, *D.*, 2005, 26.

carattere imperativo, alla stregua delle *validations législatives*<sup>711</sup>. La modulazione degli effetti dell'annullamento non si pone in contrasto, in sé e per sé considerata, con il diritto all'esercizio della tutela giurisdizionale; deve tuttavia ritenersi indebita la compressione di tale diritto, nei casi in cui le circostanze di fatto non giustifichino l'impiego di tale strumento. Sul punto si può osservare con Seiller che «*le juge administratif ne saurait faire ce qu'il interdit au législateur*»<sup>712</sup>.

### **b. Diritto a una tutela giurisdizionale *effettiva* e modulazione degli effetti dell'annullamento: una modulazione a “costo zero”?**

Rimane il fatto che la modulazione limita o esclude del tutto<sup>713</sup> alcuni dei vantaggi che la parte vittoriosa avrebbe ottenuto per effetto della sentenza. Il ricorrente vittorioso viene privato della tutela costitutiva che avrebbe potuto conseguire in virtù degli effetti retroattivi della sentenza di annullamento<sup>714</sup>, mentre nei casi in cui è la misura cautelare ad essere modulata<sup>715</sup> viene ad essere pregiudicata la posizione della parte resistente (amministrazione o privato controinteressato) vittoriosa.

---

<sup>711</sup> Il Conseil d'Etat dovrebbe, insomma, applicare lo stesso *standard* di necessità che applica nel valutare la legittimità della *lois de validation*. Sul punto si può osservare che il Conseil d'Etat si è sempre mostrato molto ostile alle *lois de validation*: per esempio, prima ancora che il Conseil constitutionnel si conformasse alle condizioni poste dalla CEDU per l'emanazione di norme retroattive incidenti sui processi in corso, nel 2007, il Conseil d'Etat aveva statuito che la *loi de validation* che violi il diritto del privato al giusto processo di cui all'art. 6 CEDU in assenza di «imperiosi motivi di interesse generale» dà luogo a un'ipotesi di *responsabilité du fait des lois* dello Stato per disconoscimento dei diritti attribuiti dalla Convenzione (Cons. Etat, 8 febbraio 2007, *Gardedieu, A.J.D.A.*, 2007, 585, con nota di F. Lenica e J. Boucher, *Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité*).

<sup>712</sup> Così, B. Seiller, *Assez d'AC!*, cit.

<sup>713</sup> Gli effetti dell'annullamento sono integralmente eliminati, per esempio, nei casi in cui l'atto avesse già cessato di produrre i suoi effetti alla data della sentenza con cui il giudice limita gli effetti retroattivi dell'annullamento, *tout court* o alla data della cessazione degli effetti dell'atto (cfr. I, 2, c, β, a).

<sup>714</sup> Così, esplicitamente, P. Cassia, *Grands arrêts du contentieux administratif*, VI ed., 2018, 1334, secondo il quale «*le juge est tenu de recueillir les observations des parties lorsque, en application de la jurisprudence AC !, il envisage de repousser les effets dans le temps de l'annulation de l'acte administratif [...]. En effet, le demandeur est directement concerné par ce report qu'il souhaite à toute force éviter, en ce sens que l'annulation ne produit pas son plein effet rétroactif pour lui [...].*»

<sup>715</sup> Cfr. la giurisprudenza *Techna*, analizzata *supra* nella sezione I, 2, c, γ, a.

Tale affermazione, in via di principio valida, può essere ridimensionata alla luce delle caratteristiche del *recours pour excès de pouvoir*.

Secondo la dottrina classica, il *contentieux de l'excès de pouvoir* ha natura obiettiva<sup>716</sup>: è un processo fatto all'atto, il cui fine è quello di ottenere il rispetto della legalità da parte dell'Amministrazione<sup>717</sup>. Il *recours pour excès de pouvoir* non ha tuttavia la conformazione di un'azione popolare: anche in Francia, come in Italia, perché il ricorso risulti ammissibile, il ricorrente deve essere titolare di un interesse a ricorrere, che tuttavia ha una consistenza nettamente diversa dall'analoga condizione richiesta per l'esperimento dell'azione di annullamento nell'ordinamento italiano.

*L'intérêt à agir* deve essere inteso come un interesse personale all'eliminazione dell'atto impugnato<sup>718</sup>, ma non corrisponde necessariamente (come avviene in Italia) all'interesse alla rimozione di un atto lesivo di una situazione giuridica tutelata dall'ordinamento: la lesione lamentata dal ricorrente può rivestire carattere del tutto potenziale e astratto<sup>719</sup>. A differenza di quanto accade in Italia, in Francia l'annullamento non costituisce necessariamente una misura strumentale alla tutela di una situazione individuale effettivamente e concretamente lesa. Non stupisce, quindi, che il giudice possa ammetterne una limitazione degli effetti retroattivi: si può ipotizzare che tale scelta, compiuta all'esito del bilanciamento tra costi e benefici dell'operazione «*au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif*», sia assunta tenendo in considerazione la qualità dell'interesse vantato

---

<sup>716</sup> Tale affermazione tradizionale deve essere parzialmente ridimensionata alla luce della giurisprudenza degli ultimi anni. Secondo alcuni Autori, sarebbe attualmente in corso un processo di "soggettivizzazione" del *contentieux de l'excès de pouvoir*: sul punto, cfr. J. Sirinelli, *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, R.F.D.A., 2016, 529.

<sup>717</sup> Si considera, in generale, che la garanzia della situazione individuale lesa dall'esercizio illegittimo del potere sia indirettamente assicurata dal ripristino della legalità. Così, S. Calmes-Brunet, *Effective legal protection in French law*, in Z. Szente, K. Lachmayer, *The principle of effective legal protection in administrative law. A european comparison*, Routledge, 2017, 105 (part. 110).

<sup>718</sup> C. Broyelle, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?*, in A.A.V.V., *Colloquio sull'interesse legittimo*, Jovene, Napoli, 2014, 23 (part. 25).

<sup>719</sup> C. Broyelle, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?* cit. In alcuni settori particolari, tuttavia, sono state poste condizioni più stringenti per la ricevibilità del ricorso, sia dalla giurisprudenza (ad esempio, nel contenzioso sui contratti pubblici, cfr. Cons. Etat, 4 aprile 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, cit.) sia dal legislatore (con riferimento all'impugnazione dei permessi di costruire, cfr. l'art. L-600-1-2 del *Code de l'urbanisme*): sul punto cfr. J. Sirinelli, *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, R.F.D.A., cit.

dai ricorrenti. Così, la modulazione sarà evitata nei casi in cui il ricorrente abbia subito una lesione concreta e attuale della propria posizione giuridica, la cui tutela piena richiederebbe un annullamento con effetti *ex tunc*. Tale ipotesi è difficile da provare, alla luce della natura delle sentenze del Conseil d'Etat in materia di modulazione, che su tale punto sono particolarmente sintetiche<sup>720</sup>, ma sembrerebbe confortata dall'analisi della casistica.

Sul punto può infatti osservarsi che, in moltissimi casi, la modulazione è stata disposta in casi di ricorsi promossi da associazioni di tutela di interessi collettivi o diffusi, oppure da enti locali<sup>721</sup>, e non ha quindi comportato il sacrificio diretto di posizioni individuali<sup>722</sup>.

Anche nei casi in cui il giudice ha modulato gli effetti dell'annullamento richiesto da privati o aziende, i ricorrenti vittoriosi non sono stati necessariamente privati del bene della vita al quale aspiravano. Per esempio, la modulazione *pro futuro* degli effetti dell'annullamento della nomina di un magistrato<sup>723</sup> - giustificata anche sulla scorta dell'esigenza di dare all'Amministrazione il tempo di rinnovare le procedure di selezione dei funzionari - non ha diminuito l'utilità che i ricorrenti vittoriosi avrebbero

---

<sup>720</sup> F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, cit., 148 notava, all'esito dell'analisi di tre sentenze in cui il Conseil d'Etat affermava che fosse opportuno modulare, che «*les inconvénients présentés par une limitation dans le temps des effets de l'annulation sont invoqués sans être véritablement explicités*».

<sup>721</sup> A partire dal *leading case*, Cons. Etat, 11 maggio 2004, *Association AC !*, cit., possono citarsi, *ex multis*, Cons. Etat, 11 gennaio 2006, *Association des familles de victimes du saturnisme*, cit. ; Cons. Etat, 25 novembre 2015, *Fondation Jérôme Lejeune*, cit. ; Cons. Etat, 9 giugno 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges*, cit.; Cons. Etat, 17 dicembre 2010, *SFIB, Association UFC Que Choisir*, cit. ; Cons. Etat, 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux sans but lucratif*, cit. ; Cons. Etat, 28 dicembre 2016, *Fédération de l'hospitalisation privée*, cit. ; Cons. Etat 1 giugno 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale de la recherche publique*, cit. ; Cons. Etat, 24 luglio 2009, *CRII GEN*, cit.; Cons. Etat, 3 marzo 2009, *Association française contre les myopathies*, cit. ; Cons. Etat, 8 luglio 2016, *UNIS*, cit. ; Cons. Etat, 21 dicembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, cit. ; Cons. Etat, 1 luglio 2016, *Union nationale des professions libérales*, cit. ; Cons. Etat, 19 luglio 2017, *ANODE*, cit. ; Cons. Etat, 11 luglio 2008, *SIMAVELEC*, cit. ; Cons. Etat, 11 aprile 2012, *GISTI*, cit. ; Cons. Etat, 13 gennaio 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE* cit. ; Cons. Etat, 21 dicembre 2006, *Union syndicale solidaire des fonctions publiques et assimilés*, cit. ; Cons. Etat, 7 marzo 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, cit. ; Cons. Etat, 15 maggio 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, cit.; Cons. Etat, 17 luglio 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, cit.; Cons. Etat, 17 gennaio 2018, *Association la Cimade et autres*, cit.

<sup>722</sup> Si consideri che, in alcuni di questi casi, la modulazione è stata addirittura richiesta dallo stesso ricorrente: cfr., in questo senso, Cons. Stato, 19 luglio 2017, *ANODE*, cit. ; Cons. Etat, 31 luglio 2009, *Ville de Grenoble*, cit.

<sup>723</sup> Cons. Etat, 28 settembre 2016, *M.C.*, cit. ; Cons. Etat, 30 dicembre 2010, *M. Robert*, cit.; 12 dicembre 2007, *Vignard*, cit.; 12 dicembre 2007, *Sire*, cit..

tratto da un annullamento con effetti retroattivi: questi, comunque, non avrebbero potuto subentrare nella posizione dei controinteressati immediatamente dopo l'annullamento, poiché avrebbero comunque dovuto sottoporsi ad una nuova procedura selettiva. In un altro caso, la modulazione dell'annullamento di una concessione per lo sfruttamento di una piattaforma di digitale terrestre non ha dato luogo alla limitazione delle utilità che avrebbero potuto ottenere i concorrenti della concessionaria, risultati vittoriosi nel merito: il giudice aveva infatti precisato che l'illegittimità dell'atto di concessione non implicava l'obbligo per l'Amministrazione di bandire una nuova gara, ma solo di modificare le clausole della concessione<sup>724</sup>.

Le motivazioni rese dal giudice amministrativo francese sulla scelta di modulare sono in genere molto succinte<sup>725</sup>; tuttavia, può ipotizzarsi che, nei casi in cui la modulazione possa escludere la restituzione del bene della vita concretamente sottratto dal provvedimento illegittimo, il giudice si rifiuti di limitare gli effetti retroattivi dell'annullamento. La valutazione prognostica sulla situazione del ricorrente, in questi casi, potrebbe condurre il giudice a valutare gli «svantaggi» dell'operazione, alla luce del principio di effettività della tutela, come preminenti rispetto all'esigenza di garantire la stabilità di situazioni giuridiche e atti costituitisi sulla scorta dell'atto annullato<sup>726</sup>.

#### **4. LE POSSIBILI RAGIONI DELLE DIVERSE PROSPETTIVE SULLA MODULAZIONE DEGLI EFFETTI DELL'ANNULLAMENTO IN ITALIA E IN FRANCIA**

---

<sup>724</sup> Cons. Etat, 5 marzo 2008, *NRJ Group et autres*, cit.

<sup>725</sup> In linea con la metodologia di redazione delle sentenze sviluppata da tale giudice: cfr., sul punto, L. Dutheillet de Lamothe, *Uno sguardo oltralpe: l'esperienza della giustizia amministrativa francese*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>726</sup> Sulla rilevanza degli «svantaggi» di un'eventuale modulazione nel giudizio di bilanciamento svolto dal giudice, cfr. I., 2, b., β, 1.



### a. La “necessità” del potere di modulazione

La natura soggettiva del giudizio di legittimità italiano può, ancora una volta<sup>727</sup>, contribuire a spiegare l'accoglienza fredda riservata alla modulazione dalla dottrina italiana, rispetto a quanto avvenuto in Francia.

Gli Autori che in Francia hanno sostenuto l'opportunità dell'introduzione di un potere di modulazione degli effetti dell'annullamento evidenziavano, *in primis*, l'esigenza di evitare gli effetti potenzialmente dirompenti dell'annullamento, retroattivo e *erga omnes*, delle norme regolamentari<sup>728</sup>. Anche tale preoccupazione può essere compresa alla luce delle condizioni per la *recevabilité* del *recours pour excès de pouvoir*, che, come anzi scritto, sono molto più ampie rispetto alle condizioni per l'azione di annullamento<sup>729</sup>: basti pensare, per esempio, che alcune disposizioni di natura regolamentare del *Code des marchés publics*, relative agli appalti sotto soglia, sono state annullate su ricorso di un avvocato, ritenuto titolare di un interesse a ricorrere perché astrattamente suscettibile di stipulare dei contratti di prestazione di opera professionale di importi bassi con l'Amministrazione<sup>730</sup>. Vista la larghezza con la quale l'impugnazione dei regolamenti viene ammessa dalla giurisprudenza, non deve stupire la frequenza degli annullamenti di tali atti.

In Italia, tale problema ha una portata relativamente limitata, pur se non del tutto inesistente<sup>731</sup>. Gli atti normativi, che dispongono in modo generale e astratto, non

---

<sup>727</sup> Per le un'analisi delle ragioni dell'incompatibilità del potere di modulazione con la struttura attuale del giudizio di legittimità, cfr. II, 4, b.

<sup>728</sup> Sul punto, si rimanda a I, 2, b., α, 1.

<sup>729</sup> Come ampiamente illustrato da C. Broyelle, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?* cit.

<sup>730</sup> Cons. Etat, 10 febbraio 2010, *Perez*, cit.

<sup>731</sup> La preoccupazione circa le conseguenze - potenzialmente dirompenti - dell'annullamento dell'atto regolamentare (soprattutto in termini di conoscibilità del suo venir meno) emerge, per esempio, nell'art. 14, co. 2, del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, che dispone che «qualora il decreto di decisione del ricorso straordinario pronunci l'annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo, del decreto stesso deve essere data, a cura dell'Amministrazione interessata, nel termine di trenta giorni dalla emanazione, pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati». In assenza di un'analoga norma riferibile all'annullamento giurisdizionale, la giurisprudenza ha talvolta affermato che dovesse essere applicata, in via analogica, alle sentenze di annullamento di atti regolamentari (cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 1993, n. 954, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Giustizia amministrativa*, n. 660).

arrivano, di regola, a ledere direttamente la situazione soggettiva del privato<sup>732</sup>; inoltre, sempre per via della loro natura generale e astratta, i regolamenti non individuano formalmente dei destinatari determinati, sicché il privato raramente risulta titolare di una posizione qualificata e differenziata rispetto ad essi<sup>733</sup>. Un'eventuale impugnazione diretta del solo regolamento risulta quindi, di regola, inammissibile, salvo nei casi in cui l'atto porti un pregiudizio agli interessi omogenei di una categoria di soggetti rappresentati da un'associazione<sup>734</sup>, oppure qualora incida direttamente su un diritto del privato o crei un obbligo in capo ad esso<sup>735</sup>.

Al di fuori di queste ipotesi, l'annullamento del regolamento può avvenire, di regola, solo a seguito della c.d. "doppia impugnativa" del regolamento illegittimo e all'atto attuativo immediatamente lesivo della sfera giuridica del privato<sup>736</sup>. A partire dagli anni Novanta, in casi di questo tipo, il giudice amministrativo ha preso ad ammettere con maggiore larghezza l'uso del rimedio della disapplicazione del

---

Un altro esempio della preoccupazione relativa alle conseguenze dell'annullamento del regolamento (questa volta riferibile al possibile travolgimento delle situazioni sorte sulla sua scorta) è costituito dall'orientamento dottrinale (M. Ramajoli, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 1997, 118 (part. p. 155, nota 76); G. Albenzio, *I principi del processo dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee nel progetto di riforma del processo amministrativo*, *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 584 (part. p. 618)) che aveva, negli anni Novanta, prospettato la possibilità di introdurre un potere di modulazione dell'annullamento degli atti regolamentari, ma si tratta di proposte isolate.

<sup>732</sup> P. Virga, *Diritto amministrativo (atti e ricorsi)*, Giuffrè, Milano, 1992, II, 323 ss.

<sup>733</sup> Tale constatazione ha condotto la dottrina della metà del secolo scorso (A. Romano, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 882; A. Amorth, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, *Cons. St.*, 1964, II, 373 ss.) a distinguere due tipi di regolamenti: i regolamenti volizione-preliminare e i regolamenti volizione-azione. Solo i secondi sono in grado di ledere direttamente la sfera giuridica del destinatario, sicché possono (e devono) essere impugnati immediatamente, senza attendere l'emanazione di un provvedimento attuativo. Per un'analisi della giurisprudenza applicativa di tali categorie, cfr. M. Massa, *Regolamenti amministrativi e processo*, cit., 319 ss.

<sup>734</sup> In tale ipotesi, l'impugnazione potrebbe essere promossa dall'associazione esponenziale degli interessi della categoria, ma solo nel caso in cui l'atto non dia luogo a un conflitto di interessi all'interno della categoria rappresentata: in questo senso, cfr. Cons. Stato, comm. spec., 14 febbraio 2013, n. 677, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Giustizia amministrativa*, n. 639.

<sup>735</sup> Per un'analisi della giurisprudenza in tema di impugnabilità diretta dei regolamenti, si rimanda a M. Massa, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Jovene, Napoli, 2011, 291 ss.

<sup>736</sup> La soluzione della "doppia impugnativa" è stata elaborata nella prima metà del XX secolo per consentire la tutela del privato leso dal provvedimento attuativo di un regolamento divenuto nel frattempo inoppugnabile: grazie a tale meccanismo, il privato avrebbe potuto impugnare il regolamento (fonte dell'invalidità dell'atto immediatamente lesivo) entro il termine per l'impugnazione dell'atto attuativo, congiuntamente a quest'ultimo. Per una risalente applicazione del meccanismo, cfr. Cons. St., sez. V, 18 agosto 1936, n. 820, *Foro amm.*, 1937, I, 2, 45.

regolamento presupposto all'atto lesivo. Inizialmente, l'uso di tale strumento era stato limitato all'ipotesi in cui l'atto regolamentare fosse adottato in contrasto con una norma primaria, e la disapplicazione fosse necessaria a dare piena tutela a un diritto soggettivo, nell'ambito della giurisdizione esclusiva, oppure per giudicare della legittimità dell'atto che risultasse difforme dal regolamento ma conforme alla fonte primaria<sup>737</sup>. Alla stregua di tale giurisprudenza, per il vero ancora molto seguita<sup>738</sup>, nei casi in cui il ricorrente intenda far valere l'illegittimità derivata del provvedimento attuativo, al ricorrente è richiesto di impugnare il regolamento secondo il meccanismo della "doppia impugnativa": in tali casi, accertata l'illegittimità del regolamento, questo andrebbe annullato.

Un recente orientamento giurisprudenziale ammette tuttavia che la disapplicazione possa essere disposta a favore del ricorrente che lamenti l'illegittimità derivata del provvedimento attuativo<sup>739</sup>. Parte della dottrina ha accolto favorevolmente tale impiego del potere<sup>740</sup>. In particolare, di fronte ai rilievi critici relativi al possibile contrasto della disapplicazione con i principî di legalità e di certezza del diritto – visto che la disapplicazione consente il mantenimento in vita di un atto difforme dal paradigma normativo, con conseguente incertezza sul regime applicabile ai terzi<sup>741</sup> - è

---

<sup>737</sup> Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, *Giur. it.*, 1992, III, 653, con nota di E. Cannada Bartoli, *Disapplicazione di ufficio della norma regolamentare illegittima*, in cui affermava che «il contrasto tra norma legislativa e regolamentare si risolve sulla base del principio di sovraordinazione di una fonte ad un'altra. Deve ritenersi, quindi, inapplicabile la disposizione regolamentare ove contrastante con specifica norma di legge, pur in difetto di specifica doglianza di parte, essendo consentito al giudice sindacale gli atti di normazione secondaria al fine di accertarne l'idoneità ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa.».

<sup>738</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 515, *Foro amm.*, 2015, II, 444; Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009; Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2017, n. 367, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2017, n. 4894, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>739</sup> Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 2017, n. 5753, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), in cui la disapplicazione è stata disposta a favore della parte ricorrente.

<sup>740</sup> In questo senso, per esempio, F. Lubrano, *Disapplicazione dei regolamenti*, in A.A.V.V., *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti*, cit., 113; S. Baccharini, *La parabola della non disapplicabilità dei regolamenti amministrativi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *ibid.*, 160 ss.; R. Dipace, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011; più di recente, E. Furno, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, *Federalismi*, 27 novembre 2017.

<sup>741</sup> In questo senso, cfr., per esempio P.G. Lignani, *Disapplicazione e incertezza del diritto*, in A.A.V.V., *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti*, cit., 227 (part. 233); S. Giacchetti, *Disapplicazione? No grazie*, *ibid.*, 193 (part. 195).

In Francia tale problema viene risolto attraverso l'imposizione all'Amministrazione di abrogare, con effetti *ex nunc*, il regolamento dichiarato illegittimo in via incidentale e disapplicato: così Cons. Etat,

stato osservato che, da un altro punto di vista, la disapplicazione sarebbe, al contrario, preferibile, dal punto di vista della certezza del diritto - intesa come stabilità delle situazioni giuridiche - visto che «tra le conseguenze processuali della illegittimità, la disapplicazione risulta avere il minore impatto sull'assetto dei rapporti tra pubblica amministrazione e il privato, non conducendo all'eliminazione dal mondo giuridico del provvedimento»<sup>742</sup>.

## **b. La modulazione tra tutela della *sécurité juridique* (in Francia) e tutela dell'affidamento (in Italia)**

La modulazione viene spesso giustificata dal giudice francese alla luce del principio di *sécurité juridique*, che evoca un ideale rapporto di obiettiva fiducia tra potere pubblico e privati, in virtù del quale quello che è, a determinate condizioni, non subirà modifiche, o tali modifiche saranno quantomeno prevedibili<sup>743</sup>. Così inteso, il principio di *sécurité juridique* si avvicina molto al principio di legittimo affidamento, che il giudice francese rifiuta tuttavia di ricomprendere tra i principî di diritto interno<sup>744</sup>.

---

ass. 3 febbraio 1989, *Compagnie Alitalia*, cit. (si noti, tuttavia, che il principio enunciato in *Compagnie Alitalia* è stato parzialmente ridimensionato dalla recentissima Cons. Etat, ass., 18 maggio 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, cit., che ne ha escluso l'applicabilità nel caso in cui il regolamento sia affetto da vizi formali). In ogni caso, l'Amministrazione che non è competente per l'abrogazione è tenuta a non applicare l'atto di cui è stata dichiarata l'illegittimità: cfr. Cons. Etat, 18 gennaio 1980, *Bargain*, A.J.D.A., 1980, 91.

<sup>742</sup> R. Dipace, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, 209; nello stesso senso E. Furno, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, cit., 32.

<sup>743</sup> Si noti, tuttavia, che il principio di *sécurité juridique* può essere invocato anche per giustificare un'aspettativa di stabilità vantata dall'Amministrazione: cfr., in questo senso, Cons. Etat, 13 luglio 2016, *Czabaj*, D.A., 2016, commentaire n. 63, di G. Eveillard, *Le délai pour agir devant le juge administratif*.

<sup>744</sup> Cfr., *ex multis*, Cons. Etat, ass. 24 marzo 2006, *KPMG*, cit, in cui si ribadiva che «le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire». Secondo parte della dottrina (D. Simon, *Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique?*, Europe, 2006, commentaire n. 142 ; J.B. Auby, *Sécurité juridique*, D.A., maggio 2006, repère n. 5 ; F. Melleray, *L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique*, A.J.D.A., 2006, 897 ; P. Cassia,

La differenza fondamentale tra *sécurité juridique* e legittimo affidamento consiste nel fatto che, tradizionalmente, la *sécurité juridique* dei cittadini, nei rapporti con l'Amministrazione, riceve una protezione che sembrerebbe non dipendere dalle circostanze del caso concreto, ma da regole di carattere obiettivo.

Così, ad esempio, il regime dell'autotutela (*retrait* e *abrogation*) in Francia, considerato dalla dottrina come la prima manifestazione del principio di tutela della *sécurité juridique* nei rapporti tra l'Amministrazione e il cittadino<sup>745</sup>, assicura un bilanciamento tra principio di mutabilità dell'atto amministrativo e tutela della *sécurité juridique*, intesa come garanzia dei *droit acquis*. Solo alcune categorie di atti (gli atti individuali «*créateurs de droits*»), possono far sorgere i *droits acquis*, che, decorso un certo periodo di tempo, diventano intangibili: perché la protezione operi è dunque necessario che l'atto illegittimo crei, in modo inequivocabile, una situazione differenziata e qualificata di favore in capo al privato<sup>746</sup>. Una volta divenuti intangibili, i *droits acquis* si pongono come un limite obiettivo al potere di autotutela. All'Amministrazione è sottratto il potere di valutare a) se il cittadino avesse potuto in

---

*Un nouveau principe général de droit aux multiples facettes*, D., 2006, 1190 e, da ultimo, B. Plessix, *Sécurité juridique et confiance légitime*, cit.) in *KPMG* il Conseil d'Etat avrebbe in realtà consacrato, pur negandolo esplicitamente, un diritto equivalente a quello alla tutela del legittimo affidamento. Si può osservare, a tal proposito, che è in virtù del principio del legittimo affidamento che la Corte di Giustizia impone al legislatore di adottare delle misure transitorie in modo da evitare modifiche troppo brusche della disciplina applicabile : cfr., sul punto, G. Matucci, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, C.E.D.A.M., Padova, 2009, 160 ss. e, con particolare riferimento alla sentenza *KPMG*, V. Michel, *Brèves observations sur l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, *Gaz. Palais*, 2009, 43.

La strenua opposizione all'introduzione del principio nell'ordinamento francese deriverebbe dalla sua asserita incompatibilità con la concezione tradizionalmente obiettiva e «legalista» del diritto amministrativo francese : cfr. sul punto, S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, cit. 482.

<sup>745</sup> C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, cit., 94. Secondo S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, cit., 643, la regola enunciata in *Dame Cachet* è addirittura precedente all'affermazione esplicita del principio del legittimo affidamento nell'ordinamento tedesco. La teoria dei *droits acquis* nell'ambito della disciplina dell'autotutela sottendeva, senza affermarla chiaramente, l'affermazione del principio di *sécurité juridique*, come rilevato da A.L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005, 208.

<sup>746</sup> Infatti la giurisprudenza è costante nell'affermare che né gli atti generali o regolamentari, né gli atti meramente ricognitivi di diritti affermati da fonti regolamentari o legislative, possono essere considerati come *créateurs de droits*.

buona fede confidare nella legittimità dell'atto attributivo del vantaggio<sup>747</sup>; b) se tale affidamento sia talmente meritevole di tutela da giustificare il non annullamento dell'atto invalido.

Prima dell'introduzione del potere di modulazione, la stessa logica "obiettiva" di tutela della *sécurité juridique* impregnava la disciplina dei limiti agli effetti retroattivi dell'annullamento giurisdizionale: non a caso, nei *leading case* in materia (*Caussidéry, Lugan e Strasbourg F.M.*)<sup>748</sup> si faceva uso della stessa terminologia impiegata nell'ambito della disciplina dell'autotutela<sup>749</sup>.

Una logica "obiettiva" simile era sottesa all'evoluzione della giurisprudenza italiana in tema di «caducazione automatica» degli atti consequenziali<sup>750</sup>. In Italia, la delimitazione degli effetti dell'annullamento non veniva ricondotta all'intangibilità dei diritti quesiti, bensì all'intervenuta inoppugnabilità dell'atto consequenziale; nella sostanza, tuttavia, alla fine degli anni Novanta la giurisprudenza italiana era approdata, come quella francese, a fissare un punto di equilibrio tra l'esigenza di stabilità degli atti e la garanzia di tutela della posizione lesa del ricorrente, alla luce di due dati

---

<sup>747</sup> Tale assunto può essere parzialmente rimesso in discussione, alla luce della regola enunciata in Cons. Etat, 29 novembre 2002, *Assistance publique - Hôpitaux de Marseille*, R.F.D.A., 2003, 240, con nota di P. Delvolvé, *Retrait et obligation : le cas des actes obtenus par la fraude*, secondo cui l'atto ottenuto con la frode dal privato non crea diritti, e può quindi essere ritirato in ogni tempo, recepita (parzialmente) all'art. L-241-2 C.R.P.A., che dispone: «*Par dérogation aux dispositions du présent titre, un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retiré.*» Una deroga analoga all'obbligo di esercitare il potere di annullamento in autotutela entro il termine massimo di 18 mesi è stata introdotta al co.2 *bis* dell'art. 21 *nonies* l. 241/1990, come modificata dalla l. 124/2015.

Sembrerebbe dare rilevanza alla buona fede del cittadino (in senso soggettivo) anche la giurisprudenza che esclude che l'atto affetto da un errore manifesto possa rientrare tra quelli *créateurs de droits* (cfr. P. Auvret, *La notion d'acte acquis en droit administratif français*, R.D.P., 1985, 53 (part. 63 ss.) o quella in virtù della quale l'atto *inexistant* – quindi affetto da gravissimi vizi – può sempre essere oggetto di *retrait*. Sulla nozione di *inexistence*, cfr. A. Simonati, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo : l'esperienza francese*, in G. Falcon, D. De Pretis (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, C.E.D.A.M., Padova, 2011, 5 (part. 15). La giurisprudenza italiana dà talvolta rilevanza all'incolpevolezza dell'affidamento del privato, negando che possa sussistere un affidamento legittimo nei casi in cui il vizio dell'atto è palese e riconoscibile : cfr., in questo senso, Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Atto amministrativo*, n. 444.

<sup>748</sup> In merito alle quali si rimanda a I, 2, a, γ.

<sup>749</sup> A sua volta ispirata alla terminologia impiegata in tema di successione delle leggi nel tempo: cfr. *ibid.*, nota n. 89.

<sup>750</sup> Su cui cfr. II, 3.



obiettivi: il decorso di un certo periodo di tempo e la mancata impugnazione dell'atto attributivo del vantaggio.

Il potere di modulazione degli effetti dell'annullamento ha innovato tale logica obiettiva, bilanciando l'esigenza di *sécurité juridique* con altri interessi (diritto a un ricorso effettivo, principio di legalità), nell'ambito di un giudizio comparativo che evoca quello finalizzato alla tutela del legittimo affidamento<sup>751</sup>.

La giurisprudenza francese in materia di modulazione non tiene in generale conto della legittimità dell'affidamento riposto dagli interessati nella validità dell'atto annullato<sup>752</sup>, ma piuttosto della *quantità* e *qualità* delle situazioni coinvolte da un eventuale annullamento retroattivo<sup>753</sup>. L'invocazione dell'«interesse generale» alla stabilità delle situazioni e degli atti sorti per effetto dell'atto illegittimo non deve ingannare: essa cela, in realtà, la scelta di far prevalere diversi interessi pubblici o privati sugli interessi oggettivo (al ripristino della legalità) e soggettivo (del ricorrente) a un annullamento retroattivo. La ponderazione delle conseguenze “ammissibili” e delle conseguenze “inopportune” della retroattività dell'annullamento rende il giudice arbitro degli interessi di cui sono portatrici non solo le parti in causa, ma anche i terzi interessati<sup>754</sup>, in modo non dissimile dall'Amministrazione, che valuta se tutelare il

---

<sup>751</sup> Su tale bilanciamento, cfr. S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime droits allemand, communautaire et français*, cit., 414.

<sup>752</sup> Costituisce un'eccezione, a tal proposito, la sentenza Cons. Etat, 23 febbraio 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, cit., in cui viene negata l'opportunità della modulazione. Tale scelta può comprendersi meglio alla luce delle *conclusions* di D. Casas (pubblicate in *R.F.D.A.*, 2005, 483), in cui veniva rilevato che gli interessati sembravano coscienti della possibilità che le disposizioni del Codice dei contratti pubblici impuginate potessero essere annullate.

<sup>753</sup> Sul punto, cfr. I, 2, d., β.

<sup>754</sup> Come emerge dalla giurisprudenza esaminata, gli interessi tutelati sono eterogenei e non sempre di oggettiva importanza per la generalità dei consociati. In alcuni casi, come ha evidenziato la dottrina, la modulazione è stata posta in essere – o quantomeno, è stata posta in essere con determinate modalità – in favore dell'amministrazione (cfr., sul punto, F. Bottini, *La sécurité juridique et la modulation*, *R.D.P.*, 2009, 1517, che si è mostrato particolarmente critico nei confronti del differimento degli effetti dell'annullamento delle nomine dei magistrati nel caso *Sire*; secondo l'Autore, sarebbe stato sufficiente, per stabilizzare gli atti compiuti dal magistrato, pronunciare un annullamento non retroattivo).

Possono essere ricondotte a questa categoria anche le modulazioni finalizzate ad evitare la proliferazione delle richieste di rimborso ad enti pubblici, quale lo stesso *leading case AC!* o la recentissima Cons. Etat, 17 gennaio 2018, *Association la Cimade et autres*, cit.); in altri casi, l'interesse generale ha coinciso con un insieme di interessi privati ( ad esempio, cfr. Cons. Etat, 19 luglio 2017, *ANODE*, cit.; 23 dicembre 2013, *M6 et TF1*, cit.; 23 dicembre 2011, *Danthony*, cit.; 10 febbraio 2010, *Perez*, *A.J.D.A.*, 2010, 561, con nota di G. Dreyfus, *Annulation du seuil de 20.000 euros pour les marchés passés selon une procédure adaptée*; 13 gennaio 2010, *Syndicat national CGT-FO*

legittimo affidamento o meno. Nel decidere di salvaguardare alcuni interessi, il giudice finisce inevitabilmente per comprometterne – o meglio, per non tutelarne – altri<sup>755</sup>; sicuramente, nel decidere di far prevalere l'interesse alla *sécurité juridique*, il giudice accetta una dequotazione del principio di legalità.

In Italia, invece, il giudice ha prevalentemente<sup>756</sup> motivato le (poche) modulazioni sulla scorta dell'esigenza di non creare un vuoto di tutela<sup>757</sup> o di tutelare l'affidamento dei controinteressati "sostanziali", che, in buona fede, avessero riposto la loro fiducia su un atto dei cui effetti beneficiavano, direttamente o indirettamente<sup>758</sup>. In questi ultimi casi, è stata tutelata la certezza del diritto, intesa in senso soggettivo, come pretesa legittima del soggetto incolpevole alla conservazione della situazione di favore creata dall'atto. La ponderazione dell'affidamento dei controinteressati in sede giurisdizionale è stata equiparata, in queste ipotesi, a quella compiuta dall'Amministrazione in sede di riesame<sup>759</sup>; tuttavia, a differenza dell'Amministrazione, il giudice non si è quasi mai curato di indagare la *legittimità* dell'affidamento dei controinteressati<sup>760</sup>.

---

de l'ANPE, A.J.D.A., 2010, 1222; 5 marzo 2008, *Société TF1 et autres*, cit.) o addirittura con un interesse privato specifico (Cons. Etat, 9 luglio 2015, *Football club des Girondins Bordeaux et autres*, cit..)

<sup>755</sup> Così, J. Sirinelli, *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, cit.

<sup>756</sup> In un caso isolato, la modulazione è stata disposta a tutela dell'«interesse pubblico» alla prosecuzione di un'operazione di bonifica, disposta mediante ordine illegittimo (T.A.R. Piemonte, 9 agosto 2017, n. 960, cit.)

<sup>757</sup> Così, Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 5840, cit.; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 8 marzo 2012, n. 121, cit.; 13 dicembre 2011, n. 693, cit.; 13 dicembre 2011, n. 700, cit. Non può invece essere assimilata a tali fattispecie T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 luglio 2012, n. 336, cit., che si configura come un annullamento dell'atto «nella misura in cui non prevede...»: la ricorrente non aveva interesse a una rimozione *ex tunc* dell'atto, ma solo alla sua integrazione.

<sup>758</sup> Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 5840, cit.; sez. V, ord. 22 gennaio 2015, n. 284, cit.; sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2116, cit.; sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1782, cit.

<sup>759</sup> Così, A. Giusti, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016, 162, che sembra favorevole all'attribuzione di una rilevanza giuridica all'affidamento del controinteressato nell'ambito del giudizio di legittimità.

<sup>760</sup> Ossia l'incolpevolezza di tale affidamento. Per esempio, nella fattispecie trattata in Cons. Stato, sez. V, 22 gennaio 2015, n. 284, cit., i privati erano al corrente del fatto che l'atto favorevole fosse 1) instabile e 2) possibilmente illegittimo, visto che erano stati tempestivamente chiamati in causa, in qualità di controinteressati, nel giudizio di annullamento. Nel valutare la sussistenza di un affidamento in capo ai controinteressati, il giudice ha in quella occasione invece tenuto conto del fatto che l'illegittimità non fosse a loro imputabile. In Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2116, cit. e Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1782, cit., la questione della legittimità dell'affidamento dei controinteressati sostanziali è stata invece esplicitamente presa in considerazione dal giudice.

La valorizzazione delle singole posizioni individuali da parte del giudice amministrativo italiano mostra una diversa prospettiva rispetto al suo omologo francese: prendendo in considerazione, in modo esplicito, la posizione dei controinteressati in senso tecnico<sup>761</sup> o sostanziale<sup>762</sup>, il giudice italiano rivendica il ruolo di garante delle situazioni soggettive dei privati - ricorrente come controinteressato. Il giudice francese sembra invece preferire riferimenti più neutri, all'«interesse generale» e alla *sécurité juridique*, che sottendono un ruolo meno partigiano, in linea con la sua posizione tradizionale di garante della legalità obbiettiva, del buon andamento dell'Amministrazione, e quindi, in ultima istanza, degli interessi della collettività dei consociati.

---

<sup>761</sup> Cons. Stato, sez. V, ord. 22 gennaio 2015, n. 284, cit.

<sup>762</sup> Cons. Stato, sez. VI, 11 dicembre 2017, n. 5840, cit.; Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2116, cit.





## Bibliografia

---

### I. ARTICOLI, NOTE E CONTRIBUTI

#### IN LINGUA FRANCESE

- Auvret P., *La notion d'acte acquis en droit administratif français*, *R.D.P.*, 1985, 53
- Bailleul D., *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, *A.J.D.A.*, 2004, 1626
- Bandrac M., *L'action en justice, droit fondamental*, in A.A.V.V., *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, 1
- Barque F., *Le Conseil constitutionnel et la technique de la «censure virtuelle» : développements récents*, *R.D.P.*, 2006, 1409
- Batard F., Grevy M., *Securitas omnia corrumpit*, *Rev. droit trav.*, 2017, 663
- Baugard D., *Prescriptions et pouvoirs du juge judiciaire*, *D. Soc.*, 2018, 59
- Bélaval P., Hemlinger L., Mindu P., Courrèges A., Levasseur A., *L'action collective en droit administratif français*, Conseil d'Etat, 2009, pubblicato in <https://hal.archives-ouvertes.fr>.
- Bezzina A.C., *2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC !*, *R.F.D.A.*, 2014, 735
- Blanco F., *L'injonction avant l'injonction ? L'histoire des techniques juridictionnelles apparentées à l'injonction*, *R.F.D.A.*, 2015, 444
- Boissard S., *Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité de tout moyen d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité*, *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, Dossier « Le principe de sécurité juridique », in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr)
- Bonichot J.C., *Le droit communautaire et le droit administratif français*, *A.J.D.A.*, 20 juin 1996, numéro spécial, 15
- Bonichot J.C., *Le point de vue d'un juge de l'Union*, *A.J.D.A.*, 2013, 396



Bonnefoy O., *L'effet immédiat contentieux des incostitutionnalités prononcées à posteriori : de la consécration à l'abandon d'un principe contestable*, intervento al XIX convegno nazionale dell'AFDC, Lione 2014, in [www.droitconstitutionnel.org](http://www.droitconstitutionnel.org)

Bottini F., *La sécurité juridique et la modulation*, *R.D.P.*, 2009, 1517

Boulouis N., *Conclusions sous Cons. Etat, 10 février 2010*, *Perez, R.J.E.P.*, maggio 2010, comm. n. 23

Braibant G., *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, *E.D.C.E.*, 1961, 53

Broyelle C., *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne: le retour du juge administrateur*, *D.A.*, 2004, chronique n. 6.

Broyelle C., *Le pouvoir d'injonction du juge administratif*, *R.F.D.A.*, 2015, 441

Broyelle C., *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?*, in A.A.V.V., *Colloquio sull'interesse legittimo*, Jovene, Napoli, 2014, 23

Broyelle C., *Les mesures ordonnées en référé*, *R.F.D.A.*, 2007, 73

Calmes-Brunet S., *Effective legal protection in French law*, in Z. Szente, K. Lachmayer, *The principle of effective legal protection in administrative law. A european comparison*, Routledge, 2017, 105

Cassagnabère H., *Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps*, *Nouv. Cahiers Const.*, 2017, 47

Cassia P., *La modulation dans le temps d'une annulation et le droit communautaire*, *A.J.D.A.*, 2005, 1025

Cassia P., *Un nouveau principe général de droit aux multiples facettes*, *D.*, 2006, 1190

Cassia P., *Vers une immunité contentieuse des avis rendus par les organismes consultatifs? À propos de l'article 35 de la proposition de loi n° 1890 portant simplification et amélioration de la qualité du droit*, *J.C.P. A.*, 2010, act. 789

Chapeau G., *Taxe pour copie privée: le Conseil d'Etat annule, mais sans effet*, [www.numerama.fr](http://www.numerama.fr)

Chapus R., *Georges Vedel et l'actualité d'une «notion fonctionnelle» : l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, *R.D.P.*, 2003, 3

- Connil D., *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, *A.J.D.A.*, 2013, 1876
- Connil D., *Office du juge de l'annulation et modulation dans le temps des effets de la suspension ordonnée en référé*, *A.J.D.A.*, 2014, 1955
- De Bechyllon D., *La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires*, *R.F.D.A.*, 2018, 662
- De la Burgade D., *Interim du préfet de police et actes administratifs*, *Dr. déf.*, 2001, 3, 29
- Delaunay B., *Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations*, *A.J.D.A.*, 2011, 1180
- Delbez L., *La révocation des actes administratifs*, *R.D.P.*, 1928, 463
- Deumier P., *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps : fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges*, *R.T.D. Civ.*, 2007, 72
- Deumier P., *Les effets dans le temps des décisions QPC : un droit des conséquences des décisions constitutionnelles*, *Nouveaux Cahiers Const.*, 2015, n. 47, 65
- Devys C., *Conclusions sur AC!*, *R.F.D.A.*, 2004, 454
- Di Manno T., *La modulation dans le temps des décisions de la Cour constitutionnelle italienne*, *R.F.D.A.*, 2004, 700
- Disant M., *Les effets dans le temps des décisions de QPC*, *Nouveaux Cahiers Const. n. 40* (Dossier : Le Conseil constitutionnel : trois ans de QPC), 2013
- Domino X., Bretonneau A., *Les aléas de l'effet direct*, *A.J.D.A.*, 2012, 936
- Donnat F., Casas D., *L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat*, *D.A.*, 2004, 9
- Dord O., *Conseil constitutionnel ou la dissémination de la jurisprudence AC!*; *R.F.D.A.*, 2008, 1233
- Dubos O., Melleray F., *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, *D.A.*, 2004, 10
- Moderne F., *L'actualité des principes généraux du droit*, *R.F.D.A.*, 1998, 506
- Fatôme E. e Lafaix, J.-F., *Attribution et consolidation des titres d'occupation du domaine public. Retour sur l'arrêt Communauté urbaine de Marseille-Provence-Métropole*, *A.J.D.A.*, 2017, 611

- Fraisse R., *L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et des libertés*, *Nouveaux Cahiers Const.*, 2014, n. 44
- Frier P.-L., *Panorama du contentieux administratif de la puissance publique*, *D.*, 2005
- Fromont M., *Le principe de sécurité juridique*, *A.J.D.A.* (numéro spécial 20 giugno 1996), 1996, 178
- Galmot Y., *Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de Justice des Communautés européennes*, *R.F.D.A.*, 1990, 255
- Genevois B., *Etat des lieux du contentieux administratif*, *Cah. fonct. publ.*, settembre 2005, 10
- Girardot T.X. e Raynaud F., *Conséquences d'une décision d'annulation sur les actes créateurs de droits proches de la décision annulée*, *A.J.D.A.*, 1997, 952
- Guettier C., *Chronique de jurisprudence administrative*, *R.D.P.*, 2002, 714
- Guyomar M. e Collin P., *Chronique*, *A.J.D.A.*, 2001, 1046
- Heers M., *La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime*, *R.F.D.A.*, 1995
- Jèze G., *Du retrait des actes juridiques. Dans quelle mesure peut-il être touché aux actes juridiques et leurs effets peuvent-ils être modifiés?*, *R.D.P.*, 1913, 227
- Jèze G., *Essai d'une théorie générale de la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, *R.D.P.*, 1913, 294
- Jèze G., *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, *R.D.P.*, 1914, 48
- Jèze G., *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux*, *R.D.P.*, 1909, 674
- Jouve E., *Sur la notion d'apparence en droit administratif français*, *R.D.P.*, 1968, 284
- Labayle H., *La Cour de Justice des Communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité*, *R.T.D.E.*, 1982, 484
- Labayle H., *La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autres lieux ou autres moeurs*, *R.F.D.A.*, 2004, 663
- Labetoulle D., *Principe de légalité et principe de sécurité*, in A.A.V.V., *L'État de droit : mélanges en l'honneur de Guy Braibant*, Dalloz, 1996. 403
- Lavialle A., *La «tangibilité» de l'ouvrage public*, *R.F.D.A.*, 2003, 484

- Le Chatelier G., *La régularisation rétroactive de l'acte détachable du contrat*, *A.J.C.T.*, 2011, 402
- Le Mire P., *La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in A.A.V.V., *Mélanges René Chapus*, Montchrestien, 1992, 367
- Liéber S.-J., Botteghi D., *Conséquences de l'annulation d'une décision d'éviction d'un fonctionnaire sur la nomination de son successeur*, *A.J.D.A.*, 2009, 822
- Liet-Vaux G., *De la réintégration des agents irrégulièrement écartés du service public* (nota a Véron-Réville), *R.A.*, 1949, 372
- Luchaire F., *La sûreté: droit de l'homme ou sabre de Monsieur Prudhomme*, *R.D.P.*, 1989, 609
- Luciani M., *L'éclipse de la sécurité juridique*, *R.F.D.C.*, 2014, 991
- Mamoudy O., *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, *A.J.D.A.*, 2014, 501
- Mantero C., *Indemnisation de l'illégalité : le vademecum*, *A.J.D.A.*, 2016, 800
- Masclat J.-C., *La jurisprudence « Roquette » à l'épreuve des juridictions françaises*, *R.T.D.E.*, 1986, 162
- Mathieu B., *France*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, *A.I.J.C.*, 1999, 155
- Mathieu B., *Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'horloge*, *D.*, 2004, 1604
- Mathieu B., *Liberté contractuelle et sécurité juridique: les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier*, *L.P.A.*, 1997, n. 29, 7
- Mathieu B., *Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel: un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits?*, *R.F.D.A.*, 1998, 148
- Melleray F., *L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique*, *A.J.D.A.*, 2006, 897
- Melleray F., *L'entrée en vigueur différée d'une décision de rejet du juge de l'excès de pouvoir*, *J.C.P. A.*, 8 gennaio 2007, n. 2001.
- Mialot C., *L'arrêt Danthony du point de vue du justiciable*, *A.J.D.A.*, 2012, 1484

- Michel V., *Brèves observations sur l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, *Gaz. Palais*, 2009, 43
- Milano L., *La reconstitution de carrière des fonctionnaires, entre principe et effectivité*, *A.J.F.P.*, 2010, 18.
- Moreau J., Vedel G., Drago R., Braibant G., Labetoulle D., Lyon-Cahen A., Waquet P., Gaudemet Y., Le Mire P., *Questions pour le droit administratif*, *A.J.D.A.*, 20 juin 1995, numéro special, 11
- Pacteau B., *Comment aménager la rétroactivité de la justice ? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle, sécurité jurisprudentielle*, in Seiller B. (a cura di), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, *Economica*, 2007, 113
- Pacteau B., *La sécurité juridique: un principe qui nous manque?*, *A.J.D.A.*, 1995, 151
- Pacteau B., *Vicissitudes (et vérification) de l'adage: juger l'administration, c'est encore administrer*, in A.A.V.V., *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, 317
- Pellissier G., *Développements récents de l'impératif de sécurité juridique*, *L.P.A.*, 1998, n. 22, 6
- Pellissier G., *Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC ! – Une nouvelle dimension de l'office du juge*, *R.J.E.P.*, Agosto 2008, étude n. 7
- Perrin A., *Au-delà du cadre législatif initial: le pouvoir d'injonction en dehors de la loi du 8 février 1995*, *R.F.D.A.*, 2015, 643
- Piwnica E., *La charge de la preuve devant le juge administratif*, in AA.V.V., *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Mare et Martin, 2017, 35
- Pizzorusso A., Passaglia P., *Italie*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, *A.I.J.C.*, 1999, 199
- Plessix B., *Le droit administratif français, droit de l'acte réglementaire*, *D.A.*, 2018, repère n. 7
- Plessix B., *Sécurité juridique et confiance légitime*, *R.D.P.*, 2016, 799
- Pollaud-Dulian F., *À propos de la sécurité juridique*, *R.T.D. civ.*, 2001, 491
- Raimbault P., *Recherche sur la sécurité juridique en droit administratif français*, *L.G.D.J.*, Paris, 2009
- Renoux T., *Contrôle de constitutionnalité de la loi relative à l'autonomie de la Polynésie française*, *D.*, 1998, 153

- Richer L., *Conséquences de l'annulation d'un acte détachable sur le contrat*, *A.J.D.A.*, 1998, 169
- Rolin F., *Du recours pour excès de pouvoir de l'État légal à la protection des intérêts subjectifs dans l'État contemporain : quelques réflexions critiques sur l'arrêt Département du Tarn et Garonne*, *R.D.P.*, 2014, 1198
- Rousseau D., *Chronique de jurisprudence constitutionnelle 1997-1998*, *R.D.P.*, 1999, 63
- Santulli C., *Les droits acquis*, *R.F.D.A.*, 2001, 90
- Sargos P., *L'horreur économique dans la relation de droit*, *Dr. Soc.*, 2006, 123
- Schoettl J.E., *Ce fut AC !*, *A.J.D.A.*, 2014, 116
- Seiller B., *Assez d'AC!* *A.J.D.A.*, 2018, 937
- Seiller B., *Droit à l'erreur: pour qui ?*, *A.J.D.A.*, 2018, 1465
- Seiller B., *L'illégalité externe, commode bouc émissaire*, *A.J.D.A.*, 2012, 1609
- Seiller B., *L'illégalité sans l'annulation*, *A.J.D.A.*, 2004, 963
- Seiller B., *Le procès de la rétroactivité*, in B. Seiller (a cura di), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, *Economica*, 2007, 22
- Seiller B., *Sécurité juridique et office du juge administratif*, *R.D.P.*, 2016, 765
- Simon D., *Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique?*, *Europe*, 2006, commentaire n. 142
- Sirinelli J., *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, *R.F.D.A.*, 2016, 529
- Soulas de Russel D., Raimbault P., *Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point*, *R.I.D.C.*, 2003, 55
- Stahl J.-H., Courrèges A., *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, *R.F.D.A.*, 2004, 438
- Tchen V., *L'introuvable principe de sécurité juridique*, *D.*, 1996, 433
- Tesoka L., *Principe de légalité et principe de sécurité juridique en droit administratif français*, *A.J.D.A.*, 2006, 2214
- Touzeil-Divina M., *La puissance publique – après 2 mois – peut se moquer de l'Etat de droit: RIP l'exception d'illégalité*, *JCP A.*, 2018, actualité n. 469



- Truchet D., *L'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat : retour aux sources et équilibre*, *E.D.C.E.*, 1999, n. 50, 361
- Tulkens F., *La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer*, *R.I.E.J.*, 1990, n. 24, 29
- Valembois A. L., *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *Cahiers const.*, marzo 2005
- Van Lang A., *De l'usage du bilan dans l'après-jugement*, in A.A.V.V., *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, 1053
- Van Meerbeek J., *Penser par cas...et par principes*, *R.I.E.J.*, 2014, 77
- Verpeaux M., *Les suites tirées par le Conseil d'Etat des décisions du Conseil constitutionnel*, *R.F.D.A.*, 2011, 807
- Vinet C., *Pouvoir de modulation des effets d'une annulation contentieuse en matière d'urbanisme*, *A.J.D.A.*, 2010, 2104
- Waline M., *Le retrait des actes administratifs*, in A.A.V.V., *L'évolution du droit public, Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, 561
- Zimmer W., *Allemagne*, in *Table ronde «Constitution et sécurité juridique»*, *A.I.J.C.*, 1999

## IN LINGUA ITALIANA

- Albenzio G., *I principi del processo dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee nel progetto di riforma del processo amministrativo*, *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 584
- Amalfitano C., *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, *Dir. un. eur.*, 2003, 13
- Amorth A., *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, *Cons. St.*, 1964, II, 373
- Ancora F., *L'individuazione dell'atto amministrativo presupposto*, *Giurisd. amm.*, 2009, IV, 293
- Baccarini S., *La parabola della non disapplicabilità dei regolamenti amministrativi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in A.A.V.V., *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti*, Giappichelli, Torino, 1998, 160

- Ballarino T., *Rimborsi, ripetizione d'indebito e art. 177 del Trattato*, *Dir. com. sc. int.*, 1984, 150
- Bertonazzi L., *Il principio della domanda: insospettabile ostacolo ad un'ulteriore accentuazione come denegata della giustizia ritardata*, *Dir. proc. amm.*, 2016, 639
- Bin R., *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, 2018, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)
- Bobbio N., *La certezza del diritto è un mito?*, *Riv. intern. fil. dir.*, 1951, 146
- Bodda P., *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi*, *Studi in onore di F. Cammeo*, C.E.D.A.M., Padova, 1932, 27
- Bottini E., *Relazione sulla Francia*, in A.A.V.V., *Problematiche finanziarie degli effetti nel tempo delle pronunce di incostituzionalità*, Servizio studi della Corte Costituzionale, 2014, 15
- Bozzi C., *Limiti alla retroattività dei provvedimenti amministrativi relativi al rapporto d'impiego*, *Foro amm.*, 1932, IV, 77
- Cacciavillani C., *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 legge T.A.R., come modificato dalla legge 205 del 2000*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 181
- Carbone A., *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, *Dir. proc. amm.*, 2013, 428
- Carbone A., *L'azione di condanna a un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato su una pluralità d'azioni*, *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 175
- Caringella F., *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, *Urb. App.*, 2012, 14
- Cassatella A., *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema giustizia*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2018, 635
- Cerulli Irelli V., *Considerazioni in tema di sanatoria di vizi formali*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, 101
- Cintioli F., *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 30
- Clarich M., *Azione di annullamento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Codacci Pisanelli G., *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, in *Scritti di diritto pubblico*, Lapi, Città di Castello, 1900, 295

- Corpaci A., *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, *Dir. pubbl.*, 2013, 34
- D'Aloia A., Mazzina P., *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno a una questione aperta*, in V. Coccozza, S. Staiano, *I rapporti tra parlamento e governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, II, Giappichelli, Torino, 2001, 841
- D'Angelo G., *Lodovico Mortara e il diritto amministrativo prima delle riforme crispine*, in L. Mortara, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione (1886-1887)*, Jovene, Napoli, 2013, LVII
- Damiani P., *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, *Giur. cost.*, 1999, 2347
- De Nictolis R., *Il recepimento della direttiva ricorsi*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- De Valles A., *Annulamento d'ufficio e interesse pubblico*, *Foro it.*, 1951, III, 228
- Delledonne G., *Il tempo ritrovato. La modulazione degli effetti temporali del Conseil Constitutionnel, prima e dopo l'avvento della QPC*, in D. Buttarini, M. Nicolini, *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Ed. Scientifiche, 2014, 221
- Di Modugno N., *Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra codice e secondo decreto correttivo*, *Dir. proc. amm.*, 2013, 791
- Dipace R., *L'annullamento tra tradizione e innovazione*, *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273
- Dutheillet de Lamothe L., *Uno sguardo oltralpe: l'esperienza della giustizia amministrativa francese*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Esposito C., *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, *Giur. cost.*, 1961, 537
- Caringella F., *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, *Giur. it.*, 2012, 2177
- Falcon G., *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 287
- Fantini S., *Attività amministrativa del funzionario di fatto ed invalidità derivata*, in B. Cavallo (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005, 67

- Ferrara L., *La partecipazione tra “illegittimità” e “illegalità”. Considerazioni sulla disciplina dell’annullamento non pronunciabile*, *Dir. amm.*, 2006, 103
- Follieri E., *Due passi avanti e uno indietro nell’affermazione della giurisdizione soggettiva*, *Giur. it.*, 2015, 2192
- Follieri E., *L’annullabilità dell’atto amministrativo*, *Urb. App.*, 2005, 625
- Forti U., *I controlli dell’amministrazione comunale*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2, Società editrice libraria, Milano, 1905-1930, 1195
- Forti U., *I limiti alla retroattività dell’annullamento*, *Foro it.*, 1931, III, 6
- Fracchia F., Occhiena M., *Teoria dell’invalidità dell’atto amministrativo e art. 21 octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)
- Furno E., *La disapplicazione dei regolamenti alla luce dei più recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2017
- Galetta D.U., *L’art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni giurisprudenziali: un’interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)
- Giacchetti S., *Disapplicazione? No grazie*, in A.A.V.V., *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti*, Giappichelli, Torino, 1998, 193
- Giannini M.S., *Sulla ripristinazione conseguente all’annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego*, *Foro it.*, 1942, III, 145
- Giusti A., *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *Dir. proc. amm.*, 2012, 280
- Greco G., *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)
- Grossi P., *Sull’odierna incertezza del diritto*, *Giust. civ.*, 2014, 921
- Guicciardi E., *Concetti tradizionali e principi ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 51
- Iaccarino C. M., *Gli effetti dell’annullamento dell’atto amministrativo e il diritto di ricorso*, *Foro it.*, 1921, III, 138
- La Valle F., *Il vincolo del giudice ai motivi di parte*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 20

- Lamorgese A., *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it)
- Lignani P. G., *Disapplicazione e incertezza del diritto*, in A.A.V.V., *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti*, Giappichelli, Torino, 1998, 227
- Ligugnana G., *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione e effettività della tutela*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014, 125
- Lipari M., *Il recepimento della “direttiva ricorsi”: il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l’inefficacia “flessibile” del contratto*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)
- Liuzzo A. M., *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)
- Lubrano F., *Disapplicazione dei regolamenti*, in A.A.V.V., *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti*, Giappichelli, Torino, 1998, 113
- Luciani M., *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in A.A.V.V., *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese* Atti del LX Convegno di studi di scienza dell’Amministrazione (Varenna 18, 19, 20 settembre 2014), Giuffrè, Milano, 2014, 259
- Lugo A., *Sulla struttura del giudizio amministrativo di legittimità*, in G. Miele (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Neri Pozza, Vicenza, 1968, 151
- Massa M., *Giusto processo e dinamica delle norme nel tempo: l’art. 6 CEDU e le leggi retroattive*, in G. Bombelli, L. Ferla, P. Mastrolia (a cura di), *Quaestiones iuris*, vol. I, 2018, 225.
- Miele G., *Passato e presente della giustizia amministrativa in Italia*, in Miele G., *Scritti giuridici*, II, Ed. Università di Firenze, 1987, 1065
- Nigro M., *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in A.A.V.V., *Atti del XXVII° Convegno di Studi di Scienza dell’Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1983, 63
- Nigro M., *L’art. 113 della Costituzione e alcuni problemi della giustizia amministrativa*, in *Scritti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1996, I, 29
- Nigro M., *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 1815

- Nigro M., *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, 741
- P. Scarabino, *Il funzionario di fatto tra realtà e contraddizioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)
- Parodi G., *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, *Quaderni regionali*, 2007, 319
- Porrini R., *Cenno storico del contenzioso amministrativo e suo svolgimento nella legislazione italiana*, in Porrini R. (a cura), *Codice della giustizia amministrativa*, G. Barbèra ed., 1894
- Ramajoli M., *Impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, *N.L.C.C.*, 2001, 567
- Ramajoli M., *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 1997, 118
- Renna M., *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, *Dir. Amm.*, 2005, 557
- Resta R., *Natura e effetti dell'atto amministrativo di controllo preventivo*, *Foro it.*, 1935, I, 277
- Rimoli F., *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. Modugno (a cura di), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Giuffrè, Milano, 73
- Romano A., *In tema di intervento nel processo amministrativo*, in *Foro amm.*, 1961, I, 1247
- Romano A., *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti*, *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1955, 882
- Romano-Tassone A., *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Jovene, Napoli, 2007, 215
- Romboli R., *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, *Foro it.*, 2008, I, 1422
- Roselli F., *Sull'affidamento del cittadino nella coerenza del legislatore e dei giudici*, in A.A.V.V., *Scintillae iuris. Studi in memoria di G. Gorla*, I, Giuffrè, Milano, 1994, 319
- Rovelli F., *Sul carattere delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, *Riv. dir. pubbl.*, 1914, 208



- Saitta F., *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale non sempre coerente*, *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3164
- Sala G., *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 572
- Sandulli A. M., *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in A.A.V.V., *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1983, 305
- Sandulli A.M., *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, *Dir. Soc.*, 1982, 19
- Sandulli M. A., *Il superamento della centralità della azione di annullamento*, in *Libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, Roma, 2012
- Scialoja V., *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, *Giust. amm.*, 1901, IV, 61
- Scoca F.G., *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, *Corr. giur.*, 2011, 988
- Severini G., *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018
- Silvestri M., *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it).
- Simonati A., *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: l'esperienza francese*, in G. Falcon, D. De Pretis (a cura di), *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, C.E.D.A.M., Padova, 2011
- Stancanelli G., *I poteri di decisione del Consiglio di Stato*, in Miele G., *La giustizia amministrativa*, Neri Pozza, Vicenza, 1968
- Sticchi Damiani E., *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, *Dir. proc. amm.*, 2003, 633
- Travi A., *Annullamento del diniego di assunzione e obblighi di ripristinazione dell'Amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 1985, 433
- Travi A., *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, *Corr. Giur.*, 2005, 449

Travi A., *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in A.A.V.V., *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 75 ss.

Trimarchi Banfi F., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole con l'Amministrazione*, *Dir. proc. amm.* 2018, 822

Trimarchi Banfi F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, *Dir. amm.*, 2005, 843

Trimarchi M., *Principio della domanda e natura del processo*, *Dir. proc. amm.*, 2016, 1101

Ubertazzi G.M., *Gli effetti ratione temporis delle sentenze pregiudiziali in materia di invalidità degli atti comunitari*, *Dir. com. sc. int.*, 1985, 75

Vaccari S., *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, *Dir. proc. amm.*, 2015, 255

Verri P., *Sulla interpretazione delle leggi*, in G. Francioni, S. Romagnoli (a cura di), *Il caffè. 1764-1766*, Giappichelli, Torino, 1993, 695

Villata R., *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, *Dir. proc. amm.*, 2011, 1512

Virga P., *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in A.A.V.V., *Studi in memoria di E. Guicciardi*, C.E.D.A.M., Padova, 1975, 687

Vitta C., *Il funzionario di fatto*, *Riv. dir. pubbl.*, 1923, 475

Vitta C., *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, *Riv. dir. pubbl.*, 1921, 352

Volpe F., *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 319

## II. MONOGRAFIE, TESI E MANUALI

## IN LINGUA FRANCESE

- Agostini C., *Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, thèse, Paris X, microfiches, 2000
- Alcindor L., *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, M. Giard et E. Brière, 1912
- Auby J.M. e Drago R., *Traité du contentieux administratif*, II, L.G.D.J., 1962
- Auby J.M., Fromont M., *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1971
- Auby J.M., *L'inexistence des actes administratifs. Etude du contentieux administratif*, Pedone, 1951
- Auby J.-M., *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, Ed. sconosciuto, 1947
- Blanco F., *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, thèse, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 2010
- Broyelle C., *Contentieux administratif*, IV ed., L.G.D.J., 2016
- Broyelle C., *Contentieux administratif*, VI ed., L.G.D.J., 2018
- Carbajo J., *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, L.G.D.J., 1980
- Cassia P., *Grands arrêts du contentieux administratif*, VI ed., 2018
- Chapus R., *Droit du contentieux administratif*, XIII ed., Montchrestien, 2008
- Chapus R., *Droit du contentieux administratif*, XI ed., Montchrestien, 2004
- Connil D., *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012
- Coq V., *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, 2015
- De Montesquieu C. L., *De l'esprit des lois*, libro VI, cap. 3, Ed. Garnier Frères, 1956
- De Romilly J., *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, Parigi, 1971
- De Soto J., *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, thèse, Paris, 1941
- Duez P., Debayre G., *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952
- Duguit L., *Traité de droit constitutionnel*, III ed., Fontemoing & Cie, 1923
- Dupeyroux O., *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, L.G.D.J., 1953

- Jeanneau B., *Les principes généraux du droit dans la jurisprudence administrative*, Sirey, 1954
- Kellershohn M., *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, thèse, Bordeaux, 1915
- Laferrière E., *Traité de la juridiction administrative*, II ed., Berger-Levrault et cie., 1896
- Laferrière E., *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, I ed., Berger-Lévrault, 1887
- Leclerc C., *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, thèse, L'Harmattan, 2015
- Lepetit-Collin H., *Recherches sur le plein contentieux objectif*, L.G.D.J., 2011
- Mathieu B., *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, 1987
- Maynard M., *Le jugement déclaratoire*, thèse, Paris, 1922
- Mestre J.L., *Introduction historique au droit administratif français*, P.U.F., 1985
- Odent R., *Contentieux administratif*, Dalloz, 2007
- Perrin A., *L'injonction en droit public français*, thèse, Ed. Panthéon-Assas, 2009
- Rainaud J.M., *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, thèse, L.G.D.J., 1966
- Rivero J., *Droit administratif*, Dalloz, 1960
- Stassinopoulos M., *Traité des actes administratifs*, Editions de l'Institut français d'Athènes, 1954
- Tallineau L., *Les actes particuliers non créateurs de droits*, thèse, Université de Poitiers, 1972
- Truchet D., *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., 1977
- Van Meerbeeck J., *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Anthémis, Bruxelles, 2014
- Vedel G., *Cours de droit administratif 1951-1952*, Dattilografia, 504

Voltaire F. M., *Lois civiles et ecclésiastiques, Dictionnaire philosophique* (1764), Garnier Frères, 1967  
Weil P., *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Jouve, Paris, 1952

## IN LINGUA ITALIANA

Agostinelli L., *Il funzionario di fatto*, Porta, 1925  
Bauman S., *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2008  
Benetazzo C., *Contratti della P.A. e annullamento dell'aggiudicazione*, C.E.D.A.M., Padova, 2012  
Cammeo F., *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Dott. Francesco Vallardi, Milano, 1911  
Cammeo F., *Corso di diritto amministrativo*, C.E.D.A.M., Padova, 1960  
Capaccioli E., *La gestione di affari in diritto amministrativo*, C.E.D.A.M., Padova, 1956  
Caringella F., *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Dike, 2017  
Chiovenda G., *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1957  
Codacci Pisanelli G.i., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939  
Condinzani M., Mastroianni R., *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009  
Cudia C., *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maggioli, Ravenna, 2012  
D'Alessio F., *Rapporti e conflitti tra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Soc. ed. Libreria, 1912  
D'Orsogna M., *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004  
De Valles A., *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, Roma, 1916  
Dipace R., *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011

- Garbagnati E., *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*, II ed., Giuffrè, 1950
- Giannini M. S., *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1970
- Gigli A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016
- Giusti A., *Il contenuto conformativo della sentenza del giudice amministrativo*, Editoriale Scientifica, 2012
- Giusti A., *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016
- Greco G., *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1986
- Greco G., *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980
- Guicciardi E., *La giustizia amministrativa*, 3° ed, C.E.D.A.M., Padova, 1957
- Kelly J. M. (trad. italiana di S. Ferlini, a cura di M. Aschieri) *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1996
- Lopez de Onate F., *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1942
- Lorello L., *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998
- Lucifredi Peterlongo M. E., *Barbarius Philippus...servus fugitivus...praetor designatus est*, in Lucifredi Peterlongo M. E., Lucifredi R., *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Giuffrè, Milano, 1965
- Lucifredi R., *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1965
- Luzzati C., *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999
- M. Nigro, *L'appello nel processo amministrativo*, Giuffrè, 1960
- Mantellini G., *I conflitti di attribuzione tra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, G. Barbèra ed., 1871
- Massa M., *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Jovene, Napoli, 2011



- Matucci G., *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, C.E.D.A.M., Padova, 2009
- Merusi F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001
- Morbidelli G., *Diritto pubblico comparato*, Giappichelli, 2016
- Mortara L., *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, Dott. Francesco Vallardi ed., 1923
- Nigro M., *Giustizia amministrativa*, VI ed., Il Mulino, Bologna, 2002
- Orsi Battaglini A., *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non «amministrativa»*, Giuffrè, Milano, 2005
- Peces-Barba G., *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993
- Perrone Capano G., *La retroattività degli atti amministrativi*, Jovene, Napoli, 1950
- Pizzorusso A., *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993
- Redenti E., *Dei contratti nella pratica commerciale*, C.E.D.A.M., Padova, 1933
- Romanelli V., *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939
- Romano S., *Corso di diritto amministrativo*, C.E.D.A.M., Padova, 1930
- Romano S., *Teoria dell'annullamento nel diritto amministrativo*, in *Scritti Minori*, Giuffrè, Milano, 1950
- Salandra A., *La giustizia amministrativa in Italia*, U.T.E.T., Torino, 1893
- Salandra A., *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, U.T.E.T., Torino, 1904
- Sandulli A. M., *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici sottordinati*, Morano, Napoli, 1963
- Sandulli A. M., *Manuale di diritto amministrativo*, III ed., Jovene, Napoli, 1954
- Sorace D., *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, III ed., Il Mulino, Bologna, 2005
- Sordi B., *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1985
- Stella Richter P., *L'inoppugnabilità*, Giuffrè, Milano, 1970
- Tarchi R., *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Giuffrè, 1990
- Tesaurò A., *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, U.T.E.T., Torino, 1961
- Trabucchi A., *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, C.E.D.A.M., Padova, 1937

- Travi A., *Lezioni di giustizia amministrativa*, XII ed. riveduta e aggiornata, Giappichelli, Torino, 2018,
- Virga P., *Diritto amministrativo (atti e ricorsi)*, Giuffrè, Milano, 1992
- Weber M., *Economia e società* (traduzione a cura di T. Bagiotti, F. Casabianca, P. Chiodi, E. Fubini, G. Giordano e P. Rossi), Edizioni della Comunità, Milano, 1974
- Zanobini G., *Corso di diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1937

## VOCI ENCICLOPEDICHE

- Auby J. B., *A' propos des réserves d'intérêt général*, D.A., giugno 2003, repère n. 6
- Auby J. B., *Sécurité juridique*, D.A., maggio 2006, repère n. 5
- Benvenuti F., voce *Giudicato (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1969, 896
- Cannada Bartoli E., voce *Annullabilità e annullamento*, *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, 494
- Corletto D., *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, *Dig. disc. pubbl.*, XXIV app., 1999, 562
- Corsale M., voce *Certezza del diritto, 1) profili teorici*, *Enc. giur.*, 1988
- Falzea A., voce *Apparenza*, *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, 683
- Genevois B., *Répertoire du contentieux administratif*, voce «Principes généraux du droit», Banca dati Dalloz, 2010 (agg. 2016)
- Gianformaggio L., *Certezza del diritto*, *Dig. disc. priv.*, 1988, 278
- Mattarella B. G., voce *Provvedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Giuffrè, Milano, 2006, 4738
- Piras A., voce *Invalidità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, 1972, Giuffrè, Milano, 598
- Zagrebelsky G., voce *Processo costituzionale*, in *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 1989, 521.

## Tabella dei casi giurisprudenziali citati

---

### PRONUNCE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI CIVILI

- Cass. sez. un., 12 dicembre 1901, *Giust. Amm.*, 1902, III, 2
- Cass. Torino, 7 marzo 1908, *Giur. it.*, 1908, I, 1, 515
- Cass., 14 maggio 1926, *Foro it.*, Rep. 1926, voce *Atto amministrativo*, n. 26
- Cass., 29 novembre 1932, n. 3596, *Foro Amm.*, 1933, II, 30
- Cass., sez. I, 10 luglio 1934, *Foro it.*, 1935, I, 277
- Cass., 13 maggio 1954, n. 1511, *Foro it.*, 1955, I, 58.
- Cass., 26 luglio 1961, n. 1814, *Foro it.*, Rep. 1961, voce *Atto amministrativo*, n. 126
- Cass., sez. un., 22 luglio 1999, n. 500, *Foro it.*, 1999, I, 2487
- Cass., sez. I, 29 gennaio 2010, n. 2122, *Foro it.*, Rep. 2010, voce *Responsabilità civile*, n. 436
- Cass. sez. un., ord. 23 marzo 2011, n. 6594, *Foro it.*, 2011, I, 2387
- Cass. sez. un., ord. 23 marzo 2011, 6595, *Foro it.*, 2011, I, 2387
- Cass. sez. un., ord. 23 marzo 2011, 6596, *Foro it.*, 2011, I, 2387
- Cass., sez. un., 4 settembre 2015, n. 17586, *Dir. proc. amm.*, 2016, 564
- Cass. civ., sez. un. ord. 23 gennaio 2018, n. 1654, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Responsabilità civile*, n. 8

### PRONUNCE DELLA CORTE DI CASSAZIONE, SEZIONI PENALI

- Cass. pen. Roma, 5 febbraio 1907, *Foro it.*, 1907, II, 151
- Cass. pen., 7 dicembre 1953, *Giust. pen.*, 1954, II, 765

Cass. pen., sez. V, 24 novembre 2016, n. 2506, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Legge penale*, n. 21.

## **PRONUNCE DEL CONSIGLIO DI STATO E DEL C.G.A.R.S.**

- Cons. Stato, 11 ottobre 1892, *Giust. amm.*, 1892, I, 271
- Cons. Stato, sez. IV, 15 aprile 1898, *Giur. it.*, 1898, III, 231
- Cons. Stato, sez. IV, 2 maggio 1902, *Giur. It.*, 1902, III, 213
- Cons. Stato, sez. IV, 17 giugno 1904, *Giur. it.*, 1904, III, 250
- Cons. Stato, sez. IV, 28 ottobre 1904, *Giur. it.*, 1905, III, 36
- Cons. Stato, sez. IV, 12 maggio 1905, *Giur. it.*, 1905, III, 311
- Cons. Stato, sez. IV, 23 marzo 1906, *Giur. it.*, 1906, III, 269
- Cons. Stato, sez. V, 18 febbraio 1916, *Giust. Amm.*, 1916, I, 67
- Cons. Stato, sez. IV, 4 maggio 1923, *Giur. it.*, 1923, III, 185
- Cons. Stato, sez. IV, 5 febbraio 1927, *Foro it.*, 1927, III, 111
- Cons. Stato, sez. IV, 9 marzo 1928, *Foro it.*, Rep. 1928, voce *Militare*, n. 30
- Cons. Stato, sez. V, 1 giugno 1928, *Foro it.*, 1928, III, 169
- Cons. Stato, sez. IV, 17 agosto 1928, *Foro it.*, *Foro amm.*, 1928, 291.
- Cons. Stato, sez. IV, 14 settembre 1928, *Foro it.*, 1929, III, 63
- Cons. Stato, IV sez., 15 febbraio 1930, n. 60, *Foro Amm.*, 1930, I, I, 64
- Cons. Stato, 3 maggio, 1930, *Foro it.*, 1931, III, 6
- Cons. Stato, sez. IV, 4 giugno 1932, *Foro it.*, 1933, III, 4
- Cons. Stato, sez. V, 29 luglio 1932, *Foro it.*, 1933, III, 55
- Cons. Stato, sez. IV, 31 marzo 1933, *Foro it.*, 1933, III, 347
- Cons. Stato, sez. V, 8 luglio 1933, *Foro it.*, 1933, III, 289
- Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 1934, n. 581, *Foro amm.*, 1935, I, 16
- Cons. Stato, sez. IV, 14 giugno 1935, n. 309, *Foro amm.*, 1935, I, 288;
- Cons. Stato, sez. V, 18 agosto 1936, n. 820, *Foro amm.*, 1937, I, 45
- Cons. Stato, sez. V, 25 aprile 1941, *Foro it.*, 1942, III, 145
- Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 1949, n. 503, *Foro amm.*, 1949, I, 2, 1

- Cons. Stato, sez. V, 27 gennaio 1951, *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Atto amministrativo*, n. 140
- Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 1952, n. 906, *Foro it.*, 1952, III, 195
- Cons. Stato, sez. V, 28 ottobre 1953, n. 772, *Cons. Stato*, 1953, I, 1039
- Cons. Stato, sez. V, 23 ottobre 1954, n. 1021, *Foro amm.*, 1054, I, 1000
- Cons. Stato, ad. plen., 19 ottobre 1955, n. 17, *Cons. Stato*, 1955, 990
- C.G.A.R.S., 26 giugno 1957, n. 25, *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Atto amministrativo*, n. 94
- Cons. Stato, sez. V, 6 giugno 1958, n. 355, *Foro amm.*, 1958, I, 2, 538
- Cons. Stato, sez. V, 10 giugno 1961, n. 276, *Foro it.*, Rep. 1961, voce *Atto amministrativo*, n. 139
- Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 1961, n. 1022, *Foro it.*, Rep. 1961, voce *Atto amministrativo*, n. 153
- Cons. Stato, sez. IV, 24 ottobre 1967, n. 640, *Cons. Stato*, 1967, I, 1970
- Cons. Stato, sez. IV, 30 dicembre 1968, n. 816, *Cons. Stato*, 1968, I, 2069
- Cons. Stato, sez. IV, 2 luglio 1969, n. 328, *Foro amm.*, 1969, I, 2, 713
- Cons. Stato, ad. plen., 27 ottobre 1970, n. 4, *Cons. Stato*, 1970, I, 1543
- Cons. Stato, sez. V, 13 marzo 1973, n. 259, *Cons. Stato*, 1973, I, 423
- Cons. Stato, sez. V, 19 ottobre 1973, n. 686, *Cons. Stato*, 1973, I, 1335
- Cons. Stato, sez. IV, 30 settembre 1976, n. 825, *Cons. Stato*, 1976, I, 923
- Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 1985, n. 651, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Giustizia amministrativa*, n. 656
- Cons. Stato, sez. VI, 10 febbraio 1988, n. 178, *Foro it.*, 1988, III, 1
- Cons. Stato, sez. IV, 11 ottobre 1989, n. 1329, *Cons. Stato*, 1989, 1236
- Cons. Stato, sez. IV, 20 maggio 1991, n. 398, *Foro amm.*, 1991, 1384
- Cons. Stato, ad. plen., 12 dicembre 1991, n. 10, *Foro it.*, 1991, III, 308
- Cons. Stato, ad. plen. 19 febbraio 1992, n. 4, *Foro it.*, 1992, III, 1
- Cons. Stato, sez. V, 26 febbraio 1992, n. 154, *Giur. it.*, 1992, III, 653
- Cons. Stato, sez. V, 17 settembre 1992, n. 828, *Cons. Stato*, I, 1101
- Cons. Stato, ad. plen., 22 maggio 1993, n. 6, *Foro it.*, 1993, I, 593
- Cons. Stato, ad. plen., 22 maggio 1993, n. 6, in *Cons. Stato*, 1993, I, 593

- Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 1993, n. 954, *Foro it.*, Rep. 1993, Rep. 1993, voce *Giustizia amministrativa*, n. 660
- Cons. Stato, sez. VI, 27 ottobre 1994, n. 1571, *Cons. Stato*, 1994, I, 1415
- Cons. Stato, sez. V, 24 maggio 1996, n. 592, *Foro amm.*, 1996, 1555
- Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 1999, n. 307, *Cons. Stato*, 1999, I, 459
- Cons. Stato, sez. VI, 15 marzo 1999, n. 307, *Foro amm.*, 1999, 764
- Cons. Stato, sez. IV, 30 aprile 1999, n. 749, *Cons. Stato*, 1999, I, 625;
- Cons. Stato, sez. V, 7 febbraio 2000, n. 672, *Urb. App.*, 2000, 436
- Cons. Stato, sez. VI, 16 novembre 2000, n. 6146, *Foro Amm.*, 2000, 3646
- Cons. Stato, sez. V, 12 aprile 2001, n. 2286, *Foro amm. C.d.S.*, 2001, 870;
- Cons. Stato, sez. VI, 30 ottobre 2001, n. 5677, *Ragiusan*, fasc. 215, 320
- Cons. Stato, sez. VI, 11 febbraio 2002, n. 785, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).
- Cons. Stato, sez. V, 13 maggio 2002, n. 2581, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Giustizia amministrativa*, n. 2581
- Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2003, n. 169, *Foro amm. C.d.S.*, 2003, 112
- Cons. Stato, sez. V, 17 febbraio 2003, n. 821, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Concorso a pubblico impiego*, n. 83;
- Cons. Stato, sez. VI, 30 maggio 2003, n. 2992, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratti della p.a.*, n. 780
- Cons. Stato, sez. IV, 27 ottobre 2003, n. 6666, *Foro it.*, 2003, III, 1
- Cons. Stato, sez. VI, 7 settembre 2004, n. 5842, *Foro Amm.*, *C.d.S.*, 2004, 2629
- Cons. Stato, sez. IV, 14 dicembre 2004, n. 8027, *Foro it.*, Rep. 2004, voce *Giustizia amministrativa*, n. 725
- Cons. Stato, sez. II, par. 15 dicembre 2004, n. 2669, *Cons. Stato*, 2005, I, 597
- Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 2006, n. 3338, *Foro amm. C.d.S.*, 2006, 1862
- Cons. Stato, sez. VI, 7 luglio 2006, n. 4307, *Foro it.*, Rep. 2006, voce *Atto amministrativo*, n. 288
- Cons. Stato, sez. VI, 3 maggio 2007, n. 1948, *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1548
- Cons. Stato, sez. V, 6 settembre 2007, n. 4690, *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2470
- Cons. Stato, sez. V, 9 ottobre 2007, n. 5251, *Foro it.*, voce *Atto amministrativo*, n. 240



- Cons. Stato, sez. V, 23 gennaio 2008, n. 14, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Atto amministrativo*, n. 368;
- Cons. Stato, sez. VI, 25 febbraio 2008, n. 207, *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 142
- Cons. Stato, sez. VI, 22 settembre 2008, n. 4551, *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2482
- Cons. Stato, sez. IV, 23 marzo 2009, n. 1869, *Foro amm. C.d. S.*, 2009, 1869
- Cons. Stato, sez. V, 4 agosto 2010, n. 5217, *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1500
- Cons. Stato, sez. V, 25 novembre 2010, n. 8243, *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 2379
- Cons. Stato, sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 244, *Foro amm. C.d.S.*, 233
- Cons. Stato, sez. VI, 23 febbraio 2011, n. 1114, *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 621
- Cons. Stato, sez. VI, 9 marzo 2011, n. 1488, *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 952
- Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, *Foro it.*, 2012, III, 46
- Cons. Stato, ad. plen., 7 aprile 2011, n. 4, *Foro it.*, 2011, III, 306,
- Cons. Stato, sez. VI, 10 maggio 2011, n. 2755, *Urb. App.*, 2011, 927
- Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2011, n. 5986, *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3012
- Cons. Stato, sez. IV, 7 giugno 2012, n. 3376, *Foro it.*, voce *Atto amministrativo*, n. 361
- Cons. Stato, sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Atto amministrativo*, n. 444
- Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5748, *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2999
- Cons. Stato, sez. VI, 14 febbraio 2013, n. 157, *Foro Amm. C.d.S.*, 2013, 158
- Cons. Stato, comm. spec., 14 febbraio 2013, n. 677, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Giustizia amministrativa*, n. 639
- Cons. Stato, sez. V, 20 agosto 2013, n. 4194, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Atto amministrativo*, n. 360
- Cons. Stato, sez. VI, 3 settembre 2013, n. 4393, *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 2553
- Cons. Stato, sez. IV, 11 aprile 2014, n. 1756, *Foro amm.*, 2014, n. 1062
- Cons. Stato, sez. VI, 22 aprile 2014, n. 2020, *Foro amm.*, 2014, 1122
- Cons. Stato, ad. plen., 20 giugno 2014, n. 14, *Urb. App.*, 2014, 1195
- Cons. Stato, sez. III, 31 ottobre 2014, n. 5387, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. III, 19 dicembre 2014, n. 6174, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. V, 20 gennaio 2015, n. 163, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. V, ord. 22 gennaio 2015, n. 284, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

- C.G.A.R.S., 29 gennaio 2015, n. 81, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. V, 3 febbraio 2015, n. 515, *Foro amm.*, 2015, II, 444
- Cons. Stato, sez. VI, 30 marzo 2015, n. 1652, *Foro amm.*, 2015, II, 779
- Cons. Stato, sez. VI, 9 aprile 2015, n. 1782, *Foro amm.*, 2015, II, 1111
- Cons. Stato, sez. V, 14 aprile 2015, n. 1867, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. VI, 27 aprile 2015, n. 2116, *Foro amm.*, 2015, 1124
- Cons. Stato, ad. plen., 27 aprile 2015, n. 4, *Foro it.*, 2015, III, 286
- Cons. Stato, sez. V, 26 maggio 2015, n. 2611, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 2015, n. 3249, *Foro it.*, 2015, III, 440
- Cons. Stato, sez. VI, 13 ottobre 2015, n. 4695, *Foro amm.*, 2015, 2521
- Cons. Stato, sez. V, 25 febbraio 2016, n. 762, *Foro it.*, 2016, III, 468
- Cons. Stato, sez. IV, 5 maggio 2016, n. 1798, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 807.
- Cons. Stato, sez. V, 28 settembre 2016, n. 4009, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. III, 30 gennaio 2017, n. 367, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. VI, 5 aprile 2017, n. 1590, *Foro amm.*, 2017, 846
- Cons. Stato, sez. VI, 24 ottobre 2017, n. 4894, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. IV, 7 dicembre 2017, n. 5753, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. III, 11 dicembre 2017, n. 5840, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, ad. plen., 22 dicembre 2017, n. 13, *Foro it.*, 2018, III, 145
- Cons. Stato, sez. III, 29 gennaio 2018, n. 616, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2018, n. 2133, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2018, n. 2133, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. V, 10 aprile 2018, n. 2168, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. VI, 16 aprile 2018, n. 2268, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2018, n. 2854, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

## PRONUNCE DEI T.A.R.

- TAR Lazio, sez. III, 5 gennaio 1985, n. 2, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Giustizia amministrativa*, n. 632
- TAR Valle D'Aosta, 23 maggio 1995, n. 68, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Giustizia amministrativa*, n. 813
- TAR Liguria, sez. II, 14 aprile 2005, n. 497, *Foro amm. T.A.R.*, 2005, 1021
- TAR Umbria, sez. I, 24 novembre 2010, n. 513, *Foro amm. T.A.R.*, 2010, 3503
- TAR. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 693, *Urb. app.*, 2012, 707
- TAR. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 dicembre 2011, n. 700, *Giur. it.*, 2012, 2177
- TAR Lazio, sez. III, 4 gennaio 2012, n. 59, *Foro Amm. T.A.R.*, 2012, 170
- TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 8 marzo 2012, n. 121, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR Lazio, sez. II, 15 marzo 2012, n. 2550, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 luglio 2012, n. 336, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR Umbria, sez. I, 18 gennaio 2013, n. 19, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR Liguria, sez. II, 22 gennaio 2014, n. 102, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR Lazio, sez. I *ter*, 12 marzo 2015, n. 4063, *Urb. e app.*, 2015, 706
- TAR. Molise, sez. I, 4 maggio 2015, n. 187, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR Campania, sez. VII, 8 maggio 2015, n. 2571, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR Lazio, sez. II *ter*, 9 settembre 2015, n. 11109, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR Marche, sez. I, 19 giugno 2016, n. 486, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)
- TAR Piemonte, sez. I, 9 agosto 2017, n. 960, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

## CORTE COSTITUZIONALE

- Corte cost., 27 giugno 1958, n. 40, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org)
- Corte cost., 12 dicembre 1985, n. 349, *Giur. cost.*, 1985, I, 2408
- Corte cost., 24 marzo 1988, n. 364, *Foro it.*, 1988, I, 1325
- Corte cost., 13 aprile 1989, n. 232, *Foro it.*, I, 1855
- Corte cost., 17 maggio 1995, n. 177, *Dir. proc. amm.*, 1996, 298
- Corte cost., 26 luglio 1995, n. 390, *Cons. Stato*, 1995, II, 1288

## **PRONUNCE DELLA CORTE DI GIUSTIZIA DELL'UNIONE EUROPEA E DELLA CEDU**

CGCE., 16 dicembre 1960, *Humblet*, C-6/60, in [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 22 marzo 1961, *S.N.U.P.A.T.*, cause C-42/59 e C-49/59 riunite, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 13 luglio 1961, *Meroni*, C-14/60, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 6 aprile 1962, *Bosch*, C-13/61, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE 9 luglio 1969, *Portelange c/ Smith Corona Marchant international*, C-10/69, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 14 luglio 1972, *Azienda Colori Nazionali [ACNA] c/ Commissione*, C-57/69, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 8 aprile 1976, *Defrenne Sebena*, C-43/75, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CEDU, 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*

CGCE, 27 marzo 1980, *Denkavit*, C-61/79, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 15 ottobre 1980, *Providence agricole de Champagne*, C-43/75, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 15 ottobre 1980, *Roquette Frères*, C-145/79, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 15 ottobre 1980, *Maïseries de Beauce*, C-109/79, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 15 ottobre 1980, *ONIC*, C-4/79, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 27 marzo 1981, *Cilfit*, C-283/81 [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE., 27 febbraio 1985, *Société des produits de maïs SA c. Administration des douanes et droits indirects*, C-112/83, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 20 marzo 1985, *Timex*, C-264/82, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 15 gennaio 1986, *Pinna*, C-41/84, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 3 luglio 1986, *Consiglio c. Parlamento*, C-34/86, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE., 21 giugno 1988, *Commissione c. Italia*, C- 257/86, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGCE, 17 maggio 1990, *Barber*, C-262/88, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

- CGCE, 19 novembre 1990, *Francovich*, cause riunite C-6/90 e C-9/90, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 31 marzo 1992, *Consiglio c. Parlamento*, C-284/90, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 7 luglio 1992, *Parlamento c. Consiglio*, C-295/90, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 26 aprile 1994, *Roquette Frères*, C-228/92, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 28 settembre 1994, *Vroege*, C-57/93, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 5 luglio 1995, *Parlamento c. Consiglio*, C-21/94, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 11 agosto 1995, *F.G. Roders B.V.*, C-367/93, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 13 febbraio 1996, *Van Es Douane Agenten*, C-143/93, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 13 febbraio 1996, *Société Bautiaa*, C-197/94, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 28 maggio 1998, *Parlamento c. Consiglio*, causa C-22/96, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 28 maggio 1998, *Parlamento c. Commissione*, C-22/96, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 10 ottobre 1998, *Regno Unito/Commissione*, C-209/96, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 19 novembre 1998, *Portogallo c. Consiglio*, C-21/94, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CEDU, 28 ottobre 1999, *Zielinski e Pradal c. Francia, R.F.D.A.*, 2000, 289
- CGCE, 9 marzo 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, C-437/97, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 23 maggio 2000, *Buchner*, C-104/98, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 18 giugno 2002, C-242/00, *Germania c. Commissione*, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 20 maggio 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma e Salumificio S. Rita*, C-108/01, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, Grande Sezione, 6 dicembre 2005, *Abna Ltd et autres*, cause riunite C-453/03, C-11/04, C-12/04 e C-194/04, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)
- CGCE, 21 febbraio 2006, *Halifax e a.*, C-255/02, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 26 ottobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE., 21 giugno 2007, *Stichting ROM*, C-158/06, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 3 settembre 2008, *Kadi*, C-402/05, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)
- CGCE, 11 giugno 2009, *Nijemeisland*, C-170/08, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CONDORELLI Martina | I principi di certezza del diritto e di *sécurité juridique* e le garanzie offerte al cittadino in Italia e in Francia

CGUE, Grande Sezione, 8 settembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, C-409/06, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE., 28 febbraio 2012, *Inter-environnement Wallonie*, C-41/11, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 21 marzo 2013, *RWE Vertrieb*, C-92/11, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 12 dicembre 2013, *Association Vent de colère! Fédération nationale*, C-262/12, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 13 marzo 2014, *Octapharma France SAS*, C-512/12, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 23 ottobre 2014, *Schulz e Egbringhoff*, cause riunite C-359/11 e C-400/11, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 17 dicembre 2015, *Union des syndicats de l'immobilier*, cause riunite C-25/14 e 16/14, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 23 dicembre 2015, *Parlamento c. Consiglio*, C-595/14, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 28 aprile 2016, *Borealis Polylefine GmbH*, cause riunite C-191/14; C-192/14; C-295/14, C-389/14 e da C-391/14 a C-393/14, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 28 luglio 2016, *Association France Nature Environnement*, C-379/15, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, V sez., 7 settembre 2016, C-121/15, *ANODE*, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 7 settembre 2016, *Repubblica Federale di Germania c. Parlamento*, C-113/14, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 22 settembre 2016, *Parlamento c. Consiglio*, C- 14/15, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 10 novembre 2016, *Kovalkovas*, C-477/16, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 20 settembre 2017, *Tilly-Sabco SAS*, C-183/16, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 19 settembre 2018, *C.E. N.E.*, cause riunite C-325/18 e C-375/18, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 20 settembre 2018, *2M-Locatel* C-555/17, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 24 ottobre 2018, *Savage et Lejeune* C-602/17, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)

CGUE, 8 novembre 2018, *Cartrans Spedition* C-495/17, [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu)





CONDORELLI Martina | I principi di certezza del diritto e di *sécurité juridique* e le garanzie offerte al cittadino in Italia e in Francia



CONDORELLI Martina | I principi di certezza del diritto e di *sécurité juridique* e le garanzie offerte al cittadino in Italia e in Francia

## Allegato : résumé de la thèse en langue française

### Introduction

---

#### 1. HISTOIRE D'UN PRINCIPE: DE LA «CERTITUDE» À LA «SÉCURITÉ» JURIDIQUE.

##### a. Justification des termes utilisés

La sécurité juridique - souvent considérée comme l'un des objectifs principaux du droit<sup>1</sup> - est une valeur inhérente à l'idée même d'État<sup>2</sup> ; d'ailleurs, on peut constater qu'elle fait partie de très nombreuses traditions juridiques nationales.

Le concept y est décliné de deux façons différentes, selon la langue considérée. Dans un certain nombre de pays – parmi lesquels figurent Italie et les pays anglophones – l'expression utilisée pour désigner la sécurité juridique est déclinée autour de l'idée de «certitude» (*certezza del diritto*, *legal certainty*).

---

<sup>1</sup> B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, A.J.D.A., 1995, 151; M. Fromont, *Le principe de sécurité juridique*, A.J.D.A., 1996, 178. Dans le même sens, cf. R. Bin, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, 2018, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it).

<sup>2</sup> M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in A.A.V.V., *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, Atti del LX Convegno di studi di scienza dell'Amministrazione (Varenna 18, 19, 20 settembre 2014), Giuffrè, Milano, 2014, 259 (et particulièrement 297 ss.).

Dans d'autres pays, comme la France, l'Espagne, ou l'Allemagne, c'est en revanche la notion de «sécurité» qui prévaut<sup>3</sup> (*sécurité juridique*, *seguridad jurídica*, *Rechtssicherheit*). Cette notion semblerait indiquer quelque chose de plus par rapport à la *certitude*<sup>4</sup>: elle évoque en effet la protection de l'individu face à un risque ou à un danger.

Les termes utilisés pour désigner le concept de «sécurité juridique» apparaissent cependant parfaitement équivalents dans la jurisprudence des juges européens<sup>5</sup>, ainsi que dans le discours de la doctrine<sup>6</sup>, où ils sont utilisés les uns comme la traduction des autres.

Il apparaît que les juristes italiens et français ont simplement adhéré à deux écoles de pensée différentes quant à la qualification du principe étudié. Si la notion de «sécurité juridique», d'origine allemande, a pénétré le vocabulaire juridique français, probablement grâce à son utilisation dans les traductions françaises des arrêts du juge communautaire<sup>7</sup>, en Italie, le concept, ainsi décliné, n'a pas connu le même succès<sup>8</sup>,

---

<sup>3</sup> Comme l'observe M. Luciani, *Garanzie ed efficienza nella tutela giurisdizionale*, in A.A.V.V., *Diritto amministrativo ed economia: una sinergia per la competitività del Paese*, préc., 298 ss., la notion de sécurité juridique sous-tend un rapport fondamental entre paix, sécurité et État, qui a été mis particulièrement en exergue par les théories du contrat social.

<sup>4</sup> M. Luciani, *L'éclipse de la sécurité juridique*, *Rev. fran. dr. const.*, 2014, 991.

<sup>5</sup> *Ex multis*, cf., par exemple, les versions italienne et française de C.J.U.E., 8 novembre 2018, *Cartrans Spedition*, C-495/17, In [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); 24 octobre 2018, *Savage et Lejeune*, C-602/17, *ibid.*, 20 septembre 2018, *2M-Locatel*, C-555/17, *ibid.*; 19 septembre 2018, *C.E. N.E.*, C-325/18 et C-375/18 réunies.

<sup>6</sup> Cf., par exemple, A. Pizzorusso, P. Passaglia, *Italie*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, *A.I.J.C.*, 1999, 199, mais aussi M. Luciani, *L'éclipse de la sécurité juridique*, *Rev. fran. dr. const.*, préc., 991 ss.

<sup>7</sup> Cf., *ex multis*, D. Soulas de Russel, P. Raimbault, *Nature et racines du principe de sécurité juridique: une mise au point*, *Rev. intern. dr. comp.*, 2003, 55 (part. 89 ss.), et déjà B. Pacteau, *La sécurité juridique: un principe qui nous manque?*, *A.J.D.A.*, 1995, 151.

<sup>8</sup> À partir de Corte cost., 12 décembre 1985, n. 349, *Giur. costit.*, 1985, I, 2408; *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1585, la Corte Costituzionale a adopté la notion de «sécurité juridique», qui a été déclinée comme *affidamento nella sicurezza giuridica* (confiance dans la sécurité juridique). La notion apparaît dans de nombreux arrêts en matière de législation rétroactive (cf., *ex multis*, Corte cost., 26 juillet 1995, n. 390, *Giust. civ.*, 1995, I, 326; 3 juin 1998, n. 211, *Giur. cost.*, 1998, 1651, note de N. Zanon, *La legge di sanatoria non è onnipotente: un'ammissione importante in nome del "giusto procedimento" e degli artt. 24 e 113 Cost.*; 4 novembre 1999, n. 416, *Foro it.*, 2000, I, 2456, 20 mai 2016, n. 108, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Impiegato dello Stato e pubblico*, n. 265; Corte cost., 13 juillet 2016, n. 173, *Foro it.*, 2016, I, 3205, note de R. Romboli).

peut-être car la notion de «certitude juridique» était déjà profondément enracinée dans la culture juridique italienne<sup>9</sup>.

Dans notre recherche, les deux expressions seront considérées comme la traduction l'une de l'autre.

## **b. Une tentative de définition des principes de sécurité juridique et de *certezza del diritto***

Les principes de sécurité juridique et de *certezza del diritto* ont de nombreuses implications, qui peuvent être décrites en prenant un point de vue objectif ou un point de vue subjectif.

Les implications objectives de la sécurité juridique représentent autant de limites et de paramètres de l'activité de production des normes juridiques. Dans son acception objective et statique, la sécurité juridique impose que la norme soit claire, précise et accessible<sup>10</sup>; tandis que, dans son acception objective et dynamique, elle

---

<sup>9</sup> Comme le démontre, par exemple, la publication à la moitié du siècle dernier de la monographie de F. Lopez de Onate, *La certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1942 et de l'article de N. Bobbio, *La certezza del diritto è un mito?*, *Riv. intern. fil. dir.*, 1951, 146. Les juristes italiens ont en revanche importé de l'Allemagne le principe de protection de la confiance légitime, qui est directement dérivé du principe de *Rechtssicherheit*. Le principe, qui a une certaine affinité avec le principe de bonne foi d'origine romaine, très connu et étudié dans la tradition juridique italienne, n'a en revanche pas fait brèche en France. Cela pourrait être dû au fait que le droit public italien reconnaît, comme son homologue allemand, l'existence de positions subjectives protégées face au pouvoir de l'Administration (les *interessi legittimi*). Il ne présente donc pas les mêmes frictions avec le principe de confiance légitime constatées par la doctrine française. Pour une analyse critique des origines du principe de confiance légitime, cf. F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni Trenta all'alternanza*, Giuffrè, Milano, 2001.

<sup>10</sup> La clarté du droit doit être assurée par les institutions européennes (cf. C.J.C.E. 11 juin 2009, *Nijemeisland* C-170/08, par. 44, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), 11 novembre 2010, *Grootes*, C-152/09 par. 43, *ibid.*), ainsi que par les États membres, lors de la transposition du droit européen (cf. C.J.C.E., 21 juin 1988, *Commissione c. Italia*, C-257/86, par. 12).

En France, le principe de clarté de la loi a valeur constitutionnelle: cf. Cour const., 12 janvier 2002, n. 2001-455 DC, *L.P.A.*, 21 janvier 2002, n. 15, 3, note de J.-E. Schoettl, *La loi de modernisation devant le Conseil constitutionnel*. Dans ce sens, récemment, cf. Cons. const., 21 juin 2018, n. 2018-766 DC, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr). Il est donc nécessaire, pour que l'«objectif de valeur constitutionnelle d'intelligibilité et d'accessibilité de la loi» soit respecté, que les lois soient suffisamment «précises» et «non équivoques»: cf., dans ce sens, *ex multis*, Cour const., 29 décembre 2012, n. 2012-662 DC (par. 83), *R.F.D.A.*, 2013, 1273, note de E. Oliva, *L'appréciation du caractère*

impose la relative stabilité des normes applicables, ainsi que leur non rétroactivité, du moins en principe<sup>11</sup>.

---

*confiscatoire ou excessif de l'impôt par le Conseil constitutionnel*. Sur ce thème, cf. A.L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *Cahiers const.*, mars 2005 et B. Mathieu, *France*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, *A.I.J.C.*, 1999, 155. En Italie, aucune base normative n'impose au législateur d'adopter des lois claires; même en ce qui concerne droit pénal, la valeur constitutionnelle du principe de précision (*principio di determinatezza*) a été fortement débattue, dans les premières années suivant l'adoption de la Constitution: cf., à tel propos, C. Esposito *L'art. 25 della Costituzione e l'art. 1 del codice penale*, *Giur. cost.*, 1961, 537. La Corte costituzionale censure désormais les lois pénales qui ne sont pas suffisamment claires et intelligibles pour violation de l'art. 25 Cost.: cf. Corte cost., 9 avril 1981, n. 96, *Giur. Cost.*, 1981, I, 806, note de P. G. Grasso, *Controllo sulla rispondenza alla realtà empirica delle previsioni legali di reato*. En dehors du secteur pénal, la Corte costituzionale tend à ne pas déclarer incostitucionnelles les lois obscures, en observant qu'aucune norme constitutionnelle n'impose la clarté au législateur (cf., à ce propos, R. Romboli, *Tecnica legislativa e qualità della legislazione: l'inidoneità del giudizio costituzionale a verificarne i vizi*, *Foro it.*, 2008, I, 1422).

Une partie de la doctrine a constaté que la loi obscure pourrait être censurée pour violation du principe de raisonnabilité de la loi (*principio di ragionevolezza*): cf. P. Damiani, *La certezza del diritto come parametro nei giudizi di costituzionalità. Le esperienze italiana e spagnola a confronto*, *Giur. cost.*, 1999, 2347 (part. 2352). Sur ce thème, cf. aussi A. D'Aloia, P. Mazzina, *Qualità della legge e giustizia costituzionale: appunti intorno a una questione aperta*, in V. Cocozza, S. Staiano, *I rapporti tra parlamento e governo attraverso le fonti del diritto. La prospettiva della giurisprudenza costituzionale*, II, Giappichelli, Torino, 2001, 841 (part. 858 ss.).

La Constitution italienne garantit l'accessibilité des lois en imposant la publication de celles-ci (art. 73 co. 3 Cost.).

<sup>11</sup> En Italie, comme en France, le principe de non rétroactivité des lois n'a pas valeur constitutionnelle (le principe n'est explicitement énoncé que pour les lois pénales: cf. art. 25, co. 2, Cost.); dans les deux Pays, la jurisprudence constitutionnelle a cependant fixé de nombreuses limites à la discrétion du législateur. Le Conseil constitutionnel requiert d'abord le respect du principe de séparation des pouvoirs: le législateur ne peut donc pas adopter des lois rétroactives qui privent les individus de droits reconnus pas une décision juridictionnelle, ni de droits acquis sur la base de la législation précédente: cf., en matière fiscale, Cons. Const. 24 juillet 1991, DC 91-298, in *R.D.P.*, 1992, 51, note de D. Rousseau. En outre, les lois rétroactives doivent être justifiées sur la base d'un motif d'intérêt général. En ce qui concerne les lois de validation, le Conseil constitutionnel s'est désormais conformé au *standards* fixés par la C.E.D.H.: la mesure rétroactive doit être justifiée par un motif impérieux d'intérêt général (cf., Cons. Const., 14 février 2014, n. 2013-366 QPC, *A.J.D.A.*, 2014, 1204, note de J. Roux, *Du «but d'intérêt général suffisant» au «motif impérieux d'intérêt général»: les mots et les choses*).

La Corte costituzionale effectue un *test* similaire sur les lois rétroactives: celles-ci peuvent être censurées pour violation du principe de raisonnabilité, lorsque les objectifs poursuivis par le législateur apparaissent disproportionnés par rapport à l'atteinte des situations juridiques en cours: cf. Corte cost., 12 décembre 1985, n. 349, *Giur. cost.*, 1985, I, 2408; *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1585. Sur ce thème, cf. L. Lorello, *La tutela del legittimo affidamento tra diritto interno e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1998, 224 ss.



Les implications objectives de la *sécurité juridique* sont strictement reliées aux implications subjectives du principe<sup>12</sup>, qui peuvent, elles aussi, être envisagées de trois façons<sup>13</sup>.

Du point de vue matériel et subjectif, le principe implique la possibilité de prévoir et de connaître le contenu des décisions adoptées par les organes détenant le pouvoir (juridictionnel, exécutif et législatif)<sup>14</sup>; ces deux aspects ont tous deux trait à la dimension weberienne de la prévisibilité du droit<sup>15</sup>.

Toujours du point de vue subjectif, sous son aspect dynamique, la *sécurité juridique* implique la protection de l'attente individuelle de stabilité ou, du moins, de cohérence de la réglementation des situations juridiques<sup>16</sup>.

---

<sup>12</sup> A. Pizzorusso, P. Passaglia, *Italie*, in *Table ronde "Constitution et sécurité juridique"*, A.I.J.C., 1999, 199.

<sup>13</sup> Cette subdivision est proposée par L. Gianformaggio, *Certeza del diritto*, Dig. disc. priv., 1988, 278.

<sup>14</sup> La jurisprudence européenne a affirmé, a tel propos, que le principe de *sécurité juridique* impose quel les destinataires des décisions soient mis en état de connaître avec précision les obligations auxquelles ils sont soumis: cf., dans ce sens, C.J.C.E. 10 octobre 1998, *Royaume Uni c. Commission*, C-209/96, par. 35, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); 20 mai 2003, *Consorzio del Prosciutto di Parma et Salumificio S. Rita*, C-108/01, par. 89, *ibid.*; 21 février 2006, *Halifax e a.*, C-255/02, par. 72, *ibid.*), de façon à pouvoir agir en connaissance de cause (C.J.C.E. 13 février 1996, *Van Es Douane Agenten*, C-143/93, par. 27, et 26 octobre 2006, *Koninklijke Coöperatie Cosun*, C-248/04, par. 79). Par exemple, la Cour a jugé que si la concession d'un bénéfice économique est soumise à une condition dont l'opérateur concerné n'a pas été informé, le bénéfice ne doit pas être récupéré, du moment où le bénéficiaire prouve sa bonne foi (cf. C.J.C.E., 21 juin 2007, *Stichting ROM*, C-158/06, punti 20 ss., in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)).

La jurisprudence constitutionnelle italienne a affirmé que l'ignorance excusable de l'interdit pénal conduit à l'exclusion de la culpabilité de l'agent (Corte cost., 24 mars 1988, n. 364, *Foro it.*, I, 1385, note de G. Fiandaca, *Principio di colpevolezza ed ignoranza scusabile della legge penale: «prima lettura» della sentenza n. 364/88*). Cependant, la jurisprudence pénale évalue avec beaucoup de rigueur l'excusabilité de l'erreur dans ces cas (cf., par exemple, Cass. pen., sez. V, 24 novembre 2016, n. 2506, *Foro it.*, Rep. 2017, voce *Legge penale*, n. 21, où il est spécifié que le doute sur l'interprétation de l'interdit ne peut conduire à l'exclusion de la culpabilité de l'agent).

<sup>15</sup> M. Weber, *Economia e società*, I, (traduction de T. Bagiotti, F. Casabianca, P. Chiodi, E. Fubini, G. Giordano e P. Rossi), Edizioni della Comunità, Milano, 1974, 336.

<sup>16</sup> L. Gianformaggio, *Certeza del diritto*, préc., 276, observait en ce sens quel les lois qui se succèdent dans le temps doivent être cohérentes les unes avec les autres. Le principe de la protection des attentes de cohérence et de raisonabilité a été reconnu par la Corte costituzionale: à partir de 1985, la Corte affirme que le législateur doit respecter la confiance du citoyen en la *sécurité juridique*, qui représente un des éléments fondamentaux de l'État de droit («*affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica, che costituisce elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto*»). L'existence de cette confiance limite la discrétion du législateur, en lui empêchant de modifier de façon arbitraire les situations avantageuses nées sous l'empire de la loi précédente (Corte cost., 12 décembre 1985, n. 349, *Giur. cost.*, 1985, I, 2408; *Giur. it.*, 1986, I, 1, 1585).

### **c. Les manifestations «objectives» et «subjectives» du principe de sécurité juridique, en droit public italien et français**

La sécurité juridique, conçue comme stabilité des situations juridiques déjà existantes – en cours ou déjà «définies»<sup>17</sup> – a inspiré, en Italie comme en France, un certain nombre de règles et de principes.

En ce sens, le droit public italien prévoit toute une série de règles, de nature objective et subjective, tendant à la stabilisation d'une situation juridique<sup>18</sup>; parmi les premières, l'on peut citer les rapports devenus définitifs (*rapporti esauriti*) sur lesquels bute la rétroactivité des effets des arrêts de la Corte costituzionale<sup>19</sup>, le principe de la chose décidée (*inoppugnabilità*) ou encore de la chose jugée (*giudicato*), qui rend le juge le garant de la stabilité, face à la mutation continue des faits juridiques<sup>20</sup>.

Du point de vue subjectif, en revanche, la sécurité juridique est protégée en Italie au travers de la protection de la confiance légitime<sup>21</sup> du destinataire de l'acte qui fait

---

<sup>17</sup> C. Luzzati, *L'interprete e il legislatore. Saggio sulla certezza del diritto*, Giuffrè, Milano, 1999, 285, observait que les règles appartenant à la deuxième catégorie répondent à l'«*opportunità pratica che i rapporti giuridici – lungi dal potere venire perpetuamente rimessi in discussione – si stabilizzino con il tempo*».

<sup>18</sup> Cette distinction concerne l'aptitude de la règle de stabilisation à prendre en compte la situation concrète et subjective (l'*animus*) de l'individu qui bénéficie de la situation: parmi les règles de stabilisation de droit objectif, l'on peut citer, par exemple, la prescription ou le principe de non rétroactivité des actes administratifs. La prescription acquisitive peut en revanche être classée parmi les règles de stabilisation de droit subjectif.

<sup>19</sup> L'art. 30, co. 3, de la loi du 11 mars 1953, n. 87, établit que les normes inconstitutionnelles ne peuvent plus être appliquées (par les juges notamment) à partir du jour suivant la publication de la décision. Il s'agit là donc d'une rétroactivité *sui generis*. Comme le précise G. Zagrebelsky, *Processo costituzionale* (voce), *Enc. Dir.*, vol. XXXVI, Giuffrè, Milano, 633 ss., la rétroactivité de la décision consiste plutôt en une «*interferenza processuale conseguente alle nuove norme utilizzabili dai giudici per definire i vecchi giudizi*.» La rétroactivité de la décision est ainsi seulement indirecte.

<sup>20</sup> F. Benvenuti, voce *Giudicato* (*dir. amm.*), in *Enc. dir.*, vol. XVII, Giuffrè, Milano, 1969, 896. (notre traduction).

<sup>21</sup> F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento di ufficio e l'affidamento del cittadino*, *Dir. amm.*, 2005, 843 (part. 846) a observé que «*se i limiti di origine giurisprudenziale all'annullamento d'ufficio sono stati visti come la riposta, non del tutto consapevole all'esigenza di tutela dell'affidamento del cittadino*», les règles sur le retrait fixées par la jurisprudence administrative des années Cinquante (obligation de justifier le retrait sur la base d'un intérêt spécifique et actuel de l'Administration, obligation d'agir dans un «*temps raisonnable*») avaient dans la plupart des cas l'objectif de maintenir le *status quo*, dans l'intérêt de l'Administration. Par exemple, la condition de l'existence d'un intérêt au retrait permettait à l'Administration de refuser de retirer un acte, si cela aurait bouleversé son système organisationnel: l'existence de situations juridiques consolidées était donc évaluée en tenant compte de l'intérêt

l'objet du retrait (*annullamento in autotutela*). Ce principe aurait, selon certains auteurs, des origines romaines<sup>22</sup> ; il a cependant trouvé, en droit public italien, une reconnaissance relativement tardive, en doctrine<sup>23</sup> comme dans la législation de secteur<sup>24</sup>.

Le droit public français, en revanche, connaît traditionnellement deux règles inspirées de l'exigence de préservation de la stabilité des situations juridiques subjectives, ayant toutes deux un caractère objectif: le principe d'intangibilité des actes individuels créateurs de droits<sup>25</sup> et le principe de non rétroactivité des actes administratifs<sup>26</sup>.

À ces dernières s'est récemment ajouté le principe général de protection de la sécurité juridique, qui a été consacré en 2006<sup>27</sup>. Le principe de sécurité juridique a été formellement préféré à celui de protection de la confiance légitime (applicable en France aux seules situations régies par le droit de l'Union<sup>28</sup>) car, à la différence de ce

---

publique à la conservation du *status quo* (dans ce sens, cf., par exemple, Cons. Stato, sez. IV, 27 octobre 1970, n. 744, in *Cons. Stato*, 1970, I, 1617, où l'on affirmait que le retrait de l'acte illégal peut se révéler «*in contrasto col pubblico interesse, perché alterando situazioni da tempo consolidate, rechi maggiormente turbamento della sua conservazione*»).

<sup>22</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Giuffrè, Milano, 2001, 13, a remis en cause l'idée que l'exigence de protection de la confiance légitime, suite à une mise en balance des intérêts en présence, puisse être liée à l'État de droit; s'il était ainsi, argue l'Auteur, la confiance légitime ne devrait jamais être mise en balance avec les autres intérêts en présence, mais elle devrait être toujours protégée.

<sup>23</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, préc., 80, remarquait (en 1970) «*il tema della tutela dell'affidamento del cittadino non ha mai avuto nella letteratura giuridica italiana una trattazione unitaria, e anzi, è stato, in più di un caso, espressamente respinto come improponibile, perché contrastante con i principî propri del diritto pubblico*». Dans ce sens, cf., par exemple, E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento*, *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, 494. En revanche, la jurisprudence administrative a commencé à prendre en compte la bonne foi objective de l'administré dans les années Cinquante, dans le cadre de la jurisprudence sur le pouvoir de retrait et ses limites.

<sup>24</sup> L'introduction dans la loi du 7 août 1990, n. 241 (*legge sul procedimento amministrativo*) d'une référence explicite au principe communautaire de la protection de la confiance légitime et à l'obligation de tenir compte des intérêts des destinataire dans l'exercice du pouvoir de retrait de l'acte illégal n'a eu lieu qu'avec la loi du 11 février 2005, n. 15.

<sup>25</sup> Cons. Etat, 3 novembre 1922, *Dame Cachet, Lebon*, 790 ; *R.D.P.*, 1922, 552, conclusions Rivet ; S. 1925, 3, P. 9, note de M. Hauriou ; *G.A.J.A.*, 13<sup>o</sup> ed., 2011, n. 40, p. 241.

<sup>26</sup> D. Soulas de Roussel, P. Raimbault, *Nature e radici del principio de sécurité juridique: une mise au point*, *R.I.D.C.*, 2003, 85 (part. 101) e M. Fromont, *Le principe de sécurité juridique*, préc. Nello stesso senso, cf. Anche J. Schwartz, *European administrative law*, préc., 874 ss..

<sup>27</sup> Cons. Etat, ass. 24 mars 2006, *KPMG*, *A.J.D.A.*, 2006, 1028, note de C. Landais, F. Lenica, *Sécurité juridique : la consécration*.

<sup>28</sup> Dans ce sens, *ex multis*, Cons. Etat, ass. 24 mars 2006, *KPMG*, préc., où il était précisé que «*le principe de confiance légitime, qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne*

dernier, il est considéré compatible avec l'objectivité et le légalisme du droit administratif français<sup>29</sup>. De plus, contrairement au principe de protection de la confiance légitime, qui protège l'intérêt individuel à la conservation de la situation favorable, l'objectif du principe de sécurité juridique est la protection de la stabilité et de la prévisibilité du droit, dans l'intérêt de tous<sup>30</sup>.

#### **d. *Certezza del diritto*, sécurité juridique, confiance légitime et principe de légalité**

Comme nous l'avons déjà mentionné, le concept de sécurité juridique est un produit d'importation: il est en effet né en Allemagne (*Rechtssicherheit*) au début du XIX<sup>ème</sup> siècle<sup>31</sup>, où il on lui reconnaît valeur constitutionnelle, en qualité d'élément essentiel de l'État de droit<sup>32</sup>. Il a en Allemagne une connotation subjective, en ce qu'il protège directement les situations subjectives des citoyens<sup>33</sup>.

Dans les années 1960, le principe de sécurité a été adopté par la jurisprudence de la Cour de Justice, qui l'a consacré comme principe général de l'ordonnement européen<sup>34</sup>. Aujourd'hui, le principe est tellement enraciné qu'en 2012, il a été

---

*trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire».*

<sup>29</sup> F. Grabias, *La tolérance administrative*, L.G.D.J., Paris, 2018, 467 ss. Comme l'on verra mieux *infra*, le principe élaboré par la doctrine et par la jurisprudence allemande a une composante subjective très importante, qui apparaît, par exemple, dans la définition rendue par le Conseil d'Etat, dans le rapport «*Sécurité juridique et complexité du droit*», La documentation française, 2006, 281 : «*Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles*».

<sup>30</sup> F. Grabias, *La tolérance administrative*, préc., 469.

<sup>31</sup> G. Severini, *La sicurezza giuridica e le nuove implicazioni della nomofilachia*, [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it), 2018, pour qui la paternité du concept appartient à W. J. Behr.

<sup>32</sup> W. Zimmer, *Allemagne*, in *Table ronde «Constitution et sécurité juridique»*, A.I.J.C., 1999, 91 ss.

<sup>33</sup> F. Merusi, *Buona fede e affidamento del cittadino*, préc., 36.

<sup>34</sup> Les premières mentions du principe peuvent être trouvées dans la décision C.J.C.E., 22 mars 1961, *S.N.U.P.A.T.*, C-42/59 et C-49/59 réunies, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu) et C.J.C.E., 13 juillet 1961, *Meroni*, C-14/60, *ibid.* Dans C.J.C.E., 6 avril 1962, *Bosch*, C-13/61, *ibid.* la Cour affirme pour la première fois que la sécurité juridique est un «principe général». En 1979, en s'inspirant de façon explicite à la

mentionné dans 162 des 687 arrêts rendus par la Cour de Justice<sup>35</sup>. Sous l'influence du droit communautaire, le concept est entré dans le vocabulaire des juristes français qui ont, à partir des années 1980, entrepris un débat relatif à l'opportunité d'introduire le principe en droit interne<sup>36</sup>. Ce débat s'est enfin conclu avec sa reconnaissance formelle de la part du Conseil d'Etat, en 2006<sup>37</sup>, malgré la perplexité d'une partie de la doctrine, qui en a critiqué le caractère vague<sup>38</sup>, polysémique<sup>39</sup>, et possiblement contradictoire<sup>40</sup>.

Ces contradictions ont été bien illustrées par B. Mathieu<sup>41</sup>, qui a observé que le principe peut tout aussi bien être utilisé pour justifier une validation, qui a pour effet de limiter l'annulation d'un acte illégal<sup>42</sup>, que pour fonder la déclaration d'inconstitutionnalité de la mesure de validation<sup>43</sup>. Cette même contradiction apparaît

---

jurisprudence communautaire, la C.E.D.H. a elle aussi proclamé que la sécurité juridique possède le rang de principe général du droit conventionnel: C.E.D.H., 13 juin 1979, *Marckx c. Belgio*, in [www.hudoc.echr.coe.int](http://www.hudoc.echr.coe.int), où le principe est invoqué afin de moduler les effets de la décision: «*le principe de sécurité juridique, nécessairement inhérent au droit de la Convention comme au droit communautaire, dispense l'État belge de remettre en cause des actes ou situations juridiques antérieurs au prononcé du présent arrêt.*»

<sup>35</sup> J. Van Meerbeeck, *De la certitude à la confiance. Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de justice de l'Union européenne*, Anthémis, Bruxelles, 2014, 19.

<sup>36</sup> Parmi les Auteurs favorables à une consécration du principe, l'on peut citer F. Luchaire, *La sûreté: droit de l'homme ou sabre de Monsieur Prudhomme*, R.D.P., 1989, 609; M. Fromont, *Le principe de sécurité juridique*, A.J.D.A. (numéro spécial 20 juin 1996), 1996, 178; A. L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005. Parmi les auteurs plus réticents, l'on peut citer B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, A.J.D.A., 1995, 151 et F. Moderne, *L'actualité des principes généraux du droit*, R.F.D.A., 1998, 506.

<sup>37</sup> Cons. Etat, 24 mars 2006, *Société KPMG et autres*, préc.. En 1991, déjà, puis en 2006, le Conseil d'Etat avait dédié ses rapports annuels à la *sécurité juridique*. Un autre signal d'ouverture des institutions françaises envers le principe peut être identifié dans la remise du prix de thèse à A. L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, préc., par le Conseil constitutionnel, en 2004.

<sup>38</sup> F. Pollaud-Dulian, *A propos de la sécurité juridique*, R.T.D. civ., 2001, 491.

<sup>39</sup> B. Mathieu, *Liberté contractuelle et sécurité juridique: les oracles ambigus des sages de la rue de Montpensier*, L.P.A., 1997, n. 29, 7.

<sup>40</sup> B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, préc.

<sup>41</sup> B. Mathieu, *Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel: un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits?*, R.F.D.A., 1998, 148.

<sup>42</sup> Par exemple, la *loi de validation* de l'impôt foncier sur les propriétés situées en Polynésie a été jugée compatible par le Conseil constitutionnel, parce que justifiée par l'exigence d'éviter l'insurgence de litiges qui auraient compromis la continuité du service public (Cons. const., 7 février 2002, n. 2002-458 DC, L.P.A., 2002, 16, note de J.-E. Schoettl, *La validation de l'impôt foncier sur les propriétés bâties en Polynésie française est-elle constitutionnelle?*).

<sup>43</sup> Le principe de sécurité juridique est dans, ces cas, relié à l'art. 16 de la Déclaration des droits de l'Homme et du Citoyen: dans ce sens, cf. Cons. const., 10 décembre 2010, n. 2010-78 DC, *Constitutions*, 2011, 191, note de C. De la Martinière, *La réticence du Conseil constitutionnel à sanctionner les validations législatives*.



dans la jurisprudence européenne : la Cour de Justice affirme habituellement que le pouvoir de modulation des effets des décisions d'annulation, qui lui a été attribué à partir du Traité de Rome<sup>44</sup> et, ensuite, appliqué par analogie à d'autres types de décisions<sup>45</sup>, est l'expression du principe de sécurité juridique<sup>46</sup>. Et pourtant, si l'on considère que la sécurité juridique est une valeur découlant de l'État de Droit, elle paraîtrait requérir le respect strict du principe de légalité : il semblerait donc difficile de s'en servir pour justifier le maintien en vie d'actes contraires au paradigme légal. Comme l'observait l'avocat général Marc Darmon, «*quelle plus grande sécurité, en effet, que celle résultant de la stricte application de la loi ?*»<sup>47</sup>.

### **e. La couleur idéologique ambiguë du principe de sécurité juridique**

La contradiction apparente entre certaines des implications de la sécurité juridique pourrait être expliquée à la lumière du fait que le principe n'a pas une couleur politique prédéterminée, ce qui lui permet d'être périodiquement présenté comme lié à des motivations différentes<sup>48</sup>.

Si nous pensons aujourd'hui la sécurité juridique comme une garantie pour le citoyen, l'on ne peut nier que, par le passé, cette exigence a été principalement invoquée dans une « logique politique », afin de légitimer le pouvoir établi<sup>49</sup>. Dans l'Antiquité, la stabilité des lois et la sécurité juridique étaient par exemple justifiées

---

<sup>44</sup> Art. 174, par. 2, TCEE, qui a aujourd'hui été remplacé (en éliminant la référence aux actes réglementaires) par l'art. 264, par. 2, TFUE.

<sup>45</sup> *Ex multis*, cf. CGCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, C-43/75, [www.curia.eu](http://www.curia.eu), *Foro it.*, 1976, IV, 334 ss.; CGCE, 15 octobre 1980, *Roquette frères*, C-145/79, par. 52, *ibid.* et in *Foro it.*, 1982, IV, 33; CGUE, 3 juillet 1986, *Consiglio c. Parlamento*, C-34/86; 31 mars 1992, *Consiglio c. Parlamento*, C-284/90 in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); 7 juillet 1992, *Parlamento c. Consiglio*, C-295/90; 5 juillet 1995, *Parlamento c. Consiglio*, C-21/94, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); 28 mai 1998, *Parlamento c. Commissione*, C-22/96; 19 novembre 1998, *Portogallo c. Consiglio*, C-21/94, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>46</sup> En ce sens, cf., *ex multis*, C.J.C.E., 15 octobre 1980, *ONIC*, C-4/79, par. 45.

<sup>47</sup> M. Darmon, *Conclusions sous C.J.C.E.*, 27 février 1985, *Société des produits de maïs SA c. Administration des douanes et droits indirects*, C-112/83, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>48</sup> M. Corsale, *Certezza del diritto, 1) profili teorici*, *Enc. giur.*, 1988, 5.

<sup>49</sup> P. Grossi, *Sull'odierna incertezza del diritto*, 2014, 921.



par la nécessité de préserver un *status quo* d'origine divine<sup>50</sup>, ou pour asseoir la légitimation politique du Souverain et de ses lois<sup>51</sup>. La sécurité juridique a par la suite été invoquée par les théoriciens de l'Absolutisme, et de la centralisation de la production législative dans les mains du Souverain<sup>52</sup> : ainsi, sous l'Ancien Régime, la valeur de la sécurité juridique se traduisait par une interdiction faite aux juges de juger selon équité<sup>53</sup>.

À partir du XVII<sup>ème</sup> siècle, la sécurité juridique s'est progressivement dotée d'une nouvelle couleur idéologique, par effet de la montée en puissance de la classe bourgeoise et marchande. Le passage du statut de sujet à celui de citoyen, ainsi que le passage d'une économie féodale à une économie de marché, ont replacé la sécurité juridique dans une perspective subjective. L'avènement de la société capitaliste a, d'une part, attribué à la sécurité juridique – comme prévisibilité du droit de la part de l'opérateur économique – un rôle central pour le développement et le bon fonctionnement du marché<sup>54</sup>. D'autre part, les Lumières ont placé la sécurité juridique et la prédétermination du droit (principe de légalité) parmi les valeurs fondamentales

---

<sup>50</sup> J. De Romilly, *La loi dans la pensée grecque*, Les belles lettres, Parigi, 1971, 203 ss., observait que, déjà dans la société athénienne du IV s. A.J.-C., la stabilité des lois de la Cité avait une valeur fondamentale: la procédure législative comportait en effet un véritable procès de la loi à modifier (*graphe*); en outre, si la nouvelle loi pouvait être considérée contraire aux valeurs fondamentales de la cité, les citoyens avaient le droit de promouvoir une action, la *graphè paranomôn*, à l'encontre de son auteur, pour en obtenir une condamnation.

<sup>51</sup> Par exemple, la codification justinienne n'était pas seulement le recueil des lois en vigueur; son contenu était le fruit d'une opération de sélection qui avait conduit à l'élimination de toutes les lois considérées indésirables par le Souverain. D'ailleurs, l'on peut constater que la célèbre phrase de Ulpien «*quod principi placuit, legis habet vigorem*» figure dans le Digeste (D., I, 4, 1). Ce fragment sera ensuite employé pour justifier l'Absolutisme: cf. J.M. Kelly, *A short history of Western Legal Theory*, Oxford University Press, 1992, (trad. italienne de S. Ferlini, *Storia del pensiero giuridico occidentale*, Il Mulino, Bologna, 1996, 95). M. Weber, *Economia e società*, II, préc., 166 observait que le besoin de codification naissait d'un «*bisogno di sicurezza giuridica interna nell'interesse di un preciso funzionamento dell'apparato ufficiale, insieme alle esigenze di prestigio del Monarca*»; en ce sens, «*la «sicurezza giuridica» risultante dalla codificazione soddisfa già un forte interesse politico*».

<sup>52</sup> À tel propos, l'on peut citer avec J. Van Meerbeck, *De la certitude à la confiance*, cit., 220, l'ordonnance adoptée par François I le 15 août del 1539, qui prévoyait à l'art. 110 que «*les arretz soient clers et entendibles [...] Afin qu'il n'y ayt cause dedoubter sur l'intelligence dedictz arretz, Nous voulons et ordonnons qu'ilz soient faictz et escriptz si clerement qu'il n'y puisse avoir aucune ambiguïte ou incertitude, ne lieu a en demander interpretation*».

<sup>53</sup> J. Van Meerbeck, *Penser par cas...et par principes*, R.I.E.J., 2014, 77.

<sup>54</sup> M. Weber, *Economia e società*, II, préc., 336. Ces aspects ont été approfondis par F. Tulkens, *La sécurité juridique: un idéal à reconsidérer*, R.I.E.J., 1990, n. 24, 29.

de garantie de l'individu face à l'arbitraire des interprètes<sup>55</sup> et, en général, face à l'arbitraire du pouvoir<sup>56</sup>: en ce sens, la *sécurité juridique* a été mise en lien avec le principe de légalité et le respect strict du droit de la part du juge et de l'administration<sup>57</sup>.

L'État social, et l'ingérence croissante de l'État dans la vie du citoyen, a par la suite attribué une nouvelle signification au principe de *sécurité juridique*. De valeur fondamentale du droit, la sécurité, définie comme la possibilité de connaître et de prévoir les règles applicables à une situation donnée, est devenue au XX<sup>ème</sup> siècle une exigence individuelle du citoyen ou de l'opérateur économique<sup>58</sup>, qui aspire aujourd'hui à pouvoir se fier à la cohérence<sup>59</sup> et à la rationalité de l'activité des centres du pouvoir institutionnel<sup>60</sup>. Ces valeurs sont devenues particulièrement importantes dans la société pluraliste contemporaine, dans laquelle la solution des conflits ne passe pas nécessairement par l'application rigide du droit, mais plutôt par une mise en balance, raisonnable et fondée sur des valeurs cohérentes, des différents intérêts en présence<sup>61</sup>.

---

<sup>55</sup> La méfiance à l'encontre des tribunaux apparaît clairement dans de nombreux textes de cette période: cf., par exemple, C. L. De Montesquieu, *De l'esprit des lois*, libro VI, cap. 3, Ed. Garnier Frères, 1956, 82 «dans les états despotiques, il n'y a point de loi: le juge est lui-même la sa règle [...] Dans le gouvernement républicain, il est de la nature de la constitution quel es juges suivent la lettre de la loi. Il n'y a point de citoyen contre qui on puisse interpréter une loi, quand il s'agit de ses biens, de son honneur ou de sa vie»; F.M. Voltaire, *Lois civiles et ecclésiastiques, Dictionnaire philosophique* (1764), Garnier Frères, 1967, 290: «que toute la loi soit claire, uniforme et précise: l'interpréter, c'est presque toujours la corrompre». Des considérations similaires apparaissent dans P. Verri, *Sulla interpretazione delle leggi*, in G. Francioni, S. Romagnoli (sous la direction de), *Il caffè. 1764-1766*, Giappichelli, Torino, 1993, 695.

<sup>56</sup> J. Locke, *Concerning civil government, Second essay*, Hackett, 1980, 73, écrivait par exemple que «for all the power the government has, being only for the good of the society, as it ought not to be arbitrary and at pleasure, so it ought to be exercised by established and promulgated laws, that both the people may know their duty and be safe and secure within the limits of the law, and the rulers too, kept within their due bounds».

<sup>57</sup> G. Peces-Barba, *Teoria dei diritti fondamentali*, Giuffrè, Milano, 1993, 229, remarquait par exemple que «una garanzia fondamentale della sicurezza giuridica [è] l'impero della legge, la rule of law, in definitiva lo Stato di diritto, nel quale si regolamenta e si razionalizza l'uso della forza attraverso il potere (chi può usarla, con quali procedimenti, con quali contenuti, con quali limiti».

<sup>58</sup> B. Pateau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque?*, préc.

<sup>59</sup> A. Pizzorusso, *Minoranze e maggioranze*, Torino, 1993, 26 ss..

<sup>60</sup> S. Bauman, *Vita liquida*, Laterza, Roma-Bari, 2008, 29, observait en effet que «se manca la sicurezza, gli attori sono liberi, ma privi della fiducia senza cui è difficile esercitare la libertà».

<sup>61</sup> F. Rimoli, *Certezza del diritto e moltiplicazione delle fonti: spunti per un'analisi*, in F. Modugno (sous la direction de), *Trasformazioni della funzione legislativa*, II, Giuffrè, Milano, 108, observait à tel propos que dans la société post moderne, la «certezza del diritto e perspicuità della legge, intese nell'accezione comune, sono ormai [...] controproducenti per ottenere la realizzazione del fine dell'assorbimento dei conflitti; per questo, è piuttosto necessaria una forma di indeterminazione

Aujourd'hui, cette dernière conception de la sécurité juridique a fini par s'imposer: la sécurité juridique correspond désormais à un idéal de fiabilité, rationalité, proportionnalité du droit<sup>62</sup>.

## **2. RESTRICTION DU PÉRIMÈTRE DE LA RECHERCHE: LA TENSION ENTRE LE PRINCIPE DE SÉCURITÉ JURIDIQUE ET DES GARANTIES JURIDICTIONNELLES OFFERTES À L'ADMINISTRÉ.**

### **a. Le choix du périmètre de la recherche**

Les multiples acceptions du principe de sécurité juridique imposent de l'étudier sous un angle spécifique. Notre recherche concernera les interactions entre le principe de sécurité juridique – comme fondement de la protection de la stabilité des situations juridiques – et le principe de légalité, en tant que garantie du citoyen face à l'administration. Ce thème paraît particulièrement intéressant, en ce qu'il oppose deux des implications de la sécurité juridique exposées ci-dessus, et en révèle les tensions sous-jacentes.

En particulier, nous nous intéresserons ici à la question de la limitation des effets rétroactifs de l'annulation contentieuse, justifiée par la nécessité de préserver la stabilité des situations juridiques nées sous l'empire de l'acte illégal. La recherche se fondera principalement sur l'analyse de la jurisprudence italienne et française, de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle à aujourd'hui.

---

*controllata, di incertezza programmata, che permetta di modulare ogni decisione sulla situazione contingente*». Dans ce contexte, la sécurité ne peut consister qu'en la cohérence des fins poursuivis par l'interprète, et donc dans la possibilité de prévoir (du moins dans une certaine mesure) les contenus de la décision.

<sup>62</sup> M. Heers, *La sécurité juridique en droit administratif français: vers une consécration du principe de confiance légitime*, R.F.D.A., 1995, 963.

## **b. Les raisons de la comparaison: les différentes expériences française et italienne. Méthodologie.**

En France, à partir des années 1950, la jurisprudence administrative avait pris soin de fixer des limites à la rétroactivité de l'annulation juridictionnelle. Ces limites avaient été justifiées par l'exigence de protection des droits acquis. Le principe de sécurité juridique a par la suite fondé l'introduction du pouvoir de modulation, qui est aujourd'hui souvent cité comme un exemple de protection de la sécurité juridique de la part du juge<sup>63</sup>.

En Italie, en revanche, après la deuxième guerre mondiale, un phénomène tout à fait contraire s'est produit: à partir du début des années 1950, la jurisprudence s'est orientée vers un élargissement des effets de l'annulation, à travers le développement de la théorie dite de la «*caducazione automatica*» des actes-conséquence. Aujourd'hui, la modulation des effets de l'annulation reste en Italie un phénomène limité et fortement critiqué.

La recherche a donc pour but l'analyse, dans une perspective historique, de l'importance du principe de sécurité juridique dans le contexte des études sur les effets de l'annulation, ainsi que des implications du principe, quant à la stabilité des situations juridiques nées par effet des actes illégaux, dans la jurisprudence du juge administratif, à partir de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle jusqu'aujourd'hui.

Le thème étudié permet de mettre en évidence les différences fondamentales entre le *giudizio di legittimità* italien et le recours pour excès de pouvoir français, et d'examiner pourquoi, en Italie, le principe de sécurité juridique n'a pas été adopté par les juges administratifs italiens pour fonder un tempérament de la rétroactivité de l'annulation.

---

<sup>63</sup> Cf., par exemple, B. Seiller, *Sécurité juridique et office du juge administratif*, 2016, 765; B. Mathieu, *Le juge et la sécurité juridique : vues du Palais-Royal et du quai de l'horloge, D.*, 2004, 1604.

Le but de la recherche est double: d'une part, nous analyserons comme les tensions entre le principe de *sécurité juridique* et la rétroactivité de l'annulation ont été résolues par le juge administratif; cela nous permettra de suivre l'évolution de l'exigence de stabilité des situations juridiques. D'autre part, nous tenterons de comprendre quelles sont les intérêts concrètement protégés lorsque la *sécurité juridique* est invoquée par la jurisprudence contemporaine.

Pour ce faire, nous avons divisé le travail en trois chapitres.

Dans les deux premiers chapitres, dédiés à la jurisprudence et la doctrine françaises et italiennes, nous analyserons les techniques traditionnelles et nouvelles de protection de la stabilité des situations en cours, et en particulier, le pouvoir de modulation. L'analyse systématique des cas de mise en œuvre de ce pouvoir nous permettra de comprendre ce que le juge tend à protéger, concrètement, lorsqu'il invoque le principe de *sécurité juridique*. La méthodologie casuistique est imposée par la nature même du principe - «*plus fonctionnel que conceptuel*»<sup>64</sup> - qui requiert d'être analysé dans ses manifestations concrètes.

Dans le troisième chapitre, nous affronterons, dans une perspective comparée, les problèmes liés à la protection de la *sécurité juridique* à travers la limitation des effets de l'annulation, à la lumière de des garanties de protection du citoyen face à l'illégalité de l'acte administratif offertes en Italie et en France.

---

<sup>64</sup> S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préc., 156.

## **I. La limitation des effets de l'annulation en France, entre sauvegarde de la sécurité juridique et garanties de protection effective des droits des administrés**

---

Le débat sur la possibilité de moduler les effets de l'annulation contentieuse est assez récent, mais la rétroactivité des effets de l'annulation a toujours posé le problème des conséquences de la disparition de l'acte sur les situations déjà nées sous son empire.

D'ailleurs, la jurisprudence et la doctrine de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle et du XX<sup>ème</sup> siècle avaient déjà élaboré un certain nombre de solutions, dont l'objectif était celui de préserver ce que l'on appellerait aujourd'hui la sécurité juridique. L'analyse de ces solutions, qui ont un lien de continuité avec les mesures de protection de la sécurité juridique adoptées aujourd'hui par le juge administratif français, permet de prendre conscience de l'émergence progressive du principe de sécurité juridique.

Afin d'analyser celles-ci, il conviendra d'abord d'analyser le concept de rétroactivité des effets de l'annulation pour en comprendre la portée (1.), pour ensuite en examiner ses exceptions, à la lumière du contexte dans lequel elles ont été élaborées (2.)

### **1. LA RETROACTIVITE DES EFFETS DE L'ANNULATION CONTENTIEUSE**

Pour comprendre les problèmes concrètement posés par les effets de l'annulation, il convient d'abord d'analyser la *ratio* et la portée de la règle de la rétroactivité (a.).

Si la rétroactivité est nécessaire pour garantir le rétablissement légalité, il n'en est pas moins vrai qu'une lecture absolue de celle-ci peut porter à des résultats paradoxaux (b). Il convient alors d'analyser brièvement quels sont les effets de



l'annulation pour excès de pouvoir, pour déterminer, de façon générale, jusqu'à quel point s'étend la rétroactivité de ces derniers (c).

### a. La règle de la rétroactivité des effets de l'annulation contentieuse

En 1925, dans l'arrêt *Rodière*<sup>65</sup>, le Conseil d'État affirmait que «*les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus*». La règle de la rétroactivité des effets de l'annulation contentieuse a, en réalité, des origines bien plus anciennes : elle était déjà reconnue par Edouard Laferrière<sup>66</sup> à la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, et il est possible d'en retrouver des applications dans la jurisprudence précédente à *Rodière*<sup>67</sup>.

Pour une partie de la doctrine, la rétroactivité de l'annulation contentieuse pourrait s'expliquer, du point de vue historique, en raison des origines du contentieux administratif : sous l'Ancien Régime, les Cours Souveraines et le Conseil du Roi, qui étaient compétents sur les recours en annulation, prenaient des décisions aux effets

---

<sup>65</sup> C.E., 26 décembre 1925, *Rodière*, R.D.P., 1926, 32, conclusions Cahen-Salvador; S. 1925, 49, note Hauriou. Cf. C.E., Ass. 10 décembre 1954, *Cru et autres*, D., 1955, 198, conclusions Jacomet, note P. Weil. Les argumentations employées dans le célèbre arrêt ont été ainsi résumées par le *commissaire du gouvernement* Odent dans ses conclusions sur C.E., 27 mai 1949, *Véron-Réville, Lebon*, 246, *Gaz. du Palais*, 10 juin 1949, 3 : « *une annulation juridictionnelle a un caractère rétroactif. Elle fait disparaître l'acte annulé qui est réputé n'être jamais intervenu. Les choses doivent donc être remises en l'état exact où elles se trouveraient si l'acte annulé n'avait pas été pris et cette remise en l'état est pour l'Autorité compétente une obligation juridique stricte dont la méconnaissance constitue un excès de pouvoir et pour le respect de laquelle cette même administration a non seulement le droit mais le devoir de prendre des dispositions rétroactives.* »

<sup>66</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, I éd., II, Berger-Lévraut, 1887, 545, remarquait que « *l'annulation [...] régit [...] aussi sur le passé et oblige [...] l'administration à revenir sur une exécution déjà consommée* ». L'auteur distinguait deux cas de figure : l'hypothèse dans laquelle « *l'acte a reçu, avant que son annulation a été prononcée, toute l'exécution dont il était susceptible, de telle sorte que les choses ne puissent pas être remises en l'état* » et celle dans laquelle « *l'exécution que l'acte [peut] être réparée par des mesures contraires* ». Dans le premier cas, « *en présence du fait accompli, la seule réparation qui puisse être accordée serait une indemnité* » ; dans le deuxième, « *l'administration doit prendre ces mesures réparatrices.* »

<sup>67</sup> C.E., 30 novembre 1900, *Sieur Viaud, dit Pierre Loti, conclusions* Saint-Paul, *Lebon*, 683. L'arrêt concernait les conséquences de l'annulation de la mise à la retraite d'un officier de marine : « *Viaud [...] doit être regardé comme n'ayant jamais cessé de faire partie du cadre des lieutenants de vaisseau en activité ; il suit de là que [...] il est en droit de soutenir que son ancienneté doit compter du [...] jour où il eût été régulièrement promu si la décision annulée [...] n'avait jamais existé* ».

rétroactifs, «*non pas que le titre cesse d'exister au jour de l'arrêt, mais qu'il n'a jamais existé*»<sup>68</sup>. La rétroactivité serait donc héritée du système de la justice retenue<sup>69</sup>.

Pour d'autres auteurs, en revanche, la règle de la rétroactivité des effets de l'annulation serait le résultat d'une élaboration plus récente<sup>70</sup> : la question des effets de l'annulation aurait commencé à prendre une certaine importance seulement au moment du passage de la justice retenue à la justice déléguée, définitivement réalisé par la loi du 24 mai 1872, et consacré par l'arrêt *Cadot* de 1889<sup>71</sup>. L'affirmation de la nature juridictionnelle du Conseil d'État aurait ainsi imposé la doctrine de la rétroactivité des effets de l'annulation contentieuse<sup>72</sup>.

---

<sup>68</sup> J.L. Mestre, *Introduction historique au droit administratif français*, P.U.F., 1985, 262. D'après l'Auteur, la règle se fondait sur le caractère déclaratif (et non pas constitutif) de l'annulation. Il arrivait cependant que le Conseil du Roi se réserve le pouvoir de sauvegarder les effets de l'acte annulé, comme le rapporte J. Mestre, *Le contentieux administratif dans les registres du Conseil du Roi conservés au Centre des archives d'Outre-mer*, in J. Massot, *Le Conseil d'Etat et l'évolution de l'Outre-mer français du XVII<sup>e</sup> siècle à 1962*, Dalloz, 2007, 27 (part. p. 34, note n. 33).

<sup>69</sup> J.-H. Stahl, A. Courrèges, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, R.F.D.A., 2004, 438, ont soutenu que « l'effet rétroactif des décisions d'annulation [...] n'est peut-être pas sans rapport avec la pratique ancienne de la justice retenue, l'intervention du Conseil d'Etat s'apparentant alors à une forme de recours hiérarchique permettant au supérieur de faire table rase de ce qui avait été décidé par son subordonné. ». Cf. B. Pacteau, *Comment aménager la rétroactivité de la justice ? Sécurité juridique, sécurité juridictionnelle, sécurité jurisprudentielle*, in B. Seiller (sous la direction de), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica, 2007, 113, qui confirmait cette affirmation, en citant un passage du *Traité* de E. Laferrière, *op. cit.*, 547 : « l'annulation de l'acte [...] fait disparaître l'acte administratif, aussi complètement que s'il avait été rapporté par son auteur ou annulé par le supérieur hiérarchique. Il ne faut pas oublier que, en effet, si l'annulation pour excès de pouvoir est un acte de juridiction, elle n'en produit pas moins, par la force des choses, l'effet d'un acte de puissance publique, d'une décision d'un supérieur hiérarchique. Elle avait entièrement ce caractère sous le régime de la justice retenue, lorsque c'était le chef de l'Etat qui annulait en son Conseil l'acte d'un de ses subordonnés ; elle le possède encore dans une large mesure. ».

<sup>70</sup> Pour F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, thèse, Presses universitaires d'Aix-en-Provence, 2010, 202, cela serait prouvé par une absence de recherches sur ce thème jusqu'aux débuts du XX<sup>e</sup> siècle. De la même opinion, C. Agostini, *Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, thèse, Paris X, microfiches, 225, qui soutenait qu'« alors que les juristes du XIX<sup>e</sup> siècle ignoraient le concept de rétroactivité, celui-ci apparaît brusquement, au début du XX<sup>e</sup> siècle. ».

<sup>71</sup> C.E., 13 décembre 1889, *Cadot, Lebon*, 1148.

<sup>72</sup> C. Agostini, *Les normes non valides. Contribution à une théorie générale de l'annulation juridictionnelle des normes*, préc., 227 et suiv.. D'après l'auteur, « le Conseil d'Etat ne pouvant plus de prévaloir de l'autorité du Chef de l'Etat, l'invalidation d'un acte administratif ne pouvait plus de justifier qu'au nom du seul principe de légalité. [...] Dans un univers dominé par une représentation formaliste et mécaniste de la fonction juridictionnelle héritée de la révolution française, et en raison de la doctrine justificative utilisée – la référence à la loi – le Conseil d'Etat n'a pas d'autre choix que de prononcer l'annulation rétroactive des actes administratifs, à la manière de la Cour de cassation, sur laquelle le juge administratif semble un temps s'aligner. En effet, si une norme administrative n'est pas valide parce qu'elle contredit une norme supérieure, objectivement et indépendamment d'un

D'un point de vue théorique, la règle de la rétroactivité est liée à la théorie traditionnelle selon laquelle l'annulation contentieuse aurait une valeur déclarative<sup>73</sup>.

La doctrine française a pragmatiquement remarqué, dès le début du XX<sup>ème</sup> siècle, que la rétroactivité de l'annulation contentieuse relevait d'une fiction juridique<sup>74</sup>, et cette même constatation a été faite, en 1949, par le Commissaire du gouvernement Raymond Odent, selon lequel la rétroactivité serait «à la fois une nécessité et une fiction»<sup>75</sup>.

Une fiction car, comme le soulignait Prosper Weil, «*il n'y a pas, en pure logique, de rétroactivité : on n'agit jamais en remontant le temps ; tout ce que l'on peut faire, c'est agir dans l'avenir de manière à créer une situation se rapprochant le*

---

*quelconque acte de volonté du juge, la contradiction existe logiquement dès l'origine [...] La non validité de l'acte s'impose alors au juge ab initio, et il ne peut faire autrement que d'en prononcer l'annulation rétroactive. Toute autre date de sortie de vigueur devrait être justifiée à l'aide de principes concurrents, sans quoi la décision du juge apparaîtrait irrationnelle, et donc arbitraire. Si le juge de l'annulation ne dispose, pour justifier son annulation, que du seul argument de principe de la non-conformité à la norme supérieure, il est contraint par la logique de son argumentation à annuler de manière rétroactive, à considérer que la norme n'a jamais existé. » Cf. G. Vedel, *Cours de droit administratif 1951-1952*, Les Cours de droit, 1952, 504, «*l'effet rétroactif [...] se produit pour une raison logique absolument inévitable : c'est que toute action de nullité doit nécessairement atteindre l'acte au jour même où il est intervenu ; si la décision n'avait pas d'effet rétroactif, ce ne serait pas une décision d'annulation, ce serait une décision d'abrogation*».*

<sup>73</sup> C. Leclerc, *Le renouvellement de l'office du juge administratif*, thèse, L'Harmattan, 2015, 363 ; F. Blanco, *Pouvoirs du juge et contentieux administratif de la légalité*, préc., 196. Cette théorie avait été soutenue par les *commissaires du gouvernement* (cf., par exemple, G. Cahen-Salvador, conclusions sous C.E., 26 décembre 1925, *Rodière*, e R. Odent, *Conclusions sur Véron-Réville*, préc.), ainsi que par la doctrine (cf. O. Dupeyroux, *La règle de la non-rétroactivité des actes administratifs*, L.G.D.J., 1953, 237 ; J. De Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, thèse, Paris, 1941 ; M. Maynard, *Le jugement déclaratoire*, thèse, Paris, 1922, 119 et suiv.) Plusieurs auteurs ont en revanche soutenu que l'annulation a valeur constitutive : cf. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, thèse, Paris, 1952, 136 et suiv. e J.B. Auby, *L'inexistence des actes administratifs. Etude du contentieux administratif*, Pedone, 1951, 303 ss ; G. Jèze, *L'acte juridictionnel et la classification des recours contentieux*, R.D.P., 1909, 674.

<sup>74</sup> Cf. les propos exprimés par G. Jèze relativement aux effets du retrait, qui peuvent sans doute être étendus à la question des effets de l'annulation contentieuse, in G. Jèze, *Du retrait des actes juridiques. Dans quelle mesure peut-il être touché aux actes juridiques et leurs effets peuvent-ils être modifiés?*, R.D.P., 1913, 227. L'Auteur y remarquait qu'« *il est juridiquement possible de supprimer pour l'avenir un acte juridique, et de faire cesser ainsi pour l'avenir les effets d'un acte juridique [...] Il n'est pas possible juridiquement de supprimer, pour le passé, les effets qu'a produits régulièrement un acte juridique [...] Tout ce qui est juridiquement possible, c'est d'accomplir des actes juridiques nouveaux, appropriés, choisis de manière à créer, à appliquer des situations juridiques de nature à remettre, autant que possible, les choses en l'état*».

<sup>75</sup> R. Odent, *Conclusions sur Véron-Réville*, préc.

*plus possible d'une situation passée, et il y a là, non pas rétroactivité au sens réel du mot, mais simple projection du passé dans l'avenir »<sup>76</sup>.*

Une nécessité, car la rétroactivité de l'annulation découle logiquement de la présomption de légalité de l'acte administratif. Celui-ci est en effet immédiatement exécutoire, dès son édicton ; ainsi, le recours est ainsi toujours postérieur à l'édiction de l'acte<sup>77</sup> et la décision du juge n'intervient, en principe, qu'après l'exécution de celui-ci<sup>78</sup>. Seule une annulation aux effets rétroactifs peut alors garantir l'élimination complète de l'acte illégal de la réalité juridique : la rétroactivité de l'annulation constitue, dans ce sens, une garantie pour l'administré affecté par l'acte illégal<sup>79</sup>.

## **b. «Jusqu'au bout de l'idée de rétroactivité»**

Les résultats paradoxaux d'une interprétation extrême du concept de rétroactivité de l'annulation peuvent être bien illustrés par une jurisprudence ancienne et isolée du Conseil d'État *«allant jusqu'au bout de l'idée de rétroactivité et d'annulation déclarative»*<sup>80</sup>. Dans le cas *Ledoux* de 1877<sup>81</sup>, le Conseil d'État avait affirmé que si le pouvoir est exercé par le biais d'un acte illégal - par la suite annulé - il ne peut être qualifié comme un pouvoir administratif, et l'acte qui en résulte ne peut être qualifié comme un acte administratif: par conséquent, le juge avait nié sa compétence sur le

---

<sup>76</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 136 et suiv. Cette remarque constituait le point de départ de son analyse de l'apparente contradiction entre l'«essence» de l'annulation («déclarative du droit antérieur») et son «existence» («constitutive du droit nouveau»), qui le conduisait à un dépassement de la théorie traditionnelle selon laquelle l'annulation aurait un caractère déclaratif.

<sup>77</sup> Selon la règle du «*privilege au préalable*», élaborée par M. Hauriou et consacrée par C.E., 30 mai 1913, *Préfet de l'Eure*, Sirey, 1915, III, 9, note Hauriou.

<sup>78</sup> L'art. 3 du décret du 22 juillet 1806 disposait que *«le recours pour effet de pouvoir n'aura pas d'effet suspensif»*. Le même décret avait introduit une procédure pour l'obtention du sursis à l'exécution de l'acte attaqué, qui était cependant trop lente, et ne parvenait pas à éviter que l'exécution de l'acte produise des conséquences irréparables. La réforme des procédures d'urgence de 2000 a introduit la procédure accélérée (d'après l'art. L. 511-1 du Code de justice administrative, le juge doit décider *«dans les meilleurs délais»*) de «*référé-suspension*», dont les conditions (*fumus boni iuris* et *periculum in mora*) sont appréciées avec bien plus de largesse par le juge, par rapport aux conditions de concession de son ancêtre, le sursis à l'exécution.

<sup>79</sup> Dans ce sens, explicitement, M. Guyomar, conclusions sous C.E. 12 décembre 2007, *Sirey, A.J.D.A.*, 2008, 638.

<sup>80</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 141.

<sup>81</sup> C.E., 6 juillet 1877, *Ledoux*, Lebon, 674, conclusions Laferrière.

litige. Le Tribunal des conflits avait presque immédiatement rejeté le raisonnement suivi par le Conseil d'État. Saisi de la question du juge compétent pour la réparation d'un dommage subi du fait de l'exécution de deux actes illégaux, par la suite annulés, le juge des conflits avait en effet affirmé que *«l'annulation prononcée par le Conseil d'État ne leur fait pas perdre le caractère d'actes administratifs»*<sup>82</sup>, et avait par conséquent jugé que le Conseil d'État était compétent sur le litige. Cette position a été suivie également par la Cour de Cassation qui avait affirmé, de façon très explicite, que *«l'annulation n'a pas pour effet de modifier la nature de l'acte administratif annulé et de transformer en faits personnels les faits administratifs accomplis pour son exécution, avant le moment où l'annulation a été prononcée»*<sup>83</sup>.

Ainsi, suite à l'annulation de l'acte, l'exécution de l'acte administratif illégal ne peut se qualifier rétroactivement comme une voie de fait, comme le soutenait encore Kellehrshohn au début du XX<sup>ème</sup> siècle<sup>84</sup> : au contraire, en principe, l'acte disparaît, mais ses effets continuent d'être considérés comme une manifestation du pouvoir administratif.

### **c. Les conséquences de l'annulation pour excès de pouvoir**

On peut alors se demander ce que signifie exactement l'expression *«les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus»*.

La rétroactivité de l'annulation impose, en principe, l'élimination de toutes les manifestations et de tous les effets de l'acte illégal de l'ordonnancement juridique. Le juge administratif se prononce sur la légalité (et l'annulation) du seul acte attaqué, mais il arrive que l'annulation produise des effets sur d'autres actes ou positions juridiques reliés à celui-ci : *«les inconvénients de la rétroactivité sont alors décuplés»*<sup>85</sup>.

---

<sup>82</sup> Trib. Conflits, 29 juin 1877, *Laumonier-Carriol, Lebon*, 437.

<sup>83</sup> Crim. 21 mars 1918, *D.*, 1921, 1, 41, note Appleton.

<sup>84</sup> M. Kellehrshohn, *Des effets de l'annulation pour excès de pouvoir*, Thèse, Bordeaux, 1915, 59. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 141, remarquait toutefois que *«la notion de voie de fait n'avait pas encore, au moment où il écrivait, le sens précis qui est le sien aujourd'hui»*.

<sup>85</sup> B. Seiller, *Le procès de la rétroactivité*, in B. Seiller (sous la direction de), *La rétroactivité des décisions du juge administratif*, Economica, 2007, 22.



L'illégalité d'un acte, constatée par le juge de l'excès de pouvoir, peut en effet justifier l'annulation par voie de conséquence d'un deuxième acte – pourvu qu'il ait été attaqué dans les délais de recours – uniquement en vertu du rapport existant entre les deux. La jurisprudence traditionnelle donnait une lecture très restrictive des conditions en présence desquelles une annulation par voie de conséquence pouvait se produire<sup>86</sup> ; en 2013, suite à l'avis *Okosun*<sup>87</sup>, ces conditions ont été relâchées : désormais, l'annulation par voie de conséquence peut être prononcée si l'acte attaqué «*n'aurait pas pu être légalement pris en l'absence de l'acte annulé*» ou s'il a été édicté «*en raison de*» ce dernier. Ce mécanisme ne porte pas d'atteinte excessive à la sécurité juridique, du moment où l'acte ne peut être attaqué par voie de conséquence que s'il a été adopté sur la base d'un acte qui n'est jamais devenu définitif, et dans le délai de recours contentieux<sup>88</sup>.

## 2. LES EXCEPTIONS A LA RETROACTIVITE DE L'ANNULATION

En principe, en dehors de l'hypothèse d'une censure de l'acte-conséquence, l'effet rétroactif de l'annulation devrait imposer à l'administration une remise en état de la situation juridique préexistante à l'édition de l'acte annulé, si besoin à travers l'élimination de tous les actes d'exécution de l'acte illégal. Désormais, l'élimination des actes-conséquence autonomes ne constitue une obligation pour l'administration que dans un nombre très restreint de cas: la jurisprudence administrative française s'est en effet orientée, au cours du XX<sup>ème</sup> siècle, vers une progressive sécurisation des situations juridiques nées sous l'empire de l'acte annulé, qui s'est traduite par une limitation des effets rétroactifs de l'annulation au profit de la sécurité juridique (a.).

---

<sup>86</sup> R. Odent, *Contentieux administratif*, II, Dalloz, 2007, 299. Comme le souligne C. Broyelle, *Contentieux administratif*, 6<sup>o</sup> ed., L.G.D.J., 2018, 275, souvent le juge n'annulait par voie de conséquence qu'en présence d'un lien «*indissoluble*» entre l'acte annulé et l'acte attaqué.

<sup>87</sup> C.E., avis, 30 décembre 2013, *Okosun*, *R.F.D.A.*, 2014, 76, conclusions Domino ; *A.J.D.A.*, 2014, 222, chronique de A. Bretonneau et J. Lessi.

<sup>88</sup> Cf. A. Bretonneau et J. Lessi, *Exception d'illégalité et annulation par voie de conséquence : la théorie du domino*, préc.



Ce processus de stabilisation des situations juridiques nées sous l'empire de l'acte annulé s'est fortement accéléré avec la diffusion de la jurisprudence AC ! (b.).

### **a. La stabilisation progressive des situations juridiques nées sous l'empire de l'acte annulé**

L'exigence de ne pas nuire aux situations juridiques nées sous l'empire de l'acte annulé n'est pas récente : en 1952 déjà, Weil avait démontré que le principe selon lequel «l'acte annulé est censé n'avoir jamais existé» n'a pas une portée absolue<sup>89</sup>.

D'une part, en effet, la jurisprudence ancienne avait en effet depuis longtemps développé une importante exception à la règle de la rétroactivité des effets de l'annulation : la théorie du fonctionnaire de fait (α.).

D'autre part, Weil avait mis en évidence que, déjà en 1952, la règle de la rétroactivité des effets de l'annulation ne recevait une application véritablement rigoureuse que dans un nombre de cas assez limité, dans lesquels la jurisprudence considérait qu'il était nécessaire de rétablir intégralement la situation préexistante à l'édition de l'acte illégal, ou la situation qui aurait existé à la date de l'annulation, si l'acte illégal n'avait jamais été édicté<sup>90</sup>. Dans les cas où cela entraînait la nécessité de porter un préjudice à des situations tierces, le Conseil d'État avait élaboré des solutions pragmatiques afin de sauvegarder au mieux la position des tiers, ce qui démontre une volonté de sauvegarder, au moins dans une certaine mesure, la sécurité juridique de ces derniers<sup>91</sup> (β.).

Un mouvement jurisprudentiel de sécurisation des situations juridiques nées sous l'empire d'actes illégaux (et successivement annulés) a été successivement entrepris par le Conseil d'État. Au cours de la deuxième moitié du XXème siècle, le juge administratif a en effet fait de plus en plus recours à la notion de «droit acquis» afin de limiter les effets rétroactifs de l'annulation contentieuse sur les situations tierces (γ.).

---

<sup>89</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc..

<sup>90</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 175.

<sup>91</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 96 suiv.

## α. La rétroactivité limitée : la théorie du fonctionnaire de fait

L'hypothèse la plus ancienne de limitation de la rétroactivité de l'annulation contentieuse est représentée par la théorie du fonctionnaire de fait.

Cette construction juridique se fonderait sur le principe «*erroris communis facit ius*», originellement élaboré en droit civil<sup>92</sup>. D'après Weil, l'application de la théorie du fonctionnaire en droit français relèverait de l'interprétation extensive d'une règle de droit positif, l'art. 40, par. 7 de la loi du 5 avril 1884, qui prévoyait que «*les conseillers municipaux proclamés restent en fonction jusqu'à ce qu'il ait été définitivement statué sur les réclamations contre l'élection*»<sup>93</sup>.

D'après d'autres auteurs<sup>94</sup>, la théorie aurait fait son apparition, en droit français, en 1883, lors de la décision sur l'affaire des mariages de Montrouge<sup>95</sup>, qui avait été prise afin de protéger la stabilité des mariages «*contractés de bonne foi*», célébrés par un conseiller municipal n'y étant pas délégué ; l'arrêt reçut de nombreuses critiques de la part de la doctrine, qui considérait que la règle valable pour les actes accomplis par le

---

<sup>92</sup> E. Jouve, *Sur la notion d'apparence en droit administratif français*, R.D.P., 1968, 284.

<sup>93</sup> D'après P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 218 et suiv., cette disposition avait été édictée afin d'éviter un certain nombre de problèmes que la législation précédente (loi du 5 mai 1855) avait engendrés : celle-ci prévoyait qu'à la suite d'une annulation de l'élection d'un conseiller municipal par le Conseil de Préfecture, le conseiller devait cesser immédiatement ses fonctions, sans attendre la décision définitive du Conseil d'Etat. Ainsi, l'éventuelle décision du Conseil d'Etat d'annuler l'arrêté du Conseil de Préfecture déterminait le retour du conseiller dont l'élection avait été injustement annulée, et l'éviction du conseiller qui avait été entre temps élu à sa place.

P. Weil rapporte que le principe exprimé par la loi de 1884 fut immédiatement interprété de façon extensive, afin de stabiliser les effets des actes accomplis par l'agent dont l'investiture avait été annulée in C.E., 30 janvier 1885, *Elections d'Hérouville*, Lebon, 127, conclusions Gomel. La formulation de l'art. 40, par. 7 de la loi du 5 avril 1884 est également très proche au principe exprimé dans l'arrêt C.E. 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et des télégraphes*, Lebon, 699 (qui concernait l'annulation d'un fonctionnaire non élu), sur lequel cf. *infra*.

<sup>94</sup> D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, thèse, Dalloz, 2012, 357, note n. 1565.

<sup>95</sup> Cass. civ., 7 août 1883, D.P., 1883, 2, 49, note Ducrocq.

fonctionnaire irrégulièrement nommé ne pouvait être appliquée extensivement au fonctionnaire irrégulièrement délégué à accomplir un acte<sup>96</sup>.

Ces critiques avaient été rejetées par Jèze, qui publia en 1914 une étude dédiée au fonctionnaire de fait dans la Revue du Droit public<sup>97</sup>, dans laquelle il soutint que la sauvegarde des effets des actes accomplis par le fonctionnaire irrégulièrement nommé ou dépourvu de délégation était une solution pragmatique, destinée à préserver la «paix sociale». D'après Jèze, en effet, *«le droit n'est pas un jeu de l'esprit, un exercice de logique pour les théoriciens de cabinet ; il s'agit avant tout de trouver des solutions pratiques, de concilier d'une manière aussi élégante que possible les intérêts opposés ; une solution juridique n'a de valeur que dans la mesure où elle contribue à faire régner la paix sociale ; une théorie juridique doit être appréciée, avant tout, d'après ses conséquences sociales»*<sup>98</sup>.

La théorie du fonctionnaire de fait se serait basée, d'après Jèze, sur l'exigence de sauvegarder les intérêts des administrés qui s'étaient raisonnablement fiés aux apparences<sup>99</sup>. La protection de la bonne foi des administrés serait essentielle pour la continuité du service public : elle garantirait un climat de confiance dans l'administration, et éviterait que l'administré se sente en devoir de demander un justificatif de la régularité de l'investiture du fonctionnaire<sup>100</sup>. Fortement axée sur la

---

<sup>96</sup> E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative et du recours contentieux*, préc., II, 478, avait en particulier soutenu que le défaut ou le vice de la délégation équivalait à une incompétence du fonctionnaire à accomplir l'acte.

<sup>97</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, R.D.P., 1914, 48 (cf. aussi p. 87).

<sup>98</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, préc., 52.

<sup>99</sup> La bonne foi des administrés doit donc à la fois subsister concrètement, et être raisonnable, selon le critère de la diligence du *bonus pater familias*.

<sup>100</sup> Il lien indissoluble entre la protection des intérêts des administrés de bonne foi et la continuité du service public est ainsi expliqué par G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, préc., 53 (et surtout 55) : *«la continuité du fonctionnement des services publics est une nécessité sociale de premier ordre. [...] Ce principe conduit aussi à décider que, en période normale, ce serait entraver la marche régulière et continue des services publics que d'exiger du public qu'il réclame, à tout instant, des individus qui apparaissent aux yeux de tous comme régulièrement investis de la fonction, la justification de la régularité du titre »*. D'où la nécessité de mettre en place des mécanismes de sauvegarde de la bonne foi des administrés qui se soient fiés aux apparences. Dans le même sens, cf. E. Jouve, *Sur la notion d'apparence en droit administratif français*, préc., 294, pour qui *«la mise en oeuvre de l'apparence s'explique par la confiance que les administrés doivent accorder aux actes émis par les fonctionnaires. Il serait fastidieux – et, en outre, impossible – que tout particulier ait la possibilité [...] de vérifier l'investiture des agents avec lesquels il entre en relation. Le fonctionnement régulier, continu et paisible de l'administration s'y oppose. »*

protection de l'administré, dans la perspective de Jèze, la théorie du fonctionnaire de fait aurait stabilisé les seuls actes favorables à l'administré de bonne foi<sup>101</sup>, ce qui démontre que l'auteur interprétait la théorie comme un mécanisme de sauvegarde d'intérêts et de droits que les administrés - ignorant le défaut d'investiture du fonctionnaire - considéraient désormais comme consolidés.

En 1923, lorsque la théorie du fonctionnaire de fait fut enfin consacrée par le Conseil d'État dans l'arrêt *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et des télégraphes et sieur Bousqué*<sup>102</sup>, la thèse de Jèze ne fut pas suivie. Le Conseil d'État se borna à affirmer que «un fonctionnaire irrégulièrement nommé aux fonctions qu'il occupe doit être regardé comme légalement investi desdites fonctions tant que sa nomination n'a pas été annulée», en accueillant une acception «objective» de la théorie, en vertu de laquelle tous les actes du fonctionnaire de fait, qu'ils soient favorables à l'administré ou pas, sont soustraits au régime des nullités, du moment où ils ne présentent pas d'autres vices<sup>103</sup>. L'arrêt ne prenait pas non plus en compte la situation psychologique des intéressés par l'acte, contrairement à ce qui avait été prôné par Jèze.

Ainsi conçue par la jurisprudence française, la théorie du fonctionnaire de fait ne viserait pas la protection de la confiance légitime des administrés ; il s'agirait plutôt

---

<sup>101</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, préc., 53.

<sup>102</sup> C.E., 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et des télégraphes et sieur Bousqué*, *Lebon*, 699.

<sup>103</sup> Pour des exemples de limitation des effets de l'annulation opérant sur des actes défavorables cf. C.E., 16 mai 2001, *Préfet de police de Paris c/ M. Mtimet*, *A.J.D.A.*, 2001, 643, chronique M. Guyomar et P. Collin, 672, note A. Legrand ; *D.A.*, 2001, n. 178, note X. Prétot, *AJFP*, janvier 2002, 27, étude S. Traore, *Dr. déf.*, 2001, 3, 29, note D. de la Burgade ; *R.D.P.*, 2002, 714, obs. C. Guettier, et, surtout C.E., 24 juin 1953, *Sieur Perchel*, *Lebon*, 312. On peut toutefois remarquer que dans le cas *Préfet de police de Paris*, l'acte d'investiture du fonctionnaire n'avait pas été annulé : l'illégalité de l'acte dérivait du fait que le fonctionnaire avait dépassé la limite d'âge fixée par la loi. Malgré la jurisprudence précédente (C.E., 3 février 1956, *Sieur de Fontbonne*, *Lebon*, 45; 8 novembre 2000, *Muzi*, *D.A.*, 2001, n. 19) avait affirmé que la survenance de la limite d'âge détermine la nullité des décisions adoptées par le fonctionnaire, puisqu'elle entraîne la «rupture du lien des agents avec le service», le Conseil d'Etat avait appliqué dans sa décision de 2001 la théorie du fonctionnaire de fait, en reprenant la formule employée dans le *leading case* C.E., 2 novembre 1923, *Association des fonctionnaires de l'administration centrale des postes et des télégraphes et sieur Bousqué*, préc. Ce choix a été fortement critiqué par la doctrine: cf. D. De la Burgade, *Interim du préfet de police et actes administratifs*, *Dr. déf.*, 2001, 3, 29 et C. Guettier, *Chronique de jurisprudence administrative*, *R.D.P.*, 2002, 714, qui ont accusé le Conseil d'Etat «d'opportunisme». La théorie du fonctionnaire de fait a en effet dans ce cas été étendue au-delà de ses limites, de façon désavantageuse pour le requérant.

d'un mécanisme de protection de la sécurité juridique objective, dont le but serait bien celui «*d'assurer le fonctionnement des services publics et de préserver la sécurité juridique des décisions administratives*»<sup>104</sup>.

On peut remarquer que, chez les auteurs anciens qui ont étudié la théorie du fonctionnaire de fait, les références au principe de sécurité juridique sont très rares<sup>105</sup> : la théorie était en général expliquée par des exigences de nature pragmatique<sup>106</sup>. La théorie n'a en effet commencé à être univoquement reliée au principe de sécurité juridique que dans les dernières années. Cela semblerait montrer que, tout en étant ancienne, la préoccupation de stabiliser les effets des actes administratifs qui pourraient être affectés par la rétroactivité de l'annulation, n'était pas perçue comme une exigence de nature juridique, mais d'ordre pratique seulement.

### **β. Les effets de l'annulation sur les actes-conséquence et le problème des tiers. Solutions adoptées par la jurisprudence ancienne.**

L'annulation implique que l'acte annulé doit être considéré comme n'ayant jamais existé. Bien évidemment, cela implique une interdiction faite à l'administration d'édicter de nouveaux actes fondés sur la décision annulée. Toutefois, en application du principe du privilège au préalable, il est bien possible qu'entre la date de la saisine et celle de l'annulation, l'administration adopte de nouveaux actes fondés sur l'acte

---

<sup>104</sup> M. Guyomar, P. Collin, La circonstance que le préfet de police ne pouvait légalement être maintenu en fonctions après son admission à la retraite n'entache pas d'incompétence les actes pris en vertu de délégations de signature qu'il a consenties, préc. Contra, B. Plessix, *Sécurité juridique et confiance légitime*, R.D.P., 2016, 799, pour qui la théorie du fonctionnaire de fait constituerait une manifestation ancienne du principe de protection de la confiance légitime.

<sup>105</sup> À l'exception notable de J. Rivero, *Droit administratif*, 1<sup>o</sup> éd., Dalloz, 1960, 220, qui basait la théorie du fonctionnaire de fait sur «*l'intérêt de la sécurité juridique des administrés*».

<sup>106</sup> Cf. G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, préc., 52 suiv., mais aussi P. Duez, G. Debayre, *Traité de droit administratif*, Dalloz, 1952, 742, qui qualifiaient la théorie comme «*le fruit de la réaction des nécessités pratiques sur la rigueur des principes qu'elles viennent tempérer*».

attaqué. Les effets de l'annulation sur ces actes diffèrent, selon la nature du lien qui les unit à l'acte annulé<sup>107</sup>.

D'après les auteurs plus anciens, l'administration aurait eu en général le devoir de retirer les actes adoptés en conséquence de l'acte annulé, en exécution de la chose jugée<sup>108</sup> ; les actes d'exécution, considérés plus étroitement liés à l'acte annulé, auraient selon certains auteurs subi un effet d'annulation automatique<sup>109</sup>, qu'ils fussent créateurs de droits au profit de tiers ou pas.

Ces annulations «en chaîne» se vérifiaient, en particulier, dès lors où l'annulation rendait nécessaire le rétablissement de la situation qui se serait réalisée en l'absence de l'acte annulé afin de donner une pleine satisfaction au requérant. Dans ces situations, la jurisprudence a adopté une conception des effets rétroactifs de l'annulation très rigoureuse. Ainsi, par exemple, le Conseil d'État a affirmé dans un arrêt *Pelbois* de 1962<sup>110</sup> que l'annulation d'un concours rendait « caduques »<sup>111</sup> les nominations et assignations faites sur la base de ce concours. De même, il a été décidé que l'annulation d'un tableau d'avancement<sup>112</sup> ou d'une liste d'aptitude<sup>113</sup> imposait à l'administration le retrait de toutes les promotions et nominations réalisées sur la base de celles-ci : la jurisprudence considérait en effet que, parce que les postes à disposition

---

<sup>107</sup> Ces actes ont été classés par P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 178 et suiv., en trois catégories, selon le lien existant entre l'acte « initial » et l'acte « conséquence ». Les actes adoptés en exécution de l'acte annulé ont le lien le plus fort avec ce dernier : d'après Weil, ils tomberaient donc automatiquement à l'annulation de l'acte initial, même en absence d'un acte de retrait de l'administration. Les actes logiquement reliés entre eux (l'acte « conséquence » n'aurait pas pu être adopté en l'absence de l'acte initial) ont un lien plus ténu : l'administration serait tenue de les retirer, s'ils ne sont pas attaqués par voie de conséquence. Le troisième type d'acte « conséquence » consiste dans les actes qui composent, avec l'acte initial, une opération juridique complexe : les actes « conséquence » ont dans cette dernière hypothèse un certain degré d'indépendance par rapport à l'acte initial.

<sup>108</sup> P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 188.

<sup>109</sup> En ce sens, cf. les conclusions sur l'arrêt *Rodière* préc. : « on peut dire que votre décision comportait implicitement l'annulation de tous les actes intervenus entre la date du pourvoi et la date de votre arrêt, puisqu'ils avaient pour fondement les décisions administratives que vous avez expressément annulées ». De même, cf. P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 187 et suiv.

<sup>110</sup> C.E., 21 novembre 1962, *Lebon*, 624.

<sup>111</sup> Ce terme, qui a été critiqué pour son manque de clarté, a été ainsi expliqué par R. Schwartz dans ses conclusions sur C.E., 3 novembre 1995, *Velluet*, *R.F.D.A.*, 1996, 158 : « derrière ce terme de caducité, se cache en réalité le retrait ».

<sup>112</sup> C.E., 5 juin 1970, *Puisoye*, *Lebon*, 387 ; *A.J.D.A.*, 1970, chronique R. Denoix de Saint Marc et D. Labetoulle ; 4 février 1955, *Marcotte*, *Lebon*, 70.

<sup>113</sup> C.E., 25 mai 1979, *Tolédano-Abitbol*, *Lebon*, 228, *D.*, 1979, 387, note de P. Delvolvé.



des fonctionnaires sont limités, la situation des uns aurait nécessairement influé sur celle des autres. L'exécution de l'annulation aurait donc obligé l'administration à une réfection des opérations de sélection<sup>114</sup>.

Cette conception rigoureuse de la rétroactivité de l'annulation était, d'une part, reliée à la conception traditionnellement objective du recours pour excès de pouvoir, considéré comme un procès à l'acte<sup>115</sup> destiné à rétablir la légalité dans l'ordonnement juridique<sup>116</sup>, dans l'intérêt général<sup>117</sup>. D'autre part, en ce qui concerne le contentieux de la fonction publique, elle remontait aux principes affirmés dans l'arrêt *Rodière*<sup>118</sup>, aux termes duquel «à la suite de décisions prononçant l'annulation de nominations, promotions, mises à la retraite, révocations de fonctionnaires, l'administration qui, pendant toute la durée de l'instruction du pourvoi, a pu accorder des avancements successifs aux fonctionnaires irrégulièrement nommés, ou a pourvu au remplacement des agents irrégulièrement privés de leur emploi, doit pouvoir réviser la situation de ces fonctionnaires et agents pour la période qui a suivi les actes annulés». Cela s'explique par le fait que, à la différence des autres administrés, les fonctionnaires ont non seulement un droit général à la légalité de l'action administrative, mais ils sont aussi titulaires d'un droit spécifique à un déroulement normal de leur carrière ; ainsi, l'annulation de l'acte défavorable donne droit au rétablissement complet de la situation dont ils auraient bénéficié en l'absence de l'acte illégal.

---

<sup>114</sup> L. Milano, *La reconstitution de carrière des fonctionnaires, entre principe et effectivité*, A.J.F.P., 2010, 18.

<sup>115</sup> Pour utiliser l'expression d'E. Laferrière, *Traité de la juridiction administrative*, 2 éd., Berger Lévrault et cie., 1896, II, 561.

<sup>116</sup> Cette idée est clairement sous-tendue au raisonnement développé par P. Weil, *Les conséquences de l'annulation d'un acte administratif pour excès de pouvoir*, préc., 187 : « d'un côté, il est contraire aux principes de procédure d'admettre que l'annulation d'un acte donné implique celle d'autres actes qui, extérieurement, en sont distincts [...]. Mais, d'un autre côté, il n'est guère moins choquant de laisser subsister des actes qui exécutent et mettent en application des décisions annulées; il y aurait là un illogisme flagrant: l'annulation pour excès de pouvoir n'est pas un acte purement platonique, or elle le deviendrait si l'annulation du texte réglementaire n'avait aucune répercussion sur les mesures individuelles d'application».

<sup>117</sup> Le recours pour excès de pouvoir était en effet considéré, au milieu du XX<sup>ème</sup> siècle, comme « un mode de déclenchement d'un contrôle conforme à l'intérêt général, quelle que soit par ailleurs sa fonction de protection des situations particulières », comme le rapportent J.M. Auby e R. Drago, *Traité du contentieux administratif*, II, L.G.D.J., 1962, 429.

<sup>118</sup> C.E. 26 décembre 1925, *Rodière*, préc.

Depuis les années 1950, cette règle a subi plusieurs évolutions qui ont tendu vers un renforcement global de la sécurité juridique, par le biais d'une progressive stabilisation des «actes-conséquence» favorables à des personnes tierces par rapport à l'acte annulé.

Ce processus a été entamé par une jurisprudence en matière de reconstruction de la carrière de fonctionnaires illégalement évincés qui est suivie encore aujourd'hui. Par un arrêt *Guille* de 1959<sup>119</sup> le Conseil d'État a affirmé que le fonctionnaire ne doit pas nécessairement être réintégré dans le même poste d'où il a été évincé : il a seulement droit à l'obtention d'un poste équivalent<sup>120</sup>. Dans trois hypothèses, l'administration demeure obligée de retirer la nomination du successeur, afin de donner une pleine exécution à l'annulation de l'acte d'éviction: il s'agit du cas où le fonctionnaire occupait un poste caractérisé par l'inamovibilité<sup>121</sup> ou un poste sans équivalents<sup>122</sup> ; ou encore du cas où aucun poste équivalent n'est vacant au moment de l'exécution de l'arrêt<sup>123</sup>. Même dans ces cas, donc, le bouleversement des situations des tiers est conçu comme une *extrema ratio* par la jurisprudence.

### γ. Les droits acquis : une limite aux effets rétroactifs de l'annulation

Dans les années 1950, le Conseil d'État posa une nouvelle limite à la rétroactivité de l'annulation, visant à améliorer la sécurité juridique des tiers. Par un arrêt *Caussidéry* de 1954<sup>124</sup>, le juge décida que les droits acquis sur la base d'une décision adoptée en exécution d'un règlement illégal, devenue définitive, ne peuvent

---

<sup>119</sup> C.E. 16 octobre 1959, *Guille, Lebon*, 316.

<sup>120</sup> Cette jurisprudence est encore suivie : cf., par exemple, C.E., 16 février 2007, *Lebon*, 91 ; 31 mai 1995, *Mme Rodriguez, Lebon*, 223 ; 11 janvier 1985, *Lebras, D.A.*, 1985, n. 93 ; 21 janvier 1972, *Dufournet, Lebon*, 516.

<sup>121</sup> C.E., 26 octobre 1960, *Corvisy, Lebon*, 1044 ; 27 mai 1949, *Véron-Réville*, préc.

<sup>122</sup> C.E., 1 décembre 1961, *Bréart de Boisanger, Lebon*, 676.

<sup>123</sup> C.E., 10 novembre 1967, *Ministre de l'Education nationale c. Dlle Raddeau, Lebon*, 424.

<sup>124</sup> C.E., 3 décembre 1954, *Caussidéry et autres, Lebon*, 640, *D.*, 1955, 202, note P. Weil.

être affectés par l'annulation du règlement: dès lors, l'administration n'est pas seulement soustraite à l'obligation d'éliminer les actes-conséquences; elle est tenue de les maintenir en vigueur.

L'arrêt étendait le champ d'application de la jurisprudence *Dame Cachet*<sup>125</sup>, en appliquant les règles qui y avaient été énoncées en matière de retrait de l'acte créateur de droit aux retraits en exécution de la chose jugée. Il s'agissait d'un revirement par rapport à la jurisprudence précédente, qui niait que l'acte annulé puisse être, directement ou indirectement, créateur de droits, susceptibles de se transformer avec le passage du temps en droits acquis<sup>126</sup>.

L'arrêt n'emporta pas la conviction des commentateurs contemporains<sup>127</sup>, qui, partageaient avec la jurisprudence l'idée que l'acte illégal ne pouvait pas créer de droits<sup>128</sup> et, surtout, de droits acquis, en mesure de résister à la force rétroactive de l'annulation<sup>129</sup>: dans le discours de cette doctrine, il est possible de lire une certaine méfiance à l'égard du phénomène de la transformation des états de fait en états de droit par l'effet du temps<sup>130</sup>. La règle posée par l'arrêt *Dame Cachet* imposait toutefois d'accepter et d'expliquer le phénomène de la création de droit acquis de la part illégal, car comme le remarquait M. Waline en 1956, «*en posant, pour le retrait des mêmes*

---

<sup>125</sup> C.E., 3 novembre 1922, *Dame Cachet, Lebon*, 790.

<sup>126</sup> En ce sens, cf., *ex multis*, C.E., Ass., 10 décembre 1954, *Cru, D.*, note P. Weil. Cette jurisprudence se manifestait, en particulier, dans le contentieux de la reconstruction des carrières des fonctionnaires illégalement évincés. L'argumentation servait, en particulier, à justifier le retrait des nominations des fonctionnaires désignés à la place du fonctionnaire illégalement évincé, à l'époque où la jurisprudence affirmait de façon constante que ce dernier devait être réintégré à son poste initial.

<sup>127</sup> P. Weil critica, dans sa note au Recueil Dalloz préc., la tautologie impliquée par la notion de droit acquis employée par le Conseil d'Etat pour justifier le maintien de l'acte favorable au tiers. G. Braibant, *Remarques sur l'efficacité des annulations pour excès de pouvoir*, *E.D.C.E.*, 1961, 57 s'était en revanche montré plus favorable à la nouvelle jurisprudence, dont il avait valorisé les effets sécurisants: «*cette jurisprudence a pour objet de limiter les «réactions en chaîne» provoquées par les annulations pour excès de pouvoir, dans une préoccupation de sécurité et de stabilité juridique».*

<sup>128</sup> Cf, en ce sens, J.-M. Auby, *La théorie de l'inexistence des actes administratifs*, ed. inconnu, 1947, 287.

<sup>129</sup> O. Dupeyroux, *La règle de la non-rétroactivité de l'acte administratif*, *L.G.D.J.*, 1954, 263 (et, de façon plus approfondie, 236 et suiv.).

<sup>130</sup> Cf. C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, *L.G.D.J.*, 1998, 99, note n. 18. Ce phénomène était en revanche connu et accepté par la doctrine civiliste. La doctrine récente semble avoir dépassé cette méfiance: cf., par exemple, C. Santulli, *Les droits acquis*, *R.F.D.A.*, 2001, 90, qui affirmait explicitement que «*l'absence de recours dans les délais légaux constitue un mécanisme de formation du droit et, notamment, du droit acquis».*

*actes, la double condition d'illégalité et de délai, la jurisprudence a implicitement, mais certainement admis qu'un acte illégal avait pu créer des droits*»<sup>131</sup>.

Plusieurs auteurs s'étaient attachés, depuis le début du siècle dernier, à trouver une explication au phénomène de la création du droit acquis de la part de l'acte illégal. D'après De Soto, le passage du temps créerait une confiance légitime dans le bénéficiaire de l'acte. Cette confiance transformerait la situation de fait en situation de droit sur la base de deux mécanismes juridiques possibles : une «*sorte de prescription extinctive de l'irrégularité de l'acte*» ou d'une «*prescription acquisitive d'un droit subjectif au maintien de l'acte*»<sup>132</sup>. La thèse de De Soto fut ensuite développée par Rainaud, qui soutint que l'expiration du délai du recours contentieux donnerait au bénéficiaire le droit au maintien de l'acte illégal (et de la situation créée par ce dernier) ; d'après Rainaud l'acte illégal, en revanche, n'aurait pas pu créer de droits en soi<sup>133</sup>.

Waline avança d'abord l'hypothèse que la transformation de l'état de fait en état de droit serait due à une manifestation de la théorie de l'apparence<sup>134</sup>. Par la suite, il abandonna cette thèse, et il soutint que la création de droits acquis serait simplement due aux mêmes raisons d'opportunité justifiant la fixation des délais pour le recours<sup>135</sup>. La logique en vertu de laquelle au terme du délai de forclusion «*le souci de légalité est [...] sacrifié à celui de la stabilité juridique*»<sup>136</sup> aurait donc inspiré et fondé les règles en matière de retrait.

La jurisprudence *Caussidéry* avait défini les situations nées par effet d'un acte individuel créateur de droit, devenu définitif, des *droits acquis*, en utilisant – comme

---

<sup>131</sup> M. Waline, *Les actes susceptibles, ou non, de créer des droits* (note sous C.E., 3 février 1956, *De Fontbonne*), *R.D.P.*, 1956, 859.

<sup>132</sup> J. De Soto, *Contribution à la théorie des nullités des actes administratifs unilatéraux*, thèse, Paris, 1941, 206.

<sup>133</sup> J.M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, thèse, L.G.D.J., 1966, 131.

<sup>134</sup> M. Waline, *Le retrait des actes administratifs*, in *L'évolution du droit public. Etudes offertes à Achille Mestre*, Sirey, 1956, 561 (et en particulier, p. 568).

<sup>135</sup> M. Waline, *Les actes susceptibles, ou non, de créer des droits*, préc., 860 : l'auteur y reniait la précédente explication donnée au phénomène de la création des droits acquis de la part de l'acte illégal car dans ce cas, «*l'acte devrait être maintenu, au profit des tiers de bonne foi, aussi bien avant qu'après l'expiration du délai du recours contentieux*».

<sup>136</sup> M. Waline, *Les actes susceptibles, ou non, de créer des droits*, préc., 862.

l'avait fait la jurisprudence *Dame Cachet* - un terme habituellement employé en matière de succession des lois dans le temps<sup>137</sup>. Les auteurs de droit public tendaient en revanche à renier la notion de «droit acquis», qui était jugée inexacte<sup>138</sup>, paradoxale<sup>139</sup> ou tautologique<sup>140</sup>.

La théorie selon laquelle les droits acquis représenteraient autant de limites à la rétroactivité de l'annulation fut aussi critiquée parce que, jusqu'à 1997, le principe énoncé par l'arrêt *Caussidéry* fut limité aux conséquences de l'annulation des actes réglementaires<sup>141</sup>. La jurisprudence ne niait pas que les tiers puissent devenir titulaires de droits acquis en vertu d'actes définitifs adoptés sur la base d'actes non réglementaires illégaux ; simplement, elle niait que ces actes (et les droits créés par ces derniers) puissent résister à la force de la chose jugée.

Les raisons pragmatiques d'une distinction entre effets de l'annulation de l'acte réglementaire et effets de l'annulation d'un acte non réglementaire sont claires. L'annulation d'un acte réglementaire est évidemment en mesure de produire des bouleversements bien plus importants, vue sa portée générale : on peut donc en

---

<sup>137</sup> L. Tallineau, *Les actes particuliers non créateurs de droits*, thèse, Poitiers, 1972, p. IV et suiv. La notion de « droit acquis » remonte au Moyen Age. Traditionnellement, elle a été employée pour résoudre les problèmes liés à l'édiction de nouvelles règles ayant vocation à régir des situations déjà constituées.

La notion était utilisée en droit administratif pour désigner les situations juridiques qui résistaient à un certain nombre d'actes de l'administration. A partir de la fin du XIX<sup>ème</sup> siècle, la notion fut fortement critiquée par la doctrine administrative, qui en avait constaté le caractère confus et vague (cf. O. Dupeyroux, *La règle de la non-rétroactivité de l'acte administratif*, préc., 117 et suiv.). D'après Dupeyroux, elle continua toutefois d'être utilisée par le juge administratif, d'une part, parce qu'en droit administratif, il manquait une théorie autonome sur les effets des actes administratifs dans le temps (ce qui induisait les juges à se servir de la notion de droit acquis, élaborée dans un autre contexte), et, d'autre part, par répétition des solutions apportées précédemment.

<sup>138</sup> J.M. Rainaud, *La distinction de l'acte réglementaire et de l'acte individuel*, préc., 131, constatait que «plutôt que de droits acquis, on devrait parler de situation juridique consolidée par le fait acquisitif. Comment parler de «droit» en présence d'un acte irrégulier ?». Récemment, une thèse similaire a été soutenue par C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, préc., 353.

<sup>139</sup> «Jamais personne n'a su ce qu'était un droit non acquis. Si l'on admet l'existence de droits subjectifs, ces droits existent ou n'existent pas [...]. Le droit non acquis est l'absence de droit», écrivait L. Duguît dans son *Traité de droit constitutionnel*, II, E. De Boccard, 1923 201.

<sup>140</sup> M. Stassinopoulos, *Traité des actes administratifs*, Editions de l'Institut français d'Athènes, 1954, 253, qui évoquait les considérations de W. Jellinek, *Verwaltungsrecht*, Springer, 1931, 280.

<sup>141</sup> D'ailleurs P. Weil critiqua la contradiction apparente entre l'arrêt *Caussidéry* et l'arrêt C.E., Ass., 10 décembre 1954, *Cru*, préc., dans laquelle on affirmait que «les actes annulés pour excès de pouvoir sont réputés n'être jamais intervenus [...]. La réfection du tableau et des promotions dont il s'agit ne peut se heurter à des droits acquis, aucun droit n'ayant pu naître d'actes qui ont été annulés».

conclure, avec J. Carbajo, que «*la divergence de jurisprudences [reposait] sur un critère quantitatif*»<sup>142</sup> ; en revanche, elle paraissait difficilement explicable, du point de vue logico-juridique.

En 1997, par des arrêts *Lugan*<sup>143</sup> et *Strasbourg F.M.*<sup>144</sup>, le Conseil d'État étendit la jurisprudence *Caussidéry* à l'exécution de l'annulation de l'acte non réglementaire, sur la base d'un raisonnement qu'il convient de retracer brièvement. Le cas *Lugan* concernait les conséquences de l'annulation des résultats d'un concours pour l'obtention du titre de professeur des universités. En opérant un revirement par rapport à sa jurisprudence précédente, le Conseil d'État décida que le caractère définitif des actes de nomination intervenus suite au concours en empêchait le retrait, en exécution de l'annulation du concours ; l'administration n'était même pas tenue, d'après le Conseil d'État, à refaire la procédure de concours<sup>145</sup>.

Dans le deuxième cas cité ci-dessus, le Conseil d'État considéra que l'annulation du refus d'attribuer à la société Strasbourg F.M. les fréquences de radio diffusion ne comportait pas l'obligation, pour le Conseil supérieur de l'Audiovisuel, d'annuler les autorisations d'exploitation accordées aux entreprises concurrentes dans la même zone, car, entre temps, elles étaient devenues définitives. Par conséquent, le Conseil d'État affirma que le C.S.A. n'était pas tenu de lancer un nouveau concours pour l'assignation des fréquences, dès lors qu'il ne restait aucune fréquence libre.

Dans les deux cas, les conclusions avaient été rédigées par Valérie Pécresse<sup>146</sup>. Cette dernière avait argué que la solution du cas *Lugan* n'impliquait pas un revirement de jurisprudence par rapport à *Pelbois* : la situation de la requérante ne pouvait pas, en effet, être comparée à celle d'un fonctionnaire illégalement privé d'un avancement de carrière. Mme *Lugan*, qui était maître des conférences, était en effet selon le

---

<sup>142</sup> J. Carbajo, *L'application dans le temps des décisions administratives exécutoires*, L.G.D.J., 1980, 253.

<sup>143</sup> C.E., 10 octobre 1997, *Lugan, Lebon*, 346 ; R.F.D.A., 1998, 21, conclusions Pécresse, A.J.D.A., 1997, 952, chronique T.-X. Girardot et F. Raynaud, L.P.A., février 1998, n. 22, note G. Pellissier.

<sup>144</sup> C.E., 10 octobre 1997, *Société Strasbourg FM, Lebon*, R.F.D.A., 1998, 29, conclusions V. Pécresse ; A.J.D.A., 1997, 952, chronique T. X. Girardot et F. Raynaud ; L.P.A. février 1998, n. 22, note G. Pellissier.

<sup>145</sup> Conformément à la jurisprudence C.E., 8 juin 1990, *Université de Clermont-Ferrand c. Rougerie*, R.F.D.A., 1991, 331, conclusions M. Laroque.

<sup>146</sup> Ces conclusions ont été publiées dans la R.F.D.A., 1998, 221.



commissaire du gouvernement une candidate « externe » au concours pour l'accès au poste de Professeur, car ce poste aurait comporté un changement de corps. Or, seule l'annulation des décisions relatives aux procédures sélectives prévues pour les avancements de carrière des fonctionnaires publiques ferait naître l'obligation d'éliminer tous les actes qui empêchent la réfection de la procédure sélective, afin de restituer au candidat la chance concrète d'obtenir l'avancement de carrière. Au contraire, s'il n'attaque pas les nominations conséquentes au concours, le candidat externe, qui, au contraire du fonctionnaire, ne peut invoquer un droit à la progression de carrière, ne peut obtenir que la réparation de la perte de la chance d'obtenir le poste, pourvu qu'il prouve d'avoir eu une «chance sérieuse» de gagner le concours<sup>147</sup>.

La solution proposée par V. Péresse n'était pas dépourvue de difficultés : en effet, elle impliquait la nécessité de vérifier si le requérant pouvait être considéré comme le titulaire d'un droit à l'avantage auquel il aspire. Dans le cas d'espèce, Péresse distinguait la position d'un fonctionnaire ayant droit à une normale progression de carrière de la situation de la requérante ; pourtant, la progression de carrière, de maître de conférence à professeur des universités, est tout à fait normale, dans le cadre d'une carrière académique. Les commentateurs ont donc vu dans la jurisprudence *Lugan* un «*glissement [...] d'un souci objectif de légalité vers un équilibre fondé sur une conciliation satisfaisante des droits subjectifs*»<sup>148</sup>.

Cette observation a été par la suite confirmée par le fait que la jurisprudence *Lugan* a été étendue même à des cas d'espèce dans lesquels les requérants auraient eu droit, selon la distinction faite par V. Péresse, à une réfection de la procédure sélective<sup>149</sup>. D'après les commentateurs, ce revirement par rapport à la jurisprudence *Pelbois* était dû au «*caractère attractif de la jurisprudence Lugan*» et à la «*reconnaissance implicite du principe de sécurité juridique qu'elle propose*»<sup>150</sup>.

---

<sup>147</sup> Sur la notion de «chance sérieuse», cf. A. Minet, *La perte de chance en droit administratif*, L.G.D.J., 2014, 272 suiv.

<sup>148</sup> G. Pellissier, *Développements récents du principe de sécurité juridique*, L.P.A., 1998, n. 22, 6.

<sup>149</sup> C.E. 10 mars 2004, *Fabre, Lebon*, 732.

<sup>150</sup> S.J. Liéber, D. Botteghi, *Conséquences de l'annulation d'une décision d'éviction d'un fonctionnaire sur la nomination de son successeur*, A.J.D.A., 2009, 822.

Le principe n'avait pas encore, en 1997, reçu une consécration formelle<sup>151</sup>. Pourtant, dans les années 1990, l'exigence d'assurer la sécurité juridique, face à la rétroactivité de l'annulation, avait pris de plus en plus d'importance dans le discours de la doctrine.

## **b. La modulation des effets de l'annulation contentieuse**

C'est dans un contexte de grand intérêt pour le principe de sécurité juridique qu'a éclos le débat sur la possibilité d'introduire un instrument qui aurait permis au juge administratif de mieux concilier les exigences de la légalité et celles de la sécurité juridique : la modulation des effets de l'annulation contentieuse.

Ce débat voit le jour dans un contexte favorable, du point de vue doctrinal comme jurisprudentiel ( $\alpha$ .), et il finit par conduire à la consécration du pouvoir de modulation de la part de l'assemblée du contentieux du Conseil d'État en 2004 ( $\beta$ .)

### **$\alpha$ . Un contexte favorable**

Le débat sur l'adoption du pouvoir de modulation s'est intensifié à partir des années 1990, en révélant la faveur de la doctrine pour cette mesure de protection de la sécurité juridique ( 1.). Le terrain pour un élargissement des pouvoirs du juge administratif avait été en large mesure préparé par plusieurs courants jurisprudentiels qui s'étaient développés pendant la même décennie (2.)

#### ***1. Un contexte doctrinal favorable***

Le thème des effets de l'annulation n'était pas nouveau et, comme nous l'avons évoqué brièvement, la jurisprudence et la doctrine françaises s'étaient déjà confrontées

---

<sup>151</sup> Cette consécration n'arrivera qu'en 2006, avec l'arrêt C.E., ass., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres, Lebon*, 154.

maintes fois au problème du sort des situations juridiques nées d'un acte administratif illégal. Cette préoccupation avait conduit à l'élaboration d'un certain nombre de principes jurisprudentiels, qui permettaient de limiter les effets « naturels » de l'annulation seulement dans des situations spécifiques.

Déjà depuis le début du XX<sup>ème</sup> siècle, une partie de la doctrine française avait prôné l'introduction d'un pouvoir de modulation des effets de l'annulation. G. Jèze, en particulier, écrivait en 1913 que *« l'intérêt social exige que les relations entre les individus soient d'une grande stabilité. Il faudra donc atténuer ou supprimer les conséquences logiques de la nullité, toutes les fois que le trouble social qu'entraînerait la solution logique sera trop grave »*<sup>152</sup>.

Au cours de la deuxième moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, cette thèse avait été développée par certains juristes, inspirés par la comparaison avec d'autres systèmes de contentieux. Ainsi, en 1971, dans le cadre d'une analyse des différents systèmes de contentieux administratif européens, J.-M. Auby et M. Fromont avaient affirmé la supériorité des règles hollandaises de la procédure contentieuse, qui permettent au juge de moduler les effets de l'annulation en présence d'un intérêt général prééminent, ou afin de protéger la situation juridique des tiers, par rapport à la pratique française des validations législatives<sup>153</sup>. En 1987, dans sa thèse dédiée au thème des lois de validation, B. Mathieu avait proposé, pour réduire le nombre de validations, d'attribuer au juge administratif un pouvoir de moduler les effets de l'annulation contentieuse similaire à celui exercé par le juge européen<sup>154</sup>.

À partir des années 1990, les propositions de ce type se sont démultipliées, parallèlement à une croissante attention de la doctrine française envers le principe de *sécurité juridique*<sup>155</sup>.

---

<sup>152</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités qui entachent les actes juridiques*, R.D.P., 1913, 294 (cf. p. 298, en particulier). Pour appuyer sa thèse, l'Auteur citait l'exemple de l'application par analogie de la théorie du fonctionnaire de fait à l'acte illégal adopté par un organisme collégial illégalement formé in C.E. 30 janvier 1885, *Elections d'Hérouville, Lebon*, 126.

<sup>153</sup> J.M. Auby, M. Fromont, *Les recours contre les actes administratifs dans les pays de la Communauté économique européenne*, Dalloz, 1971, 428.

<sup>154</sup> B. Mathieu, *Les validations législatives. Pratique législative et jurisprudence constitutionnelle*, Economica, 1987, 287.

<sup>155</sup> Par exemple, cf. B. Pacteau, *La sécurité juridique, un principe qui nous manque ?*, A.J.D.A., 1995, 151. La «valorisation accrue de la sécurité juridique» dans le processus évolutif qui a conduit à la

Qualifié par le juge européen de principe général du droit<sup>156</sup>, le principe de *sécurité juridique* était employé par la Cour de justice comme fondement de son pouvoir de modulation des effets temporels de ses arrêts.

Ce pouvoir avait été initialement conçu par le législateur européen comme exceptionnel, et limité à la seule hypothèse de l'annulation par voie directe d'un règlement<sup>157</sup>. Par le biais de différentes argumentations, toujours liées à l'exigence de protection de la *sécurité juridique*, le juge européen a progressivement étendu le pouvoir de modulation aux arrêts rendus en interprétation du droit<sup>158</sup>, les déclarations préjudicielles d'invalidité<sup>159</sup>, et à l'annulation de directives<sup>160</sup>, de budgets<sup>161</sup>, ou d'autres actes des Institutions européennes<sup>162</sup>.

Le débat sur les méthodes de la Cour de justice a conduit un certain nombre de conseillers d'état à s'exprimer sur l'opportunité d'introduire un pouvoir de modulation des effets de l'annulation. Ainsi, en 1990, Yves Galmot a soutenu que, comme la Cour de Justice, le juge français aurait dû s'inspirer de solutions adoptées dans d'autres états pour faire face aux lacunes du contentieux français<sup>163</sup>. La proposition a été ensuite reprise par Guy Braibant dans le débat intitulé «*Questions pour le droit administratif*»,

---

jurisprudence *AC!* a été valorisé, en particulier, par O. Dubos, F. Melleray, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, D.A., 2004, 10.

<sup>156</sup> Cf., *ex multis*, CJUE, 14 juillet 1972, *Azienda Colori Nazionali c. Commissione*, C-57/69; 13 juillet 1961, *Meroni*, C-14/60 ; 9 juillet 1969, *Portelange c. Smith Corona Marchant international*, C-10/69, in [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu).

<sup>157</sup> Art. 174, 2<sup>ème</sup> alinéa, du Traité de Rome.

<sup>158</sup> Le *leading case* de cette pratique a été CJUE 8 avril 1976, *Defrenne*, C-43/75, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), qui fonde la modulation sur l'exigence de protéger la *sécurité juridique*. On peut cependant remarquer que les argumentations de la Cour de justice semblent plutôt évoquer la nécessité de protéger la confiance légitime, vu que, parmi les critères qui justifiaient la modulation, la Cour a évoqué le comportement tenu par les autorités européennes, qui aurait induit en erreur l'Etat et les particulier sur la conformité au Traité des politiques salariales discriminatoires.

<sup>159</sup> *Ex multis*, CJUE 15 octobre 1980, *Providence agricole de Champagne*, C-4/79 ; 15 octobre 1980, *Roquette Frères*, C-145/79, 15 octobre 1980, *Maiseries de la Beauce*, C-109/79, in [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu).

<sup>160</sup> CJUE 7 juillet 1992, *Parlement c. Conseil*, C-295/90 ; 5 juillet 1995, *Parlement c. Conseil*, C-21/94, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>161</sup> CJUE, 3 juillet 1986, *Conseil c. Parlement*, C-34/86 ; 31 mars 1992, *Conseil c. Parlement*, C-284/90, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>162</sup> CJUE 28 mai 1998, *Parlement c. Commission*, C-22/96 ; 19 novembre 1998, *Portugal c. Conseil*, C-21/94, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>163</sup> Y. Galmot, *Réflexions sur le recours au droit comparé par la Cour de Justice des Communautés Européennes*, R.F.D.A., 1990, 255, part. 262.

publié en 1995 sur l'*A.J.D.A.*<sup>164</sup>. Guy Braibant a en effet aussi soutenu que les règles du contentieux administratif auraient pu bénéficier d'une «*certaine contamination du droit européen et de la jurisprudence de la Cour de justice des Communautés*» ; l'auteur prônait en particulier l'adoption d'un pouvoir de modulation de «*l'annulation pour excès de pouvoir [...] qui pour un acte réglementaire peut entraîner des conséquences tellement catastrophiques que cela nécessite une validation législative*»<sup>165</sup>.

La proposition n'eut pas l'approbation de tous les participants au débat. Si Georges Vedel et Daniel Labetoulle se dirent favorables à l'introduction d'un pouvoir de modulation – au moins limité à l'annulation des actes réglementaires – Pierre Le Mire, qui avait publié en 1992 une étude concernant les pouvoirs de modulation de la Cour de Justice<sup>166</sup>, se montra plus prudent : en particulier, il évoquait le risque d'une utilisation arbitraire du pouvoir de modulation, qu'il avait observé chez le juge européen.

Le germe était cependant désormais semé et, en 1996, le commissaire du gouvernement Jean-Claude Bonichot annonça que «*l'on sera un jour ou l'autre amené à s'interroger [...] sur l'effet rétroactif des annulations contentieuses et à se demander si le juge administratif ne pourrait pas, comme d'autres juges d'autres États et comme la Cour, moduler l'exercice de ces pouvoirs d'annulation*»<sup>167</sup>.

En 2001, la revue du Conseil constitutionnel publia un numéro entièrement dédié au principe de sécurité juridique<sup>168</sup>. Sophie Boissard, qui à l'époque était maître des requêtes au Conseil d'État, y soutint que, pour améliorer la sécurité juridique des administrés, il aurait été opportun que le juge administratif français module les effets

---

<sup>164</sup> J. Moreau, G. Vedel, R. Drago, G. Braibant, D. Labetoulle, A. Lyon Cahen, P. Waquet, Y. Gaudemet, P. Le Mire, *Questions pour un droit administratif, A.J.D.A.*, numéro spécial, 20 juin 1995, 11 (cf. p. 25).

<sup>165</sup> *Ibid.*

<sup>166</sup> P. Le Mire, *La limitation dans le temps des effets des arrêts de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in *Mélanges René Chapus*, Montchrétien, 1992, 367.

<sup>167</sup> J.C. Bonichot, *Le droit communautaire et le droit administratif français, A.J.D.A.*, 20 juin 1996, numéro spécial, 15 (cf. p. 19).

<sup>168</sup> *Cahiers du Conseil constitutionnel*, 2001, Dossier: «Le principe de sécurité juridique», in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

des annulations contentieuses, en prenant exemple de ses homologues européens et allemands<sup>169</sup>.

La doctrine française vit dans ce débat le signal d'un revirement attendu et tout à fait souhaitable<sup>170</sup>. Ce signal semblait être par ailleurs confirmé par la jurisprudence administrative qui, au début des années 2000, témoignait de la croissante préoccupation du juge pour les conséquences de ses annulations.

## 2. *Un contexte jurisprudentiel favorable : les nouvelles méthodes du juge administratif*

Au début des années 2000, la tendance du juge administratif à gérer les conséquences de l'annulation contentieuse battait son plein<sup>171</sup>.

D'après une partie de la doctrine, cette tendance aurait été amorcée par la nouvelle pratique jurisprudentielle du juge administratif<sup>172</sup> qui, depuis 2001, avait commencé à exercer ses pouvoirs d'injonction a priori d'office<sup>173</sup>, sans particulières justifications : *«seules la «nécessité» et «l'opportunité» sont invoquées, comme si l'injonction avait ce caractère d'évidence qui dispenserait de toute argumentation»*<sup>174</sup>. La généralisation de l'exercice du pouvoir d'injonction aurait

---

<sup>169</sup> S. Boissard, *Comment garantir la stabilité des situations juridiques individuelles sans priver l'autorité de tout moyen d'action et sans transiger sur le respect du principe de légalité*, Cahiers du Conseil constitutionnel, 2001, Dossier «Le principe de sécurité juridique», in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr). Boissard réputait possible l'introduction d'un pouvoir de modulation qui aurait remis en cause *«la logique objective et binaire qui sous-tend le contentieux de la légalité»*, vu que le juge administratif y avait déjà dérogé, par l'application de la théorie du fonctionnaire de fait, par exemple.

<sup>170</sup> R. Chapus, *Georges Vedel et l'actualité d'une «notion fonctionnelle» : l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, R.D.P., 2003, 3 (cf. p. 13) et B. Seiller, *L'illégalité sans annulation*, A.J.D.A., 2004, 963 (cf. p. 970).

<sup>171</sup> D'après certains auteurs, cette tendance aurait des racines assez lointaines : d'après F. Blanco *L'injonction avant l'injonction ? L'histoire des techniques juridictionnelles apparentées à l'injonction*, R.F.D.A., 2015, 444, le juge administratif français aurait élaboré, depuis le début du XX<sup>e</sup> siècle, une série de techniques alternatives à l'injonction pour assurer la bonne exécution de son jugement.

<sup>172</sup> A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, thèse, Ed. Panthéon-Assas, 2009, 731 et D. Connil, *L'office du juge administratif et le temps*, Dalloz, 2012, 368.

<sup>173</sup> Introduit par la loi du 8 février 1995, n. 95-125, le pouvoir d'injonction a priori est aujourd'hui prévu par l'art. 911-1 du CJA, qui permet au juge *«saisi de conclusions en ce sens»* d'indiquer au justiciable public de prendre *«une mesure d'exécution dans un sens déterminé»*.

<sup>174</sup> C. Broyelle, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur*, D.A., 2004, chronique n. 6. Sur les injonctions prononcées d'office, cf. A. Perrin, *Au-delà du cadre législatif initial : le pouvoir d'injonction en dehors de la loi du 8 février 1995*, R.F.D.A., 2015, 643.



comporté un changement de perspective du juge administratif français, qui aurait commencé à s'intéresser à l'après-jugement<sup>175</sup> : l'exercice du pouvoir d'injonction sous-tend en effet une évaluation réaliste de la situation juridique existante au moment de l'annulation<sup>176</sup>, qui aurait conduit le juge à atténuer la logique rigoureuse, binaire, de l'annulation.

Par exemple, en 2003, le juge administratif a affirmé que l'annulation de l'arrêté préfectoral approuvant le tracé d'une ligne électrique ne comportait pas l'obligation de démolir l'ouvrage public, si cette démolition aurait porté une atteinte excessive à l'intérêt général<sup>177</sup>. Le mois suivant, cette technique d'atténuation des effets de la chose jugée au nom de l'intérêt général, dénommée par la doctrine « *réserves d'intérêt général* »<sup>178</sup>, a été employée au sein d'un jugement d'annulation pour excès de pouvoir afin de limiter les effets de l'annulation d'une décision de préemption, au vu de l'intérêt général qui s'attachait au maintien de ses effets<sup>179</sup>.

De façon encore plus significative, en 2001, le juge, se prononçant d'office sur les conséquences de l'annulation de l'acte attaqué, avait affirmé son pouvoir de prononcer une annulation différée, afin d'éviter la formation d'un vide juridique qui aurait porté préjudice au « *bon fonctionnement du service public de la justice* »<sup>180</sup>.

Le recours avait pour objet le refus, opposé par le Ministère de la Justice, d'abroger deux décrets d'application d'un système de gestion automatisée des données relatives aux procédures en cours devant les Cours supérieures, qui avaient été adoptés

---

<sup>175</sup> Cf. C. Broyelle, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne : le retour du juge administrateur*, préc., « à partir de 1995, l'après jugement forme l'horizon du juge, qu'il ait été saisi ou non d'une demande d'injonction ».

<sup>176</sup> A. Perrin, *L'injonction en droit public français*, préc. 731.

<sup>177</sup> C.E. 29 janvier 2003, *Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes et la Commune du Clans*, *Lebon* 21, conclusions C. Maugué. L'arrêt marquait l'abandon de la jurisprudence de l'intangibilité de l'ouvrage public ; d'après C. Laviaille, *La « tangibilité » de l'ouvrage public*, *R.F.D.A.*, 2003, 484, l'utilisation de la méthode du bilan afin de déterminer si la démolition est opportune se traduit par un « glissement [...] du principe d'essence romaniste à un casualisme de facture anglosaxonne où l'intérêt général n'est pas posé a priori mais résulte d'une analyse de la situation et des éventuels conflits d'intérêt ».

<sup>178</sup> J.B. Auby, *A propos des réserves d'intérêt général*, *D.A.*, 2003, repères n. 6.

<sup>179</sup> C.E. 26 février 2003, *M. et Mme Bour*, *Lebon* 59 ; *A.J.D.A.*, 2003, 729, chronique F. Donnat et D. Casas ; *B.J.D.U.*, 2003, 106, conclusions P. Fombeur, et 168, étude E. Fatôme.

<sup>180</sup> C.E. 27 juillet 2001, *Titran*, *Lebon* 411 ; *A.J.D.A.*, 2001, 1046, chronique M. Guyomar et P. Collin ; *R.R.J.*, 2003, n. 2, 1513, note F. Blanco.

en méconnaissance de l'avis prêté par la Commission nationale de l'informatique et des libertés. Conformément à la jurisprudence *Compagnie Alitalia*<sup>181</sup>, l'annulation du refus d'abroger ces actes aurait comporté une obligation pour l'administration de les éliminer *ex nunc* de l'ordonnancement juridique.

Après avoir constaté l'existence d'un intérêt général au maintien de ces actes en vie, le Conseil d'État a différé les effets de l'annulation de deux mois, afin de donner le temps à l'administration de régulariser ces actes, en les conformant à l'avis de la Commission. À défaut d'une régularisation, l'annulation aurait pris effet, et l'administration aurait été obligée d'abroger les actes illégaux, en exécution de la chose jugée.

La doctrine s'est partagée sur la qualification juridique de l'opération réalisée par le Conseil d'État : selon certains, l'arrêt aurait simplement différé les effets de l'annulation<sup>182</sup> ; d'après d'autres auteurs, le Conseil d'État y aurait inauguré la technique de l'annulation conditionnée, dont les effets se seraient produits seulement en cas d'inexécution des mesures ordonnées par le juge<sup>183</sup>.

La jurisprudence *Titran* a été vue comme fortement novatrice, du point de vue de l'office du juge, mais aussi du point de vue de la nouvelle conception des effets de l'annulation contentieuse : elle semblait en effet annoncer un «*relâchement du lien entre annulation et effet rétroactif*»<sup>184</sup>. En effet, parmi les argumentations développées en faveur de la modulation dans ses conclusions à l'affaire *AC !*, le commissaire du gouvernement C. Devys invoquait spécifiquement le précédent représenté par la

---

<sup>181</sup> C.E. Ass. 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, *Lebon*, 44, *R.F.D.A.*, 1989, 391, conclusions N. Chahid-Nourai.

<sup>182</sup> R. Chapus, *Georges Vedel et l'actualité d'une notion «fonctionnelle» : l'intérêt d'une bonne administration de la justice*, préc., 13.

<sup>183</sup> D. Bailleul, *Les nouvelles méthodes du juge administratif*, *A.D.J.A.*, 2004, 1626 et M. Guyomar et P. Collin, *Chronique*, *A.J.D.A.*, 2001, 1046

<sup>184</sup> R. Chapus, *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, 2004, 11ème éd., 1040. *Contra* H. Stahl, A. Courrèges, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, *R.F.D.A.*, 2004, 438 qui avaient minimisé l'aspect novateur de l'arrêt, en soutenant que «*le seul véritable effort accompli par la décision Titran consiste à laisser à l'autorité administrative un délai, en l'espèce de deux mois, pour exécuter la décision d'annulation.*»

décision *Titran*, qu'il qualifiait comme une première «brèche» au principe de la rétroactivité des effets de l'annulation contentieuse<sup>185</sup>.

## β. L'arrêt AC !

Cette brèche a été définitivement ouverte par l'arrêt *AC !* du 11 mai 2004<sup>186</sup>, avec lequel le Conseil d'État a décidé de la légalité de deux conventions concernant le régime des indemnisations chômage, qui avaient été adoptées en méconnaissance de la procédure prévue par le code du travail. Le Conseil d'État a déclaré l'illégalité des décrets attaqués mais, par un considérant de principe inédit, il a posé une exception à la règle générale concernant les effets de l'annulation, en précisant que lorsque les effets rétroactifs d'une l'annulation pourraient avoir des conséquences manifestement excessives, il appartient à l'office du juge de moduler ces effets dans le temps. L'analyse du considérant de principe inauguré dans la décision *AC !* rend compte des conditions (1.) et des techniques (2.) de la mise en oeuvre du nouveau pouvoir<sup>187</sup>.

---

<sup>185</sup> Ainsi, littéralement, C. Devys, *Conclusions sur AC!*, *R.F.D.A.*, 2004, 454. Devys évoquait aussi d'autres «tempéraments à la règle selon laquelle un acte annulé est réputé n'avoir jamais existé [...] pour des raisons liées au souci de stabilité des situations juridiques» : la théorie du fonctionnaire de fait, et la jurisprudence *Caussidéry* et *Lugan* en matière de droits acquis.

<sup>186</sup> C.E., Ass., 11 mai 2004, *Association AC ! et autres, Lebon*, 197; *R.F.D.A.*, 2004, 454, *conclusions* di C. Devys ; *ibid.*, 438, note J.H. Stahl et A. Courrèges ; *A.J.D.A.*, 2004, 1183, chronique C. Landais et F. Lenica; *ibid.*, 1219, étude F. Berguin ; *D.A.*, 2004, étude n. 15 O. Dubos, F. Melleray.

<sup>187</sup> «*Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu ; que, toutefois, s'il apparaît que cet effet rétroactif de l'annulation est de nature à emporter des conséquences manifestement excessives en raison tant des effets que cet acte a produits et des situations qui ont pu se constituer lorsqu'il était en vigueur que de l'intérêt général pouvant s'attacher à un maintien temporaire de ses effets, il appartient au juge administratif - après avoir recueilli sur ce point les observations des parties et examiné l'ensemble des moyens, d'ordre public ou invoqués devant lui, pouvant affecter la légalité de l'acte en cause - de prendre en considération, d'une part, les conséquences de la rétroactivité de l'annulation pour les divers intérêts publics ou privés en présence et, d'autre part, les inconvénients que présenterait, au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un effectif, une limitation dans le temps des effets de l'annulation ; qu'il lui revient d'apprécier, en rapprochant ces éléments, s'ils peuvent justifier qu'il soit dérogé à titre exceptionnel au principe de l'effet rétroactif des annulations contentieuses et, dans l'affirmative, de prévoir dans sa décision d'annulation que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de celle-ci contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine.*»

## ***1. Les conditions de la mise en œuvre de la modulation : un bilan de proportionnalité***

Le considérant de principe commence par réaffirmer la règle générale de la rétroactivité de l'annulation, dans les mêmes termes que l'arrêt *Rodière*<sup>188</sup> : le nouveau pouvoir est donc immédiatement qualifié d'exceptionnel. La suite du considérant explicite les conditions auxquelles celui-ci peut être mis en œuvre, qui peuvent être relevés d'office.

En particulier, le juge doit réaliser un double bilan<sup>189</sup> : d'abord, il doit évaluer si l'effet rétroactif de l'annulation est susceptible de produire des «conséquences manifestement excessives», tenu compte des situations et des actes qui ont pu naître sur la base de l'acte annulé. À l'issue de cette première évaluation, le juge doit en conclure s'il existe ou non un intérêt général au maintien des effets déjà produits par l'acte illégal.

En cas de réponse positive, le juge doit mettre en balance, d'un côté, cet intérêt général et, de l'autre, les désavantages d'une éventuelle limitation des effets de l'annulation, à la lumière des principes de légalité et du droit au recours. Ce jugement a donc le caractère d'un bilan de proportionnalité, concernant les conséquences «classiques» de l'annulation<sup>190</sup>.

La décision sur la modulation requiert une connaissance des situations et des actes qui pourraient être affectés par une annulation rétroactive. Pourtant, ces circonstances n'apparaissent pas nécessairement lors de l'instruction du procès d'annulation. L'évaluation des conséquences possibles de l'annulation demande donc

---

<sup>188</sup> «*Considérant que l'annulation d'un acte administratif implique en principe que cet acte est réputé n'être jamais intervenu...*».

<sup>189</sup> O. Dubois, F. Melleray, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation d'un acte administratif*, note préc. D'après d'autres auteurs (F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, in A.A.V.V., *Mélanges en l'honneur de F. Lachaume*, Dalloz, 2007, 139), ce bilan est en fait unique.

<sup>190</sup> V. Coq, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, 2015, 404, parle à ce propos d'un «*contrôle restreint de proportionnalité*».

une instruction *ad hoc*, bien que limitée : pour que le juge puisse mettre en œuvre son pouvoir de modulation, il ne doit se convaincre que du caractère «manifestement excessif» de ces conséquences, qui ne doivent donc pas être nécessairement connues dans le détail.

Cette circonstance appelle à une première obligation procédurale pour le juge : afin de récolter ces données, le juge doit soumettre au parties du procès la question de la modulation, de façon à obtenir leurs observations, dans le contradictoire, sur ce point. On considère en effet que les parties sont «*les plus à même d’appréhender les conséquences*» d’une annulation rétroactive <sup>191</sup>.

En deuxième lieu, l’exercice du pouvoir de modulation requiert l’analyse, de la part du juge, de tous les moyens soulevés par le requérant : cette obligation découle de la nécessité de connaître de façon la plus précise possible le caractère de l’illégalité affectant l’acte, qui risquerait de ne pas émerger de façon claire si le juge employait la technique de l’économie des moyens. Cette obligation faite au juge dénote une certaine ambiguïté dans le raisonnement du Conseil d’État qui, suivant le commissaire du gouvernement<sup>192</sup>, n’a pas explicitement exclu que la modulation puisse être mise en œuvre si le vice est particulièrement grave ; cependant, il a été observé que la gravité de l’illégalité de l’acte constitue «*un élément de contexte, dont le juge peut entièrement faire fi lorsqu’il est amené à envisager la modulation*»<sup>193</sup>.

## 2. Les techniques de modulation : une grande flexibilité

Le Conseil d’État conclut le considérant de principe en posant deux techniques différentes de limitation des effets de l’annulation dans le temps : l’affirmation du

---

<sup>191</sup> C. Devys, conclusions préc. Par contre, selon le commissaire du gouvernement, ce passage procédural n’est pas nécessaire à susciter un débat contradictoire qui appelle des argumentations en droit, car «*la circonstance que le juge se propose de limiter dans le temps les effets d’une décision d’annulation ne fait en effet intervenir dans le débat entre les parties aucun élément de droit nouveau.*»

<sup>192</sup> C. Devys, conclusions préc.

<sup>193</sup> J. Robbe, *De l’intérêt (relatif) de la distinction entre légalité externe et légalité interne*, R.F.D.A., 2018, 85. Sur la question, cf. *infra*, I, 2, c, α, a.

caractère définitif des effets de l'acte annulé et le report des effets de l'annulation dans le futur.

La première technique consiste dans l'exclusion, totale ou partielle, des effets rétroactifs de l'annulation (qui aura les mêmes effets qu'une abrogation) ; la deuxième technique permet au juge d'éliminer les effets de l'acte – *ex tunc* ou *ex nunc*, vu que rien n'empêche de combiner les deux techniques – à une date future, fixée par le juge même.

Les deux techniques répondent à deux exigences différentes. La limitation des effets rétroactifs de l'annulation sert à cristalliser les effets déjà produits par l'acte, afin d'éviter le bouleversement des situations juridiques non stabilisées par la mise en œuvre de la théorie des droits acquis ; la deuxième technique permet d'éviter la formation d'un vide juridique ou le retour en vigueur d'un autre acte, considéré indésirable<sup>194</sup>.

Dans les deux cas, la modulation est destinée à protéger la sécurité juridique<sup>195</sup>. L'invocation du principe n'apparaît pas dans l'arrêt *AC!*, mais c'est bien la sécurité juridique qui figure au cœur des conclusions de Ch. Devys. Pour ce dernier, la revendication d'un pouvoir de moduler les effets des annulations contentieuses s'inscrit en effet dans «une évolution jurisprudentielle toujours plus soucieuse d'assurer l'équilibre entre exigence de la légalité et exigence de la stabilité des situations juridiques»<sup>196</sup>.

Reconnaissant que la limitation des effets rétroactifs de l'annulation pourrait avoir un impact néfaste sur le droit au recours des tiers intéressés, le Conseil d'État fait une dernière précision concernant les effets de la modulation: celle-ci n'aura pas de

---

<sup>194</sup> Cette situation peut se créer, par exemple, lorsque l'acte susceptible de retourner en vigueur à l'annulation est atteint d'une illégalité encore plus grave que l'acte annulé: cf. C.E., 28 novembre 2011, *SIPPEREC*, A.J.D.A., 2013, 364, note F. Laffaille.

<sup>195</sup> Pour une analyse de ce concept à la lumière des cas de mise en œuvre de la modulation, cf. *infra*, I, 2, d.

<sup>196</sup> L'absence de toute mention du principe de *sécurité juridique* dans l'arrêt *AC!* ne doit pas surprendre. Tout en étant au cœur du débat doctrinal sur la modulation des effets de l'annulation (et des argumentations du commissaire du gouvernement Ch. Devys), le principe de sécurité juridique n'était pas encore considéré, à l'époque, un principe général du droit: cette consécration n'advient qu'en 2006: cf. C.E., 24 mars 2006, *Société KPMG et autres, Lebon*, 684. Après 2006, plusieurs cas d'application de la jurisprudence *AC!* invoquent le principe (cf. *infra*).



conséquence sur le sort des actions contentieuses déjà engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause<sup>197</sup>.

Cette rapide analyse des conditions et des modalités de mise en œuvre de la jurisprudence *AC !* montre que le Conseil d'État a voulu laisser une grande marge d'appréciation au juge : en effet, les termes, assez vagues, du bilan coûts-avantages d'une annulation rétroactive semblent conçus pour permettre au juge de décider «cas par cas»<sup>198</sup>. Mise à part la précision relative aux effets de la modulation sur les actions déjà engagées, les seules contraintes que le juge est tenu de respecter lors de l'exercice du pouvoir de modulation ont nature procédurale<sup>199</sup>.

---

<sup>197</sup> Le problème de la protection du droit au recours des tiers à l'instance avait été explicitement affronté par J.-H. Stahl, A. Courrèges, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, *R.F.D.A.*, 2004, 447. Les auteurs préconisaient, à ce propos, de prendre exemple des méthodes du juge européen, qui a précisé, dans son arrêt Cour de Justice C.E., 27 février 1985 *Société des produits de maïs*, C-11/83, alinéa 18, «il appartient [...] à la Cour, au cas où elle fait usage de la possibilité de limiter l'effet dans le passé d'une constatation d'invalidité dans le cadre de l'art. 177, de déterminer si une exception à cette limitation de l'effet dans le temps, conférée à son arrêt peut être prévue en faveur soit de la partie qui a introduit le recours devant la juridiction nationale, soit de tout autre opérateur économique qui aurait agi de manière analogue avant la constatation d'invalidité, ou si, à l'inverse même pour les opérateurs économiques qui auraient pris en temps utile des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits, une déclaration d'invalidité ayant effet seulement pour l'avenir constitue un remède adéquat». Cette mesure de sauvegarde avait été mise en place suite à la «guerre entre juges» qui avait eu lieu en raison de la modulation des effets de la constatation préjudicielle d'invalidité réalisée in Cour de Justice C.E. 15 octobre 1980, *Providence agricole de Champagne*, C-4/79; 15 octobre 1980, *Roquette frères*, C-145/79 et 15 octobre 1980, *Maïseries de Beauce*, C-109/79, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), sur laquelle cf. H. Labayle, *La Cour de Justice des Communautés et les effets d'une déclaration d'invalidité*, *R.T.D.E.*, 1982, 484 et J.-C. Masclet, *La jurisprudence « Roquette » à l'épreuve des juridictions françaises*, *R.T.D.E.*, 1986, 162). En Italie, les trois arrêts de la Cour de justice furent durement critiqués par la Corte Costituzionale dans son arrêt du 13 avril 1989, n. 232, *Foro it.*, I, 1855, note de L. Daniele, *Costituzione italiana ed efficacia nel tempo delle sentenze della Corte di Giustizia comunitaria*.

<sup>198</sup> Le choix de laisser une large marge d'appréciation au juge avait été fortement préconisé par A. Courrèges e J.-H. Stahl, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la Section du contentieux*, préc., qui s'opposaient, pour cette même raison, à une formalisation du pouvoir par le droit positif.

<sup>199</sup> Ces contraintes ont été mieux illustrées *supra* : le doit mener une instruction sommaire sur les conséquences possibles d'une annulation rétroactive ; il doit analyser tous les moyens soulevés à l'encontre de l'acte et il doit permettre le contradictoire sur la question de la modulation.

### **c. Les conditions d'application de la jurisprudence AC !: méthodes et limites de la protection de la sécurité juridique face à la rétroactivité de l'annulation**

L'affirmation prétorienne du pouvoir de modulation a été généralement très bien accueillie par la doctrine française, et le juge administratif a montré dans les quatorze dernières années un grand intérêt pour son nouveau pouvoir, en y faisant recours très souvent.

En effet, si dans l'arrêt *AC!* il était précisé que la mise en œuvre de la modulation aurait dû se faire seulement dans des circonstances exceptionnelles<sup>200</sup>, la jurisprudence administrative, et, en particulier celle du Conseil d'État, a démultiplié les hypothèses de modulation, en précisant avec grande largesse ses conditions d'exercice ( $\alpha$ ), en développant de nouvelles techniques de modulation ( $\beta$ ) et en appliquant la modulation à des décisions juridictionnelles différentes de l'annulation ( $\gamma$ ).

#### **$\alpha$ . Les conditions pour l'exercice du pouvoir de modulation dans la jurisprudence applicative : un pouvoir (presque) sans limites**

Dans la pratique, la jurisprudence administrative française a progressivement fixé, avec une grande flexibilité, les conditions de la mise en œuvre du pouvoir, en ce qui concerne la nature de l'illégalité de l'acte annulé (a.), ainsi que la nature même de l'acte annulé (b.)

##### *a. L'intérêt de la nature de l'illégalité de l'acte*

---

<sup>200</sup> Quoique, comme l'observent G. Odinet, S. Roussel, *La modulation dans le temps des effets d'un acte contraire au droit de l'Union*, A.J.D.A., 2017, 1879, depuis 2013, les mots «à titre exceptionnel» sont disparus du considérant de principe élaboré dans *AC!*.

À l'occasion de la première mise en œuvre du pouvoir de modulation<sup>201</sup>, le Conseil d'État a explicitement tenu compte de la nature de l'illégalité qui affectait l'acte. Une évaluation de la même sorte apparaît aussi dans un certain nombre d'arrêts postérieurs<sup>202</sup>. La gravité du vice figure sûrement parmi les circonstances dont le juge doit tenir compte dans le bilan coûts-avantages de la modulation, et il est parfois arrivé que le juge refuse de moduler en invoquant la nature de l'illégalité affectant l'acte<sup>203</sup>.

O. Mamoudy a cependant observé que, dans la majorité des cas, le juge n'évoque le paramètre de la nature de l'illégalité que pour mettre en évidence son caractère particulièrement ténu ou le fait que l'acte n'est affecté que par un seul vice<sup>204</sup>. La nature de l'illégalité de l'acte est donc plutôt utilisée comme un argument *a fortiori* en faveur de la modulation ; en réalité, la gravité et le nombre de vices affectant l'acte ne constituent pas une limite au pouvoir de modulation.

En effet, dans un certain nombre de cas, le Conseil d'État a modulé les effets de l'annulation d'actes affectés par plusieurs vices<sup>205</sup>, ou par des vices graves<sup>206</sup>, sans le spécifier dans le considérant dédié au bilan coûts-avantages de la modulation, et sans justifier l'opportunité de l'application de la jurisprudence *AC!* malgré la nature de l'illégalité constatée.

Le pouvoir de modulation n'est cependant pas sans limites, au vu du type d'illégalité qui affecte l'acte. En 2011, dans l'arrêt *Canal + distribution et autres*, le Conseil d'État a modulé, pour la première fois de façon explicite, les effets de

---

<sup>201</sup> C.E., 25 février 2005, *France Télécom, Lebon*, 86, *R.F.D.A.*, 2005, 802, conclusions E. Prada-Bordenave; *A.J.D.A.*, 2005, 997, note C. Landais e F. Lenica ; *JCP A.*, 2005, n. 15, 632, note E. Saulnier-Cassia.

<sup>202</sup> Tels, par exemple, C.E., 17 juillet 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins, Lebon Tables*, 406; C.E., Ass. 23 décembre 2011, *Danthony, Lebon*, 649, *R.F.D.A.*, 2012, 284, conclusions G. Dumortier ; *ibid.*, 296, note P. Cassia; *A.D.J.A.*, 2012, 195, chronique A. Bretonneau e X. Domino.

<sup>203</sup> Ainsi, par exemple, dans C.E., 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics, Lebon*, 71.

<sup>204</sup> O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, *A.D.J.A.*, 2014, 501 ; auparavant, la même observation avait été faite par C. Vinet, *Pouvoir de modulation des effets d'une annulation contentieuse en matière d'urbanisme*, *A.J.D.A.*, 2010, 2104.

<sup>205</sup> C.E., 11 avril 2012, *GISTI, A.J.D.A.*, 2012, 735; Ass., 23 décembre 2013, *Société M6, A.J.D.A.*, 2014, 4.

<sup>206</sup> C.E., 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies, Lebon*, 69, *J.C.P. A.*, 2009, 2116, note D. Bailleul ; 2 décembre 2011, *FNATH, R.D.S.S.*, 2012, 175 ; 24 avril 2013, *GIFAM, A.J.D.A.*, 2013, 1780.

l'annulation d'un acte adopté en méconnaissance du droit européen<sup>207</sup>. La doctrine qui avait étudié cette possibilité s'était montrée critique à l'égard de l'usage de la modulation lors de l'annulation des actes adoptés en méconnaissance du droit européen<sup>208</sup> : cette pratique pouvait en effet être considérée comme contraire au principe de coopération loyale des États membres<sup>209</sup>. En montrant une certaine prudence, le juge avait justifié ce choix en vertu de la nécessité d'éviter que l'acte précédemment en vigueur – affecté d'un vice de contrariété au droit européen encore plus grave – puisse revivre. En outre, le Conseil d'État avait invoqué l'exigence de protéger la sécurité juridique, «*principe [...] reconnu par le droit européen*».

En 2014, l'affaire *Vent de colère !*<sup>210</sup> a imposé au Conseil d'État de délimiter de façon plus rigoureuse son pouvoir de modulation. Saisi d'un recours en annulation formulé à l'encontre de plusieurs mesures vouées à la promotion de la production d'énergie à partir de sources renouvelables, le Conseil d'État avait posé une question préjudicielle à la Cour de Justice concernant leur conformité à la discipline européenne des aides d'État. La Cour de Justice avait qualifié les mesures litigieuses comme contraires au droit de l'Union, et avait refusé de moduler les effets de sa décision<sup>211</sup>.

---

<sup>207</sup> C.E., 17 juin 2011, *Canal + Distribution, Lebon*, 296 ; *D.*, 2011, 1678, note C. de Presse; *id.*, 2012, 2836, note P. Sirinelli; *RTD eur.*, 2011, 888, note D. Ritleng. En fait, une modulation de l'acte adopté en méconnaissance du droit européen avait déjà été réalisée, sans l'expliquer, in C.E., 10 février 2010, *Perez*, *A.J.D.A.*, 2010, 561, note G. Dreyfus.

<sup>208</sup> Cf. en particulier P. Cassia, *La modulation dans le temps d'une annulation et le droit communautaire*, *A.J.D.A.*, 2005, 1025, qui avait critiqué les argumentations proposées par D. Casas dans ses conclusions à l'affaire *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics* (publiées in *R.F.D.A.*, 2005, 483): en cette occasion, le commissaire du gouvernement avait affirmé la possibilité de procéder à la modulation de l'acte contraire au droit européen, en vertu du principe de l'autonomie procédurale des états membres. De plus, Casas avait mis en évidence que la modulation aurait servi à préserver la sécurité juridique, principe fondamental du droit européen. Les mêmes argumentations avaient été par la suite utilisées par N. Boulouis dans ses conclusions à l'affaire *Perez* préc.

<sup>209</sup> Sur les déclinaisons de ce principe, cfr. X. Magnon, *La loyauté dans le droit institutionnel de l'Union européenne*, *Rev. aff. eur.*, 2011, 245.

<sup>210</sup> C.E., 28 mai 2014, *Association Vent de colère!*, *R.F.D.A.*, conclusions C. Legras ; *A.J.D.A.*, 1784, note O. Mamoudy.

<sup>211</sup> C.J.U.E., 12 décembre 2013, *Association Vent de colère! Fédération nationale e.a.*, C-262/12, in curia.europa.eu. La Cour de Justice avait à ce propos estimé que la condition de la «*bonne foi des milieux intéressés*», nécessaire pour procéder à la modulation, n'était pas remplie, vu que «*le gouvernement français ne pouvait pas méconnaître l'interdiction de mise à exécution, prévue à l'art. 108, paragraphe 3, TFUE, d'une mesure d'aide et les conséquences juridiques qu'entraîne l'absence de notification de la mesure en cause*».

Le Conseil d'État s'était donc vu obligé de rejeter la demande de modulation proposée par la partie défenderesse, en estimant que la Cour s'était déjà exprimée négativement sur la question, et avait affirmé, de manière générale, que «*le rejet des conclusions dont la Cour était saisie quant à une limitation dans le temps des effets de son arrêt fait obstacle à ce que le Conseil d'État accueille des conclusions de même nature, tendant à la limitation dans le temps des effets de cette annulation.*»

Les commentateurs ont observé que l'arrêt a posé, pour la première fois, une limite au pouvoir de modulation du juge administratif<sup>212</sup>. Un doute restait cependant quant à la possibilité de moduler l'annulation de l'acte adopté en méconnaissance du droit de l'Union européenne, en l'absence d'une décision explicite de la Cour de Justice sur la question.

Dans un autre arrêt de 2014<sup>213</sup>, prononcé à la suite d'un renvoi préjudiciel à la Cour de Justice - qui n'avait cependant pas été saisie sur la question de la modulation<sup>214</sup> - le Conseil d'État a estimé pouvoir exercer son pouvoir de modulation, malgré les doutes exprimés à cet égard par le rapporteur public A. Lallet, qui avait demandé de saisir la Cour sur ce point<sup>215</sup>.

La décision a attiré les critiques de la doctrine<sup>216</sup>. Le principe de coopération loyale impose à toutes les institutions des États membres – y compris les juges – d'éliminer toutes les conséquences des actes adoptés en méconnaissance du droit européen<sup>217</sup> : l'arrêt du juge national qui limite les effets de l'annulation de l'acte contraire au droit de l'Union méconnaît donc ce principe. En outre, lorsque la contrariété de l'acte au droit européen a été constatée par un arrêt préjudiciel de la Cour de Justice, la modulation des effets de l'annulation implique une limitation partielle de

---

<sup>212</sup> O. Mamoudy, *Coup de vent sur la jurisprudence AC ! dans les litiges relevant du droit de l'Union européenne*, préc.

<sup>213</sup> C.E., 23 juillet 2014, *Société Octapharma*, A.J.D.A., 2014, 2315, note O. Mamoudy.

<sup>214</sup> C.J.U.E., 13 mars 2014, *Octopharma France SAS*, C-512/12, in curia.europa.eu.

<sup>215</sup> A. Lallet, *conclusions sous C.E., 23 juillet 2014, Octapharma*, publiées in arianeinternet.conseil-etat.fr.

<sup>216</sup> O. Mamoudy, *La jurisprudence AC! appliquée à une annulation pour méconnaissance du droit de l'Union européenne*, préc.

<sup>217</sup> Cf., dans ce sens, C.J.C.E., 16 décembre 1960, *Humblot*, C-6/60, in curia.europa.eu, et, plus explicitement, C.J.C.E., 19 novembre 1990, *Francovich*, C-6/90 et C-9/90, *ibid.*, alinéa 36.

la portée de l'arrêt préjudiciel : l'interprétation faite de la règle européenne y est en effet partiellement écartée.

Jusqu'à très récemment, la Cour de justice n'a pas pris de position claire sur la question de la modulation des effets de l'annulation de l'acte adopté en méconnaissance du droit européen. En 2010, elle a d'abord affirmé, dans un *obiter dictum*<sup>218</sup>, que les conditions d'«*une suspension provisoire de l'effet d'éviction exercé par une règle de droit de l'Union directement applicable à l'égard du droit national contraire à celle-ci [...] ne pourraient être déterminées que par la seule Cour*»<sup>219</sup>.

En 2012, saisie d'une question préjudicielle concernant la possibilité de moduler les effets de l'annulation contentieuse d'un acte contraire au droit de l'Union, posée par le Conseil d'État belge, la Cour de Justice a répondu par l'affirmative, tout en fixant des conditions pour la mise en œuvre du pouvoir de modulation extrêmement restrictives et spécifiques par rapport au cas d'espèce<sup>220</sup>.

Les arrêts *Winner Wetten* et *Inter-environnement Wallonie* semblaient poser l'obligation, pour le juge national qui comptait moduler les effets de l'annulation d'un acte contraire au droit européen, d'obtenir préalablement une autorisation de la part du

---

<sup>218</sup> C.J.U.E., Grande Section, 8 septembre 2010, *Winner Wetten GmbH*, alinéa 67, A.J.D.A., 2010, 2305, chronique M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat.

<sup>219</sup> La Cour a précisé, en outre, que cette suspension devrait se justifier à la lumière du principe de sécurité juridique.

<sup>220</sup> C.J.U.E., 28 février 2012, *Inter-environnement Wallonie*, C-41/11, alinéa 57 à 62, in curia.europa.eu; *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3102, nota de C. Feliziani, *Gli effetti della sentenza di annullamento tra legalità, effettività della tutela e principio di autonomia procedurale degli Stati membri. Il punto di vista della Corte di Giustizia*; A.J.D.A., 2012, 995, note M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat. Le Conseil d'Etat belge (C.E., 18 janvier 2011, n. 210.483, in [www.raadvst-consetat.be](http://www.raadvst-consetat.be)) avait cependant posé la question préjudicielle dans des termes très spécifiques : «*Le Conseil d'Etat, - saisi d'un recours en annulation de l'arrêté du Gouvernement wallon du 15 février 2007 modifiant le Livre II du Code de l'environnement constituant le Code de l'eau en ce qui concerne la gestion durable de l'azote en agriculture, - qui constate que cet arrêté a été adopté sans respecter la procédure prescrite par la directive 2001/42/CE du Parlement européen et du Conseil, du 27 juin 2001, relative à l'évaluation des incidences de certains plans et programmes sur l'environnement et est, pour cette raison, contraire au droit de l'Union européenne et doit être annulé, - mais qui constate en même temps que l'arrêté attaqué procure une exécution convenable à la directive 91/676/CEE du Conseil, du 12 décembre 1991, concernant la protection des eaux contre la pollution par les nitrates à partir de sources agricoles, - peut-il différer dans le temps les effets de l'annulation juridictionnelle pendant une courte période nécessaire à la réfection de l'acte annulé afin de maintenir au droit de l'environnement de l'Union une certaine exécution concrète sans solution de continuité ?*»



juge européen, qui seul est compétent à fixer, cas par cas, les conditions du maintien en vigueur d'un tel acte<sup>221</sup>.

Un arrêt de 2016<sup>222</sup> a confirmé cette impression. En 2015, le Conseil d'État français a posé à la Cour la question suivante : *«une juridiction nationale, juge de droit commun du droit de l'Union, doit-elle, dans tous les cas, saisir la Cour à titre préjudiciel afin que celle-ci apprécie s'il y a lieu de maintenir provisoirement en vigueur les dispositions jugées contraires au droit de l'Union par la juridiction nationale ?»*<sup>223</sup>. La Cour y a de nouveau répondu par la positive : en dehors des cas où la juridiction nationale peut démontrer *«qu'aucun doute raisonnable n'existe, quant à l'interprétation et à l'application des conditions qui ressortent de l'arrêt du 28 février 2012, Inter-Environnement Wallonie et Terre wallonne»*<sup>224</sup>, le juge est toujours tenu de saisir la Cour sur la question, *«afin que celle-ci puisse apprécier si, exceptionnellement, des dispositions de droit interne jugées contraires au droit de l'Union peuvent être provisoirement maintenues, au regard d'une considération impérieuse liée à la protection de l'environnement et compte tenu des circonstances spécifiques de l'affaire dont cette juridiction nationale est saisie.»*

La contrariété de l'acte au droit de l'Union européenne n'empêche pas, dans l'absolu, la mise en œuvre de la modulation ; toutefois, le pouvoir d'appréciation du juge national doit être considéré, dans ces cas, très limité. Celui-ci ne peut en effet que vérifier si les conditions posées par l'arrêt *Inter-environnement Wallonie* sont remplies

---

<sup>221</sup> Ainsi, M. Aubert, E. Broussy, F. Donnat, *Maintien provisoire d'une norme nationale incompatible avec le droit de l'Union*, préc., pour lesquels *« clairement, la Cour n'a pas voulu franchir ce pas, soucieuse, à n'en pas douter, de ne pas ouvrir une brèche dans le dogme qui veut qu'elle assure l'uniformité d'application du droit de l'Union, sa mission fondamentale »*. Dans le même sens, cf. J.C. Bonichot, *Le point de vue d'un juge de l'Union*, A.J.D.A., 2013, 396

<sup>222</sup> C.J.U.E., 28 juillet 2016, *Association France Nature Environnement*, C-379/15, in curia.europa.eu; A.J.D.A., 2016, 2226, note O. Mamoudy.

<sup>223</sup> C.E., 26 juin 2015, *Assoc. France Nature Environnement*, A.J.D.A., 2015, 1293 ; R.T.D. Eur. 2015, 856, note E. Muller.

<sup>224</sup> Comme l'a remarqué H. Cassabagnère in *Le juge du droit de l'Union et la modulation dans le temps*, *Nouv. Cahiers Const.*, 2017, 47, la Cour a ici fait application de la théorie de l'acte claire, élaborée dans l'arrêt C.J.C.E. 27 mars 1981, *Cilfit*, C-283/81, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), ce qui démontre ultérieurement la volonté du juge européen de soustraire à son homologue national son pouvoir d'appréciation quant aux conséquences de l'annulation de l'acte contraire au droit de l'Union Européenne.

ou, dans l'alternative, surseoir à statuer, et poser à la Cour une question préjudicielle en détaillant les circonstances de l'espèce.

Dans un récent arrêt *ANODE*<sup>225</sup>, le Conseil d'État a emprunté un chemin différent de celui qui avait été tracé par la Cour de Justice dans l'arrêt *Association France Nature Environnement*. Saisi d'un recours pour excès de pouvoir contre un acte contraire au droit de l'Union européenne, le juge a modulé les effets de l'annulation sans saisir préalablement la Cour de Justice sur la question<sup>226</sup>.

La doctrine a constaté que dans le cas d'espèce, les conditions énoncées par l'arrêt *Association France Nature Environnement* n'étaient pas remplies<sup>227</sup> ; toutefois, les commentateurs institutionnels ont approuvé la décision du Conseil d'État, qualifiée de « *audacieuse, voire même téméraire* », à la lumière, en particulier, des effets qu'une annulation rétroactive aurait eu sur des millions de contrats conclus sur la base de l'acte annulé<sup>228</sup>. Désormais, le considérant de principe élaboré dans l'arrêt *AC !* a été enrichi d'une proposition finale, qui consacre la «fronde»<sup>229</sup> du Conseil d'État : «*s'agissant d'une annulation résultant d'une méconnaissance du droit de l'Union européenne, [la modulation] ne peut être utilisée qu'à titre exceptionnel et en présence d'une nécessité impérieuse*»<sup>230</sup>.

Vue la revendication du pouvoir de modulation de la part du juge français, l'on peut se demander si, par le futur, la Cour de Justice ne finira pas par assouplir sa position, en fixant les conditions générales pour la mise en œuvre de la modulation des effets de l'annulation de l'acte contraire au droit européen de la part du juge national. Dans l'alternative, on peut imaginer que les hypothèses dans lesquelles les juges nationaux pourront mettre en œuvre leur pouvoir de modulation seront étendues, de

---

<sup>225</sup> C.E. 19 juillet 2017, *ANODE*, *A.J.D.A.*, 2017, 1477 et *ibid.*, 1789, chronique G. Odinet, S. Roussel; *R.T.D. Eur.*, 2017, 853, note F. Lombard; *R.F.D.A.*, 2017, 1099, note de La Rosa; *R.T.D. Eur.*, 2018, 397, chronique E. Muller.

<sup>226</sup> La Cour de Justice avait cependant été saisie relativement à l'interprétation de la directive méconnue par l'acte attaqué: cf. C.J.U.E., 7 septembre 2016, *ANODE*, C-121/15, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>227</sup> G. Odinet, S. Roussel, chronique préc.; E. Muller, chron. préc.; F. Lombard, note préc.

<sup>228</sup> G. Odinet, S. Roussel, chronique préc.

<sup>229</sup> L'expression est de F. Lombard, note préc.

<sup>230</sup> C.E. 17 janvier 2018, *Association La Cimade et autres*, n. 410280, inédit au Lebon.

façon casuistique, à mesure que des questions préjudicielles en tel sens seront posées au juge européen.

### *b. L'intérêt de la nature de l'acte annulé*

Le pouvoir de modulation n'est aucunement limité en considération de la nature de l'acte annulé, conformément aux préconisations d'A. Courrèges, J.H. Stahl et Ch. Devys. Ce dernier avait en particulier soutenu, dans ses conclusions à l'affaire *AC!*, que la modulation ne devait pas être limitée aux cas d'annulation des actes réglementaires<sup>231</sup> ; A. Courrèges et J.-H. Stahl avaient à ce propos évoqué l'évolution de la jurisprudence de la Cour de Justice, qui s'était vue obligée d'appliquer de façon analogique l'art. 231 TCE à des actes non réglementaires<sup>232</sup>.

Tout en ayant été exercé, dans la majorité des cas, afin de sauvegarder les effets déjà produits par des règlements illégaux, le pouvoir de modulation a aussi été utilisé pour limiter les effets d'une annulation d'actes généraux non réglementaires<sup>233</sup> et d'actes individuels<sup>234</sup>.

La modulation de l'annulation d'actes individuels paraît particulièrement intéressante, car elle démontre le caractère polyvalent du pouvoir de modulation. Par les arrêts *Sire* et *Vignard*, le Conseil d'État avait annulé les nominations de deux magistrats. La portée rétroactive des annulations aurait risqué de préjuger la stabilité des décisions auxquelles les magistrats avaient concouru. Dans ses conclusions, M. Guyomar avait exclu l'applicabilité de la théorie du fonctionnaire de fait au cas d'espèce, vu que celle-ci avait été auparavant explicitement écartée par la Cour de

---

<sup>231</sup> Ch. Devys, conclusions préc.

<sup>232</sup> J.-H. Stahl, A. Courrèges, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse. Note à l'attention de Monsieur le Président de la section du contentieux*, préc.

<sup>233</sup> C.E., 25 février 2005, *France Télécom* préc.

<sup>234</sup> C.E., 28 septembre 2016, *M. C.*, n. 377190, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 24 juin 2011, *M. B.*, n. 343391, *id.* ; 24 juin 2011, *Mme B.*, n. 342997, *id.* ; 30 décembre 2010, *Robert*, *id.* ; 12 décembre 2007, *Sire*, *Lebon*, 471 ; 12 décembre 2007, *Vignard*, *A.J.D.A.* 2008, 638, conclusions M. Guyomar ; *D.* 2008, 1457, note P.-O. Caille ; *A.J.F.P.*, 2008, 172, note R. Gueguen.

cassation<sup>235</sup>. En invoquant la nécessité de préserver la continuité du service de la justice, M. Guyomar proposait au Conseil d'État de faire application de la jurisprudence *AC !*<sup>236</sup>. Le Conseil d'État a suivi la proposition de son commissaire et a modulé les effets de l'annulation prononcée.

L'opération a été justifiée par l'exigence de préserver la continuité du service de la justice : on peut donc observer une certaine convergence des buts poursuivis par la modulation (dans des hypothèses analogues à celle d'espèce) et la théorie du fonctionnaire de fait, dont un des objectifs – voire même l'objectif principal – est bien le bon fonctionnement et la continuité du service public<sup>237</sup>. Cette convergence paraît encore plus évidente à la lumière des argumentations développées par le commissaire du gouvernement Guyomar dans ses conclusions à l'affaire. Le risque de bouleversements à même de remettre en cause le bon fonctionnement du service de la justice n'est pas spécifiquement analysé par ce dernier, qui se limitait à admettre *«certes, nous ignorons le nombre exact des procédures ou des décisions en cause.»*

On est ici loin du bilan opéré au regard des circonstances de l'espèce, demandé au juge pour la modulation des effets de l'annulation : le risque posé par la rétroactivité de l'annulation est évalué sur la base d'une pure présomption, comme il arrive lors de la mise en œuvre de la théorie du fonctionnaire de fait.

Les deux techniques de neutralisation des effets passés de l'annulation apparaissent alors interchangeables, lorsque l'annulation porte sur une nomination.

Un arrêt récent semblerait confirmer cette hypothèse<sup>238</sup>, et même indiquer le possible dépassement de la théorie du fonctionnaire de fait par la technique de la modulation. Le Conseil d'État y a modulé les effets de l'annulation de l'acte de nomination d'un notaire, sur la base de deux argumentations : la nécessité de protéger l'*«intérêt général qui s'attache à l'autorité des actes authentiques»* et celle d'éviter *«une atteinte manifestement excessive au fonctionnement du service public notarial»*.

---

<sup>235</sup> Cass. Criminelle, 4 juin 1981, n° 80-922.32, *Bull. Crim.*, 1981, n. 191. P. Auvret, *La notion de droit acquis en droit administratif français*, *R.D.P.*, 1985, 53 (et part. 87) avait au contraire soutenu que la théorie pouvait s'appliquer à l'annulation des nominations de magistrats.

<sup>236</sup> M. Guyomar, conclusions préc.

<sup>237</sup> Cf., à tel propos, cf. I, 2, a., α.

<sup>238</sup> Il s'agit de C.E., 28 septembre 2016, *M.C.*, n. 377190, préc.

Considérant que le notaire exerce un *munus publicum*, relevant du service public, le cas en examen se serait prêté à une application de la théorie du fonctionnaire de fait.

Le choix de moduler les effets de l'annulation paraît au contraire sous-tendre une préférence du juge pour cette technique, probablement due à la flexibilité de celle-ci: dans le cas d'espèce, par exemple, la modulation a permis non seulement de stabiliser les actes à la formation desquels le notaire avait concouru, mais aussi de reporter les effets de l'annulation de neuf mois, afin de permettre à l'administration de sélectionner un remplaçant, ce qui n'aurait pas été possible d'obtenir, par la seule application de la théorie du fonctionnaire de fait.

## **β. Le développement de nouvelles modalités d'exercice du pouvoir de modulation**

La cause du succès de la modulation semble pouvoir être identifiée dans la flexibilité extrême de cet instrument, dont les modalités d'exercice ont été, dans les années, progressivement élargies pour répondre aux problèmes concrets posés par les cas d'espèce. De 2004 à aujourd'hui, la jurisprudence administrative a en effet développé plusieurs nouvelles techniques de manipulation des effets de l'annulation dans le temps (a.), de nouvelles modalités de réalisation de la modulation, comme la modulation «en deux temps» (b.).

### ***a. L'élargissement des techniques de report***

Initialement, le Conseil d'État avait décliné la modulation de deux façons : le juge pouvait choisir de reporter dans le futur les effets de l'annulation, afin de permettre à l'administration de prendre des mesures en substitution de l'acte annulé et éviter ainsi

l'insurgence d'un vide juridique, ou se limiter à consolider les situations nées sous l'empire de l'acte annulé<sup>239</sup>.

### 1. *Combinaison des deux techniques*

Cette alternative a été dépassée, dans la jurisprudence ultérieure à l'arrêt AC !. Les cas dans lesquels le Conseil d'État s'est limité à stabiliser les effets déjà produits par l'acte annulé sont très limités<sup>240</sup>. En général, le juge a tendance à combiner les deux techniques de modulation fixées dans l'arrêt AC !<sup>241</sup>: cette pratique est désormais tellement courante que le juge n'en fait plus nécessairement mention<sup>242</sup>.

L'utilisation combinée des deux techniques nécessiterait une double motivation, relative d'une part, à l'exigence de stabiliser les situations nées sous l'empire de l'acte annulé, d'autre part, à l'exigence de laisser à l'administration le temps d'adopter des mesures substitutives. Cependant, souvent le report n'est pas spécifiquement motivé,

---

<sup>239</sup> Il semblerait exister un contraste en doctrine sur les effets de la mise en oeuvre de la première technique décrite: pour certains, celle-ci comporterait à la fois le report de l'annulation et la sauvegarde des effets produits jusqu'à ce moment par l'acte annulé; pour d'autres, comme A.C. Bezzina, *2004-2014: les dix ans de la jurisprudence AC!*, R.F.D.A., 2014, 735, cette technique n'assurerait pas, seule, le maintien des effets déjà produits par l'acte. On peut remarquer qu'il arrive souvent que le juge fasse explicitement usage des deux techniques (cf., *infra*), ce qui confirmerait que le report n'aurait que l'effet de – justement – reporter les effets de l'annulation à une date future. Cependant, la possibilité de se limiter à reporter les effets (rétroactifs) de l'annulation à une date future ne semblerait pas très cohérente avec la prémisse initiale de l'exercice du pouvoir, c'est à dire le caractère manifestement excessif des effets rétroactifs de l'annulation.

<sup>240</sup> A.C. Bezzina, *2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC !*, préc., n'en recensait que deux: C. E., 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, A.J.D.A., 2012, 1876, note D. Connil et C.E. 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE*, A.J.D.A., 2010, 1222. On peut ajouter C.E., 17 juillet 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, n. 354103, *Lebon Tables*, 106 (dont la portée est toutefois ambiguë : cf. *infra*), C.E., 7 décembre 2016, *Allianz IARD*, n. 366345, *Lebon Tables*, C.E., 8 juillet 2016, *Beaudout Père et fils*, n. 357115, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr) et C.E., 19 juillet 2017, ANODE, préc.

<sup>241</sup> De façon explicite : C.E., 1 juillet 2016, *Union nationale des professions libérales*, A.J.D.A., 2016, 2196; C.E., 9 juillet 2015, *Football Club des Girondins de Bordeaux et autres*, n. 375542, A.J.D.A., 2015, 1391, note J. Pastor ; C.E., Ass., 23 décembre 2013, *Société M6*, A.J.D.A., 2014, 4; C.E., 11 avril 2012, n. 322326, *GISTI*, *Lebon*, 142; A.J.D.A., 2012, 729, chron. X. Domino et A. Bretonneau; R.F.D.A., 2012, 547, conclusions di G. Dumortier; *ibid.*, 560, note G. Gautier; C.E., 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Die-Vosges et autres*, A.J.D.A., 2010, 398, note M. Touzeil-Divina; C.E., 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, *Lebon*, 433, A.J.D.A., 2008, 2201.

<sup>242</sup> Cf. C.E. 11 juillet 2008, *SIMAVELEC*, A.J.D.A., 2008, 1414, C.E., 29 août 2008, *Département du Tarn*, n. 29182, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr) e C.E., 16 mai 2008, *Département Val-de-Marne*, A.J.D.A., 2008, 965 et 1504, note F. Crouzatier-Durand; A.J.F.P., 2008, 228, note F. Berguin.



et il est parfois difficile de comprendre quelles sont les raisons qui poussent le juge à faire usage de cette technique. Ainsi, par exemple, dans un récent arrêt où il a prononcé l'annulation d'un acte relatif à la composition du conseil d'administration de la caisse maladie d'assurance vieillesse des professions libérales<sup>243</sup>, le Conseil d'État a logiquement limité les effets de l'annulation dans le passé pour éviter une remise en cause des actes adoptés par le conseil d'administration. On comprend moins le choix de reporter les effets de l'annulation de deux mois, en l'absence d'une justification explicite sur ce point<sup>244</sup>.

De même, la décision de reporter les effets de l'annulation de l'acte de nomination de deux magistrats ne se comprend pas aisément à défaut d'une explication spécifique<sup>245</sup> : l'arrêt a ainsi été critiqué par la doctrine<sup>246</sup> qui a observé que, dans le cas s'espèce, le report ne servait qu'au «confort» de l'administration<sup>247</sup>.

## ***2. Elaboration de nouvelles techniques de modulation : l'annulation «pour le passé»***

Le Conseil d'État a élaboré une nouvelle technique de stabilisation des effets de l'acte annulé, dénommée par la doctrine «*modulation pour le passé*»<sup>248</sup>, qui consiste dans la limitation des effets de l'annulation à une date précédente à celle de l'arrêt.

---

<sup>243</sup> C.E. 1 juillet 2016, *Union nationale des professions libérales*, préc.

<sup>244</sup> Le Conseil d'Etat s'est en effet limité à affirmer que «*l'annulation rétroactive du décret et de l'arrêté attaqués serait susceptible d'affecter la légalité de l'ensemble des délibérations prises par le conseil d'administration de la Caisse nationale d'assurance vieillesse des professions libérales, depuis la date de son installation, ainsi que de l'ensemble des actes réglementaires pris après avis de ce conseil. Compte tenu du caractère excessif de telles conséquences, il y a lieu [...], d'une part, de différer l'effet des annulations ainsi prononcées jusqu'au 1er octobre 2016 et, d'autre part, de prévoir que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de la présente décision contre les actes pris sur leur fondement, les effets du décret et de l'arrêté attaqués antérieurement à leur annulation doivent être regardés comme définitifs*».

<sup>245</sup> C.E., 12 décembre 2007, *Sire*, préc. et C.E., 12 décembre 2007, *Vignard*, préc.

<sup>246</sup> P. Caille, note préc.

<sup>247</sup> Cette circonstance apparaît clairement à la lecture des conclusions de M. Guyomar, publiées in *A.J.D.A.*, 2008, 638 : le report avait été objet d'une demande spécifique du Ministère de la Justice, destinée à éviter la vacance du poste dans l'attente d'une nouvelle nomination. Guyomar s'y était inutilement opposé, en remarquant que «*la modulation ne saurait jouer pour le confort de l'administration à qui il appartient de tirer toutes les conséquences des annulations contentieuses*».

<sup>248</sup> O. Bui-Xuan, note préc.

Cette technique a été utilisée au moins une fois de façon à faire coïncider la date à laquelle les effets de l'acte annulé devaient être considérés comme définitifs et la date de sortie de vigueur de l'acte annulé. Dans ce cas, la modulation a donc servi à priver l'annulation de tout effet pour le requérant<sup>249</sup> ; les seuls administrés qui auraient pu se prévaloir de l'illégalité de l'acte annulé sont donc ceux qui avaient déjà formé un recours contre les actes adoptés sur la base de l'acte annulé, à la date de l'annulation.

On peut d'ailleurs remarquer que si le but poursuivi était celui de neutraliser complètement les effets de l'annulation, la modulation par le passé de l'acte sorti de vigueur s'avère inutile : pour obtenir le résultat souhaité, le Conseil d'État aurait pu se limiter à utiliser la technique «canonique» de consolidation des effets produits par l'acte annulé, comme il avait déjà fait dans d'autres occasions<sup>250</sup>.

### ***3. Elaboration de nouvelles techniques de modulation : le report de l'annulation à une date postérieure à la sortie de vigueur de l'acte et la modulation «sine die»***

Le Conseil d'État a élaboré deux autres techniques de modulation «nouvelles», en ce qu'elles dépassent le périmètre du pouvoir tel que l'arrêt *AC* ! l'avait initialement délimité : le report des effets de l'annulation à une date ultérieure, postérieure à la sortie de vigueur de l'acte<sup>251</sup> et le report *sine die* des effets de l'annulation<sup>252</sup>.

La première technique est particulièrement intéressante, en ce qu'elle contourne l'objectif déclaré du report - qui correspond à la concession d'un terme à l'administration pour l'adoption d'un acte substitutif - et poursuit plutôt le but de neutraliser complètement les conséquences de l'illégalité de l'acte: les effets de l'acte sont en effet préservés *in toto*, de son entrée en vigueur à sa sortie de vigueur.

---

<sup>249</sup> C.E., 17 décembre 2010, *Syndicat de l'industrie des technologies de l'information, Ass. UFC Que choisir*, *Lebon Tables*, 927; *A.J.D.A.*, 2011, 854, note O. Bui-Xuan.

<sup>250</sup> C.E., 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE*, préc.

<sup>251</sup> C.E., 16 mai 2008, *Département Val-de-Marne*, n. 290416, *R.D.P.*, 2009, 1517, note F. Bottini; *A.J.D.A.*, 2008, 1054, note F. Crouzatier-Durand; C.E., 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux privés sans but lucratif*, *Lebon*, 433, *A.J.D.A.*, 2008, 2201.

<sup>252</sup> C.E., 13 juillet 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, *Lebon Tables*, 106.

La deuxième technique consiste dans un report des effets de l'annulation à une date ultérieure, non spécifiée dans l'arrêt. Cette mise en œuvre particulière de la modulation aurait eu lieu, selon Olga Mamoudy<sup>253</sup> dans une espèce concernant l'annulation d'un acte réglementaire portant sur le *cursus* pour l'obtention du diplôme de chiropracteur. Le Conseil d'État s'y limitait à déclarer que les effets déjà produits par l'acte annulé devaient être considérés définitifs.

Pourtant, le but clairement poursuivi par le juge était celui d'éviter de compromettre la situation des étudiants qui avaient entrepris leur formation sous l'empire du règlement annulé. La technique de modulation apparemment employée par le juge ne semblait donc pas cohérente par rapport au but poursuivi, car elle n'aurait pas empêché la disparition des effets du règlement pour le futur, et, par conséquent, la compromission de la situation des étudiants encore en formation, à la date de l'annulation.

On peut alors raisonnablement supposer, comme l'a fait Olga Mamoudy, que les effets des actes attaqués auraient dû se considérer définitifs, pour les étudiants concernés, jusqu'à la délivrance du diplôme au dernier étudiant ayant entrepris la formation sous l'empire de l'acte annulé. Cette modulation «*sine die*», compréhensible du point de vue pragmatique dans un cas comme celui que l'on vient d'analyser, paraît critiquable en ce qu'elle pourrait être source d'une certaine insécurité juridique quant à la durée du régime transitoire d'applicabilité de l'acte annulé.

### ***b. La modulation en deux temps : un facteur d'insécurité juridique ?***

Une nouvelle procédure de mise en œuvre de la jurisprudence AC !, élaborée par le Conseil d'État, semble aussi pouvoir avoir des effets néfastes sur la sécurité juridique : il s'agit de la modulation en deux temps<sup>254</sup>.

---

<sup>253</sup> O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, préc.

<sup>254</sup> Ainsi dénommée par D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, *A.J.D.A.*, 2013, 1876.

La modulation ne peut être mise en œuvre, en général, qu'après que la question de l'opportunité d'une limitation des effets de l'annulation ait été soumise au débat contradictoire<sup>255</sup>. Or, il est parfois arrivé que la question principale, concernant la légalité de l'acte, était en état d'être jugée, tandis que la question de la modulation devait encore être discutée : dans ces cas-ci, le juge a ordonné un supplément d'instruction ou a donné un délai aux parties pour présenter leurs observations<sup>256</sup>. Le Conseil a été jusqu'à consacrer la pratique décrite dans le considérant de principe relatif au pouvoir de modulation<sup>257</sup>.

La technique de l'annulation en deux temps présente deux aspects problématiques. Le premier est évident : dans la période qui va de la publication de l'arrêt d'annulation et la publication de l'arrêt relatif à la modulation, les parties et les tiers intéressés sont touchés par une insécurité juridique totale quant aux effets de l'annulation, ne pouvant pas savoir si celle-ci aura des effets rétroactifs, *ex nunc* à partir de la date de l'annulation, *ex nunc* à partir de la date de la modulation, ou encore à partir d'une date future<sup>258</sup>.

Cette insécurité est d'autant plus grave que la période d'attente courant de la décision d'annulation à la décision de modulation est généralement assez longue : en

---

<sup>255</sup> Cf. *supra*, I, 2, b., β, 1.

<sup>256</sup> C.E., 9 juin 2015, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n. 363638 et C.E., 15 avril 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n. 363638, entrambe in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr) ; C.E., 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, A.J.D.A., 2013, 1876, note D. Connil et C.E., 4 juillet 2012, *Fédération nationale des transports routiers*, *Lebon*, 271, A.J.D.A., 2012, 1379; C.E., 1 juin 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, J.C.P. A., 2012, 2254, note M. Touzeil-Divina et C.E., 28 novembre 2011, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, n. 341775, *Lebon Tables*, 952; C.E., 7 mars 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, n. 325657, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr) ; C.E., 12 mai 2010, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, n. 325657, *Lebon Tables*, 919.

<sup>257</sup> C.E., 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, préc., où on peut lire le considérant suivant : «[...] il appartient au juge administratif [...] de prévoir dans sa décision d'annulation, ou, lorsqu'il a décidé de surseoir à statuer sur cette question, dans sa décision relative aux effets de cette annulation, que, sous réserve des actions contentieuses engagées à la date de sa décision prononçant l'annulation contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause, tout ou partie des effets de cet acte antérieurs à son annulation devront être regardés comme définitifs ou même, le cas échéant, que l'annulation ne prendra effet qu'à une date ultérieure qu'il détermine.» Cette formulation a été aussi retenue dans l'arrêt C.E., 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6)*, A.J.D.A., 2014, 4; C.E., 21 septembre 2016, *Mme El.*, n. 388034, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr) et C.E., 9 juin 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n. 363638, préc.

<sup>258</sup> D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, préc.

deux occasions, le Conseil d'État s'est prononcé sur la modulation après dix mois<sup>259</sup>, et, dans une autre occasion, après sept mois<sup>260</sup>. Le Conseil d'État semble toutefois avoir pris conscience de ce problème : la dernière décision de modulation en deux temps est intervenue après seulement deux mois de l'annulation<sup>261</sup>.

Le deuxième problème posé par l'annulation en deux temps – qui a désormais été résolu – concernait le sort des actions engagées contre les actes adoptés sur la base de l'acte annulé. Dans les premiers arrêts, le juge avait fait réserve des recours déjà engagés à la date de la deuxième décision, relative à la modulation<sup>262</sup>. On avait observé que ce choix risquait de compromettre l'utilité du dispositif, vu qu'il aurait permis aux administrés de « profiter » de la connaissance de l'illégalité de l'acte et de contourner une éventuelle modulation en saisissant les actes adoptés sur la base de l'acte annulé<sup>263</sup>. Pour faire face à ce problème, dès 2013, le Conseil d'État a commencé à réserver les actions déjà engagées à la date de l'annulation<sup>264</sup>.

## **γ. L'élargissement des types de décisions sujettes à la modulabilité des effets dans le temps**

### ***a. La modulation des effets de la décision de rejet***

---

<sup>259</sup> C.E., 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, préc. et C.E., 4 juillet 2012, *Fédération nationale des transports routiers*, préc.; C.E., 7 mars 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, préc. et C.E., 12 mai 2010, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, préc.

<sup>260</sup> C.E., 1 juin 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, préc. et C.E., 28 novembre 2011, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, préc.

<sup>261</sup> C.E., 9 juin 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges et autres*, n. 363638, préc.

<sup>262</sup> C.E., 1 juin 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale et de la recherche publique*, préc. et C.E., 7 mars 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, préc.

<sup>263</sup> D. Connil, *Modulation des conséquences et conséquences de la modulation*, préc.

<sup>264</sup> C.E., 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, préc.

En 2006, par un arrêt *Techna*<sup>265</sup>, le Conseil d'État a appliqué la modulation à une décision de rejet, en invoquant la nécessité de protéger la sécurité juridique. L'arrêt *Techna* ne peut être compris sans évoquer un autre grand arrêt de la même année auquel il est strictement lié. Dans l'arrêt *KPMG*<sup>266</sup>, le Conseil d'État a pour la première fois reconnu à la sécurité juridique la qualité de principe du droit. L'arrêt traitait d'une autre facette du principe, relative à la protection de la situation des intéressés par une réglementation face à la modification de celle-ci. L'arrêt imposait en particulier à l'administration d'édicter les mesures transitoires nécessaires pour éviter les changements trop brusques et inattendus de la réglementation applicable<sup>267</sup>.

La même logique imprègne l'arrêt *Techna*.

Dans le cas d'espèce, en référé le juge a suspendu le décret attaqué, qui avait été adopté afin de transposer la directive 2002/2/CE en matière de composition des aliments pour animaux. En application de l'art. 521-1 du C.J.A., la mesure de suspension adoptée en référé aurait dû prendre fin à la date de la décision sur le fond de l'affaire. Or, au cours de la procédure de première instance, la période d'application des mesures transitoires prévues par le décret attaqué s'était écoulée ; ainsi, le rejet du recours en annulation aurait comporté l'application immédiate des nouvelles règles prévues par le décret. D'après le commissaire du gouvernement Séners, cela aurait pu donner lieu à des troubles graves pour les producteurs d'aliments pour animaux<sup>268</sup> : pour permettre à ces derniers de s'adapter à la nouvelle réglementation, le Conseil d'État a reporté les effets de sa décision de rejet, en prolongeant ainsi de façon indirecte la durée de la suspension de l'acte.

---

<sup>265</sup> C.E., 27 octobre 2006, *Société Techna*, R.F.D.A., 2007, 265, conclusions F. Séners ; A.J.D.A., 2006, 2835, chronique C. Landais, F. Lenica ; D., 2007, 621, note P. Cassia ; J.C.P. Gén., 2006, II, 10208, note S. Damarey.

<sup>266</sup> C.E., 24 mars 2006, Ass., *Société KPMG et autres*, A.J.D.A., 2006, 1028, chronique C. Landais, F. Lenica.

<sup>267</sup> Ce principe est aujourd'hui énoncé par les art. L-221-5 et L-243-1 du Code des relations entre le Public et l'Administration.

<sup>268</sup> Conclusions sous *Techna*, R.F.D.A., 2007, 265.



L'arrêt a fait débat dans la doctrine française, qui a en particulier critiqué la méconnaissance de la formulation littérale d'une disposition législative (l'art. 521-1 C.J.A.) au nom du principe de sécurité juridique<sup>269</sup>.

On peut d'ailleurs observer que l'invocation de ce principe ne paraissait pas parfaitement pertinente, dans le cas d'espèce. Les opérateurs économiques intéressés par la nouvelle réglementation auraient pu raisonnablement prévoir que le décret aurait fini par ne pas être annulé : une mesure de référé - provisoire par définition – ne peut en effet engendrer un sentiment de sécurité juridique quant à l'illégalité de l'acte attaqué et à sa future annulation. Cela est d'autant plus vrai, dans le cas d'espèce, à la lumière du fait que le *fumus boni iuris* qui avait justifié la suspension de l'acte pouvait être définitivement exclu à partir 2005, date à laquelle la Cour de Justice s'était prononcée en voie préjudicielle sur la directive transposée par le décret attaqué<sup>270</sup>.

Même en admettant que, dans le cas d'espèce, des motifs de sécurité juridique auraient imposé la modulation, les modalités de cette protection restent discutables. Comme le remarquait F. Melleray, plus qu'à AC !<sup>271</sup>, l'arrêt *Techna* semble s'inspirer à la technique élaborée dans l'arrêt *Titran*<sup>272</sup>, avec la différence qu'au lieu d'indiquer les mesures d'exécution de la décision, le juge s'est ici substitué à l'administration, en mettant directement en place les mesures transitoires qu'il jugeait opportunes<sup>273</sup>.

---

<sup>269</sup> Dans ce sens, P. Cassia, *La modulation dans le temps des décisions de rejet du juge administratif*, préc.

<sup>270</sup> CJCE, grande sect., 6 décembre 2005, *Abna Ltd et autres*, C-453/03, C-11/04, C-12/04; C-194/04, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>271</sup> Dont le considérant de principe a clairement inspiré le considérant de principe de l'arrêt *Techna*. La mise en œuvre de la modulation requiert, dans ce cas aussi, une double évaluation : en premier lieu, le juge doit vérifier si une substitution excessivement brusque de la discipline applicable peut se vérifier en conséquence de la fin de la suspension prononcée en référé; en deuxième lieu, le juge doit mettre en balance, d'une part, l'intérêt qui s'attache à l'entrée en vigueur immédiate de la nouvelle discipline et, d'autre part, les difficultés en découlant.

<sup>272</sup> F. Melleray, *L'entrée en vigueur différée d'une décision de rejet du juge de l'excès de pouvoir*, *J.C.P. A.*, 8 janvier 2007, 2001. *Contra*, G. Pellissier, *Quatre ans d'application de la jurisprudence Association AC ! – Une nouvelle dimension de l'office du juge*, *R.J.E.P.*, Août 2008, étude n. 7, pour qui « il s'agit bien du même pouvoir [de modulation utilisé dans l'arrêt AC !], utilisé dans une configuration qui semble devoir rester marginale, les décisions de rejet n'ayant en général pas pour effet de bouleverser les situations juridiques ».

<sup>273</sup> P. Deumier, *Evolutions du pouvoir de modulation dans le temps: fondement et mode d'emploi d'un nouveau pouvoir des juges*, *R.T.D. Civ.*, 2007, 72.

On peut alors censurer cette technique, en ce qu'elle provoque une ingérence du pouvoir juridictionnel dans l'exercice du pouvoir administratif, d'une part parce qu'elle permet que le juge – qui a épuisé son pouvoir juridictionnel sur l'affaire en statuant sur le fond de celle-ci – ordonne à l'administration de se conformer à des mesures d'exécution après un jugement de rejet qui, par définition, ne requiert aucune mesure d'exécution.

Cette ingérence est confirmée par la formulation du considérant de principe consacré dans l'arrêt *Techna*, où le juge semble prendre un rôle d'auxiliaire de l'administration : la mesure de report des effets du rejet est en effet adoptée en conséquence de la constatation de l'impossibilité pour l'administration de faire face aux difficultés engendrées par l'immédiate entrée en vigueur de la nouvelle discipline. Le juge intervient donc pour pallier aux problèmes de l'administration.

### *b. La modulation des effets de la décision adoptée en référé*

En 2014, le Conseil d'État est allé encore plus loin : dans une espèce parallèle à *Techna*, il a affirmé que le juge du fond pouvait moduler les effets des mesures adoptées en référé<sup>274</sup>. Le litige portait sur un décret qui fixait le prix d'un médicament pour une maladie rare, le Siklos, produit par la société Addmedica. Cette dernière avait saisi le juge des référés pour demander la suspension du décret attaqué et une ordonnance de fixation d'un nouveau prix qui tienne compte des coûts de la recherche et du développement du médicament.

Une éventuelle décision qui aurait fait droit aux prétentions de la société requérante aurait fait cesser les effets des mesures adoptées en référé, et ainsi créé un vide juridique quant au prix du médicament Siklos. Pour éviter qu'une telle situation n'empêche la commercialisation du médicament, le Conseil d'État avait prononcé l'annulation, tout en prévoyant, dans le même arrêt, des mesures transitoires, censées protéger la sécurité juridique, et consistant dans un prolongement des effets de la

---

<sup>274</sup> C.E., 14 mai 2014, *Société Addmedica*, A.J.D.A., 2014, 1955, note D. Connil.

mesure adoptée en référé jusqu'à l'adoption d'un nouveau décret de fixation des prix du médicament<sup>275</sup>.

L'arrêt *Addmedica*, comme l'arrêt *Techna*, faisait application des principes énoncés dans *KPMG* aux décisions du juge administratif : comme dans *Techna*, c'est bien le juge qui adopte les mesures transitoires nécessaires pour éviter un vide juridique préjudiciable à la société productrice du médicament, comme aux malades concernés<sup>276</sup>.

Du point de vue de la garantie d'un recours effectif, on peut observer que la solution consacrée par *Addmedica* a le mérite d'avoir assuré à la société requérante, ayant eu gain de cause, de pouvoir commercialiser le médicament à un prix considéré comme juste dans l'attente de l'édiction du nouveau décret de fixation des prix. On peut toutefois douter de la compatibilité de cette solution avec la discipline législative des référés. Comme nous l'avons évoqué auparavant, l'art. 521-1 du C.J.A. prévoit que les mesures prononcées en référé prennent fin lorsqu'il est statué sur le fond de l'affaire ; bien évidemment, les mesures adoptées par l'administration en exécution du référé sont elles aussi provisoires. Avec l'arrêt *Addmedica*, le juge a de fait fixé une nouvelle dérogation à la règle contenue dans l'art. 521-1 préc., en disposant que le juge

---

<sup>275</sup> De suite, le considérant de principe consacré dans l'arrêt *Addmedica* : «*considérant que l'annulation d'un acte dont l'exécution a été suspendue par le juge administratif statuant en référé produit en principe ses effets dès le prononcé de cette décision juridictionnelle ; que, toutefois, s'il apparaît que cette annulation est de nature, compte tenu des difficultés de tous ordres qui peuvent en résulter et auxquelles l'administration ne serait pas en état de parer immédiatement elle-même, à porter atteinte au principe de sécurité juridique, il appartient au juge administratif, le cas échéant d'office, d'apprécier s'il y a lieu de décider que sa décision d'annulation soit accompagnée de mesures transitoires destinées à assurer le respect de ce principe et, en ce cas, de prescrire la publication de sa décision au Journal officiel de la République française. [...] Considérant que l'annulation de la décision attaquée a pour effet, d'une part, d'interdire la vente des spécialités Siklos 100 mg et 1 000 mg aux prix initialement fixés par le comité économique des produits de santé et, d'autre part, de mettre fin aux prix temporairement fixés par une décision du 21 novembre 2012 du même comité, prise en application de l'article 2 de l'ordonnance du 6 novembre 2012 par laquelle le juge des référés du Conseil d'Etat a suspendu l'exécution de la décision attaquée, de sorte que ces spécialités ne pourraient plus, à la date de la présente décision, être commercialisées, faute de disposer d'un prix de vente au public ; qu'en l'espèce, eu égard au principe de sécurité juridique qui s'attache à ce que les spécialités Siklos 100 mg et 1 000 mg puissent continuer à être commercialisées en l'attente de l'intervention d'une nouvelle décision du comité économique des produits de santé fixant leurs prix, il y a lieu de prévoir que les prix temporairement fixés par la décision du 21 novembre 2012 du comité continuent de s'appliquer jusqu'à l'intervention de cette nouvelle décision ; qu'il y a lieu, par suite, de prescrire la publication de la présente décision au Journal officiel de la République française.*»

<sup>276</sup> Dans ce sens, cf. D. Connil, *Office du juge de l'annulation et modulation dans le temps des effets de la suspension ordonnée en référé*, A.J.D.A., 2014, 1955.

du principal peut reporter la cessation des effets de la mesure ordonnée en référé : en effet, c'était bien le même décret de fixation provisoire des prix, ordonné par le juge des référés, qui faisait office de mesure transitoire, dans le cas d'espèce.

Si cette objection est correcte, il faut aussi constater que la solution consacrée pose un problème de compétence. Dès lors que le juge des référés n'est pas compétent sur le principal, réciproquement, le juge du principal n'est pas compétent (et n'aurait pas de raisons de l'être) sur les mesures ordonnées en référé, ni sur leur portée dans le temps.

#### **d. Les raisons de la modulation : tentative de définition de la sécurité juridique**

L'analyse des conditions, des techniques, et du champ d'application de la modulation dans la jurisprudence montre l'élargissement extraordinaire de ce pouvoir, qui est a été conçu comme étant exceptionnel et a pris au fil des années une ampleur importante.

L'analyse de la même jurisprudence peut être maintenant utile pour tenter de déterminer ce que la notion de sécurité juridique signifie pour le juge qui met en œuvre une modulation.

De ce point de vue, on peut classer les cas analysés en trois macro catégories : les modulations mises en œuvre pour éviter une insécurité absolue sur la discipline applicable à un secteur donné et la mise en danger d'intérêts juridiques de valeur fondamentale ( $\alpha.$ ) ; les modulations mises en œuvre pour sauvegarder une quantité importante de situations juridiques individuelles nées sous l'empire de l'acte annulé, et celles justifiées par l'importance – sinon par le nombre – des situations juridiques mises en danger ( $\beta.$ ) ; enfin, nous analyserons les modulations justifiées à la lumière de la nécessité de se conformer au droit européen ( $\gamma.$ ).

## α. Assurer la continuité du droit

Dans une grande partie des cas, la modulation est mise en œuvre pour éviter qu'un vide juridique se crée, suite à l'annulation d'un acte réglementaire portant la discipline d'un secteur donné<sup>277</sup>. Le but de ces modulations est celui d'éviter, d'une part, l'incertitude absolue quant à la discipline applicable à un secteur donné et, d'autre part, la compromission du bien juridique que la discipline contenue dans l'acte annulé avait le but de protéger, jusqu'à l'édiction d'un nouvel acte réglementaire<sup>278</sup>.

Parfois, la nécessité d'éviter la création d'un vide juridique n'est pas explicitement invoquée, mais elle peut être décelée dans les arrêts où le juge affirme que la modulation est nécessaire pour assurer la continuité de la protection d'un intérêt public particulièrement important, ou encore la continuité d'un service public<sup>279</sup>. Ainsi, la modulation a été justifiée par l'exigence de préserver la concurrence<sup>280</sup>,

---

<sup>277</sup> Dans ce sens, explicitement, C.E., 10 novembre 2010, *Département du Lot*, n. 337379; 10 novembre 2010 *Département de l'Ariège*, n. 337380; 21 mai 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365; 17 mars 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, 14 octobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594; 29 août 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 16 mai 2008, *Département Val-de-Marne*, A.J.D.A., 2008, 965 et 1504, note F. Crouzatier-Durand; A.J.F.P., 2008, 228, note M. Elfort, concernant le statut des fonctionnaires TOS transférés après l'annulation de décret de transfert. Cf., C.E., 9 juillet 2015, *Football club des Girondins Bordeaux et autres*, A.J.D.A., 2015, 1391, note J. Pastor, où l'annulation de certaines disposition des règlements de la Ligue 1 et 2 était reportée pour éviter une insécurité quant aux règles applicables au championnat 2015-2016; 11 avril 2012, *GISTI*, A.J.D.A., 2012, 936, chronique X. Domino, A. Bretonneau, où la modulation avait été appliquée pour éviter la disparition d'une réglementation de mise en œuvre du droit à l'habitation; 3 mars 2009, *Association Française contre les myopathies*, A.J.D.A., 2009, 461, .

<sup>278</sup> Dans ce sens, cf. C.E., 9 juillet 2015, *Football club des Girondins Bordeaux et autres*, préc.; 23 décembre 2013, *M6 et TF1, Lebon*, 322; 11 avril 2012, *GISTI*, préc.; 20 novembre 2010, *Département du Lot*, n. 337379, préc.; 10 novembre 2010, *Département de l'Ariège*, n. 337380, préc.; 21 mai 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365, préc.; 17 mars 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406, préc.; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, préc.; 14 octobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594, préc.; 29 août 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, préc.; 16 mai 2008, *Département Val-de-Marne*, préc..

<sup>279</sup> Le principe de continuité du service public a en France une valeur constitutionnelle : cf. C.C., 25 juillet 1979, n. 79-105 e 28 juillet 1987, n. 87-230, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>280</sup> C.E., 23 décembre 2013, *Société Métropole Télévision (M6) et Société Télévision Française 1, Lebon*, 322, A.J.D.A., 2014, 4; 5 mars 2008, *Société TF1 et autres, Lebon*, 91, conclusions di T. Olson; 25 février 2005, *France Télécom, Lebon*, 86, R.F.D.A., 2005, 802, conclusions E. Prada-Bordenave; A.J.D.A., 2005, 997, chronique C. Landais e F. Lenica.

l'environnement<sup>281</sup>, le droit à une habitation<sup>282</sup>, le droit à l'éducation<sup>283</sup>, le droit à la protection de la santé<sup>284</sup>, o, plus en général, la continuité du service sanitaire<sup>285</sup>, la continuité du service de télévision<sup>286</sup> la continuité des services primaires de distribution du gaz et de l'électricité<sup>287</sup>, la continuité e le bon fonctionnement de la fonction publique<sup>288</sup> ou de la justice<sup>289</sup>, le bon déroulement des épreuves sportives<sup>290</sup> et la garantie de l'accessibilité des handicapés aux transports publics<sup>291</sup>.

Dans les cas où la modulation est destinée à éviter un vide juridique, le juge reporte les effets de l'annulation à une date future<sup>292</sup>, en ordonnant à l'administration de prendre un nouvel acte avant cette date<sup>293</sup> : la modulation sert donc, dans ces cas, à fixer un régime juridique provisoire, et pas nécessairement à conserver les effets déjà produits par l'acte annulé<sup>294</sup>. À la différence du but poursuivi par l'obligation d'édicter des mesures transitoires, fixée dans l'arrêt *KPMG*, ici le régime transitoire ne sert pas à rendre prévisible le changement de discipline et permettre aux opérateurs de s'y

<sup>281</sup> C.E., 24 avril 2013, *GIFAM*, préc.

<sup>282</sup> C.E., 11 avril 2012, *GISTI*, préc.

<sup>283</sup> C.E., 1 juin 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale de la recherche publique*, n° 341775, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 23 décembre 2011, *Danthony*, préc..

<sup>284</sup> C.E., 25 novembre 2015, *Fondation Jérôme Lejeune*, n. 370610, in [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 11 gennaio 2006, *Association des familles de victimes du saturnisme*, *Lebon*, 11.

<sup>285</sup> C.E., 28 décembre 2016, *Fédération de l'hospitalisation privée*, n. 390060, [www.conseil-d-etat.fr](http://www.conseil-d-etat.fr); 21 novembre 2008, *Association des Hôpitaux sans but lucratif*, *Lebon*, 433.

<sup>286</sup> C.E., 5 mars 2008, *Société TF1 et autres*, préc.

<sup>287</sup> C.E., 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, *Lebon Tables*, 642.

<sup>288</sup> C.E., 20 novembre 2010, *Département du Lot*, n. 337379, préc.; 10 novembre 2010 *Département de l'Ariège*, n. 337380, préc.; 21 mai 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365, préc.; 17 mars 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406, préc.; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, préc.; 14 octobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594, préc.; 29 août 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, préc.; 16 mai 2008, *Département Val-de-Marne*, préc..

<sup>289</sup> C.E., 30 décembre 2010, *M. Robert*, préc.; 19 décembre 2008, *Kierzkowski-Chatal*, préc.; 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Die-des-Vosges et autres*, *A.J.D.A.*, 2010, 398, note M. Touzeil-Divina, *La redistribution des cartes...judiciaires*; 12 décembre 2007, *Vignard*, préc.; 12 décembre 2007, *Sire*, préc..

<sup>290</sup> C.E., 9 juillet 2015, *Football club des Girondins de Bordeaux et autres*, préc.

<sup>291</sup> C.E., 3 mars 2009, *Association Française contre les myopathies*, préc.

<sup>292</sup> C.E., 9 juillet 2015, *Football club des Girondins Bordeaux et autres*, cit; 23 décembre 2013, *M6 et TF1*, préc.; C.E., 11 avril 2012, *GISTI*, préc. ; 10 novembre 2010, *Département du Lot*, n. 337379, préc.; 10 novembre 2010 *Département de l'Ariège*, n. 337380, préc.; 21 mai 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365, préc.; 17 mars 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406, préc.; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, préc., 14 octobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594, préc.; 29 août 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, préc.; 16 mai 2008, *Département Val-de-Marne*, préc.

<sup>293</sup> Dans ce sens, par exemple, cf. C.E., 23 décembre 2013, *M6 et TF1*, préc.

<sup>294</sup> X. Domino, A. Bretonneau, *Les aléas de l'effet direct*, *A.J.D.A.*, 2012, 936.



adapter, mais plutôt à permettre l'exercice d'une activité (publique comme privée) qui serait impossible en l'absence d'une discipline juridique.

Employée à ces fins, la modulation sert à la protection de la sécurité juridique objective de la collectivité : elle est destinée à permettre l'exercice de droits fondamentaux et la continuité du service public. Elle protège ainsi des intérêts juridiques de valeur supra-individuelle.

### **β. Sauvegarder la stabilité des actes et des situations juridiques existants : l'argument «quantitatif» et l'argument «qualitatif».**

En deuxième lieu, le Conseil d'État justifie la modulation sur la base du nombre des situations et des actes juridiques qui pourraient être bouleversés par la rétroactivité de l'annulation, par un argument que l'on pourrait définir de «quantitatif» car, dans ces cas-là, la motivation contient des références explicites au nombre des actes, de contrats<sup>295</sup> ou, en général, des situations juridiques qui pourraient être remises en cause par une annulation rétroactive<sup>296</sup>.

Les cas de modulations fondées sur l'argument «quantitatif» peuvent être classés en trois catégories.

---

<sup>295</sup> C.E., 19 juillet 2017, *ANODE*, préc.; 23 décembre 2013, *M6 et TF1*, préc.; 23 décembre 2011, *Danthony*, préc.; 10 février 2010, *Perez*, A.J.D.A., 2010, 561, note G. Dreyfus; 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE*, A.J.D.A., 2010, 1222; 5 mars 2008, *Société TF1 et autres*, préc. Généralement le chiffre des contrats menacés n'est pas indiqué avec précision et souvent il est tout à fait inconnu (cf., par exemple, N. Boulouis, *Conclusions sous C.E., 10 février 2010, Perez*, in *R.J.E.P.*, mai 2010, comm. n. 23, qui admettait que l'«on ne connaît pas l'ampleur exacte des désordres possibles : ni le nombre de contrats d'un seuil inférieur à 20 000 euros, ni la proportion de ceux qui sont en cours d'exécution ou ont été passés ou sont complètement exécutés, ni au sein de ses masses tant la proportion de ceux qui auraient quand même fait l'objet d'une procédure transparente d'attribution que de ceux qui n'ont pas fait l'objet d'une telle procédure et pour lesquels l'abstention pourrait être justifiée par d'autres motifs qu'un montant inférieur au seuil. [...] Le nombre de ces litiges comme leur issue probable est impossible à évaluer»).

<sup>296</sup> Così C.E., 17 juillet 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, préc.; 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, préc.; 7 mars 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, préc.; 20 novembre 2010, *Département du Lot*, préc.; 10 novembre 2010 *Département de l'Ariège*, n. 337380, préc.; 21 mai 2010, *Département de l'Essonne*, n. 334365, préc.; 17 mars 2010, *Département de Meurthe et Moselle*, n. 307406, préc.; 4 novembre 2009, *Département du Pas-de-Calais*, n. 312520, préc., 14 octobre 2009, *Région Midi-Pyrénées*, n. 310594, préc.; 29 août 2008, *Département du Tarn*, n. 291928, préc.; 16 mai 2008, *Département Val-de-Marne*, cit

À la première catégorie appartiennent les modulations des annulations d'actes généraux ou réglementaires. Il s'agit de l'hypothèse classique de modulation, sur la base de laquelle a été originairement conçu le pouvoir du juge européen<sup>297</sup>. Dans ces cas, en garantissant la stabilité des actes et des situations juridiques déjà nées, la modulation protège la sécurité juridique d'un groupe restreint d'individus ou d'entreprises ; la taille et la qualité de ce groupe varient en considération de l'objet de l'acte annulé. Dans ce sens, la sécurité juridique est certes déclinée de façon subjective, mais elle n'est pas assimilable à une protection à la confiance légitime : sont stabilisés les actes favorables comme les actes défavorables aux administrés, indépendamment de la connaissance de l'invalidité de la part des destinataires des actes. Le mécanisme s'apparente donc plus à une validation. Dans certaines hypothèses, cependant, le juge administratif semble avoir voulu spécifiquement sauvegarder la stabilité de situations favorables aux intéressés<sup>298</sup>.

La même chose arrive dans la deuxième catégorie d'hypothèses de modulations justifiées par l'argument «quantitatif». Il s'agit de cas dans lesquels, ne pouvant pas appliquer la théorie du fonctionnaire de fait, le juge se trouve confronté à l'exigence analogue de stabiliser les actes adoptés par des magistrats<sup>299</sup>, notaires<sup>300</sup> ou des organes collégiaux auxquels ont participé des membres irrégulièrement nommés<sup>301</sup>, ou encore par des sections de tribunal illégalement créées<sup>302</sup>.

---

<sup>297</sup> Cf. l'art. 174, alinéa n. 2, TCEE, puis transposé dans l'art. 231, alinéa n. 2, TCE, qui limitaient le pouvoir de modulation aux cas d'annulation des seuls règlements.

<sup>298</sup> Cela apparaît de façon particulièrement claire in C.E., 17 juillet 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, préc., concernant l'annulation de la réglementation d'un cours de formation pour chiropracteur : la modulation avait le but de permettre aux étudiants ayant entrepris leur formation sous l'empire de l'acte annulé de ne pas voir invalidé leur cursus.

Dans une autre hypothèse, le juge a refusé de moduler, en suivant le commissaire du gouvernement qui avait souligné que les intéressés paraissaient être au courant de l'invalidité de l'acte : cf. C.E., 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, R.F.D.A., 2005, 483, conclusions D. Casas.

<sup>299</sup> C.E., 30 décembre 2010, *M. Robert*, préc.; 12 décembre 2007, *Vignard*, préc.; 12 décembre 2007, *Sire*, préc.

<sup>300</sup> C.E., 28 septembre 2016, *M.C.*, préc.

<sup>301</sup> C.E., 1 juillet 2016, *Union nationale des professions libérales*, A.J.D.A., 2016, 2196 ;21, *Union Syndicale solidaires fonctions publiques*, A.J.D.A., 2007, 7).

<sup>302</sup> C.E., 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Die-des -Vosges*, préc.

Dans ces occasions, le juge a aussi invoqué la nécessité de protéger la continuité du service public<sup>303</sup>, ce qui montre que dans les cas cités, la stabilisation des actes adoptés répond à l'exigence de garantir le bon fonctionnement de l'activité administrative, par le biais de la protection de la confiance des administrés dans l'*apparence* du droit. Cette argumentation semble rapprocher la technique de la modulation à de la théorie du fonctionnaire de fait, entendue dans son acception «objective»<sup>304</sup>.

Dans la troisième catégorie de cas de modulation, l'argument «quantitatif» traduit la nécessité d'éviter que la rétroactivité de l'annulation donne lieu à une multiplicité de litiges ou de demandes de remboursements «en chaîne» à l'encontre d'entités privés ou publiques. Il s'agit là d'une variante du *floodgates argument*, élaboré par la jurisprudence anglosaxonne et souvent utilisé par la Cour de justice<sup>305</sup>.

Cette argumentation ne suffit pas, seule, à justifier la modulation : comme la Cour de justice<sup>306</sup>, le Conseil d'État<sup>307</sup> a en principe exclu que la modulation puisse être

---

<sup>303</sup> C.E., 28 septembre 2016, *M.C.*, préc.; 8 juillet 2009, *Commune de Saint-Die-des-Vosges et autres*, préc.; 30 décembre 2010, *M. Robert.*, préc.; 12 décembre 2007, *Vignard*, préc.; 12 décembre 2007, *Sire*, préc.

<sup>304</sup> Cf. *supra*, I, 2, a., α.

<sup>305</sup> Cf. la jurisprudence citée à la note immédiatement suivante.

<sup>306</sup> Dans le *leading case* en matière de modulation des effets de la décision rendue en interprétation du droit (CJCE, 8 avril 1976, *Defrenne*, C-43/75, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)), face à la demande du Royaume Uni et de l'Irlande de limiter dans le temps les effets de l'interprétation rendue afin de limiter les implications financières d'une interprétation extensive du principe d'égalité de rémunération, le juge communautaire a précisé que «*si les conséquences pratiques de toute décision juridictionnelle doivent être pesées avec soin, on ne saurait cependant aller jusqu'à infléchir l'objectivité du droit et compromettre son application future en raison des répercussions qu'une décision de justice peut entraîner pour le passé*» ; le juge a fini par mettre en œuvre la modulation afin de protéger la confiance légitime des opérateurs économiques.

La jurisprudence de la Cour est claire sur ce point : en modulant les effets de ses décisions pour éviter les répercussions financières que celle-ci pourrait comporter, le juge finirait par appliquer une sanction moins grave au violations les plus graves du droit européen (ainsi, *ex multis*, Corte di Giustizia CE, 23 mai 2000, *Buchner*, C-104/98, *ibid.*, alinéa 41 ; 13 février 1996, C-197/94, *Société Bautiaa*, alinéa 55, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu); C.J.C.E., 11 août 1995, *F.G. Roders B.V.*, C-367/93, alinéa 48, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu)). En réalité, la jurisprudence de la Cour est en certaine mesure ambiguë sur ce point, ce qui peut être remarqué dans C.J.C.E., 17 mai 1990, *Barber*, alinéa 44, [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu) ou, de façon encore plus évidente dans C.J.C.E., 9 mars 2000, *Evangelischer Krankenhausverein Wien*, C-437/97, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), alinéa 59, qui superpose l'invocation du principe de sécurité juridique au *floodgates argument*.

<sup>307</sup> Cf. C.E., 11 mai 2004, *Association AC!* préc., qui précisait que «*la seule circonstance que la rétroactivité de l'annulation pourrait avoir une incidence négative pour les finances publiques et entraîner des complications pour les services administratifs chargés d'en tirer les conséquences ne peut, par elle-même, suffire à caractériser une situation de nature à justifier que le juge fasse usage de*

mise en œuvre seulement en vertu des implications financières de la rétroactivité<sup>308</sup>. La doctrine<sup>309</sup> a observé qu'en réalité, dans les arrêts qui en font mention, l'argument «économique» est, explicitement ou implicitement<sup>310</sup> au cœur des préoccupations du juge, mais son importance n'apparaît pas toujours clairement dans la motivation<sup>311</sup>.

Cette minimisation de l'importance des répercussions économiques de la rétroactivité de l'annulation peut être due à la volonté d'éviter de justifier de la modulation sur la base d'argumentations n'ayant pas trait à l'«intérêt général». Pourtant, les cas dans lesquels la modulation a été mise en œuvre pour garantir des intérêts privés sont loin d'être rares<sup>312</sup>. Normalement, ces intérêts privés reçoivent une protection parce que nombreux ; il est toutefois arrivé que le juge mette en œuvre la modulation pour protéger les intérêts spécifiques d'un nombre très restreint d'intéressés.

---

*son pouvoir de modulation dans le temps des effets de cette annulation*». Cette affirmation a été réitérée in C.E., ; 17 juin 2011, *Canal +*, préc., 17 décembre 2010, *SFIB, Association Que Choisir* préc. et 11 juillet 2008, *SIMAVELEC*, préc..

<sup>308</sup> On peut d'ailleurs remarquer que, parallèlement, le Conseil Constitutionnel exclut que le législateur puisse adopter des *lois de validation* fondées sur la seule exigence d'éviter des répercussions économiques: dans ce sens, cf. Cons. Constitutionnel, 28 décembre 1995, n. 95-369 DC, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>309</sup> A. Van Lang, *De l'usage du bilan dans l'après-jugement*, in A.A.V.V., *Mélanges en l'honneur de Jean-François Lachaume*, Dalloz, 2007, 1053 (cf. part. 1079) e F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, *ibid.*, 139 (part. 152).

<sup>310</sup> Cet argument peut aussi se traduire par l'invocation du risque de bouleversement des contrats conclus en application de l'acte annulé : C.E., 19 juillet 2017, *ANODE*, préc.; 23 décembre 2013, *M6 et TFI*, préc.; 23 décembre 2011, *Danthony*, préc.; 10 février 2010, *Perez*, *A.J.D.A.*, 2010, 561, note G. Dreyfus; 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE*, *A.J.D.A.*, 2010, 1222; 5 mars 2008, *Société TFI et autres*, préc.

<sup>311</sup> Cf., par exemple, C.E., 27 mai 2011, *Laboratoires Pharma 2000 et autres*, *A.J.D.A.*, 2011, 1704, où la modulation a été explicitement justifiée seulement en vertu du fait qu'une annulation rétroactive aurait comporté des coûts de gestion des demandes de remboursement supérieurs au montant total de ces remboursements. In C.E., 2 décembre 2011, *FNATH*, préc., le juge cite le risque comporté par une annulation rétroactive. Cf. aussi, dans ce sens, C.E., 17 décembre 2010, *SFIB, Association Que Choisir*, préc. ; 17 juin 2011, *Canal +*, préc.; 11 juillet 2008, *SIMAVELEC*, préc., 11 mai 2004, *Association AC!*, préc..

<sup>312</sup> Comme l'a remarqué J. Sirinelli, *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, *R.F.D.A.*, 2016, 529, «si le respect des situations des individus ne semble pas jouer un rôle prépondérant dans l'analyse du juge, l'intérêt général s'attachant à un maintien temporaire de ses effets étant primordial, certaines solutions témoignent occasionnellement de l'importance des intérêts privés. De ce point de vue, le mouvement de subjectivisation se développe mais le juge peut préférer mettre pudiquement un voile sur cette évolution. Ainsi la protection des intérêts personnels peut justifier, de manière exclusive, la modulation dans le temps des effets de l'annulation.»

Cela apparaît assez clairement de l'analyse d'un récent arrêt *Football Club des Girondins Bordeaux et autres*, qui annulait une disposition règlementaire concernant le fonctionnement de la Ligue 1 e 2<sup>313</sup>.

Après avoir motivé le report des effets de l'annulation sur la base de la nécessité d'éviter un vide juridique qui aurait empêché le bon déroulement des championnats de l'année à venir, le juge a justifié la stabilisation des effets déjà produits par l'acte attaqué en argumentant qu'une annulation rétroactive aurait comporté la disqualification de la (seule) équipe AS Monaco du championnat précédent : «*de telles conséquences rétroactives seraient, dans les circonstances de l'espèce, manifestation excessives*».

Cet arrêt démontre clairement que le risque du bouleversement d'un nombre restreint de situations juridiques ne comporte pas nécessairement un rejet de la modulation de la part du juge, comme semblait l'indiquer une partie de la jurisprudence<sup>314</sup> : le juge peut aussi prendre en compte la *qualité* de ces situations. Dans d'autres cas, la protection d'un nombre restreints d'intérêts privés a été mise en œuvre de façon encore plus claire : dans un arrêt *Société TF1* de 2008<sup>315</sup>, la modulation a été justifiée sur la base de l'intérêt général au développement de la télévision digitale, mais aussi (et surtout ?) pour protéger les intérêts de la société exploitante du service de télévision.

## **γ. Assurer la conformité au droit européen**

La modulation peut enfin servir à se conformer au droit européen.

Cela arrive, en premier lieu, lorsque la rétroactivité de l'annulation donnerait lieu à une violation (ou à une encore plus grave violation) du droit européen, parce

---

<sup>313</sup> C.E., 9 juillet 2015, *Football club des Girondins Bordeaux et autres*, préc.

<sup>314</sup> Cf., par exemple, C.E., 6 septembre 2006, *Fédération nationale des syndicats des salariés des mines et de l'énergie CGT, Lebon Tables*, 1077 et 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics et autres, Lebon*, 71.

<sup>315</sup> C.E., 5 mars 2008, *TF1 et autres*, préc.

qu'elle comporterait la disparition d'une mesure adoptée en transposition d'une directive<sup>316</sup> ou d'un autre acte nécessaire pour la garantie d'un principe fondamental du droit européen, comme la protection de la libre concurrence sur le marché intérieur<sup>317</sup>.

Dans ces cas, la modulation n'est pas mise en œuvre pour protéger la sécurité juridique des intéressés, mais elle constitue quand même une application du principe de proportionnalité à l'action du juge. Au lieu d'un bilan entre l'intérêt au rétablissement de la légalité et l'exigence de protection de la sécurité juridique, le juge se trouve à devoir choisir entre deux options également destinées au rétablissement de la légalité : l'annulation rétroactive, et la modulation, qui permet d'éviter la méconnaissance du droit européen ou l'aggravation de celle-ci.

Enfin, dans trois cas récents, le juge a limité les effets de l'annulation<sup>318</sup> afin de se conformer à une décision prononcée en voie préjudicielle par la Cour de justice, qui avait à son tour modulé les effets de l'interprétation rendue afin de protéger la confiance légitime des intéressés de bonne foi<sup>319</sup>. Dans ces cas, très rares, la modulation répond donc à des exigences de protection de la sécurité juridique dans son *acceptation subjective*. Cela est bien évidemment dû au différent standard employé par la Cour pour fonder ses décisions de moduler les effets des arrêts rendus en interprétation du droit.

---

<sup>316</sup> Cf. C.E., 9 juin 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges*, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr); 24 juillet 2009, *CRII-GEN, A.J.D.A.*, 2009, 1818, chronique S.-J. Liéber et D. Botteghi; *R.F.D.A.* 2009, 963, conclusions E. Geffray; *Constitutions*, 2010, 117, note O. Le Bot.

<sup>317</sup> C.E., 25 février 2005, *France Télécom*, préc..

<sup>318</sup> C.E., 7 décembre 2016, *Allianz IARD*, préc.; 8 juillet 2016, *UNIS*, préc. e 8 juillet 2016, *Beaudout et fils*, préc.

<sup>319</sup> CJUE, 17 décembre 2015, *UNIS et autres*, C-25/14 et C-26/14, alinéa 52 et 53, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu). La modulation avait été justifiée par la Cour sur la base de la bonne foi des intéressés, qui ont agi «*en se fondant sur une situation juridique que la Cour n'a précisée, en ce qui concerne la portée concrète de l'obligation de transparence découlant de l'article 56 TFUE, que dans le présent arrêt*».



## II. *Giurisdizione di legittimità* et limitation des effets de l'annulation en Italie

---

### 1. LE *GIUDIZIO DI LEGITTIMITÀ*: ORIGINES ET CARACTÉRISTIQUES

Le *giudizio di legittimità*, attribué à un juge administratif, avait en principe des caractéristiques similaires au contentieux de l'excès de pouvoir (a.).

De 1889 à aujourd'hui, il a subi des évolutions qui l'ont différencié du modèle français ; en particulier, le législateur constituant a définitivement dissipé les doutes sur la nature subjective de ce contentieux ; cette prise de position a eu des conséquences importantes sur la question des effets de l'annulation dans le temps (b.).

#### a. Les origines du *giudizio di legittimità*

L'art. 3 de la loi du 31 mars 1889, n. 5992, créa la quatrième section du Consiglio di Stato<sup>320</sup>, compétente sur les «recours pour incompétence, excès de pouvoir et méconnaissance de la loi, à l'encontre d'actes, individuels ou non, d'une autorité administrative ou d'un corps administratif délibérant, ayant pour objet les intérêts d'un individu ou d'une entité juridique, si ces recours ne relèvent pas de la compétence de l'autorité juridictionnelle, ni de juridictions spéciales.»

Le choix d'abandonner le système de juridiction unique créé par l'annexe E de la loi 20 mars 1865 naissait de la constatation de son échec<sup>321</sup>: d'une part, l'art. 3 de l'annexe

---

<sup>320</sup> C'est ainsi que nous désignerons le Conseil d'État italien, afin de le distinguer du Conseil d'État français.

<sup>321</sup> Sur l'histoire du contentieux administratif en Italie, cf. A. Salandra, *La giustizia amministrativa in Italia*, Unione Tipografico-editrice, Torino, 1893; L. Mortara, *Commentario del Codice e delle leggi di Procedura civile*, vol. I, Dott. F. Vallardi, Milano, 1923, 328 ss.; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, vol. I, Dott. F. Vallardi, Milano, 1911, 376 ss. Pour des oeuvres plus récentes, cf. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, 12<sup>e</sup> ed. revue et mise à jour, Giappichelli,

E, qui prévoyait toute une série de garanties procédurales pour l'administré visant à assurer le contradictoire dans la phase non contentieuse de la procédure, ne fut jamais concrètement appliqué, car il était considéré comme une disposition seulement programmatique; d'autre part, l'administration, en fonction contentieuse, ne parvenait pas à garantir pas une protection effective des «intérêts» des administrés<sup>322</sup>.

Cette situation était aggravée par le fait que le Consiglio di Stato – initialement compétent sur les conflits entre le juge judiciaire et la quatrième section<sup>323</sup> - tendait à exclure la compétence du juge judiciaire sur toute affaire concernant un acte de l'administration<sup>324</sup>. Parallèlement, dans les rares occasions où le juge judiciaire était considéré compétent sur ce type d'affaires, il réduisait au strict minimum son contrôle sur l'activité de l'administration<sup>325</sup>.

---

Torino, 2018, 18 et suiv.; M. Nigro, *Giustizia amministrativa*, 6° ed., Il Mulino, 2002, 67; G. D'Angelo, *Lodovico Mortara e il diritto amministrativo prima delle riforme crispine*, in L. Mortara, *Lezioni di diritto amministrativo e scienza dell'amministrazione (1886-1887)*, Jovene, Napoli, 2013, LVII; B. Sordi, *Giustizia e amministrazione nell'Italia liberale. La formazione della nozione di interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1985, 170.

<sup>322</sup> R. Porrini, *Cenno storico del contenzioso amministrativo e suo svolgimento nella legislazione italiana*, in R. Porrini (a cura), *Codice della giustizia amministrativa*, G. Barbèra ed., 1894, 71, notait, à tel propos: «molti affari (in ispecie di diritto pubblico) prima garantiti colla decisione di un giudizio dell'ordinario tribunale del contenzioso, [rimasero] affidati alla balia delle autorità amministrativo colla sola lustra di un ricorso gerarchico: ben tosto se ne elevarono molti lamenti: troppo grande è l'influenza dei partiti nei governi parlamentari affinché tosto non si notino le sollecitazioni e le ingerenze nei dicasteri della pubblica amministrazione, il ricorrere d'ogni parte ai membri del parlamento e peggio ancora le decisioni ottenute per i facili favoritismi.» Déjà, vingt ans auparavant, G. Mantellini observait, dans ses conclusions à *I conflitti di attribuzione tra le autorità giudiziaria e amministrativa in Italia*, G. Barbèra ed., 1871, 145, qu'il était temps de mettre fin à ce système, qui permettait que « l'Amministrazione, al quale agisce, giudichi sotto qualsiasi pretesto dei propri atti, o si renda giustizia da sé.»

<sup>323</sup> La loi du 31 mars 1877, n. 3761 déterminait le passage de la compétence sur les conflits à la Corte di Cassazione. La réforme ne parvint pas à améliorer la protection des administrés, car la Cassazione continua d'interpréter de façon restrictive les compétences du juge judiciaire (dans ce sens cf. A. Tra vi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, préc., 19).

<sup>324</sup> Dans ce sens, cf. G. Greco, *L'accertamento autonomo del rapporto nel giudizio amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1980, 77 et suiv. (et, en particulier, les décisions citées à la note n. 124, p. 78). Cf. G. Mantellini, *op. cit.*, 105, qui notait que «può anche meno dubitarsi che non siano tante cause che si tratta di decidere, e che la decisione non si rinvii all'autorità amministrativa o al potere esecutivo, sebbene la contestazione cada, o per riuscire più esatti, appunto perché la contestazione cade sopra provvedimenti amministrativi [...]».

<sup>325</sup> M. Nigro, *op. cit.*, 70 et suiv.

Le constat de la nécessité d'améliorer la protection de l'administré face au pouvoir exécutif a conduit le législateur à réformer le système, ce qui fut réalisé, après plusieurs tentatives<sup>326</sup>, avec la réforme de 1889.

La réforme faisait de la juridiction administrative un parachèvement du système de protection mis en place par la loi d'abolition des tribunaux des contentieux administratifs de 1865<sup>327</sup>. Pour cela, les limites fixées à l'exercice de la juridiction du juge judiciaire dessinèrent, en négatif, le type de procès régi par la loi de 1889<sup>328</sup>. Ainsi, le Consiglio di Stato fut doté de ce pouvoir d'annulation des actes administratifs que l'art. 4 de la loi d'abolition des tribunaux du contentieux administratif avait refusé au juge judiciaire<sup>329</sup>.

Le procès devant le Consiglio di Stato a été d'abord imaginé comme un contrôle objectif de la légalité de l'acte administratif, de nature cassatoire<sup>330</sup>. Le modèle de protection choisi par le législateur s'expliquerait, d'après Mario Nigro<sup>331</sup>, sur la base du *qui pro quo*<sup>332</sup> initial sur la nature de la quatrième section : le législateur italien ne

---

<sup>326</sup> A. Salandra, *La giustizia amministrativa in Italia*, Unione Tipografico-editrice, Torino, 1893, 43. Avant l'adoption du projet de loi Crispi, un premier projet de Crispi (il 14 juin 1873 et encore, le 6 février 1875), un projet de Nicotera (27 mars 1877) et deux projets de Depretis (31 mai 1880 et 18 février 1884) avaient été présentés.

<sup>327</sup> G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1937, 54

<sup>328</sup> M. Nigro, *op. cit.*, 77; M. Nigro, *Problemi veri e falsi della giustizia amministrativa dopo la legge sui tribunali regionali*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1974, 1815, part. 1832. Dans le même sens, A. Lugo, *Sulla struttura del giudizio amministrativo di legittimità*, in G. Miele (a cura di), *La giustizia amministrativa*, Neri Pozza Editori, Vicenza, 1968, 151 (part. 155).

<sup>329</sup> D'après M. Clarich, *Azione di annullamento*, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), le choix du remède de l'annulation était dû au « *carattere imperativo (ovvero costitutivo) tipico del provvedimento amministrativo, valido o invalido, [che] richiedeva un rimedio giurisdizionale specifico sotto forma di un'azione costitutiva atta a elidere l'effetto prodotto dal provvedimento, e cioè un azione di annullamento volta a rimuovere con efficacia ex tunc il provvedimento illegittimo.* »

<sup>330</sup> M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1970, 741. Inspirés aux pouvoirs de la Cour de Cassation, les pouvoirs du Consiglio di Stato étaient donc limités à la possibilité de confirmer (en rejetant la demande) ou d'annuler (en faisant droit à la demande) l'acte attaqué, sur la base de sa correspondance au paradigme légal.

<sup>331</sup> D'après M. Nigro, *Silvio Spaventa e la giustizia amministrativa come problema politico*, préc., 746, le contentieux administratif autrichien et le contentieux devant la Cour de cassation ont aussi servi de modèle au législateur italien.

<sup>332</sup> Ce « *qui pro quo* » ne fut définitivement éclairci qu'en 1907, lorsque la loi du 7 mars 1907, n. 62, affirma la nature juridictionnelle de la IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> section du Consiglio di Stato: cf., à tel propos, G. Zanobini, *op. cit.*, vol. II, 55 et suiv.. Pour une présentation complète du débat sur la nature de la IV<sup>ème</sup> et V<sup>ème</sup> section du Consiglio di Stato, cf. V. Scialoja, *Sulla funzione della IV sezione del Consiglio di Stato*, *Giust. amm.*, 1901, IV, 61 et G. Codacci Pisanelli, *Le decisioni del Consiglio di Stato e il loro preteso annullamento giudiziario*, *Scritti di diritto pubblico*, Lapi, Città di Castello, 1900, 295.

prit pas, en effet, immédiatement position sur la nature, juridictionnelle ou administrative, de la quatrième section<sup>333</sup>, ce qui expliquerait pourquoi le procès devant le juge administratif fut d'abord modelé sur la procédure de réexamen de l'acte administratif<sup>334</sup>.

## **b. Caractéristiques générales de la décision d'annulation et de ses effets**

En droit italien, comme en droit français, le principe selon lequel l'annulation contentieuse produit ses effets *ex tunc* n'est pas fixé par une disposition législative. La

---

<sup>333</sup> D'après M. Nigro, *op. cit.*, 76, cette ambiguïté avait été probalement voulue par le législateur même, car «*i legislatori [...] non avevano le idee chiare circa la natura del nuovo organo o non volevano metterne nettamente in luce la natura giurisdizionale per non mostrare di volere attentare ai sacri poteri del giudice ordinario*». G. Zanobini, *op. cit.*, vol II, 54, semble partager le même avis: «*gli autori della riforma del 1889 avevano evitato, per quanto possibile, di definire come giurisdizionali tali funzioni, prospettando i nuovi ricorsi, che venivano concessi contro gli atti amministrativi, come semplici perfezionamenti di quelle difese amministrative, che erano contemplate nell'allegato della legge del 1865.*»

<sup>334</sup> M. Nigro, *op. cit.*, 77; de même, G. Stancanelli, *I poteri di decisione del Consiglio di Stato*, in G. Miele, *La giustizia amministrativa*, Neri Pozza, Vicenza, 1968, 74, pour qui «*ciò si inquadrava bene anche nella logica del sistema che era stato creato con l'istituzione della IV sezione, la cui attività, com'è noto, venne inizialmente concepita come una forma di controllo amministrativo-contenzioso dell'operato dell'Amministrazione; donde la conclusione che il ricorso, limitato ai motivi di legittimità, non potesse che portare all'emanazione di un tipico atto di controllo negativo quale è l'annullamento*».

jurisprudence<sup>335</sup> et la doctrine dominante<sup>336</sup> ont toujours convenu<sup>337</sup> sur les effets rétroactifs de l'annulation<sup>338</sup> : celle-ci ferait disparaître l'acte de l'ordonnement juridique à partir du moment où l'illégalité est survenue<sup>339</sup>.

---

<sup>335</sup> Pour une conception «déclarative» de l'annulation contentieuse, cf. Cons. Stato, sez. IV, 14 décembre 1938, n. 548, *Riv. dir. pubbl.*, 1939, II, 21, où il est affirmé que «l'annullamento ha effetto ex tunc, in quanto riconoscimento e dichiarazione di nullità ab initio dell'atto procedurale».

<sup>336</sup> Cf. les opinions citées par A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, 1916, 444, qui rend compte du débat doctrinal sur ce point, au début du XX<sup>e</sup> siècle: «per regola generale al diritto, l'annullamento di atti giuridici ha efficacia ex tunc: ma mentre nel diritto privato il principio è ammesso senza notevoli contrasti, nel diritto pubblico il suo accoglimento ha dato luogo ad opposizione, e al riconoscimento di numerose eccezioni. Il principio opposto ha potuto, infatti essere affermato, sia per ragioni giuridiche, sia per ragioni di necessità e convenienza sociale». (on peut remarquer que l'auteur citait ici deux auteurs français qui avaient attribué une certaine importance à la stabilité des situations nées sous l'empire de l'acte annulé: L. Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, M. Giard et E. Brière, 1912 et G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités*, préc., 298, qui affirmait, en 1913, que «l'intérêt social exige que les relations entre les individus soient d'une grande stabilité. Il faudra donc atténuer ou supprimer les conséquences logiques de la nullité, toutes les fois que le trouble social qu'entraînerait la solution logique sera trop grave»). Sur le débat doctrinal ici examiné, cf., *amplius*, V. Romanelli, *op. cit.*, 348 et suiv., pour qui le contraste dériverait d'une divergence des opinions sur la conception de l'annulabilité de l'acte: «tutti coloro, e sono una minoranza, che ritengono che l'atto annullabile non sia un atto in contraddizione con l'ordinamento giuridico, né che l'annullabilità costituisca una forma di invalidità, in coerenza con le proprie premesse, attribuiscono efficacia irretroattiva all'annullamento. Per converso, se si ritiene, come anche noi abbiamo sostenuto, che l'annullabilità implichi una divergenza dell'atto dai requisiti di diritto e che, perciò si tratti pure sempre di una speciale forma di invalidità che comporta solo provvisoria validità dell'atto, ne discende il principio generale, ammesso, senza discussione, in dottrina e in giurisprudenza, secondo cui l'annullamento viene ad avere efficacia retroattiva.» Quant aux effets de l'annulation de l'acte illégal réalisée par l'administration même (*annullamento in autotutela*), l'on peut citer l'opinion isolée (à l'époque) de F. Cammeo, *Commentario préc.*, I, 486, note n. 3, pour qui, vue le caractère discrétionnaire, en ce qui concerne l'an, de l'annullamento in autotutela, il est logique de penser que l'administration peut moduler ses effets dans le temps.

<sup>337</sup> Ce principe était déjà «ammesso senza discussione nella pratica» au début du siècle, comme l'affirmait U. Forti in *I controlli* préc., 860.

<sup>338</sup> On peut remarquer ici que, pour la doctrine du début du siècle dernier, l'annulation mise en œuvre par le juge et l'annulation mise en œuvre par l'administration (*annullamento in autotutela*) avaient des effets absolument équivalents; les travaux en thème d'effets de l'annulation concernent généralement les deux types d'annulation. M. S. Giannini, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego*, *Foro it.*, 1942, III, 145, remarquait à ce propos que «l'annullamento degli atti amministrativi, prima di essere un atto, è un effetto giuridico. Annullamento è un vocabolo bisenso [...]. Tale duplicità di significati sarebbe innocua, se una non vigilata tendenza della dottrina non tendesse a ravvicinare gli atti produttivi di annullamento, quasi per unificarli in un solo schema. [...] Quello che si può – entro certi limiti – schematizzare, è solo l'effetto dell'annullamento.» Dans le même sens, cf. anche E. Cannada Bartoli, *Annulabilità e annullamento*, *Enc. dir.*, vol. II, Giuffrè, Milano, 1958, 494.

<sup>339</sup> Cette formule est bien plus spécifique que la plus connue «si considera l'atto come se non fosse mai esistito», remarquait S. Romano, *Teoria dell'annullamento nel diritto amministrativo*, in *Scritti Minori*, Giuffrè, Milano, 1950, 327 (spec. 339): le vice de l'acte peut en effet survenir au cours de la vie de l'acte.

En vertu de ce principe, l'annulation comporte la disparition de tous les effets déjà produits par l'acte : ainsi, outre un effet dit *eliminatoire* (qui consiste précisément dans l'élimination de l'acte), qui se produit automatiquement à l'annulation<sup>340</sup>, la décision oblige l'administration à rétablir le *status quo ante*, ou à transformer la situation anormale déterminée par l'acte dans une situation «normale»<sup>341</sup>, par tous les moyens disponibles, y compris par de nouvelles décisions aux effets rétroactifs (effet dit *ripristinatoire*, ou de rétablissement)<sup>342</sup>.

La rétroactivité des effets *eliminatoire* et *ripristinatoire* de l'annulation sert à réaliser le troisième effet de l'annulation, c'est à dire l'effet dit *conformativo*<sup>343</sup>, qui consiste dans l'obligation, pour l'administration, de se conformer à la chose jugée, lors d'un nouvel exercice du pouvoir intéressant l'administré ayant obtenu gain de cause. La rétroactivité de l'annulation (*rectius* : de ses effets *eliminatoire* et *ripristinatoire*) permet à l'administration de reprendre une décision, sans être entravée par les effets déjà produits par l'acte illégal annulé<sup>344</sup>. D'ailleurs, en règle générale, à la rétroactivité des effets de l'annulation ne peuvent faire obstacle les situations juridiques nées sous l'empire de l'acte illégal, vu que, comme la jurisprudence et la doctrine l'affirment, depuis des temps très anciens, l'illégalité de l'acte rend impossible la création de droits<sup>345</sup>.

---

<sup>340</sup> Cf., dans ce sens, Cons. Stato, sez. IV, 2 mai 1902, *Giur. It.*, 1902, III, 213, qui précisait que «*le decisioni d'annullamento della IV sezione distruggono il provvedimento impugnato in modo che non richiedesi alcuna revoca ulteriore del medesimo da parte dell'amministrazione attiva*».

<sup>341</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, 2<sup>o</sup> ed., Jovene, Napoli, 1954, 278.

<sup>342</sup> En général, en droit italien, la rétroactivité de l'acte administratif est interdite; elle s'impose toutefois à l'administration toutes les fois où l'adoption d'un acte rétroactif est nécessaire à donner exécution à la décision d'annulation.

<sup>343</sup> Dans ce sens, cf. A. M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, *Dir. & Società*, 1982, 19. Pour une présentation des différents effets *conformativi* de l'annulation, cf. M. Nigro, *L'appello nel processo amministrativo*, Giuffrè, 1960, 431 et suiv..

<sup>344</sup> Dans ce sens, cf. Cons. Stato, sez. V, 13 mars 1973, n. 259, *Cons. Stato*, 1973, I, 423.

<sup>345</sup> Dans ce sens, cf. C.M. Iaccarino in *Gli effetti dell'annullamento dell'atto amministrativo e il diritto di ricorso*, *Foro it.*, 1921, III, 138 (part. 141); U. Forti, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. Orlando, *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2, Società editrice libraria, Milano, 1905-1930, 1195; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, préc., 485 e G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939, 213. Dans la jurisprudence, ce principe est affirmé, *ex multis*, par Cons. Stato, IV sez., 4 mai 1923, *Giur. it.*, 1923, III, 185; 14 mai 1926, *Foro it.*, Rep. 1926, voce *Atto amministrativo*, n. 26; IV sez., 15 février 1930, n. 60, *Foro Amm.*, 1930, I, I, 64; Cass., 29 novembre 1932, n. 3596, *Foro Amm.*, 1933, II, 30; Cons. Stato, sez. V, 27 janvier 1951, *Foro it.*, Rep. 1951, voce *Atto amministrativo*, n. 140; sez. IV, 7 juin 1952, n. 906, *id.*, 1952, III, n. 195; Cass., 13 mai 1954, n. 1511, *Foro it.*, 1955, I, 58; 26 juillet 1961, n. 1814,



Cette règle n'a cependant pas, en réalité, une portée absolue.

En droit italien, la conception de la fonction de l'annulation contentieuse n'est pas restée statique: au contraire, elle a subi une évolution marquée par le passage d'une conception objective du contentieux et de la protection de l'administré à l'encontre des actes administratifs<sup>346</sup> - basée sur la conception selon laquelle la protection de l'intérêt de l'administré (*interesse legittimo*) serait instrumentale à la réalisation d'un intérêt public au rétablissement de la légalité<sup>347</sup> - à une conception subjective de cette protection, selon le modèle dessiné par les articles 24, 103 et 113 de la Constitution italienne du 22 décembre 1947<sup>348</sup>.

Comme nous l'avons déjà indiqué brièvement, le *giudizio di legittimità* est né comme un recours de type cassatoire, qui tendait à vérifier la correspondance entre l'acte attaqué et son modèle légal, pouvant déboucher sur l'élimination de l'acte lors de la constatation d'une illégalité. Si, dans la perspective plus ancienne, objective, l'intérêt public à la légalité de l'action administrative pouvait justifier l'élimination

---

*id.*, Rep. 1961, voce *Atto amministrativo*, n. 126; Cons. Stato, sez. V, 19 octobre 1973, n. 684, *Cons. Stato*, 1973, I, 1335.

<sup>346</sup> La thèse de la nature objective du contentieux administratif a été notamment soutenue par V. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939, 283 et suiv.; F. D'Alessio, *Rapporti e conflitti tra le due sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, Soc. ed. Libreria, 1912, 98 et suiv. et A. Salandra, *La giustizia amministrativa nei governi liberi*, 1904, 826. Pour une présentation de ce débat, cf. G. Zanobini, *op. cit.*, vol. II, 54 et suiv.; E. Garbagnati, *La giurisdizione amministrativa. Concetto e oggetto*, 2<sup>o</sup> ed., Giuffrè 1950, 14 et suiv.; C. Vitta, *La giurisdizione amministrativa e il diritto obiettivo*, *Riv. dir. pubbl.*, 1921, 352; F. Rovelli, *Sul carattere delle sezioni giurisdizionali del Consiglio di Stato*, *Riv. dir. pubbl.*, 1914, 208; F. Cammeo, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, préc., 277 et suiv.

<sup>347</sup> Cf., dans ce sens, E. Guicciardi, *La giustizia amministrativa*, 3<sup>o</sup> ed, C.E.D.A.M., Padova, 1957, 68 et suiv., pour qui «*il cittadino [...] ricorre giuridicamente parlando per la tutela dell'interesse pubblico e solo in linea di fatto profitterà dell'occasionale coincidenza con quest'ultimo del suo interesse personale.*» Cette conception découlait logiquement de l'idée selon laquelle les règles régissant l'exercice du droit administratif (*norme di azione*) auraient été destinées à la seule protection de l'intérêt public, qui avait été soutenue par E. Guicciardi in *Concetti tradizionali e principii ricostruttivi nella giustizia amministrativa*, *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 51. D'après L. Mortara, *Commentario del codice e delle leggi di procedura civile*, préc., 387, l'administré agirait sur la base de son droit subjectif à la légalité de l'acte lui faisant grief.

<sup>348</sup> En particulier, les premiers alinéas des articles cités prévoient respectivement qu'«il est reconnu à tout individu le droit d'ester en justice pour la protection de ses droits et de ses intérêts légitimes»; «Le Consiglio di Stato et les autres organes de justice administrative ont juridiction pour assurer la protection des intérêts légitimes à l'encontre de l'administration publique et également, dans des matières particulières déterminées par la loi, des droits subjectifs»; «La protection juridictionnelle des droits et des intérêts légitimes devant les organes de la juridiction ordinaire ou administrative est toujours admise contre les actes de l'administration publique».

totale de tous les effets produits par l'acte, alors il était bien possible que des raisons liées à l'intérêt général puissent, parallèlement, fonder la limitation de ses effets, ce qui peut être démontré par une analyse de la jurisprudence et la doctrine de la première moitié du siècle dernier (2).

Suite à l'adoption de la Constitution de 1948 - qui a explicitement qualifié le *giudizio di legittimità* comme un recours destiné la protection de la situation subjective de l'administré<sup>349</sup> - la rétroactivité de l'annulation a perdu son caractère *logiquement nécessaire*, pour acquérir le caractère de *seule*<sup>350</sup> *garantie de la satisfaction intégrale* de l'intérêt de l'administré compromis par l'exercice du pouvoir<sup>351</sup>. En effet, se plaçant sur le terrain d'un contentieux subjectif, seule l'annulation pouvait garantir pleinement le rétablissement de l'intérêt du citoyen<sup>352</sup> : si cet intérêt s'oppose à l'exercice d'un pouvoir qui lui porte un préjudice, par le biais d'un acte diminuant sa sphère juridique (*interesse oppositivo*)<sup>353</sup>, le rétablissement de l'intérêt passera par une élimination

---

<sup>349</sup> Cf. A. Orsi Battaglini, *Alla ricerca dello Stato di diritto. Per una giustizia non «amministrativa»*, Giuffrè, Milano, 2005, 46 et suiv.

<sup>350</sup> Jusqu'à une date relativement récente (1999), le système de protection du citoyen ne prévoyait que la possibilité d'une annulation de l'acte.

<sup>351</sup> Cf., dans ce sens, A. Piras, *Invaldità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, vol. XXII, Giuffrè, Milano, 1972, 598 (specialmente p. 607), pour qui «l'annullamento, l'annullabilità – se pure si rivolgono contro la rilevanza giuridica del provvedimento – non hanno i caratteri della sanzione: rappresentano piuttosto il contenuto di un effetto del quale spetta ad un soggetto di disporre nei modi dell'azione e di fronte all'organo giurisdizionale. Il soggetto o i soggetti ai quali spetta di disporre dell'effetto sono gli stessi titolari dei rapporti e degli interessi evidenziati dal procedimento. E' a loro favore, a garanzia di questi interessi e rapporti, che viene disposto l'effetto dell'annullamento, quando il provvedimento versi in uno stato viziato.».

<sup>352</sup> Comme nous le disions auparavant, la responsabilité de l'administration pour atteinte aux intérêts légitimes des administrés n'a été reconnue qu'en 1999, par l'arrêt Cass., sez. un., 22 juillet 1999, n. 500, in *Foro it.*, 1999, I, 3212, note de F. Fracchia, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*; *ibid.*, 3201, note de R. Caranta, *La pubblica amministrazione nell'età della responsabilità*; *ibid.*, 3212, E. Scoditti, *Dalla negazione della risarcibilità degli interessi legittimi all'affermazione della risarcibilità di quelli giuridicamente rilevanti: la svolta della Suprema Corte lascia aperti alcuni interrogativi*; *Giur. Cost.*, 1999, II, 3235, note de F. Satta, *La sentenza n.500 del 1999: dagli interessi legittimi ai diritti fondamentali*; *Giust. civ.*, I, 2261, note de M.R. Morelli, *Le fortune di un obiter: crolla il muro virtuale della irrisarcibilità degli interessi legittimi*; *Dir. pubbl.*, 1999, 489, note de A. Orsi Battaglini, C. Marzuoli, *La Cassazione sul risarcimento del danno arrecato dalla pubblica amministrazione: trasfigurazione e morte dell'interesse legittimi*; *id.*, 2000, 55, note de A. Luminoso, *Danno ingiusto e responsabilità della p.a. per lesione di interessi legittimi nella sentenza n.500/1999 della Cassazione*; *ibid.*, 13, F. Scoca, *Risarcibilità e interesse legittimo*; *Giorn. dir. amm.*, 1999, 843, note de L. Torchia, *La risarcibilità degli interessi legittimi: dalla foresta pietrificata al bosco di Birnam*.

<sup>353</sup> Par exemple, l'intérêt du propriétaire d'un terrain à ce que l'administration ne l'exproprie pas est un intérêt de type *oppositivo*.

intégrale de l'acte; si l'intérêt de l'individu ne peut en revanche être satisfait que par l'adoption d'un acte favorable de l'administration (*interesse pretensivo*)<sup>354</sup>, la seule protection possible consiste dans le rétablissement de la chance d'obtenir le bien auquel tend l'administré, à travers l'élimination de l'acte de refus.

La nouvelle fonction de l'annulation rendait très difficile de justifier une limitation de ses effets rétroactifs. D'ailleurs, dans l'optique d'assurer une protection juridictionnelle effective de l'administré lésé, la jurisprudence des premières années de l'après-guerre a étendu la portée des effets *ripristinatori* de l'annulation, au détriment de la stabilité des situations juridiques favorables aux tiers à l'instance, normalement assurée (du moins en partie<sup>355</sup>) par l'expiration du délai du recours contentieux.

Cette tendance s'est progressivement inversée. L'importance croissante du principe du contradictoire – sur la base duquel le droit italien fonde, en général, l'interdiction de porter un préjudice à des situations juridiques favorables sans que leurs titulaires soient mis en condition de se défendre – a déterminé, dans les dernières années du XX<sup>ème</sup> siècle, une évolution des positions de la jurisprudence relativement aux effets *ripristinatori* de l'annulation contentieuse. On peut en effet remarquer, à partir des années 1980, la naissance de plusieurs courants jurisprudentiels dont le but commun était la recherche d'un meilleur équilibre entre la protection juridictionnelle de l'administré, la garantie du droit au contradictoire et la protection de la sécurité juridique.

Cette évolution s'est accélérée et consolidée grâce à l'introduction d'un nouvel instrument de protection de l'administré - les *motivi aggiunti* - par la loi du 21 juillet 2000, n. 205, qui a modifié l'art. 21 de la loi sur les Tribunaux administratifs régionaux du 6 décembre 1971, n. 34. Les nouveaux<sup>356</sup> *motivi aggiunti* permettent à l'administré

---

<sup>354</sup> Par exemple, l'intérêt du soumissionnaire d'un marché public est *pretensivo*.

<sup>355</sup> Comme nous le verrons de façon plus approfondie, l'acte favorable illégal pouvait, jusqu'à la réforme mise en œuvre par la loi du 7 août 2015, n. 124, être toujours retiré par l'administration dans un terme «raisonnable». Le terme pour exercer le pouvoir de retrait a été désormais fixé à 18 mois à partir de l'adoption de l'acte, si l'administré qui en bénéficie avait ignoré l'illégalité de l'acte de bonne foi. De plus, après la forclusion du recours, l'acte illégal peut toujours être objet d'une exception d'illégalité devant le juge judiciaire, si son application est nécessaire à la décision d'une affaire de compétence du juge judiciaire.

<sup>356</sup> Sur les *motivi aggiunti*, cf. C. Cacciavillani, *Sul ricorso per motivi aggiunti di cui all'art. 21 legge T.A.R., come modificato dalla legge 205 del 2000*, *Dir. proc. amm.*, 2005, 181 et suiv.

d'attaquer d'autres actes, adoptés par l'administration en cours d'instance, et contribuant à la lésion de sa situation subjective, pourvu que ces actes soient liés à l'acte attaqué originellement par un lien de connexité. Désormais, l'administré est tenu d'attaquer chaque acte lui faisant grief, même s'il découle d'un acte déjà attaqué en justice (3).

Enfin, depuis une vingtaine d'années, le recours en annulation ne représente pas la seule garantie offerte à l'administré face aux pouvoirs de l'administration. À cet égard, on peut songer à la décision historique prononcée en 1999 par la Cour de cassation italienne, qui a enfin reconnu la possibilité d'obtenir une réparation du préjudice créé par la décision illégale de l'administration<sup>357</sup> et, surtout, à l'étoffement des formes de protection prévues par le code du procès administratif de 2010, qui a ouvert toute une série de voies de recours, auparavant inexistantes, et destinées à une meilleure protection des intérêts légitimes de l'administré<sup>358</sup>.

Cette dernière évolution du système de garanties juridictionnelles, combinée avec une attention croissante de la doctrine et de la jurisprudence à la protection de la sécurité juridique<sup>359</sup>, a donné lieu à un très récent mouvement jurisprudentiel qui a affirmé la possibilité de moduler les effets de l'annulation. Cette jurisprudence a été

---

<sup>357</sup> Cass., sez. un., 22 juillet 1999, n. 500, préc.

<sup>358</sup> Sur ces évolutions, cf., *ex multis*, M.A. Sandulli, *Il superamento della centralità della azione di annullamento*, *Libro dell'anno del diritto 2012*, Treccani, 829. L'évolution du contentieux administratif dans le sens d'une plus importante protection des administrés a été déterminée par l'introduction d'une pluralité d'actions ultérieures par rapport à l'annulation, comme le reconnaît la jurisprudence (par exemple, Cons. Stato, ad. plen., 23 mars 2011, n. 3, *Foro it.*, 2012, III, 46, note de A. Giannelli, *La pregiudiziale amministrativa rinasce dalle proprie ceneri: la mancata impugnazione dell'atto illegittimo recide il nesso di causalità tra provvedimento illegittimo e lesione.*)

<sup>359</sup> La valeur juridique de la bonne foi de l'administré bénéficiant d'un acte illégal n'a commencé à être reconnue par la jurisprudence qu'à partir de la deuxième moitié du XX<sup>e</sup> siècle: cf., par exemple, Cons. Stato, sez. IV, 29 novembre 1961, n. 1022, *Foro it.*, Rep. 1962, voce *Atto amministrativo*, n. 153. Auparavant le passage d'une longue période entre l'édition de l'acte et son annulation *in autotutela* était vu comme un signe du défaut d'intérêt de l'administration à l'annulation: dans ce sens, cf. A. De Valles, *Annullamento d'ufficio e interesse pubblico*, *Foro it.*, 1951, III, 228. Sur cette évolution, cf. F. Merusi, *L'affidamento del cittadino*, préc.; F. Trimarchi Banfi, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, *Dir. Amm.*, 2005, 844 (part. 847).

L'attention croissante de la jurisprudence envers la protection de la stabilité des situations juridiques favorables est aussi démontrée par un courant jurisprudentiel récent qui affirme que l'administré a droit à la réparation du préjudice subi en conséquence de l'annulation de l'acte favorable illégal: cf. Cass., sez. un., 23 mars 2011, n. 6594, 6595, 6596, *Foro it.*, 2011, I, 2387, note de A. Travi; *Urb. App.*, 2011, 915, note de S.R. Maserà, *Danni da atto amministrativo positivo, ma illegittimo, e giudice competente*; *Corr. Giur.*, 2011, 933, note de A. Di Majo, *L'affidamento nei rapporti con la P.A.*

récemment confirmée dans un *obiter dictum* de l'arrêt d'assemblée du Consiglio di Stato du 22 décembre 2017<sup>360</sup> (4).

## **2. EFFETS DE L'ANNULATION CONTENTIEUSE ET LIMITES A LA RETROACTIVITE DANS LA JURISPRUDENCE PRECEDENTE A LA CONSTITUTION**

À l'origine, le *giudizio di legittimità* était conçu comme un jugement objectif, de nature cassatoire, qui impliquait nécessairement, logiquement, la disparition complète de tous les effets produits par l'acte (a.) La jurisprudence de la première moitié du XXème siècle ne confirme cependant pas complètement cette construction théorique : au contraire, particulièrement au début du siècle, l'on peut retrouver plusieurs courants jurisprudentiels qui démontrent que le juge administratif n'appliquait pas de façon si rigoureuse la règle de la rétroactivité des effets de l'annulation. Au contraire, il apparaît que le juge avait une approche assez «flexible» à la question. Ainsi, si les effets d'élimination (*eliminatori*) de l'annulation n'étaient généralement pas remis en cause, dans plusieurs cas, les effets de rétablissement de la situation *quo ante* (ripristinatori) étaient tempérés afin de ne pas compromettre les situations nées sous l'empire de l'acte annulé (b).

Ces courants jurisprudentiels ont été pris pour exemple par une partie de la doctrine italienne de la première moitié du XXème siècle, qui a tenté de théoriser les limites des effets de l'annulation (c.).

### **a. La rétroactivité de l'annulation : une nécessité «logique»**

---

<sup>360</sup> Cons. Stato, ad. plen., 22 décembre 2017, n. 13, *Dir. proc. amm.*, 2018, 1134, note de A. Cassatella, *Nuovi orientamenti in tema di efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: una innovazione necessaria?*; *Urb. app.*, 2018, 373, note de E. Follieri, *L'Adunanza Plenaria, "sovrano illuminato", prende coscienza che i principi enunciati nelle sue pronunzie sono fonti del diritto*; *Foro it.*, 2018, III, 163, note de M. Condorelli, *Il nuovo prospective overruling, dimenticando l'adunanza plenaria n. 4 del 2015*

La doctrine et la jurisprudence plus anciennes concevaient l'annulation comme une mesure de rétablissement de la légalité, qui ne pouvait profiter que de façon indirecte à la protection de la situation subjective de l'administré<sup>361</sup>. Du moment où sa fonction était celle d'éliminer l'acte illégal, plusieurs auteurs soutenaient que, logiquement, l'annulation devait avoir des effets rétroactifs. Par exemple, d'après Giuseppe Codacci-Pisanelli, l'effet propre de l'annulation aurait été celui de transformer en nullité l'instabilité de l'acte illégal<sup>362</sup> : l'effet rétroactif de l'annulation aurait engendré, d'après cet auteur, une disparition de toutes les situations et les rapports juridiques fondés sur l'acte annulé, qui produisait des effets avant de son annulation, mais n'en assurait pas la stabilité<sup>363</sup>. Selon cette conception « rigoureuse », l'annulation de l'acte serait à l'origine de l'invalidité de tous les actes adoptés sur le fondement de l'acte annulé. Cette invalidité pourrait prendre deux formes, selon le lien entretenu entre les actes : les actes explicitement adoptés sur le fondement de l'acte annulé seraient *ipso jure* nuls, tandis que les autres actes, simplement « liés » à l'acte annulé, seraient annulables<sup>364</sup>.

Cette conception trouvait son origine dans la construction théorique qui faisait du défaut de validité (*invalidità*) de l'acte illégal la sanction de son anomalie<sup>365</sup> : dans cette perspective, l'élimination de tous les effets produits par l'acte illégal était conçue comme la réaction de l'ordonnement juridique à cette anomalie.

## **b. Les limites de la rétroactivité dans la jurisprudence de la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle**

La doctrine et la jurisprudence italiennes de la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle ne connaissaient par les principes de sécurité juridique et de la confiance légitime ;

---

<sup>361</sup> Cf. *supra*, II, 1, b.

<sup>362</sup> G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939, 212.

<sup>363</sup> G. Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, 213.

<sup>364</sup> G. Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, 217.

<sup>365</sup> Conception que vient, par exemple, rappeler F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, C.E.D.A.M., Padova, 1960, 596. Des traces de cette position peuvent être retrouvées in A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, Athenaeum, 1916, 64 et G. Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, 23.



cependant, un certain nombre de solutions avaient été élaborées par la jurisprudence afin de limiter les effets rétroactifs de l'annulation contentieuse : parmi celles-ci, les plus significatives sont la théorie du fonctionnaire de fait ( $\alpha$ .) et le principe du *factum infectum fieri nequit* ( $\beta$ .)

### **$\alpha$ . La théorie du fonctionnaire de fait**

Une des limites explicites à la rétroactivité parmi les plus anciennes, en droit italien, est constituée par la théorie du fonctionnaire de fait, d'origine romaine<sup>366</sup>. Celle-ci a une importance particulière au sein de cette étude, en ce qu'elle représente une des premières hypothèses de protection de la confiance de l'administré dans l'apparence du droit ; d'ailleurs, c'est bien dans le contexte de l'analyse de la théorie du fonctionnaire de fait et de ses applications que la doctrine et la jurisprudence italiennes du début du siècle dernier ont abordé le thème de la valeur juridique de la bonne foi de l'administré dans les rapports de droit public.

Dans la première jurisprudence du Conseil d'État, la théorie du fonctionnaire de fait a reçu une application très large : la théorie a en effet été appliquée pour limiter les effets de l'annulation de l'acte de nomination d'un magistrat<sup>367</sup> ou de l'un des membres d'un organisme collégial<sup>368</sup>, outre au cas classique de l'annulation de la nomination d'un fonctionnaire.

---

<sup>366</sup> Pour une analyse du fonctionnaire de fait en droit romain, commun et canonique cf. C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, Riv. Dir. Pubbl., 1923, 475; sur les passage de Ulpien relatif à l'esclave fugitif Barbarius Philippus (loi 3 Dig. De off. praet., 1.4), cf. M. E. Lucifredi Peterlongo, *Barbarius Philippus...servus fugitivus...praetor designatus est*, in M. E. Lucifredi Peterlongo, R. Lucifredi, *Contributi allo studio dell'esercizio di fatto di pubbliche funzioni*, Giuffrè, Milano, 1965, mais aussi C. Vitta, *Il funzionario di fatto* préc., 494, qui concluait que la solution de Ulpien répondait à l'exigence d'assurer la «sécurité» des tiers. Vitta remarquait que la règle énoncée par Ulpien avait été appliquée de façon tellement façon tellement large que la doctrine en tira la conclusion que «*error communis facit ius*». (Cf. *op. cit.*, 498). A propos de ce brocard, cf. L. Agostinelli, *Il funzionario di fatto*, Porta, 1925, 18.

<sup>367</sup> Cass. pen. Roma, 5 février 1907, *Foro it.*, 1907, II, 151; Cass. Torino, 7 mars 1908, *Giur. it.*, 1908, I, 1, 515; Cass., sez. I, 10 juillet 1934, *Foro it.*, 1935, I, 277, note de R. Resta, *Natura e effetti dell'atto amministrativo di controllo preventivo*.

<sup>368</sup> Cons. Stato, 11 octobre 1892, *Giust. amm.*, 1892, I, 271; Cass., sez. I, 10 juillet 1934, préc.

Si la jurisprudence convenait, en général, sur le fait que les actes adoptés par le fonctionnaire de fait ne pouvaient être annulés car valides<sup>369</sup>, cette conclusion ne faisait pas l'unanimité de la doctrine<sup>370</sup> et, d'après certains auteurs, les actes du fonctionnaire de fait auraient été illégaux, donc invalides, mais non annulables<sup>371</sup>.

Le champ d'application de la théorie ne faisait pas non plus l'accord de la doctrine : d'après une partie des auteurs, d'accord avec la présentation de Jèze<sup>372</sup>, celle-ci aurait dû être mise en œuvre en présence d'un exercice pacifique et public de la fonction, même en l'absence d'un acte formel d'investiture<sup>373</sup>.

D'après un autre courant doctrinal, majoritaire, pour que la théorie opère, le fonctionnaire devait être titulaire d'un acte d'investiture, même illégal, émanant de l'autorité compétente<sup>374</sup>.

Le fondement de la théorie était également sujet de débat. Plusieurs auteurs soutenaient la thèse selon laquelle la théorie aurait eu comme but la protection de la confiance (*rectius*, de la bonne foi) des administrés<sup>375</sup>. Ce courant doctrinal était

---

<sup>369</sup> Cf., par exemple, Cons. Stato, sez. IV, 16 novembre 1934, n. 581, *Foro amm.*, 1935, I, I, 16.

<sup>370</sup> La thèse de la validité des actes adoptés par le fonctionnaire de fait était soutenue par C. Vitta, *Il funzionario di fatto*, préc. et S. Romano, *Corso di diritto amministrativo*, C.E.D.A.M., Padova, 1930, 112 et suiv.

<sup>371</sup> G. Codacci Pisanelli, *L'annullamento*, préc., 221, pour qui la théorie du fonctionnaire de fait constituerait une coutume, qui ferait dérogation par rapport aux principes généraux sur les effets de l'annulation. Cf. également, dans le même sens, plus récemment, cf. S. Fantini, *Attività amministrativa del funzionario di fatto ed invalidità derivata*, in B. Cavallo (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005, 67.

<sup>372</sup> G. Jèze, *Essai d'une théorie générale des fonctionnaires de fait*, préc.

<sup>373</sup> E. Capaccioli, *La gestione di affari in diritto amministrativo*, C.E.D.A.M., Padova, 1956, 50, notait que «quando si è ritenuto che gli atti della persona sprovvista d'investitura siano da considerare inesistenti come atti amministrativi, si è fatta, a ben guardare, una deduzione logica, non un'osservazione diretta della realtà: gli atti si sono evidentemente posti come amministrativi, altrimenti il problema non sarebbe sorto neppure [...]. La stessa teoria del funzionario di fatto costituisce un sintomo notevole nel senso che gli atti in questione si presentano e si comportano come amministrativi, si tratti di investitura viziata o mancante». Dans le même sens, A. Tesauro, *Istituzioni di diritto pubblico*, vol. II, Unione tipografica Torinese, 1961, 223.

<sup>374</sup> En jurisprudence, explicitement Cass. pen. 7 décembre 1953, *Giust. pen.*, 1954, II, 765. En doctrine, cf. A. Agostinelli, *op. cit.*, 43. ; C. Vitta, *op. cit.*, 517 et suiv.; R. Perrone Capano, *La retroattività degli atti amministrativi*, Jovene, Napoli, 1950, 108; R. Lucifredi, *Note per un'analisi dell'azione di fatto della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1965, 115, part. 172.

<sup>375</sup> U. Forti, *I controlli*, préc., 863. Cette position est surtout soutenue dans les travaux récents: S. Fantini, *Attività amministrativa del funzionario di fatto ed invalidità derivata*, in B. Cavallo (a cura di), *Il funzionario di fatto*, Giuffrè, Milano, 2005, 67; P. Scarabino, *Il funzionario di fatto tra realtà e contraddizioni*, in [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); A. M. Liuzzo, *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, *ibid.*, et, dans la jurisprudence, par Cons. Stato, sez. V, 17 février 2003, n. 821,

toutefois également partagé sur la question de l'importance de la bonne foi subjective de l'administré.

D'après une partie de la doctrine, le mécanisme du fonctionnaire de fait était destiné à sauvegarder tous les actes adoptés par l'individu ayant l'apparence d'un fonctionnaire – indépendamment de la présence d'un acte d'investiture. Cette présentation mettait l'accent sur l'apparence de la situation de fait, qui devait être de nature à justifier l'erreur excusable, parce qu'inévitable, de l'administré. La théorie du fonctionnaire de fait, ainsi conçue, constituait un mécanisme de protection de la confiance des administrés dans l'apparence du droit<sup>376</sup>, par le biais de la transformation en droit de la «*situation de fait qui se manifeste et fait apparaître comme réelle une situation juridique non réelle*»<sup>377</sup>.

La deuxième présentation, dominante en doctrine, considérait que pour que les actes adoptés par le fonctionnaire de fait pussent être imputés à l'administration, la seule apparence et l'erreur de l'administré ne pouvaient suffire. Pour la mise en œuvre de la théorie du fonctionnaire de fait, cette présentation jugeait nécessaire la présence d'une condition objective, c'est-à-dire la titularité d'une nomination ou d'une investiture – bien qu'illégale – de la part du fonctionnaire<sup>378</sup>.

Dans cette perspective, la théorie du fonctionnaire de fait n'était pas un mécanisme de protection de la bonne foi subjective des administrés : le but poursuivi était plutôt celui d'éviter les possibles «désordres» liés à la transmission de l'invalidité de la nomination aux actes déjà adoptés par le fonctionnaire de fait<sup>379</sup>. Cela aurait évité, d'une part, la création d'un climat de méfiance dans les rapports entre l'administration

---

*Foro it.*, Rep. 2003, voce *Concorso a pubblico impiego*, n. 83; Cons. Stato, ad. plen., 22 mai 1993, n. 6, in *Cons. St.*, 1993, I, 593.

<sup>376</sup> Dans ce sens, cf. R. Resta, *Natura e effetti dell'atto amministrativo di controllo preventivo*, *Foro it.*, 1935, I, 277. Secondo l'Autore, «*si limita, convenzionalmente ed equitativamente, l'efficacia retroattiva dell'atto dichiarativo di annullamento onde salvaguardare la buona fede e le situazioni giuridiche dei terzi, fondate su una situazione apparentemente legale, ma sostanzialmente invalida.*»

<sup>377</sup> Notre traduction. Ainsi A. Falzea définit l'apparence in A. Falzea, *Apparenza*, *Enc. Dir.*, vol. II, 1958, 683.

<sup>378</sup> Dans ce sens, cf. R. Lucifredi, *op. cit.*, 172; R. Perrone Capano, *op. cit.*, 108; C. Vitta, *op. cit.*, 514. *Contra*, E. Capaccioli, *op. cit.*, 61.

<sup>379</sup> Cass. Roma, 5 février 1907, préc., expliquait la théorie du fonctionnaire de fait par le risque de «*disordine e lo scompiglio che sarebbe gittato nella pubblica amministrazione*» en l'absence de celle-ci.

et les citoyens nocif pour le bon exercice de l'activité administrative. D'autre part, la sauvegarde des actes adoptés par le fonctionnaire aurait servi de «mécanisme correcteur» à l'erreur de l'administration, ce qui serait allé, en fin de compte, dans le sens d'une économie de l'activité administrative. Dans ce sens, l'on peut affirmer que, dans ce cas, les effets auraient été limités pour protéger l'intérêt général à la sécurité juridique objective (*certezza del diritto*), c'est à dire à la stabilité des actes déjà adoptés, mais aussi et surtout le bon déroulement de l'activité publique.

Le fait que la doctrine dominante ait affronté la question dans cette optique ne doit pas surprendre. Dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, la protection de la confiance légitime (ou de la bonne foi subjective) de l'administré face au pouvoir exécutif n'était absolument pas conçue comme un principe général du droit<sup>380</sup>, mais plutôt, éventuellement, comme une nécessité de caractère métajuridique<sup>381</sup>. D'ailleurs, la théorie n'avait pas pour objet les seuls actes favorables<sup>382</sup>. Seulement par la suite l'importance croissante du principe de la confiance légitime en droit public italien, à partir des années 1970, a déterminé une évolution dans la lecture de la théorie du fonctionnaire de fait, qui est désormais considérée par la doctrine<sup>383</sup> et par la jurisprudence comme un instrument de protection de la confiance légitime, ce qui explique que, désormais, le champ d'application de la théorie soit limité aux seuls actes favorables aux administrés<sup>384</sup>.

---

<sup>380</sup> Dans ce sens, E. Capaccioli, *op. cit.*, 66 et suiv. et, explicitement, 74 et suiv., qui notait que «*quanto al principio della tutela dei terzi in buona fede, è [...] evidente che non si può trattare di un principio di carattere generale, con eventuale possibilità di applicazione anche, ma non soltanto, all'ipotesi del funzionario di fatto*».

<sup>381</sup> Sur ce point, cf. *supra* ( II, 2, c). On peut toutefois remarquer que d'après W. Jellinek, *Treu und Glauben im Verwaltungsrecht, Reichverwaltungsblatt und Preussisches Verwaltungsblatt*, 1932, 807, la théorie du fonctionnaire de fait sous-tendrait une consécration du principe de la protection de la bonne foi (*treu und glauben*) en droit public italien.

<sup>382</sup> E. Capaccioli, *op. cit.*, 70, soulevait cette objection, mais finissait par conclure que la limitation du champ d'application de la théorie aux seuls actes favorables «*non può accogliersi facilmente. Non ci si può, proprio nel campo del diritto pubblico, preoccupare solo della tutela dei privati, o più in genere dei terzi. [...] Nei rapporti di diritto privato preme solo la tutela del terzo che abbia agito fidando in buona fede dell'apparenza: nel campo del diritto pubblico, invece, domina il perseguimento dei fini dello Stato.*»

<sup>383</sup> S. Fantini, *Attività amministrativa del funzionario di fatto ed invalidità derivata*, cit.; P. Scarabino, *Il funzionario di fatto tra realtà e contraddizioni*, cit.; A. M. Liuzzo, *Il funzionario di fatto e la tutela del legittimo affidamento dei privati*, cit.

<sup>384</sup> Cons. Stato, sez. VI, 27 avril 2015, n. 2116, *Foro amm.*, 2015, 1124; 9 avril 2015, n. 1782, *ibid.*, 1111, qui décrit le fonctionnaire de fait comme le «*soggetto privo di legittimazione a compiere attività*

**β. Les autres limites aux effets de rétablissement de la situation quo ante dans la jurisprudence : la protection des situations favorables nées sous l’empire de l’acte favorable. L’ample recours au principe *factum infectum fieri nequit*.**

Il est possible de trouver, dans la jurisprudence de la première moitié du siècle dernier, un certain nombre d’autres hypothèses de limitation des effets de rétablissement de la situation *quo ante* (*effetti ripristinatori*) de l’annulation contentieuse, qui ont généralement été justifiées sur la base de l’inopportunité d’une remise en cause des situations subjectives nées sous l’empire de l’acte annulé.

Un premier courant jurisprudentiel affirmait que la *fictio iuris* de la rétroactivité des effets de l’annulation n’aurait pas permis le bouleversement des situations individuelles nées en conséquence de l’acte annulé : ainsi, dans un jugement relatif à la reconstruction de la carrière d’un officier de l’armée, qui avait obtenu l’annulation d’un acte de refus de promotion, la cinquième section du Consiglio di Stato avait refusé de déclarer caduc l’acte de promotion adopté en faveur d’un autre officier, au lieu du requérant, en affirmant que la *fictio iuris* de la rétroactivité ne pouvait être entendue de façon rigide, de nature à conduire à «*d’absurdes conséquences*»<sup>385</sup>.

En raison du caractère extrêmement synthétique de la motivation de l’arrêt, il est malheureusement impossible de déterminer si cette jurisprudence constitue un revirement par rapport à celle – très ancienne – qui affirmait que l’invalidité de la mesure d’éviction du fonctionnaire rendait invalide, par voie de conséquence, la

---

*amministrativa, ma che sia apparentemente fornito di tale legittimazione, giustificando l’incolpevole affidamento di terzi, a vantaggio dei quali soltanto gli atti emessi debbono considerarsi validi*». Cf. aussi T.a.r. Lazio, sez. II, 15 mars 2012, n. 2550, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. IV, 30 avril 1999, n. 749, *Cons. Stato*, 1999, I, 625; ad. plen., 22 mai 1993, n. 6, *Foro it.*, 1993, I, 593.  
<sup>385</sup> Cons. Stato, IV sez., 31 mars 1933, *Foro it.*, 1933, III, 347. Cf., dans le même sens, Cons. Stato, sez. V, 25 avril 1941, *Liberati c. Ministero dell’Interno e Comune di Bassano*, *Foro it.*, 1942, III, 145, note de M.S. Giannini, *Sulla ripristinazione conseguente all’annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego pubblico*.

nomination de son successeur<sup>386</sup>, ou si le Consiglio di Stato avait simplement voulu, dans le cas d'espèce, affirmer la légalité de la décision de l'administration qui n'avait pas retiré la nomination du successeur – même si invalide par voie de conséquence – afin de protéger la stabilité de sa situation juridique. On peut toutefois constater que l'expression «*absurdes conséquences*», employée dans la décision ici commentée, semblerait indiquer que la solution adoptée reposait sur des considérations d'opportunité, *ex aequo et bono*, du juge.

Un deuxième exemple de ce courant jurisprudentiel est représenté par la théorie du service fait, qui détermine - encore une fois – la transformation du fait en droit<sup>387</sup>. En général, la doctrine explique ce phénomène sur la base de la circonstance que les prestations économiques ne seraient pas dues en soi, mais seulement en vertu de l'exécution effective de la prestation de travail. Ainsi, l'exclusion du devoir de restituer les émoluments perçus par le fonctionnaire illégalement nommé ou promu était expliqué par le principe *factum infectum fieri nequit*<sup>388</sup>, qui implique que les effets de rétablissement de la situation *quo ante* de l'annulation (*effetti ripristinatori*) ne peuvent aller jusqu'à «défaire» ce qui est matériellement irréversible dans la réalité (c'est-à-dire, dans le cas d'espèce, le fait que le fonctionnaire illégalement nommé ou promu ait effectivement effectué la prestation).

De même, la jurisprudence affirmait<sup>389</sup> (et affirme encore aujourd'hui<sup>390</sup>) que, lors de l'annulation d'un acte de refus de promotion ou d'engagement, le rétablissement de la situation *quo ante* trouve sa limite dans le fait accompli : ainsi, l'administration

---

<sup>386</sup> Ainsi, Cons. Stato, IV sez., 12 mai 1905, *Giur. it.*, 1905, III, 311, pour qui l'effet «*logico e legale*» de l'annulation de l'acte d'éviction du fonctionnaire était la caducation de tous les actes «*posteriores et dependentes*» (dans l'espèce, la nomination de son successeur); cf., dans le même sens, Cons. Stato, IV sez., 15 avril 1898, *id.*, 1898, III, 231.

<sup>387</sup> Cons. Stato, sez. IV, 14 juin 1935, n. 309, *Foro amm.*, 1935, I, 288; 3 mai, 1930, *Foro it.*, 1931, III, 6, note de U. Forti, *Limiti alla retroattività dell'annullamento* e in *Foro amm.*, 1930, I, 160; Cons. Stato, sez. IV, 17 août 1928, *Foro it.*, Rep. 1928, voce *Militare*, n. 25 e *Foro amm.*, 1928, 291.

<sup>388</sup> Pour d'autres applications de ce principe, cf. Cons. Stato, sez. IV, 30 septembre 1976, n. 825, *Cons. Stato*, 1976, I, 923.

<sup>389</sup> Cons. Stato, sez. IV, 4 juin 1932, *Foro it.*, 1933, III, 4, con osservazioni di U. Forti; sez. IV, 9 mars 1928, *id.*, Rep. 1928, voce *Militare*, n. 30; 5 février 1927, *id.*, 1927, III, 111. *Contra*, tuttavia, Cons. Stato, sez. IV, 14 septembre 1928, *id.*, 1929, III, 63; sez. V, 8 juillet 1933, *id.*, 1933, III, 289, sez. V, 29 juillet 1932, *ibid.*, 55.

<sup>390</sup> Cf., récemment, Cons. Stato, sez. V, 14 mai 2018, n. 2854, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. VI, 3 septembre 2013, n. 4393, *Foro amm. C.d.S.*, 2013, 2553.



n'est pas tenue de correspondre les salaires non perçus aux requérants ayant obtenu gain de cause. Curieusement, toutefois, si l'objet de l'annulation est un acte de licenciement, la jurisprudence affirme que l'administration est tenue à une pleine reconstruction de la situation qui aurait existé en l'absence de l'acte illégal, y compris à la restitution des émoluments non perçus, du licenciement à l'annulation de celui-ci<sup>391</sup> ; et pourtant, dans ce cas, la prestation de l'activité n'a pas eu lieu<sup>392</sup>.

Il paraîtrait donc que la limitation des effets rétroactifs de l'annulation sur la base du principe du *factum infectum fieri nequit* exprime, dans un certain nombre de cas, une mesure *ex aequo et bono*, plus que l'application rigoureuse d'une règle juridique<sup>393</sup>.

---

<sup>391</sup> Pour des applications de ce principe, cf., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 29 janvier 2018, n. 616, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. V, 14 avril 2015, n. 1867, *ibid.*; 6 septembre 2007, n. 4690, *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 2470; Cons. Stato, sez. VI, 5 juin 2006, n. 3338, *id.*, 2006, 1862; sez. V, 20 janvier 2003, n. 169, *id.*, 2003, 112; 12 avril 2001, n. 2286, *id.*, 2001, 870; ad. plen., 12 décembre 1991, n. 10, *Foro it.*, 1991, III, 308. En doctrine, cf. M.S. Giannini, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di pubblico impiego pubblico*, préc.

<sup>392</sup> En droit italien, il manque une règle concernant le «droit à la carrière» du fonctionnaire public: la distinction faite par la jurisprudence entre l'hypothèse du licenciement et l'hypothèse du refus de promotion ou d'engagement ne peut être expliquée sur la base de celle-ci. A. Travi, *Annullamento del diniego di assunzione e obblighi di ripristinazione dell'Amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 1985, 433, observait que le devoir de correspondre le salaire non perçu par le fonctionnaire injustement évincé dépend de l'effet *ripristinatorio* de l'annulation; ainsi, «*non sussistono ragioni di ordine logico o di ordine giuridico che impongano di differenziare la sorte degli effetti del diniego di assunzione che perdurano dopo l'annullamento*» du moment où «*la logica dell'obbligo di ripristino è unitaria*».

<sup>393</sup> La jurisprudence, même récente, oppose parfois l'impossibilité d'un rétablissement de la situation *quo ante* due à une consolidation des situations juridiques favorables aux tiers. Dans ce sens, cf. T.A.R. Valle D'Aosta, 23 mai 1995, n. 68, *Foro it.*, Rep. 1995, voce *Giustizia amministrativa*, n. 813, où l'on affirmait d'abord que «*l'effetto retroattivo che discende dall'annullamento giurisdizionale non può trovare un limite nelle situazioni formatesi sul presupposto della legittimità dell'atto poi caducato giacché, diversamente opinando, l'utile esperimento del rimedio giurisdizionale contro atti amministrativi lesivi degli interessi verrebbe ad essere frustrato dall'esigenza di successive situazioni poste in essere sulla base dell'atto illegittimo*», pour concéder, enfin que cet effet rétroactif doit être exclu si «*nell'arco temporale intercorrente fra l'emanazione del provvedimento illegittimo e il giudicato di annullamento [...] si siano consolidate posizioni di terzi [...] che rendano in concreto impossibile la piena reiterazione*.» Dans l'arrêt Cons. Stato, sez. VI, 9 avril 2015, n. 1782 e 27 avril 2015, n. 2116, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), l'on admettait que le principe *factum infectum fieri nequit*, et celui d'intangibilité des situations favorables aux tiers de bonne foi pouvait justifier «*la possibilità per il giudice di valutare gli effetti conformativi delle proprie pronunce e i limiti dell'obbligo ripristinatorio*».

## **c. Les premières tentatives de théorisation des limites des effets rétroactifs de l'annulation**

### **α. Tentatives de théorisation d'une limitation des effets de l'annulation pour protéger la confiance de l'administré**

Les jurisprudences décrites *supra* étaient citées par la doctrine italienne du début du siècle dernier comme autant d'illustrations du fait que la rétroactivité de l'annulation ne devait pas être entendue de façon excessivement rigoureuse<sup>394</sup>. Comme leurs homologues français, les auteurs italiens étaient conscients du fait que l'élimination des effets produits par l'acte illégal dans le passé devait être considérée matériellement impossible, et que la rétroactivité de l'annulation doit être qualifiée comme une *fictio iuris*, pas toujours strictement nécessaire ou opportune<sup>395</sup>.

Sur la base de ces considérations, certains auteurs italiens, sous l'influence de la doctrine française<sup>396</sup>, ont tenté de théoriser de façon systématique les fondements

---

<sup>394</sup> Cf., en particulier, U. Forti, *op. cit.*, et *I limiti alla retroattività dell'annullamento*, préc.; V. Romanelli, *op. cit.*, 345 et A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, préc., 446.

<sup>395</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 345 observait à tel sujet que «*appare evidente tutta l'artificiosità di una simile concezione nel campo giuridico. Essa urta prima che in un assurdo giuridico, in un assurdo logico, perché nessuna attività volitiva, e nemmeno la legge, può superare un ostacolo derivante dalla natura stessa delle cose. [...] Come si vede, la retroattività, nel senso schietto della parola, non esiste, perché il passato è passato e non torna più.*». Des argumentations de la même teneur ont été également développées par G. Codacci-Pisanelli, *op. cit.*, 214 et suiv. et C. Bozzi, *Limiti alla retroattività dei provvedimenti amministrativi relativi al rapporto d'impiego*, *Foro amm.*, 1932, IV, 77.

<sup>396</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, U. Forti, *I limiti alla retroattività dell'annullamento*, in *Foro it.*, 1931, III, 6 et A. De Valles, *La validità degli atti amministrativi*, préc., citent en particulier la doctrine française du début du XXème siècle (spécifiquement G. Jèze, *Essai d'une théorie générale sur la sanction des irrégularités*, préc.; L. Alcindor, *Essai d'une théorie des nullités en droit administratif*, préc. e L. Ledoux, *Essai d'une théorie sur la fonction de fait*, Berger Levraalt, 1912, 403).

juridiques des limites à la rétroactivité de la jurisprudence, illustrées de façon casuistique par la jurisprudence.

Parmi les précurseurs de ce courant doctrinal, Ugo Forti a été un des premiers auteurs italiens à relier ces exceptions à la règle de la rétroactivité de l'annulation à un commun dénominateur : l'exigence de protéger la confiance des administrés dans l'apparente validité de l'acte administratif<sup>397</sup>.

Dans son travail, publié au sein du *Primo Trattato completo di Diritto Amministrativo italiano* dirigé par V.E. Orlando, U. Forti notait que, «*jusqu'à l'annulation l'acte est pourvu d'une validité qui, bien que provisoire, il n'est possible de méconnaître*»<sup>398</sup>. Ainsi, si toutes les mesures adoptées par l'administration et par les administrés en exécution ou en application de l'acte illégal devaient être considérés comme légitimes et même obligatoires, *ab origine*, elles ne pouvaient devenir illégales et caduques, après l'annulation<sup>399</sup>. Pour cela, d'après Forti, les effets de l'annulation auraient dû trouver leur limite dans les situations nées dans le respect de l'acte provisoirement et apparemment valide<sup>400</sup> : ainsi, Forti semblait proposer d'attribuer une fonction de validation à la confiance dans l'apparence du droit. Cette hypothèse paraît d'ailleurs confirmée par les exemples développés par l'auteur en soutien de sa thèse. Forti citait, parmi ces derniers, la théorie du fonctionnaire de fait<sup>401</sup>, dont il remettait en cause la lecture contemporaine, sur la base d'une analyse du passage de Ulpien relatif à l'esclave fugitif *Barbarius Philippus*, qui, d'après l'auteur, aurait été l'objet d'un certain nombre d'interpolations, à l'époque des compilations justiniennes. Celles-ci en auraient altéré le sens du passage et maintenu, dans l'explication de la solution retenue, seulement une référence à l'équité. Au contraire, dans la reconstruction du

---

<sup>397</sup> U. Forti, *I limiti alla retroattività dell'annullamento*, préc..

<sup>398</sup> Notre traduction. U. Forti, *I controlli*, préc., 861.

<sup>399</sup> Notre traduction. U. Forti, *I controlli*, préc., 862.

<sup>400</sup> U. Forti, *I controlli*, préc., 861: «*tutte le situazioni giuridiche, che abbiano avuto solo (per dir così) un temporaneo contatto con la situazione giuridica annullata ed alle quali pertanto è base sufficiente la legittimità di quel comportamento, non vengono toccate dal retroagire della dichiarazione di nullità.*»

<sup>401</sup> U. Forti, *I controlli*, préc., 863.

passage original proposée par Forti, la théorie du fonctionnaire de fait aurait visé la protection de la confiance du peuple dans l'apparence du droit<sup>402</sup>.

En 1916, A. De Valles évoquait la tentative de Forti de théoriser le principe de la confiance dans l'apparence du droit par des arguments juridiques, en remarquant cependant que, dans la pratique, ce principe ne recevait pas une application systématique de la part du juge administratif, en dehors de la théorie du fonctionnaire de fait et du service fait<sup>403</sup>. De Valles remarquait toutefois que la règle des effets *ex tunc* de l'annulation présentait un nombre très important d'exceptions<sup>404</sup>, qu'il s'était attaché à expliquer en développant les observations de Forti.

Comme Forti, De Valles expliquait ces exceptions par le fait que, la loi et l'intérêt public imposent que l'acte administratif soit exécutoire jusqu'à sa suspension ou annulation, parce que caractérisé par une présomption de légalité<sup>405</sup>. Ainsi, «*n'est pas responsable qui donne application à un acte administratif exécutoire, comme n'est pas responsable qui règle son comportement dans le respect de l'acte, comme si celui-ci fût valide*»<sup>406</sup>. Le caractère nécessaire de l'exécution ou du respect de l'acte de la part de l'administré auraient dû être prises en compte par l'ordonnancement juridique, car une application excessivement rigoureuse du principe de la rétroactivité de l'annulation conduirait «*à de graves conséquences, du point de vue de l'équité*»<sup>407</sup>.

De Valles proposait donc de valoriser trois ordres de circonstances, dont il reconnaissait, *de jure condito*, la valeur méta juridique : le «*bouleversement social qui pourrait se produire en conséquence d'une mutation de l'état de fait créé par la décision illégale*»<sup>408</sup>, la «*confiance créée par l'administration*» et la «*difficulté pour*

---

<sup>402</sup> U. Forti, *I controlli*, préc., 863, note n. 5.

<sup>403</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 447. L'Autore notait, à propos des constructions de Jèze e Alcindor, que «*in questa impossibilità o sconvenienza di eliminare tutti gli effetti che un atto amministrativo, durante il suo stato di presunta validità, abbia prodotto, sta la ragion per cui la legge, la giurisprudenza e la dottrina, in molti casi ammettono che l'annullamento di un atto amministrativo operi ex nunc e non porti, quindi a disconoscere la validità di tutti gli atti e fatti fondati sulla sua presunta validità*», pour en conclure que «*qualche autore ha cercato di comporre un sistema [...]; ma mi sembra che le conclusioni abbiano un valore piuttosto esemplificativo, che dogmatico*».

<sup>404</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 445.

<sup>405</sup> Ce qui serait appelé, en France, le *privilege au préalable* (cf. *supra*, I, 1, a).

<sup>406</sup> Notre traduction. A. De Valles, *op. cit.*, 449.

<sup>407</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 449.

<sup>408</sup> Notre traduction. A. De Valles, *op. cit.*, 449.

*les administrés de constater l'illégalité de l'acte*»<sup>409</sup>. Cette proposition revenait, en termes plus actuels, à prôner de protéger la sécurité juridique et la bonne foi subjective des administrés, face à la rétroactivité de l'annulation ; pour ce faire, De Valles proposait, *de jure condendo*, de prévoir que l'annulation de certaines catégories d'actes ait toujours des effets *ex nunc*, ou bien d'attribuer à «l'entité annulant l'acte» la faculté de limiter les effets de l'annulation<sup>410</sup>. Pour justifier, du point de vue juridique, cette faculté, l'auteur proposait d'attribuer une valeur juridique au passage du temps, en lui permettant d'opérer une validation de l'acte invalide ou d'une partie de ses effets<sup>411</sup>.

La présentation de De Valles, définie comme «géniale»<sup>412</sup> par les auteurs contemporains, n'a pas fait l'objet d'une diffusion particulière, à la différence du travail de Forti, qui a été en revanche pris comme le point de départ de nombreuses études dédiées au thème de la protection des situations créées sous l'empire de l'acte annulé.

Parmi celles-ci, nous pouvons citer un article publié par C. Iaccarino en 1921<sup>413</sup>. L'auteur partait de la thèse de Forti, pour prôner l'extension de son champ d'application. D'après Iaccarino, la limitation des effets de l'annulation n'aurait pas dû être mise en œuvre seulement afin de protéger les tiers de bonne foi, mais, de manière plus générale, afin de stabiliser les situations déjà nées sous l'empire de l'acte illégal dans tous les cas où il aurait été «*inopportun et préjudiciable d'éliminer tous les effets produits par l'acte annulé*»<sup>414</sup>, en considération de «*la prédominance de l'intérêt à conserver [les situations juridiques consolidées par le passage du temps] sur l'intérêt protégé par le recours*»<sup>415</sup>. À la différence de Forti et de De Valles, Iaccarino ne tenta pas de construire une théorie des limites de la rétroactivité, en expliquant les raisons juridiques de l'exigence de conserver le *status quo* sur la nécessité de rétablir la

---

<sup>409</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 449.

<sup>410</sup> L'auteur ne précise pas si cette observation est formulée en référence au pouvoir d'annulation de l'administration (*annullamento d'ufficio*) ou du juge administratif.

<sup>411</sup> A. De Valles, *op. cit.*, 451.

<sup>412</sup> Così V. Romanelli, *op. cit.*, 353 et P. Bodda, *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi, Studi in onore di F. Cammeo*, C.E.D.A.M., Padova, 1932, 27.

<sup>413</sup> C.M. Iaccarino, *op. cit.*, 138.

<sup>414</sup> Notre traduction. *Ibid.*

<sup>415</sup> C.M. Iaccarino, *op. cit.*, 140.

légalité : sans l'affirmer explicitement, Iaccarino justifiait sa thèse en vertu de raisons de simple opportunité.

Il est enfin possible de rattacher à ce même courant doctrinal l'œuvre des auteurs qui, dans les années Cinquante, ont soutenu que le mécanisme de protection des droits acquis par les tiers de bonne foi prévue par l'art. 1445 du code civil italien de 1942<sup>416</sup> pouvait être appliquée par analogie afin de limiter les effets rétroactifs de l'annulation.

Cette thèse, simplement esquissée par V. Romanelli en 1939<sup>417</sup>, fut ensuite reprise et développée par G. Perrone Capano dans son œuvre monographique dédiée à la rétroactivité des actes administratifs<sup>418</sup>. L'auteur y soutenait que l'expression de la règle de la protection de la situation des tiers de bonne foi dans le code civil contribuait à renforcer «*les nombreuses et convaincantes argumentations en faveur de la limitation [des effets de l'annulation de l'acte administratif], qui avaient été développées quand une limite à la rétroactivité de l'annulation n'existait pas encore en droit privé*»<sup>419</sup>.

La thèse de l'applicabilité de la règle énoncée par l'art. 1445 c.c. à l'annulation de l'acte administratif fut aussi prônée par A.M. Sandulli<sup>420</sup>, qui affirmait que la rétroactivité de l'annulation aurait des «limites naturelles», telles «l'inadmissibilité d'une incidence sur les situations juridiques des tiers de bonne foi (art. 1399, 1445 c.c.)»<sup>421</sup>. La citation de ces articles du code civil italien, dans le cadre d'une présentation ayant pour objet les effets de l'annulation, sous-tendait l'idée d'une consécration générale, en droit privé comme en droit public, du principe de la protection des tiers de bonne foi, en droit italien.

À la fin des années 1950, ce courant doctrinal a été fortement critiqué par E. Cannada-Bartoli, qui soutenait, au contraire, que le principe exprimé par l'art. 1445

---

<sup>416</sup> Cette disposition prévoit que l'annulation du contrat, prononcée pour des raisons différentes de l'incapacité légale d'un des cocontractants, ne peut pas faire grief au droits acquis à titre onéreux par les tiers de bonne foi.

<sup>417</sup> L'art. 1445 c.c. n'existait pas encore, à l'époque ; V. Romanelli, *op. cit.*, 352, évoquait un courant doctrinal qui affirmait que l'annulation du contrat ne pouvait remettre en cause les situations favorables aux tiers (E. Redenti, *Dei contratti nella pratica commerciale*, C.E.D.A.M., Padova, 1933, 321 et A. Trabucchi, *Il dolo nella teoria dei vizi del volere*, C.E.D.A.M., Padova, 1937, 158 et suiv.) Ce courant est à l'origine de l'actuel art. 1445 c.c.

<sup>418</sup> R. Perrone Capano, *op. cit.*, 98.

<sup>419</sup> Notre traduction. R. Perrone Capano, *op. préc.*, 99.

<sup>420</sup> A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Jovene, Napoli, 1954, 278.

<sup>421</sup> A.M. Sandulli, *op. cit.*, 278.



c.c. ne pouvait s'appliquer à l'annulation de l'acte administratif, dès lors qu'il aurait été élaboré afin de limiter les effets de la sanction d'un acte très différent de l'acte administratif<sup>422</sup>. De plus, Cannada-Bartoli niait radicalement l'existence d'un principe général de protection de la bonne foi dans les rapports entre citoyen et administration<sup>423</sup>.

Cette thèse a prévalu<sup>424</sup>, et l'art. 1445 c.c. a cessé, du moins jusqu'à une date très récente<sup>425</sup>, d'être invoqué pour justifier l'existence d'un principe général qui imposerait la limitation des effets rétroactifs de l'annulation afin de protéger les tiers de bonne foi. Cette argumentation semble connaître, aujourd'hui un regain d'intérêt<sup>426</sup>.

### **β. Tentatives de théorisation des limites de l'annulation : la rétroactivité comme *extrema ratio***

Les objections de Cannada-Bartoli étaient symptomatiques du fait que, généralement, dans la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle, la sécurité juridique ou la confiance des administrés dans l'apparence du droit étaient généralement considérées

---

<sup>422</sup> E. Cannada-Bartoli, *Annulabilità e annullamento*, préc., 494.

<sup>423</sup> Notre traduction. *Ibid.*.

<sup>424</sup> Cette argumentation a été par exemple rejetée par F. Merusi, dans son œuvre monographique dédiée à la bonne foi dans les rapports de droit public (*Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, préc.) Après les années 1950, l'argumentation n'a été utilisée que très rarement: cf., par exemple, T.A.R. Sardegna, 26 novembre 1975, n. 170, *Foro it.*, Rep. 1976, voce *Atto amministrativo*, n. 423.

<sup>425</sup> La tentative d'étendre les règles dictées par le code civil en matière de protection des tiers de bonne foi a eu une itération relativement récente dans l'œuvre monographique de G. Greco, *I contratti dell'Amministrazione tra diritto pubblico e privato*, Giuffrè, Milano, 1986, 130 et suiv., dans laquelle il était soutenu que les articles 23, alinéa 2, et 25, alinéa 2, du code civil italien (qui sauvegardent les droits des tiers de bonne foi des effets rétroactifs de l'annulation des délibérations sociales des associations ou des fondations) pouvaient être appliqués de façon analogique à l'annulation de l'acte administratif, afin d'éviter le bouleversement des droits du concontractant suite à l'annulation de l'acte de passation du marché public. La construction proposée par Greco a eu un certain succès dans la jurisprudence: cf. sez. VI, 30 mai 2003, n. 2992, *Foro it.*, Rep. 2003, voce *Contratti della p.a.*, n. 780; sez. IV, 27 octobre 2003, n. 6666, *id.*, 2003, III, 1, note de A. Travi.

<sup>426</sup> Elle est par exemple mentionnée dans F. Caringella, *Manuale di diritto amministrativo*, XI ed., Dike, 2017, 179 et suiv., dans la section dédiée à la limitation des effets de l'annulation, et auparavant in F. Caringella, *L'annullamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa*, *Giur. it.*, 2012, 2177 (part. 2182).

comme des éléments dépourvus d'une véritable portée juridique, dans les rapports de droit public.

Cette constatation avait été le point de départ de la tentative de Romanelli d'établir une théorisation purement «objective» des limites de la rétroactivité de l'annulation, fondée sur le principe *factum infectum fieri nequit*<sup>427</sup>. Après avoir évoqué les tentatives de la doctrine de fonder juridiquement le principe selon lequel l'annulation de l'acte ne produirait pas ses effets envers le tiers<sup>428</sup>, l'auteur remarquait, pragmatiquement, que le problème des limites des effets rétroactifs de l'annulation pouvait être résolu en faisant fi de la *fictio iuris* de la rétroactivité de l'annulation, c'est-à-dire en dépassant la conception «logique» de l'annulation<sup>429</sup>.

Romanelli partait de la réflexion selon laquelle l'annulation n'intervient pas véritablement sur la situation passée ; elle crée plutôt une nouvelle situation juridique, caractérisée par l'élimination des effets de l'acte et par la reconstitution (dans la mesure du possible) de la situation qui aurait existé si l'acte illégal n'avait jamais été adopté<sup>430</sup>. Ainsi, la rétroactivité viserait le rétablissement de l'équilibre juridique : cela ne requiert pas nécessairement une élimination radicale de toutes les situations juridiques nées sous l'empire de l'acte annulé. Lors de l'exécution de la décision d'annulation, l'administration ne serait donc tenue d'éliminer que les actes et les situations juridiques faisant matériellement obstacle au rétablissement de la situation *quo ante* favorable au requérant ayant obtenu gain de cause<sup>431</sup> ; tous les autres effets de l'acte illégal devraient au contraire pouvoir rester en place. Les observations formulées par Romanelli visaient ainsi à limiter les bouleversement du *status quo* au strict nécessaire, dans une perspective d'équilibre entre l'exigence de protection du requérant (toujours destiné à primer) et l'exigence de sécurité juridique. Toutefois, cette présentation restait trop vague pour éclaircir de façon déterminante quelle devait être la portée des effets de rétablissement (*effetti ripristinatori*) de l'annulation, ce qui avait d'ailleurs été

---

<sup>427</sup> À propos duquel, voir *supra*, II, 2, a. β.

<sup>428</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 354 en se référant aux thèses de Jèze, De Valles, Forti, Bodda, Perrone-Capano e Treves.

<sup>429</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 355.

<sup>430</sup> Ainsi, V. Romanelli, *op. cit.*, 356 et suiv.

<sup>431</sup> V. Romanelli, *op. cit.*, 357 et suiv.

remarqué quelques années plus tard par M. S. Giannini, qui avait noté, en commentant le travail de Romanelli, que «*sur la question des effets de rétablissement de l'annulation, il reste encore beaucoup de recherches à faire*»<sup>432</sup>.

L'incertitude sur la portée des effets de rétablissement était d'ailleurs due à un doute fondamental sur la fonction même de l'annulation contentieuse, qui n'avait pas été définitivement résolu en 1939.

### **3. EVOLUTION DE LA JURISPRUDENCE RELATIVE AUX EFFETS DE L'ANNULATION DANS LA DEUXIEME MOITIE DU XXEME SIECLE : LA THEORIE DE LA CADUCAZIONE AUTOMATICA**

La question du rétablissement de la situation *quo ante* prend en effet un sens bien différent si l'on se place dans la perspective du droit objectif - qui implique de considérer l'annulation comme un instrument de rétablissement intégral de la légalité, donc d'élimination, en principe, de *tous* les effets de l'acte - ou du droit subjectif, en entendant l'annulation comme un instrument de rétablissement de la situation favorable effective ou de la chance d'obtenir une situation favorable au requérant. Dans cette dernière perspective, l'élimination de tous les effets produits par l'acte n'est pas le fruit d'un dogme, mais plutôt le fruit d'une nécessité impliquée par le but visé, qui est celui de protéger la situation du requérant.

C'est bien dans cette dernière perspective que se place la théorie de la *caducazione automatica*, qui apparaît en Italie dans les années qui suivent l'adoption de la Constitution, où la dimension subjective du *giudizio di legittimità* est définitivement consacrée (a.).

L'extension des effets de l'annulation impliquée par la théorie de la *caducazione automatica* posait toutefois un certain nombre de problèmes pratiques et théoriques, si bien qu'à partir des années 1970, plusieurs courants jurisprudentiels allant dans le sens d'une stabilisation des effets des actes-conséquence se sont développés (b.), jusqu'à

---

<sup>432</sup> M. S. Giannini, *Sulla ripristinazione conseguente all'annullamento di un atto estintivo del rapporto di impiego pubblico*, préc., 145, note n. 7.

une prise en compte explicite de la situation des tiers à l'instance, potentiellement préjudiciés par l'annulation (c.).

### a. La théorie de la *caducazione automatica*: origines

Le passage définitif de la conception de l'annulation comme instrument de rétablissement intégral de la légalité, à celle de l'annulation comme garantie des intérêts légitimes du citoyen peut être identifié de façon claire dans un arrêt de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato de 1955, concernant les conséquences de l'annulation sur les actes adoptés en application ou exécution de l'acte annulé<sup>433</sup>. L'assemblée plénière y avait affirmé que l'annulation rend automatiquement caducs tous les actes adoptés en conséquence de l'acte annulé, indépendamment du fait qu'ils soient entre temps devenus définitifs.

Cette théorie, dite de la *caducazione automatica*, a été explicitement élaborée pour des raisons d'économie procédurale, afin d'améliorer et simplifier la protection juridictionnelle du requérant<sup>434</sup> qui pouvait, grâce à l'effet de «caducation», obtenir le rétablissement de la position d'avantage effectif ou potentiel préjudiciée par l'acte annulé, sans devoir attaquer tous les actes successivement adoptés par l'administration en application de l'acte faisant grief, faisant obstacle au rétablissement de la situation *quo ante*. Avant ce revirement, la jurisprudence considérait qu'à défaut d'avoir attaqué tous les actes qui faisaient obstacle au rétablissement d'une situation favorable à

---

<sup>433</sup> Cons. Stato, ad. plen., 19 octobre 1955, n. 17, in *Cons. Stato*, 1955, 990 e in *Foro amm.*, 1955, I, IV, 78, note de V. Simi, *Impugnativa della graduatoria e mancata impugnativa della nomina successiva del vincitore*; cf., dans les années 1950, Cons. Giust. Amm. Reg. Sicilia, 26 juin 1957, n. 25, *Foro it.*, Rep. 1957, voce *Atto amministrativo*, n. 94 Cons. Stato, sez. V, 6 juin 1958, n. 355, *Foro amm.*, 1958, I, 2, 538.

<sup>434</sup> Sur ce point, cf. A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, *Dir. Soc.*, 1982, 19; dans la jurisprudence, cf. Cons. Stato, sez. V, 24 mai 1996, n. 592, *Foro amm.*, 1996, 1555, qui affirmait que «la sentenza d'annullamento del provvedimento amministrativo impugnato, creando l'obbligo nella p.a. soccombente di ripristinare la situazione antecedente necessario, per cui il ricorrente vittorioso non è tenuto a seguire tutti gli sviluppi del procedimento amministrativo e ad impugnare gli atti consequenziali, né ha l'onere di ricercare tutti i c.d. «controinteressati successivi»».

l'administré, le recours de ce dernier devait être déclaré irrecevable pour défaut survenu de l'intérêt au recours<sup>435</sup>.

Le changement de perspective sous-tendu au revirement du Consiglio di Stato était probablement lié à la récente constitutionnalisation du principe du droit à une protection juridictionnelle des intérêts légitimes, qui avait définitivement consacré la conception subjective du *giudizio di legittimità*<sup>436</sup>. La théorie de la *caducazione automatica* semblerait en effet indiquer une conception du jugement sur la légalité comme une vérification de l'existence de l'intérêt légitime de l'administré et de réparation de ce dernier, plus qu'un procès «fait à l'acte», seulement indirectement destiné à la protection de la situation subjective de l'intéressé<sup>437</sup>.

Le courant jurisprudentiel de la *caducazione automatica* présentait de telles incongruités par rapport aux règles classiques du procès administratif que la doctrine italienne des années 1950 et 1960 s'est presque unanimement montrée critique à ses égards<sup>438</sup>. D'une part, la théorie permettait au juge de se prononcer *ultra petita*, sur des

---

<sup>435</sup> Cf., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 23 octobre 1954, n. 1021, *Foro amm.*, 1054, I, 1000; 28 octobre 1953, n. 772, *Cons. Stato*, 1953, I, 1039; 10 juin 1949, n. 503, *Foro amm.*, 1949, I, 2, 1.

<sup>436</sup> Les artt. 24 e 113 Cost. imposaient en effet une lecture subjective du contentieux administratif, comme le note G. Falcon, *Il giudice amministrativo tra giurisdizione di legittimità e giurisdizione di spettanza*, *Dir. proc. amm.*, 2001, 287.

<sup>437</sup> Très explicitement, sur ce point, Cons. Stato, sez. VI, 7 septembre 2004, *Foro Amm.*, C.d.S., 2004, 2629, qui affirmait que «*deve ritenersi ormai superato l'orientamento che sosteneva l'inammissibilità del ricorso avente ad oggetto l'atto presupposto per sopravvenuta carenza di interesse in caso di omessa impugnazione del successivo e consequenziale provvedimento. Appare più coerente con l'evoluzione del processo amministrativo, il cui oggetto si è progressivamente spostato dall'atto alla pretesa fatta valere, ritenere che l'annullamento dell'atto presupposto comporti l'automatica caducazione dell'atto consequenziale [...]*». En doctrine, cf. P. Virga, *Caducazione dell'atto amministrativo per effetto travolgente dell'annullamento giurisdizionale*, in A.A.V.V., *Studi in memoria di E. Guicciardi*, C.E.D.A.M., Padova, 1975, 687, qui observait que «*la spiegazione del fenomeno della caducazione automatica sarebbe resa più agevole, qualora si concepisse il processo amministrativo come un processo sul «rapporto» al pari del processo civile, e qualora si volesse costruire la decisione amministrativa come un accertamento sul rapporto intercorrente fra la pubblica amministrazione e il cittadino; in tale ipotesi, infatti, il giudice amministrativo, dovendo estendere il proprio giudizio sull'intero rapporto portato alla sua cognizione, potrebbe prendere in considerazione, non solo il provvedimento formalmente impugnato, ma altresì tutti quelli consequenziali e connessi.*»

<sup>438</sup> Cf. V. Simi, *Impugnativa della graduatoria e mancata impugnativa della nomina successiva del vincitore*, cit; A.M. Sandulli, *Il giudizio davanti al Consiglio di Stato ed ai giudici subordinati*, Morano, 414, note n. 1, pour qui «*l'errore [nella sentenza Cons. Stato, ad. plen. 19 octobre 1955, n. 17] è evidente, non potendosi ammettere la sussistenza dell'impugnativa di un atto che mai abbia formato oggetto di ricorso, e, ancor meno, il verificarsi dell'annullamento di un atto mai fatto oggetto di pronuncia di annullamento*», et encore, du même auteur, *L'effettività delle decisioni giurisdizionali amministrative*, in A.A.V.V., *Atti del convegno celebrativo del 150° anniversario della istituzione del Consiglio di Stato*, Giuffrè, Milano, 1983, 305; M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano,

actes non attaqués<sup>439</sup>; d'autre part, elle vidait de sens les délais de forclusion, vu qu'il était bien possible que des actes devenus définitifs deviennent «caducs». Or, en droit italien, les actes définitifs ont une stabilité renforcée : ils ne peuvent être éliminés que par l'administration, par un retrait *ex tunc* (*annullamento in autotutela*) ou par une abrogation *ex nunc* (*revoca in autotutela*), si les conditions pour l'exercice de ces pouvoirs sont réunies<sup>440</sup>.

Le mécanisme de la *caducazione automatica* représentait, bien évidemment, un important facteur de fragilisation de la sécurité juridique, dont une des composantes est la possibilité pour les actes administratifs d'acquérir un caractère définitif (*inoppugnabilità*)<sup>441</sup>, passé un certain délai. Cela était d'autant plus grave que la première jurisprudence en la matière préconisait que le mécanisme s'applique même en présence d'un lien ténu entre l'acte annulé et l'acte-conséquence<sup>442</sup>, et sans même

---

1970, II, 1062; P. Virga, *op. cit.*, p. 693, pour qui, «sotto il profilo strettamente dogmatico, va preliminarmente escluso che possa ravvisarsi nella *caducazione* un effetto processuale, seppur secondario, del giudicato amministrativo».

<sup>439</sup> Dès ses premiers arrêts, le juge administratif a affirmé ce principe: cf. Cons. Stato, V sez., 18 février 1916, *Giust. Amm.*, 1916, I, 67. Seulement un courant très ancien et minoritaire avait au contraire affirmé que le juge pouvait décider sur l'illégalité de l'acte en prenant en compte tous les moyens, même non soulevés par les parties. Dans ce sens, Cass. S.S. U.U., 12 décembre 1901, *Giust. Amm.*, 1902, III, 2 dans laquelle il est affirmé que «quando si tratta di provvedimenti di pubblico interesse e di inosservanza di forme prescritte in garentia così degli impiegati che delle pubbliche amministrazioni, [la quarta Sezione del Consiglio di Stato] può bene esaminare d'ufficio se concorrono, oltre i motivi di illegalità dedotti contro il provvedimento, anche altri non dedotti e che possano inficiarlo; dovendo esaminare l'atto attaccato d'illegalità sotto tutti gli aspetti, e non soltanto sotto il profilo dedotto, così come può annullarlo anche per ragioni non proposte e che essa rileva d'ufficio.» Dans le même sens, Cons. Stato, sez. IV, 17 juin 1904, *Giur. it.*, 1904, III, 250; 28 octobre 1904, *Giur. it.*, 1905, III, 36; 23 mars 1906, *Giur. it.*, 1906, III, 269. Ce courant n'eut pas de suite, note F. La Valle, *Il vincolo del giudice ai motivi di parte*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1966, 20.

<sup>440</sup> Une partie de la doctrine (par exemple, A.M. Sandulli, *Il problema dell'esecuzione delle pronunce del giudice amministrativo*, *Dir. Soc.*, 1982, 21), estimait que le retrait des actes conséquence était obligatoire, en exécution de la chose jugée. Dans la jurisprudence, dans ce sens, cf. Cons. Stato, sez. VI, 30 octobre 1985, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Giustizia amministrativa*, n. 656. *Contra*, P. Virga, *op. cit.*, 695, pour qui «non sembra [...] possa riconoscersi l'esistenza di un obbligo della amministrazione – peraltro non sancito da alcuna norma positiva – di annullare di ufficio tutti gli atti consequenziali strettamente connessi con quello annullato in sede giurisdizionale, con la conseguenza che, in caso di inottemperanza a tale obbligo, l'interessato possa esperire il ricorso alla giurisdizione di merito per la esecuzione del giudicato.»

<sup>441</sup> B. G. Mattarella, *Provvedimento amministrativo*, in S. Cassese (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, V, Giuffrè, Milano, 2006, 4738.

<sup>442</sup> Cons. Stato, ad. plen., 19 octobre 1955, n. 17, préc. affirmait que la *caducazione automatica* pouvait produire ses effets même «gli atti successivi che siano in largo senso l'effetto dell'atto impugnato».



que les intéressés au maintien de celui-ci (dits *controinteressati successivi*)<sup>443</sup> aient été mis en condition d'exercer leur droit au contradictoire.

## **b. Les tentatives de restreindre le champ d'application de la théorie de la *caducazione automatica***

Malgré les difficultés présentées par la théorie de la *caducazione automatica*, au vu des principes fondamentaux du *giudizio di legittimità*, celle-ci a prévalu dans la jurisprudence des années suivantes; elle survit d'ailleurs encore aujourd'hui, même si avec des caractéristiques partiellement différentes.

Le succès de la théorie dans la jurisprudence italienne de la deuxième moitié du XXème siècle était sûrement dû, du point de vue pragmatique, à l'économie procédurale qu'elle impliquait (au bénéfice des administrés, certes, mais aussi et surtout des juges). Du point de vue de la logique juridique, la théorie avait un fondement solide, vu qu'elle ne faisait que tirer, jusqu'au bout, ses conséquences du principe selon lequel l'annulation comporte une élimination totale des effets de l'acte, comme si celui-ci n'avait jamais existé<sup>444</sup>.

Dès les années 1960, cependant, quelques courants jurisprudentiels ont tenté de restreindre le champ d'application de la théorie ; parmi les objectifs poursuivis par ces courants doctrinaux, il y avait aussi celui de mieux sauvegarder les situations favorables nées en faveur des tiers<sup>445</sup>. Par exemple, une prise de conscience des risques

---

<sup>443</sup> Cette expression a été utilisée par D. Corletto, *Opposizione di terzo nel diritto processuale amministrativo*, Dig. disc. pubbl., XXIV app., 1999, 562 (part. 569), pour définir «*coloro che sono danneggiati dalla sentenza*», qu'il oppose à la notion classique de «*controinteressati*», défini comme «*coloro che sono direttamente avvantaggiati dall'atto impugnato*». En droit italien, comme en droit français, les règles du contentieux administratif imposent que les individus ayant un intérêt à la conservation de l'acte doivent être mis en conditions de se défendre ; en admettant que l'annulation de l'acte initial attaqué puisse produire ses effets destructeurs sur des actes conséquence, se pose la question du droit de défense des tiers bénéficiant de l'acte-conséquence, qui n'ont pas pu participer à l'instance.

<sup>444</sup> Pour un exemple de cette conception rigoureuse dans la jurisprudence, cf. Cons. Stato, sez. V, 19 octobre 1973, n. 686, *Cons. Stato*, 1973, I, 1335.

<sup>445</sup> Cf., à tel propos, Cons. Stato, sez. V, 10 juin 1961, n. 276, *Foro it.*, Rep. 1961, voce *Atto amministrativo*, n. 139, où l'on affirme que «*la decorrenza retroattiva del provvedimento d'annullamento di una deliberazione illegittimo rappresenta la più completa riparazione dell'accertata illegittimità e, quindi, rappresenta l'optimum che deve proporsi il giudice [...] allo scopo di eliminare nella misura mair possible le conseguenze dell'accertata illegittimità; a tale ampio ripristino della posizione giuridica del soggetto leso si oppongono, non tanto motivi di principio, quanto gli interessi*

d'une application trop large de la théorie de la *caducazione automatica* apparaît clairement dans un arrêt de 1970 de l'assemblée plénière du Consiglio di Stato<sup>446</sup>, qui avait fini par admettre que «*le bouleversement d'une série interminable d'actes [...] n'a pas de raison d'être, au vu du système juridique, ni apparaît conforme aux exigences de l'administration*»<sup>447</sup>. L'assemblée plénière avait, à cette occasion, tenté de limiter la portée de la théorie, en précisant, en premier lieu, les deux effets possibles d'une annulation sur les actes adoptés successivement par l'administration : dans la plupart des cas, l'annulation n'aurait pu provoquer qu'une invalidation des actes-conséquence – qui auraient ainsi pu être éliminés par l'administration par un retrait, en exécution de la chose jugée. En revanche, l'effet de caducation ne se serait produit que dans des cas tout à fait exceptionnels, c'est-à-dire seulement en présence d'un lien très intense entre acte annulé et acte-conséquence, de nature à permettre d'identifier ce dernier comme un acte d'exécution du premier. La *caducazione automatica* n'aurait au contraire pas eu d'effet sur les actes conséquence qui auraient été adoptés suite à l'exercice d'un choix discrétionnaire de l'administration, ou sur les actes favorables à des tiers non mis en cause (bien qu'intimement liés à l'acte initial).

En deuxième lieu, l'assemblée plénière avait tenté de concilier la nécessité de restreindre le champ d'application du mécanisme de la «*caducazione automatica*» et celle de permettre une protection effective des intérêts du requérant, en affirmant que l'intérêt à recourir ne devait pas être évalué seulement sur la base des effets «*automatiques*» de l'annulation, mais aussi en considérant les mesures que l'on pouvait raisonnablement s'attendre de l'administration en exécution de la chose jugée. Ainsi,

---

*di terzi che, per effetto della situazione di fatto determinata dall'atto medesimo, abbiano acquisito diritti e consolidato posizioni che non possono essere sconvolte*». Une autre partie de la jurisprudence parvenait au même résultat en interprétant de façon restrictive le champ d'application de la *caducazione automatica*, par rapport à ce qu'avait fait l'assemblée plénière en 1955: cf. Cons. Stato, sez. IV, 2 juillet 1969, n. 328, *Foro amm.*, 1969, I, 2, 713; 30 décembre 1968, n. 816, *Cons. Stato*, 1968, I, 2069; Cons. Stato, sez. IV, 24 octobre 1967, n. 640, *Cons. Stato*, 1967, I, 1970, qui distinguait les actes «*direttamente consequenziali*» (sujets à la *caducazione automatica*) et les «*atti indirettamente consequenziali*» (non sujets à la *caducazione automatica*, ils étaient simplement illégaux par voie de conséquence): sur la base de cette distinction, le Consiglio di Stato avait considéré que l'annulation de la liste des admis, publiée au terme d'un concours public pour le poste de professeur des universités, ne pouvait produire ses effets destructeurs sur les nominations faites entre temps, vu que celles-ci seraient des actes relativement autonomes.

<sup>446</sup> Cons. Stato, ad. plen., 27 octobre 1970, n. 4, *Cons. Stato*, 1970, I, 1543 et *Foro amm.*, 1970, I, 935.

<sup>447</sup> Notre traduction. *Ibid.*

l'assemblée plénière surmontait le problème qui avait conduit au revirement de 1955 : la solution envisagée représentait une excellente tentative de balancer le principe de l'effectivité de la protection juridictionnelle et la (relative) stabilité des actes définitifs.

Cette tentative n'a cependant pas réussi : l'arrêt n'a pas défini de façon suffisamment claire le «lien intense» de nature à rendre caduc l'acte-conséquence, suite à l'annulation de l'acte initial. Ainsi, dans l'incertitude sur les effets de l'annulation<sup>448</sup>, une partie importante de la jurisprudence a continué, au cours des années 1970 et 1980, d'appliquer de façon très large la théorie de la *caducazione automatica*.

### **c. Vers une meilleure protection des situations tierces: l'abandon partiel de la théorie de la *caducazione automatica***

La jurisprudence administrative actuelle reconnaît encore la distinction faite par l'assemblée plénière en 1970 entre effet d'invalidation et effet de caducité<sup>449</sup> ; toutefois, au cours des dernières années, les critères de plus en plus restrictifs employés par les juges italiens pour l'identification des liens entre acte initial et acte-conséquence de nature à déterminer la caducité de l'acte-conséquence ont porté à une restriction du champ d'application du mécanisme de la *caducazione automatica*.

Cette évolution n'a pas suivi un parcours linéaire. D'ailleurs, un des problèmes principaux identifiés par la doctrine qui a étudié le mécanisme consiste précisément dans l'incertitude quant à sa portée<sup>450</sup>. En effet, les contrastes jurisprudentiels sur ce point empêchent de déterminer de façon sûre le type de rapport entre actes qui peut

---

<sup>448</sup> M. Nigro, *Il giudicato amministrativo ed il processo di ottemperanza*, in A.A.V.V., *Atti del XXVII° Convegno di Studi di Scienza dell'Amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1983, 63 (part. p. 76), notait à ce propos que «*se, in astratto, è facile dire che la ripristinazione comporta l'eliminazione degli stati di fatto e di diritto «creati» dall'atto annullato [...] e il compimento degli atti positivi che valgono a realizzare pienamente la retroattività dell'annullamento, la definizione dell'attività concreta di ripristinazione dovuta solleva molti problemi legati [...] a notevoli oscurità di fondo: le incertezze della giurisprudenza e la varietà delle soluzioni adottate a proposito dei limiti della retroattività dell'annullamento (pur affermata in via di principio come rigorosa) ne sono la prova.*».

<sup>449</sup> Pour une application récente de ces catégories, cf., par exemple, Cons. Stato, sez. V, 10 avril 2018, n. 2168, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).

<sup>450</sup> À ce propos, cf. l'analyse de la jurisprudence sur le lien entre actes (*nesso di presupposizione*) réalisée par E. Sticchi Damiani in *La caducazione degli atti amministrativi per nesso di presupposizione*, *Dir. Proc. Amm.*, 2003, 633, note n. 4.

conduire à la caducité de l'acte-conséquence lors de l'annulation de l'acte initial. Ces contrastes sont d'ailleurs probablement dûs au fait que les solutions adoptées par les juges répondent plus à l'exigence d'assurer des résultats pratiques qu'à une application rigoureuse des principes en matière d'effets de l'annulation<sup>451</sup>. Dans ce contexte d'incertitude, il est cependant possible d'observer l'émergence d'une tendance de la jurisprudence qui, à partir des années 1980, a tenté de mieux concilier les exigences de stabilité des actes définitifs avec celles de protection effective des requérants.

À ce titre, nous pouvons citer un courant jurisprudentiel qui, tout en admettant, en général, l'existence du mécanisme de la *caducazione automatica*, niait que celui-ci puisse rendre caducs *ipso iure* les actes consécutifs favorables aux tiers, dans tous les cas où cela n'était pas strictement nécessaire à rétablir une situation *quo ante* favorable au requérant<sup>452</sup>, ce qui faisait écho à la thèse soutenue par Romanelli en 1939<sup>453</sup>.

Un autre courant jurisprudentiel qui s'est développé au cours des années 1990 est allé encore plus loin. Dans le *leading case*<sup>454</sup>, la cinquième section du Consiglio di

---

<sup>451</sup> F. Saitta, *Gare pubbliche e doppie impugnative, facoltative e non: un quadro giurisprudenziale non sempre coerente*, *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3164, et, dans le même sens, F. Ancora, *L'individuazione dell'atto amministrativo presupposto*, *Giurisd. amm.*, 2009, IV, 293.

<sup>452</sup> Dans ce sens, cf. T.A.R. Lazio, sez. III, 5 janvier 1985, n. 2, *Foro it.*, Rep. 1985, voce *Giustizia amministrativa*, n. 632, où l'on affirmait que «l'amministrazione, quando agisce in ottemperanza alle statuizioni del giudice, dispone di spazi di discrezionalità sul modo di ripristinare la situazione lesa dal provvedimento eliminato dalla sentenza almeno per quanto attiene alle posizioni soggettive non incise in via immediata e diretta da quest'ultima; [...] l'autorità è vincolata al giudicato quando soddisfa la pretesa; si muove invece sul piano dell'autotutela quando decide di eliminare la situazione di vantaggio attribuita [ai soggetti rimasti estranei al giudizio, che avevano tratto vantaggio dal provvedimento caducato]»; Cons. Stato, sez. VI, 10 février 1988, n. 178, *Foro it.*, 1988, III, 1, qui affirmait que l'arrêt qui annule la déclaration d'aptitude à l'exercice de la profession de Professeur, pour irrégularité du jury, est vicié pour *ultra petita* lorsqu'il étend l'annulation à toute la liste d'aptitude (non attaquée) réalisée par le même jury : les jugements n'avaient pas, d'après le Consiglio di Stato, de «connexions réciproques», vu que l'annulation de la liste d'aptitude n'aurait comporté aucun bénéfice pour le requérant (le concours n'avait pas de *numerus clausus*). Dans le même sens, Cons. Stato, ad. plen. 19 février 1992, n. 4, *Foro it.*, 1992, III, 1, qui a affirmé, dans une espèce similaire, que le recours ne devait même pas être notifié aux autres candidats, vu que l'annulation n'aurait pas pu avoir de conséquences sur ces derniers. Cf. aussi Cons. Stato, sez. V, 17 septembre 1992, n. 828, *Cons. Stato*, I, 1101 et Cons. Stato, sez. VI, 27 novembre 2011, n. 5986, *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 3012. Dans la doctrine la théorie de la *caducazione automatica* comme *extrema ratio*, praticable seulement lorsque l'acte-conséquence s'oppose au plein rétablissement de la situation favorable au requérant, cf. P. Virga, *op. cit.*, 698.

<sup>453</sup> Cf. *supra*, II, 2, c., β.

<sup>454</sup> La première décision explicite sur ce point est Cons. Stato, sez. V, 7 mai 1994, n. 447, *Cons. Stato*, 1994, 762, mais un raisonnement similaire peut être décelé in Cons. Stato, sez. IV, 9 novembre 1985,

Stato avait en particulier affirmé que le mécanisme de *caducazione automatica* ne peut jamais produire ses effets destructeurs sur les actes favorables à des tiers à l'instance, vu que l'art. 24 de la Constitution italienne (qui consacre le droit d'agir – et de se défendre - en justice) empêche qu'un arrêt juridictionnel puisse être préjudiciable à qui n'a pas pu exercer son droit au contradictoire<sup>455</sup>.

Le courant cité est né afin de limiter les effets de l'annulation envers des tiers à l'instance, dans un contexte juridique où la tierce opposition n'était pas encore admise, dans le contentieux administratif<sup>456</sup>. Aujourd'hui, malgré le fait que la tierce opposition ait été explicitement consacrée par l'art. 108 du code de la justice administrative de 2010, la jurisprudence continue d'affirmer le même principe, à la lumière du fait que la tierce opposition ne peut jamais être considérée comme un instrument ordinaire d'exercice du droit au contradictoire, mais plutôt comme une réponse à la pathologie du procès<sup>457</sup>. Ces courants jurisprudentiels montrent l'évolution du paradigme suivi par le juge administratif, qui ne se préoccupe plus, désormais, de la seule protection du requérant, mais aussi de la stabilité des situations tierces.

Les deux courants jurisprudentiels sus-cités protègent, de façon plus ou moins intense, la sécurité juridique. Le deuxième courant la protège de façon absolue : si le tiers en faveur duquel l'acte-conséquence crée des droits n'a pas été une partie à

---

n. 509, *Foro amm.*, 1985, n. 2132 et Cons. Stato, sez. VI, 21 mai 1984, n. 282, *Cons. Stato*, 1984, I, 597, dans lequel on affirmait que «*il principio della retroattività delle pronunce del giudice amministrativo non ha carattere assoluto, potendosi ammettere la retroattività degli effetti quando si tratta di reintegrare posizioni giuridiche di un soggetto [...] tale evenienza incontra un limite invalicabile nella presenza di posizioni legittimamente costituite e consolidate in favore di altri soggetti*».

<sup>455</sup> C.G.A.R.S., 14 octobre 1997, n. 398, *Cons. Stato*, 1997, I, 1496; 18 mai 1996, *Foro amm.*, 1996, 1976. Cette thèse a ensuite été reprise, *ex multis*, par Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5748, *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 2999; sez. V, 4 août 2010, n. 5217, *Foro amm. C.d.S.*, 2010, 1500; sez. VI, 25 février 2008, n. 207, *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 142; sez. VI, 3 mai 2007, n. 1948, *Foro amm. C.d.S.*, 2007, 1548; sez. VI, 7 septembre 2004, n. 5842, *Foro amm. C.d.S.*, 2004, 2629; Cons. Stato, 30 octobre 2001, n. 5677, *Ragiusan*, fasc. 215, 320.

<sup>456</sup> La tierce opposition a d'abord été introduite dans le contentieux administratif par la décision Corte Cost., 17 mai 1995, n. 177, in *Dir. proc. amm.*, 1996, 298, note de F. Lorenzotti, *La Corte costituzionale introduce l'opposizione di terzo ordinaria nel processo amministrativo*, qui a déclaré l'inconstitutionnalité des articles 28 et 36 de la loi du 6 décembre 1971, n. 1034, qui ne prévoyaient pas ce remède. La question préjudicielle avait été soulevée exactement en relation à une hypothèse de *caducazione automatica*.

<sup>457</sup> Dans ce sens, Cons. Stato, sez. VI, 14 novembre 2012, n. 5748, *préc.*; sez. V, 4 août 2010, n. 5217, *préc.*; sez. VI, 3 mai 2007, n. 1948, *préc.*; et T.A.R. Lazio, sez. III, 4 janvier 2012, n. 59, *Foro Amm. T.A.R.*, 2012, 170; T.A.R. Umbria, sez. I, 24 novembre 2010, n. 513, *id.*, 2010, 3503.

l'instance, l'effet de *caducazione automatica* ne peut porter atteinte à sa situation juridique. Le premier courant, en revanche, demande au juge de mettre en balance le droit à la protection effective du requérant et l'intérêt légitime du tiers : la *caducazione automatica* est ainsi conçue comme une *extrema ratio*.

Dans les années 2000, la tendance à la limitation du champ d'application du mécanisme de *caducazione automatica* s'est ultérieurement accélérée. L'introduction de la possibilité d'attaquer, dans le cadre d'une instance déjà en cours, les autres actes édictés par l'administration en conséquence à l'acte attaqué (*motivi aggiunti*), a rendu bien plus facile la protection de la situation juridique de l'administré, en éliminant un des problèmes qui avaient porté la jurisprudence à l'élaboration de la théorie de la *caducazione automatica*<sup>458</sup>. Une partie de la doctrine avait cependant imaginé que l'introduction des *motivi aggiunti* n'aurait pas complètement éradiqué le mécanisme de la *caducazione automatica*<sup>459</sup>, ce qui est ponctuellement arrivé. Tout en étant encore «praticquée», la *caducazione automatica* est aujourd'hui qualifiée comme absolument exceptionnelle<sup>460</sup>.

Dans la jurisprudence des années 2000, il est encore possible d'identifier des contrastes quant à la portée du mécanisme<sup>461</sup>; cependant, dans les dernières années, un courant jurisprudentiel s'est enfin consolidé. Ce dernier met en œuvre la *caducazione automatica* en présence de trois conditions. En premier lieu, l'acte initial annulé doit être «le seul pilier»<sup>462</sup>, «la seule justification»<sup>463</sup>, «le seul antécédent logico-

---

<sup>458</sup> Certains estimaient que l'introduction des *motivi aggiunti* aurait mis fin à la théorie de la *caducazione automatica*: E. Sticchi Damiani, *op. cit.*, pour qui «l'introduzione dei motivi aggiunti sembra poi possedere una valenza «codificatrice» ai fini della vicenda in esame, ben più ampia di quella già considerata e attribuita ad essa dalla giurisprudenza. La portata della novella [è] di determinare implicitamente, ma inequivocabilmente, l'obbligo di impugnazione di qualsiasi tipologia di provvedimento sopravvenuto, determinando la connessione o meno con l'oggetto del ricorso la sola alternativa processuale tra impugnazione autonoma e motivi aggiunti».

<sup>459</sup> M. Ramajoli, *Impugnazione dei provvedimenti sopravvenuti nel corso del giudizio e connessi con quello già impugnato*, N.L.C.C., 2001, 567.

<sup>460</sup> Cf., à tel propos, Cons. Stato, sez. VI, 22 avril 2014, n. 2020, *Foro amm.*, 2014, 1122.

<sup>461</sup> Notre traduction. Cons. Stato, sez. V, 13 mai 2002, n. 2581, *Foro it.*, Rep. 2002, voce *Giustizia amministrativa*, n. 2581; sez. IV, 7 septembre 2004, n. 5768, *id.*, 2004, voce préc., n. 364; sez. IV, 14 décembre 2004, n. 8027, *id.*, 2004, voce préc., n. 725.

<sup>462</sup> Notre traduction. C.G.A.R.S., 29 janvier 2015, n. 81, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); cf. Cons. Stato sez. VI, 15 mars 1999, n. 307, *Foro amm.*, 1999, 764; sez. IV, 11 octobre 1989, n. 1329, *Cons. Stato*, 1989, 1236.

<sup>463</sup> Notre traduction. Cons. Stato, sez. III, 31 octobre 2014, n. 5387, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it).



*juridique*»<sup>464</sup> de l'acte-conséquence, ou alors ce dernier doit être «*simplement exécutif*» du premier<sup>465</sup>. En deuxième lieu, l'acte-conséquence doit être propre à la même procédure non contentieuse de l'acte annulé<sup>466</sup>. Enfin, la *caducazione automatica* ne peut affecter les actes qui «*touchent à des tiers à l'instance*»<sup>467</sup>.

Comme nous l'avons précisé *supra*, les dernières évolutions de la jurisprudence concernant les effets de l'annulation contentieuse ont été accélérées par l'introduction des «*motivi aggiunti*». Un rôle important a aussi été joué, dans ce sens, par la progression de la sécurité juridique – fortement liée à la règle de l'acquisition du caractère définitif par l'acte administratif, une fois passé le terme (*inoppugnabilità*) et au principe du contradictoire, qui impose au juge de mettre l'individu de défendre son intérêt au maintien de l'acte favorable.

#### 4. LA MODULATION DES EFFETS DE L'ANNULATION

Le problème de la protection de la sécurité juridique, suite à la disparition de l'acte annulé a été enfin affronté par le juge italien par la mise en œuvre du pouvoir de modulation, qui a été consacré dans un arrêt célèbre de 2011 (a.) L'affirmation du pouvoir de la part du juge administratif a été fortement critiqué ; il pose en effet de nombreux problèmes, au vu des règles régissant le *giudizio di legittimità* (b.) Or, ces

---

<sup>464</sup> Notre traduction. T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 9 septembre 2015, n. 11109 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 22 septembre 2008, n. 4551, *Foro amm. C.d.S.*, 2008, 2482; sez. II, par. 15 décembre 2004, n. 2669, *Cons. Stato*, 2005, I, 597, note de S. Mazza; sez. VI, 11 février 2002, n. 785, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); 16 novembre 2000, n. 6146, *Foro Amm.*, 2000, 3646.

<sup>465</sup> Notre traduction. Cons. Stato, sez. VI, 5 avril 2017, n. 1590, *Foro amm.*, 2017, 846; sez. IV, 11 avril 2014, n. 1756, *id.*, 2014, n. 1062; 14 février 2013, n. 157, *Foro Amm. C.d.S.*, 2013, 158; 23 mars 2009, n. 1869, *id.*, 2009, 1869; sez. V, 7 février 2000, n. 672, *Urb. App.*, 2000, 436; sez. VI, 15 mars 1999, n. 307, *Cons. Stato*, 1999, I, 459; sez. VI, 27 octobre 1994, n. 1571, *id.*, 1994, I, 1415; sez. IV, 20 mai 1991, n. 398, *Foro amm.*, 1991, 1384.

<sup>466</sup> Cons. Stato, sez. VI, 13 octobre 2015, n. 4695, *Foro amm.*, 2015, 2521; sez. V, 26 mai 2015, n. 2611 in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. VI, 27 avril 2015, n. 2776, *Foro Amm.*, 2015, 1124; sez. VI, 9 avril 2015, n. 1782, *ibid.*, 1111; sez. VI, 30 mars 2015, n. 1652, *ibid.*, 779; sez. V, 20 janvier 2015, n. 163, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. III, 19 décembre 2014, n. 6174, *ibid.*.

<sup>467</sup> Notre traduction. Dans ce sens, cf. Cons. Stato, sez. VI, 13 octobre 2015, n. 4695 préc.; 27 avril 2015, n. 2776, préc.; 9 avril 2015, n. 1782, préc.; 30 mars 2015, n. 1652, préc.; 23 février 2011, n. 1114, *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 621; 17 janvier 2011, n. 244, *ibid.*, 233; sez. V, 25 novembre 2010, n. 8243, *id.*, 2010, 2379; T.A.R. Liguria, sez. II, 14 avril 2005, n. 497, *id.*, 2005, 1021.

problèmes pourraient être surmontés si le législateur prévoyait qu'à certaines conditions, le juge puisse moduler les effets des annulations (c.).

### a. Le *leading case* italien en matière de modulation

Par un arrêt de 2011, considéré le *leading case* italien en matière de modulation des effets de l'annulation contentieuse<sup>468</sup>, la sixième section du Consiglio di Stato a affirmé que le juge administratif a le pouvoir de limiter les effets *eliminatio* et *ripristinatio* normalement découlant de la décision qui fait droit à la demande d'annulation<sup>469</sup>. Le juge italien a ainsi imité - et même dépassé - son modèle, explicitement identifié dans la Cour de justice de l'Union européenne, en affirmant que lorsque cela résulte conforme à l'intérêt du requérant, la décision qui fait droit au recours peut donner lieu non seulement à une annulation «amputée», mais aussi à une «non annulation» de l'acte illégal<sup>470</sup>.

---

<sup>468</sup> Cons. Stato, 10 mai 2011, n. 2755, *Urb. App.*, 2011, 927, note de A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*; *Foro amm. C.d.S.*, 2012, 427, di C. Feliziani, *Oltre le colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare il provvedimento illegittimo?*; *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 293, note de A. Giusti, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*; *ibid.*, 280, note de C. Gallo, *I poteri del giudice amministrativo in ordine agli effetti delle proprie sentenze di annullamento*; *ibid.*, 1128, note de L. Bertozzi, *Sentenza che accoglie l'annullamento amputata dell'effetto eliminatio?*; *Giorn. dir. amm.*, 2011, 1310 note de M. Macchia, *L'efficacia temporale delle sentenze del giudice amministrativo: prove d'imitazione*; *Riv. Giur. Ambiente*, 2011, 818, note de A. De Feo e C. Tangari, *VAS, VIA e Valutazione d'incidenza, regole procedurali e sostanziali diverse. La PA obbligata a conformarsi*; *Giur. it.*, 2012, 438, note de E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*; [www.giustiamm.it](http://www.giustiamm.it), note de M. Sapio, *Un caso di sospensione degli effetti caducatori del giudicato amministrativo in applicazione della rilevanza del diritto europeo sul diritto processuale nazionale*; *ibid.*, note de P. Quinto, *La specificità della giurisdizione amministrativa e una sentenza di «buon senso»*.

<sup>469</sup> La décision ici étudiée a été fortement critiquée par la doctrine, mais elle a donné lieu à un courant jurisprudentiel minoritaire et peu étudié. L'on peut remarquer, en outre que de nombreuses décisions citent la n. 2755 de 2011 en tant que paradigmatique des pouvoirs du juge sur les effets de l'annulation contentieuse (pour des exemples très récents de ce phénomène, cf., par exemple Cons. Stato, sez. VI, 6 avril 2018, n. 2133, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); sez. III, 11 décembre 2017, n. 5840, *id.*; Cons. Stato, ad. plen., 22 décembre 2017, n. 13, *Foro it.*, 2018, III, 145, note de M. Condorelli, *Il nuovo prospective overruling, «dimenticando» l'adunanza plenaria n. 4 del 2015*).

<sup>470</sup> A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, préc. En conclusion de la décision, le juge avait concédé à l'administration un terme de dix mois pour l'adoption d'un nouvel acte conforme aux prescriptions contenues dans les motivations de la décision; une fois ce terme expiré, le juge se réservait de «*valutare tutte le circostanze ed esercitare i poteri previsti dal Codice del processo amministrativo, anche quelli riguardanti le misure dissuasorie della eventuale inottemperanza*». Dans ce sens, la modulation réalisée par le juge italien rappelle plutôt

L'affirmation du pouvoir de modulation a été fondée par le juge sur l'interprétation par analogie de plusieurs normes internes (a.), et justifiée par une invocation du principe de protection juridictionnelle effective (b.), ce qui a finalement restreint le champ d'application du pouvoir (c.).

### **α. Décision faisant droit à la demande d'annulation et «non annulation» de l'acte attaqué**

Dans le cas d'espèce, l'objet du jugement était la demande d'annulation, promue par une association de défense de l'environnement, d'un acte général de planification des activités de préservation de la faune (*piano faunistico venatorio*) de la région des Pouilles. La requérante faisait en particulier valoir que le plan avait été adopté sans d'abord mettre en œuvre une évaluation stratégique des incidences sur l'environnement (*valutazione ambientale strategica*), pourtant obligatoire au titre du décret législatif du 3 avril 2006, n. 152. La sixième section du Consiglio di Stato avait fait droit à la demande de la requérante, mais avait précisé que, dans le cas d'espèce, la règle «fondamentale», «affirmée ab antiquo et antiquissimo tempore», de la rétroactivité de l'annulation devait être dérogée pour éviter les effets «*incongrus, manifestement injustes ou en contraste avec le principe du droit à une protection juridictionnelle effective*»<sup>471</sup>.

Du point de vue juridique, la sixième section justifiait cette opération en remarquant, en premier lieu, que le droit positif ne l'interdirait pas : le juge pourrait donc établir librement quels effets attribuer aux décisions faisant droit à la demande (annulation *ex tunc*, *ex nunc*, ou «non annulation»).

---

la technique de l'annulation conditionnelle inaugurée par le juge français dans l'arrêt *Titran*. Il giudice italiano non potrebbe però, in sede di ottemperanza, annullare l'atto dichiarato illegittimo all'esito del giudizio di cognizione, mentre la sentenza di «annullamento condizionato» del giudice francese produce automaticamente i suoi effetti al decorrere del termine assegnato per la conformazione.

<sup>471</sup> Notre traduction. Cons. Stato, 10 mai 2011, n. 2755, préc.

Cette affirmation serait corroborée, d'après la sixième section, par les art. 121 et 122 du code de justice administrative<sup>472</sup>, qui donnent au juge, saisi du recours sur l'acte d'attribution du marché public, le pouvoir de priver le contrat conclu en méconnaissance des règles régissant la passation des marchés publics de ses effets. D'après la sixième section, ces dispositions exprimeraient un principe général concernant les pouvoirs du juge sur la portée de ses décisions.

En deuxième lieu, la sixième section évoquait le pouvoir de modulation des effets de l'annulation dont est titulaire le juge européen, en raisonnant de la façon suivante : la protection de l'environnement constitue une compétence partagée de l'Union européenne et des États membres ; à ce titre, le juge national serait tenu de donner à ce bien juridique une protection similaire à celle offerte par le juge européen, ce qui l'autoriserait à moduler les effets de l'annulation, même en l'absence d'un pouvoir dans ce sens. Ainsi, le juge italien impliquait que le juge européen - éventuellement confronté à une question similaire, aurait pris une décision dans le même sens.

### **β. Les raisons spécifiques de la «non annulation» dans l'arrêt n. 2755 de 2011**

Quant aux raisons spécifiques de la «non annulation» dans le cas d'espèce, la section invoquait la nécessité de protéger la faune et la flore de la région des Pouilles, qui auraient été mises en danger par l'annulation : en premier lieu, en l'absence d'un *piano faunistico-venatorio*, la chasse aurait pu être pratiquée dans la région sans limites. Cela aurait été contraire à l'intérêt de l'association requérante, qui aurait, d'après le juge, attaqué l'acte afin de faire valoir «*l'insuffisance de la protection accordée*»<sup>473</sup> par celui-ci, et non pas pour en obtenir l'élimination.

Ainsi, par une application innovative du principe de la protection juridictionnelle effective, le juge a explicitement refusé de prendre une décision «*contrastant avec les finalités de l'initiative contentieuse*». Partant, la section avait

---

<sup>472</sup> *Codice del processo amministrativo*, qui sera dorénavant indiqué par la sigle c.p.a.

<sup>473</sup> Notre traduction. Cons. Stato, 10 mai 2011, n. 2755, préc.

décidé qu'afin de rendre un arrêt «*pleinement satisfaisant l'intérêt fait valoir*», il aurait été nécessaire de priver la décision d'annulation de ses effets *eliminatoire* et *ripristinatoire*, pour ne lui attribuer que ses effets *conformativi*<sup>474</sup>. Ainsi, le juge spécifiait qu'en exécution de la chose jugée, la Région aurait été tenue de modifier ou de substituer l'acte attaqué afin d'éliminer l'illégalité constatée.

Le pouvoir de modulation sous-tend, en Italie comme en France, la revendication, de la part du juge, d'un pouvoir de contrôle sur les conséquences de ses décisions<sup>475</sup>, qui s'étend bien au-delà de l'activité normalement exercée par le juge administratif<sup>476</sup>. Ce contrôle sur les conséquences de la décision a toujours existé, en quelque mesure<sup>477</sup> ; toutefois, par la décision n. 2755 de 2011, la sixième section a explicitement affirmé son existence et en a poussé les limites, en admettant l'exclusion de l'effet *eliminatoire*. L'opération n'a pas été conduite, comme en France, en invoquant l'exigence de protéger la sécurité juridique, mais de façon contre-intuitive, par l'invocation de l'exigence d'assurer une protection juridictionnelle effective.

De ce point de vue, la décision n. 2755 de 2011 représente un «cheval de Troie» : en invoquant ce principe, le juge a pu justifier l'exercice d'un pouvoir qui, *a priori*, semblerait entrer en contradiction avec la fonction même de l'annulation en droit

---

<sup>474</sup> Voir, à tel propos, la présentation des effets de l'annulation en droit italien, in II, 1, b.

<sup>475</sup> Pour une évaluation explicite des conséquences de l'annulation, cf., déjà, Cons. Stato, sez. VI, 9 mars 2011, n. 1488, *Foro amm. C.d.S.*, 2011, 952, où l'on affirmait que «*il giudice amministrativo [...] deve valutare unitariamente quali siano le conseguenze delle proprie statuizioni e può anche seguire una soluzione diversa ed intermedia tra le due alternative tradizionalmente ritenute giuridicamente possibili (reiezione del ricorso di primo grado [...] o accoglimento del ricorso di primo grado)*». Le juge avait été saisi d'un recours à l'encontre d'une mesure disciplinaire de licenciement. En estimant que celle-ci était disproportionnée par rapport à l'infraction commise, le juge avait annulé la mesure; toutefois, puisque l'infraction avait été effectivement commise, le juge refusait d'attribuer à sa décision les effets de rétablissement de la situation *quo ante* (effets *ripristinatori*), et excluait l'obligation de l'administration de restituer les salaires non perçus par le fonctionnaire illégalement licencié.

<sup>476</sup> La possibilité pour le juge d'effectuer une telle évaluation a été fortement critiquée par G. Ligugnana, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione e effettività della tutela*, in D. Butturini, M. Nicolini (a cura di), *Tipologie ed effetti temporali delle decisioni di incostituzionalità*, Ed. Scientifica, Napoli, 2014, 125 (part. 140), qui mettait en évidence – comme l'avait fait auparavant la doctrine française (F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, préc.; A. Van Lang, *De l'usage du bilan après-jugement*, préc.) – que «*le valutazioni circa le modalità di realizzazione e tutela dell'interesse pubblico dovrebbero [...] esorbitare dalla pronuncia del giudice, che altrimenti diverrebbe a tutti gli effetti 'un amministratore'*».

<sup>477</sup> Voir *supra* et, en particulier, II, 2 et 3.

italien, c'est-à-dire le plein rétablissement de la situation juridique lésée par l'acte illégal.

### **γ. Un champ d'application restreint: effectivité de la protection juridictionnelle et annulation rétroactive «contreproductive»**

En fondant la «non annulation» sur la nécessité de garantir une meilleure protection de l'intérêt de l'association requérante – identifié par le juge même, par le biais d'une opération pas tout à fait orthodoxe<sup>478</sup> - le juge a clairement tenté de se mettre à l'abri d'éventuelles critiques concernant la méconnaissance des principes fondateurs de la protection des intérêts légitimes, face au pouvoir de l'administration, énoncés aux articles 24, 103 e 113 de la Constitution italienne.

L'argumentation employée trahit la difficulté de la transposition du pouvoir de modulation de l'annulation dans un contentieux subjectif, comme le *giudizio di legittimità* italien. Cette difficulté a finalement porté le juge à fonder le pouvoir sur une condition qui en restreint fortement le champ d'application.

Comme nous le disions auparavant, d'après la sixième section, la modulation des effets de la décision qui fait droit à la demande d'annulation peut être justifiée par le principe de l'effectivité de la protection juridictionnelle, quand il apparaît que l'annulation puisse être contre-productive pour l'intérêt dont se prévaut le requérant. Cela ne pourrait clairement pas arriver dans les cas où une annulation est instrumentale à l'obtention du bien auquel le requérant aspire ou au rétablissement de la chance

---

<sup>478</sup> Comme le notait A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, préc., 937, note n. 3, «si deve però dubitare che il giudice amministrativo possa valutare [...] la coerenza fra le finalità perseguite dalla parte con la sua impugnazione e gli effetti della sentenza di accoglimento. Il sindacato del giudice può estendersi fino alla verifica delle cd. condizioni dell'azione, come l'interesse a ricorrere; invece quanto rilevato nella sentenza attiene a un profilo diverso, attinente all'opportunità dell'azione proposta; la valutazione di tale profilo è riservata all'autonomia della parte e si esprime nella decisione della parte di proporre l'impugnazione». De la même opinion, L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'annullamento amputata dell'effetto eliminatoire?*, préc., 1134, qui excluait que le juge puisse se faire «interprete autentico» des finalités de la requérante.



d'obtenir ce bien : dans les deux cas, une élimination de l'acte illégal, *ex tunc*, serait toujours nécessaire pour la satisfaction de l'intérêt légitime du requérant.

Ainsi, la possibilité de mettre en œuvre la modulation devrait être exclue dans toutes les hypothèses où le recours est exercé pour obtenir la protection d'un intérêt légitime individuel. D'ailleurs, vue la conception assez rigoureuse de l'intérêt au recours adoptée traditionnellement par la jurisprudence italienne, il est très difficile d'imaginer qu'un individu puisse agir en annulation sans obtenir d'avantages concrets de celle-ci : une telle requête serait déclarée irrecevable (*inammissibile*) pour défaut d'intérêt.

Ainsi, la notion d'«intérêt» employée par la sixième section n'est donc pas parfaitement identique à celle d'«intérêt à recourir», entendu comme «*l'intérêt individuel du requérant à l'obtention d'un avantage matériel (ou, parfois, moral) à travers le procès administratif*»<sup>479</sup> ; d'ailleurs la requête de l'association n'avait pas été jugée irrecevable pour défaut d'intérêt, ce qui montre que celle-ci avait bien un intérêt, au sens technique, à l'annulation<sup>480</sup>.

La sixième section aurait alors plutôt jugé que l'association aurait retiré une utilité plus importante d'une décision aux effets seulement obligatoires (*conformativi*), qui aurait évité la création d'un vide juridique, préjudiciable à l'environnement, dans la période allant de l'annulation à l'adoption du nouvel acte.

On peut alors remarquer que la seule hypothèse dans laquelle le requérant peut véritablement préférer une décision de «non annulation» (comme celle que l'on commente) à une annulation classique a deux caractéristiques.

En premier lieu, l'intérêt défendu par le requérant doit être *déjà protégé* par l'acte attaqué ; le requérant ne doit demander qu'une *augmentation* de ce niveau de protection.

En deuxième lieu, l'intérêt doit subir un préjudice irréparable du fait du vide juridique : il ne peut donc correspondre à un intérêt qui peut être indemnisé ou

---

<sup>479</sup> Notre traduction. A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, préc., 196.

<sup>480</sup> L. Bertozzi, *Sentenza che accoglie l'azione di annullamento amputata dell'effetto eliminativo?*, préc. 1133.

effectivement protégé par un acte d'exécution de la chose jugée rétroactif, qui compense le préjudice subi.

Ce cas de figure ne correspond qu'au cas où le recours a été exercé pour obtenir la protection d'un intérêt général (diffus<sup>481</sup>, voire même publique<sup>482</sup>), identique à l'intérêt poursuivi par l'acte attaqué<sup>483</sup>. Dans des litiges de cette sorte, requérant et défendeur opposent «*plusieurs visions de l'intérêt général*»<sup>484</sup>; le requérant demande l'élévation du niveau de protection apporté par l'acte à l'intérêt considéré. En même temps, s'agissant d'un intérêt général, le vide juridique qui suit l'annulation peut comporter une interruption dans la mise en oeuvre mesures de protection du bien juridique considéré, qui n'est pas susceptible d'être réparée.

Si ce raisonnement est correct, il faut en conclure que les conditions pour la mise en œuvre de la modulation des effets d'une décision faisant droit à la demande pour « contre-productivité » de l'annulation seraient remplies seulement dans un nombre de cas très limités : lorsque le recours est exercé pour obtenir une protection

---

<sup>481</sup> Les intérêts diffus se distinguent de l'intérêt public «*non già per il loro oggetto, che sarebbe pur sempre di rilevanza generale*» mais parce qu'ils appartiennent à tous les administrés, et non seulement aux institutions: così C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, Maili, 2012, 68. De la même opinion, M. Silvestri, *I frammenti di una giurisdizione oggettiva nel processo amministrativo*, p. 24 et suiv., [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it), qui observait que «*non si può fare a meno di notare come gli interessi che si vorrebbero di volta in volta "soggettivizzati" in capo alle associazioni ricorrenti siano pressoché sempre materialmente coincidenti con l'interesse pubblico della cui tutela è incaricata (almeno) una amministrazione pubblica*».

<sup>482</sup> Cf., par exemple, T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 3 juillet 2012, n. 336, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Le recours avait été exercé par une Commune sur le territoire de laquelle se trouvaient des sites minéraux abandonnés. La requérante faisait valoir que l'acte de la Région qui diminuait l'aire de la concession minérale ne prévoyait pas une mise en sécurité des sites abandonnés se trouvant sur le territoire de la Commune. Le juge avait alors annulé *ex nunc* l'acte en tant qu'il ne prévoyait pas la mise en sécurité, en donnant un terme à l'administration pour qu'elle en édicte un nouveau. La modulation des effets de l'annulation avait donc été mise en oeuvre pour éviter qu'un vide juridique ne compromette la mise en sécurité des autres sites indiqués par l'acte annulé.

<sup>483</sup> En droit italien, cette légitimation peut être attribuée à des associations *ex lege* (les associations de protection de l'environnement ont par exemple obtenu cette légitimation ex art. 18, l. 8 juillet 1986, n. 349; l'A.G.C.M. - l'autorité indépendante de protection de la concurrence - ex art. 21 *bis*, l. 10 octobre 1990, n. 287), ou elle peut être reconnue par les juges à des entités qui démontrent que leur fin institutionnel est la protection de l'intérêt diffus dont elles veulent se prévaloir, si certaines conditions sont réunies (telle, par exemple, la *vicinitas* par rapport au lieu où se trouve le bien préjudicié par l'acte attaqué). Sur ce thème, cf. C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, préc., 73 et suiv.

<sup>484</sup> Notre traduction. C. Cudia, *Gli interessi plurisoggettivi tra diritto e processo amministrativo*, préc., 73 et suiv.

d'un intérêt «diffus», mais celui-ci paraît mieux protégé par la conservation de l'acte attaqué, jusqu'à l'adoption d'une nouvelle décision par l'administration.

Dans tous les autres cas, l'invocation du principe d'effectivité de la protection apparaît tout à fait sans liens avec la question de la modulation des effets de l'annulation<sup>485</sup>.

D'ailleurs même dans les cas très rares dans lesquels la modulation peut être justifiée sur la base du principe d'effectivité de la protection juridictionnelle, le pouvoir de modulation pose plusieurs problèmes, au regard notamment du principe qui impose au juge de se prononcer seulement sur la demande du requérant (*principio della domanda*), et du caractère typique de l'action en annulation (et, parallèlement, des effets de celle-ci).

La doctrine a, à tel propos, constaté que dans la décision n. 2755 de 2011, la sixième section aurait transformé, d'office, l'action en annulation en une action visant l'obtention d'une injonction (*azione di adempimento*)<sup>486</sup>, en méconnaissance du principe de l'interdiction de l'*ultra petita* et de l'*infra petita*. Quand bien même on devait accepter l'explication fournie par le Consiglio di Stato (l'une des composantes de l'annulation étant l'effet obligatoire de l'annulation, le juge aurait effectivement

---

<sup>485</sup> Cela est démontré par quelques unes des décisions qui ont modulé les effets de l'annulation pour «assurer une protection effective au requérant», mais qui ne suivent pas du tout la même logique, vu que les requérants étaient titulaires d'intérêts individuels : T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 décembre 2011, n. 693, *Urb. app.*, 2012, 707, note de S. Foà, *Annulamento ex nunc e condanna dell'amministrazione ad un facere specifico*, e in T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 13 décembre 2011, n. 700, *Giur. it.*, 2012, 2177, note de F. Caringella, *L'annulamento a geometrie variabili nella più recente giurisprudenza amministrativa* e in *Corr. merito*, 2012, 737, note de C. Lamberti, *La conservazione degli effetti dell'atto dichiarato illegittimo, necessità giuridica o semplice buon senso?*, qui justifiait par cette argumentation le maintien des effets d'un plan d'aménagement du territoire imposant des limites particulières au *ius aedificandi* des requérants (qui auraient au contraire bénéficié d'une annulation *ex tunc* de ces mesures); T.A.R. Umbria, sez. I, 18 janvier 2013, n. 19, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), qui justifiait ainsi la modulation des effets de l'annulation d'un règlement imposant une taxe supplémentaire aux patients des médecins exerçant leur activité *intra moenia*, en réalité destinée à éviter des demandes de remboursements en chaîne des patients concernés; enfin, dans T.A.R. Liguria, sez. II, 22 janvier 2014, n. 102, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), la modulation concernait l'annulation de la décision de redoublement adoptée à l'encontre de la requérante «*per garantire l'effettività della tutela [...] in ragione della pretesa sostanziale dedotta in giudizio*». La modulation était absolument inutile, dans le cas d'espèce, vu que l'annulation de l'acte défavorable n'aurait pas pu affecter la carrière de la requérante.

<sup>486</sup> Dans ce sens, cf. M. Trimarchi, *Principio della domanda e natura del processo*, *Dir. proc. amm.*, 2016, 1101 (part. 1111), et A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, *Dir. proc. amm.*, 2013, 428 (part. 441 et suiv.).

répondu à la requête formulée, en faisant droit à la seule demande de «conformation» de l'activité future de l'administration) force est de constater que le caractère typique de l'action et des contenus de la décision d'annulation<sup>487</sup>, qui ont été confirmés par le code de 2010<sup>488</sup>, n'admettent aucune manipulation de la part du juge.

Une partie de la doctrine a observé, *de jure condito*<sup>489</sup>, que le même effet réalisé par la modulation aurait pu être obtenu à travers la proposition d'une action destinée à l'obtention d'une injonction (*azione di adempimento*) : le juge aurait pu faire valoir, alors, le défaut d'intérêt à l'annulation, tout en constatant l'illégalité de l'acte, afin de prononcer l'injonction<sup>490</sup>. Cette solution apparaît toutefois impraticable car elle méconnaît les principes exprimés par l'art. 276, alinéa 2, du code de procédure civile italien, qui impose au juge de décider d'abord sur les questions préjudicielles (compétence, intérêt et légitimation à agir, etc.) et ensuite, s'il y a lieu, sur le principal : constatée la carence de l'intérêt au recours en annulation, le juge devrait déclarer le recours irrecevable : il ne pourrait donc pas se prononcer sur la demande d'injonction.

À la lumière de la difficulté de trouver une solution cohérente avec les principes du droit processuel italien, on a proposé, *de jure condendo*, d'admettre la possibilité de présenter des conclusions autonomes à fin d'injonction<sup>491</sup>, dans les mêmes délais

---

<sup>487</sup> Ainsì, F. Caringella, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, *Urb. App.*, 2012, 14, (part. 18).

<sup>488</sup> Dans ce sens, A. Travi, *La tipologia delle azioni nel nuovo processo amministrativo*, in *La gestione del nuovo processo amministrativo: adeguamenti organizzativi e riforme strutturali. Atti del LVI Convegno di studi di scienza dell'amministrazione*, Giuffrè, Milano, 2011, 75 et suiv. (part. 82).

<sup>489</sup> Ces hypothèses avaient été formulées avant la réforme du code de la justice administrative (*secondo correttivo al codice*), qui a concerné les règles de l'*azione di adempimento*, en précisant que que «il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione».

<sup>490</sup> E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, préc., 442.

<sup>491</sup> Cf. L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, préc. 1139, nota n. 21, qui notait «varrebbe forse la pena, se non m'inganno, di sdrammatizzare il dibattito intorno all'azione di condanna pubblicistica [...] considerando che: a) essa si limita ad anticipare al dispositivo della sentenza di cognizione quel che altrimenti sarebbe l'effetto conformativo della sentenza di annullamento, da far valere (a guisa d'azione della p.a.) nel giudizio di ottemperanza; b) la pregnanza del dispositivo di accoglimento dell'azione di condanna, in termini di conformazione del riesercizio del potere, non eccede quella altrimenti determinata dall'effetto conformativo della sentenza di annullamento [...]». D'après A. Giusti, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *Dir. proc. amm.*, 280 (part. 317), ce type d'action n'aurait pas été possible, même avant la réforme, comme le démontre la jurisprudence de 2011.

Une partie de la doctrine estime que le code permet, même après la réforme, le prononcé d'injonction sur l'exercice d'un pouvoir discrétionnaire: ainsi, A. Carbone, *L'azione di condanna a un facere*.

prévus pour l'action en annulation par l'art. 29 du c.p.a.<sup>492</sup>. Ce type de conclusions (*azione di adempimento*) ne peuvent aujourd'hui être présentées qu'accessoirement aux conclusions à fin d'annulation, au titre de l'art. 30, alinéa 1, du c.p.a.. Cette règle s'explique, d'une part, en raison de l'interdiction faite au juge administratif de se prononcer sur les pouvoirs pas encore exercés par l'administration (*ex art. 34, co. 2, c.p.a.*) et, d'autre part, sur la base de l'exigence d'éviter que la légalité de l'acte puisse être remise en cause - même si seulement indirectement - après le délai de forclusion de l'action en annulation<sup>493</sup>. Sur le terrain de la logique, la limite prévue par l'art. 30, alinéa 1, préc. trouverait en revanche sa raison d'être dans le fait que les conclusions à fin d'injonction sont souvent utilisées afin d'obtenir une protection effective face à un acte de refus de l'administration<sup>494</sup>. Dans ces cas, l'annulation préalable de l'acte de refus serait la condition nécessaire pour que l'administration puisse ensuite édicter un nouvel acte favorable au requérant ayant obtenu gain de cause. Dans un certain nombre de cas, toutefois, le requérant agit pour l'obtention d'un acte *plus favorable* par rapport à celui qu'il lui fait grief. Dans ces hypothèses, l'annulation préalable de l'acte existant pourrait être en effet inutile: le requérant pourrait bien demander au juge qu'il ordonne à l'administration d'adopter une nouvelle décision, plus favorable, sans avoir forcément intérêt à l'annulation *ex tunc* de l'acte existant<sup>495</sup>. Dans les cas particuliers analysés au début de ce paragraphe, le requérant pourrait même avoir un intérêt au maintien de l'acte jusqu'à l'adoption du nouvel acte plus favorable: dans tous ces cas, l'ouverture d'une voie de recours pour obtenir le prononcé d'injonction en voie autonome pourrait donc permettre au requérant de mieux «calibrer» sa demande à son

---

*Riflessioni sul processo amministrativo fondato su una pluralità d'azioni*, *Dir. Proc. Amm.*, 2018, 175; N. Di Modugno, *Fermenti di novità in tema di azioni proponibili nel processo amministrativo tra codice e secondo decreto correttivo*, *Dir. proc. amm.*, 2013, 791 (part. 805 et suiv.), qui valorisent l'art. 34, lett. e) c.p.a., qui permet au juge de se prononcer sur toutes les mesures nécessaires à l'exécution de la chose jugée.

<sup>492</sup> L. Bertonazzi, *Sentenza che accoglie l'annullamento amputata dell'effetto eliminatorio?*, *préc.* 1138; V. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, *préc.* 449.

<sup>493</sup> P. Cerbo, *L'azione di adempimento nel processo amministrativo e i suoi confini*, *Dir. proc. amm.*, 2017, 1.

<sup>494</sup> A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, *préc.*, 446.

<sup>495</sup> A. Carbone, *Azione di annullamento, ricorso incidentale e perplessità applicative della modulazione degli effetti caducatori*, *préc.*, 447.

besoin de protection effective, sans que le juge ait besoin de faire recours à une modulation des effets de l'annulation.

## **b. Le problème de la création prétorienne du pouvoir de modulation**

L'arrêt n. 2755 de 2011 avait inauguré la pratique de la modulation des effets de la décision qui fait droit au recours dans une situation très particulière, qui avait permis de justifier la mise en œuvre du pouvoir sur la base du principe de l'effectivité de la protection juridictionnelle. Au terme du passage de la décision dédié au pouvoir de modulation, la sixième section avait cependant explicitement ouvert à la possibilité que le pouvoir soit employé lorsqu'une annulation rétroactive apparaît «*incongrue et manifestement injuste*».

Cette hypothèse, qui n'avait été présentée que de façon abstraite par l'arrêt n. 2755 de 2011, pose des problèmes encore plus importants, au vu de l'interdiction faite au juge de se prononcer *ultra petita et infra petita* et, en général, du caractère subjectif du contentieux administratif italien. En effet, si l'on peut considérer que la modulation mise en œuvre pour l'«*amélioration*» de la protection juridictionnelle du requérant ne va pas à l'encontre (ou, du moins, ne va pas gravement à l'encontre) des principes constitutionnels concernant la garantie des positions subjectives des administrés face au pouvoir exécutif, une modulation justifiée sur la base de la nécessité de mettre en balance les intérêts en présence se traduit par une diminution inacceptable de ces garanties constitutionnelles ( $\alpha$ ).

Cette question sera examinée à la lumière des argumentations développées par la jurisprudence pour justifier le dépassement du principe du caractère typique des effets de l'annulation contentieuse, afin de vérifier si les règles du contentieux administratif italien pourraient tolérer, voire fonder, la mise en œuvre de la part du juge, d'une évaluation des conséquences de l'annulation ( $\beta$ ).



## **α. Comment concilier le caractère subjectif du jugement de légitimité et le pouvoir de modulation ?**

Comme nous l'avons anticipé *supra*, dans le système du contentieux administratif italien, la modulation pose problème en ce qu'elle va à l'encontre du principe de la correspondance entre ce qui est demandé au juge et l'objet de la décision de ce dernier (*principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato*), exprimé par l'art. 112 du code de procédure civile italien. Les critiques les plus vives à l'arrêt n. 2755 de 2011 se sont concentrées sur cette question<sup>496</sup>. En décidant de moduler les effets de la décision qui accueillait la demande, le juge a en effet méconnu le texte de l'art 34, alinéa 1, du c.p.a., qui prévoit que «*lorsqu'il est fait droit au recours, le juge annule intégralement ou partiellement l'acte attaqué*»<sup>497</sup>.

Dans le cas d'espèce, le juge n'aurait même pas pu invoquer – et, en effet, il ne l'a pas fait – l'art. 34, alinéa 3 du c.p.a., qui prévoit que «*lorsque, au cours de l'instance, l'annulation de l'acte devient inutile pour le requérant, le juge déclare l'illégalité de l'acte, si le requérant a un intérêt à engager la responsabilité de l'administration*»<sup>498</sup>. Même en interprétant la disposition législative comme attributive d'un pouvoir de conversion de l'action d'office – ce que fait la jurisprudence

---

<sup>496</sup> R. Villata, *Ancora "spigolature" sul nuovo processo amministrativo?*, *Dir. proc. amm.*, 2011, 1512 (part. 1516); F.G. Scoca, *Risarcimento del danno e comportamento del danneggiato da provvedimento amministrativo*, *Corr. giur.*, 2011, 988 (part. 989). *Contra*, F. Caringella, *Il sistema delle tutele dell'interesse legittimo alla luce del codice e del decreto correttivo*, *prec.*, 18, qui estime que «*la domanda di annullamento contiene sempre, e per definizione, come il più reca il meno, il quid minus della domanda di mero accertamento dell'illegittimità con effetti non retroattivi o non eliminatori. E' quindi coerente con il principio della domanda di cui all'art. 112 del codice di rito civile una decisione che effettui questo accertamento adottando una misura che eviti di concedere un quid plus rispetto a quanto sia necessario per gratificare in modo pieno il bisogno di tutela*».

<sup>497</sup> Notre traduction.

<sup>498</sup> Notre traduction. Cette disposition législative, introduite par le code du procès, permet au requérant d'obtenir une protection juridictionnelle (sous forme d'une réparation du préjudice subi), lorsqu'il a perdu son intérêt à l'annulation : elle s'explique par le fait qu'en droit italien, le délai de forclusion de l'action en responsabilité envers l'administration est de 120 jours de la date de la création du préjudice ou de l'acquisition de la qualité de chose jugée par la décision d'annulation de l'acte préjudicant l'administré. En l'absence de cette règle, le requérant qui n'a exercé qu'une action en annulation, et qui voit son procès se conclure par un non lieu (pour défaut survenu de l'intérêt à recourir), perdrait définitivement la possibilité d'obtenir la réparation du préjudice.

minoritaire<sup>499</sup> - dans le cas d'espèce une telle opération n'aurait pas été possible, vu que l'association légitimée à agir en annulation pour la protection d'un l'intérêt diffus n'est pas titulaire d'une position subjective apte à être réparée en voie indemnitaire.

L'art. 34, alinéa 3, préc. avait en revanche fondé le raisonnement juridique développé dans une ordonnance rédigée en 2015<sup>500</sup> par la cinquième section du Consiglio di Stato. Le juge y posait à l'assemblée plénière la question de la possibilité de moduler les effets de l'annulation, afin de protéger les situations juridiques nées sous l'empire de l'acte attaqué qui auraient été remises en cause par une annulation aux effets rétroactifs. L'intérêt à la conservation de ces situations juridiques avait été jugé, dans le cas d'espèce, comme supérieur à celui à l'annulation dont se prévalait la requérante<sup>501</sup>. L'assemblée plénière devait donc décider de la conformité au droit de la possibilité de moduler dans la deuxième hypothèse considérée par l'arrêt n. 2755 de 2011, c'est-à-dire dans les cas où la rétroactivité de l'annulation aurait produit des effets «*incongrus o manifestement injustes*»<sup>502</sup> ; en un mot, des effets disproportionnés, au vu de l'intérêt du requérant<sup>503</sup>.

L'ordonnance intervenait au terme d'un parcours assez tortueux. En première instance, le recours, exercé par une concurrente évincée d'un concours public en 1999, avait été rejeté. En appel, la cinquième section du Consiglio di Stato avait avancé la possibilité d'une réforme de la décision de première instance. Cependant, les juges avaient observé qu'une décision favorable à la requérante aurait produit un «*préjudice*

---

<sup>499</sup> Cons. Stato, sez. V, 12 mai 2011, n. 2817, *Urb. App.*, 2011, 1347, note de R. Proietti, *Inutilità dell'annullamento dell'atto e accertamento dell'illegittimità del provvedimento*; Cons. Stato, sez. V, 28 juillet 2014, n. 3997, *Foro amm.*, 2014, 2007; 24 juillet 2014, n. 3939, *Foro amm.*, 2014, 1999; sez. IV, 18 mai 2012, n. 2916, *Urb. App.*, 2012, 1040, note de L. Viola, A. Dapas, *L'art. 34, comma 3 c.p.a. tra inutilità dell'annullamento dell'atto e interesse a ricorrere*.

<sup>500</sup> Cons. Stato, sez. V, ord. 22 janvier 2015, n. 284, in [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it) (dans un sens fortement critique, M. Mazzamuto, *Dalla dequotazione dei vizi «formali» alla dequotazione dei vizi «sostanziali»: ovvero della dequotazione tout court della tutela costitutiva (a proposito di una recente ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria)*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it)).

<sup>501</sup> L'interprétation de l'art. 34, alinéa 3, préc. rendue par la section était d'ailleurs très discutable, vu que la requérante avait constamment réaffirmé son intérêt à l'obtention d'une décision d'annulation.

<sup>502</sup> La locution utilisée paraît parfaitement symétrique à l'expression «*conséquences manifestement excessives de la rétroactivité de l'annulation*», utilisée par le Conseil d'Etat français.

<sup>503</sup> L'évaluation du caractère adéquat de la sanction de l'annulation se traduit, bien évidemment, par un bilan de proportionnalité.

*social*», identifié dans la «*perte du travail de la part des candidats qui avaient gagné le concours [ainsi que] le bouleversement de leur vie et de celle de leurs familles*»<sup>504</sup>.

Sur la base de ces considérations, la section en avait conclu que «*le juge administratif – lorsqu’il s’agit de questions qui concernent des personnes et leur activité professionnelle – ne peut que prendre en charge les conséquences de ses décisions, afin de vérifier qu’elles soient conformes aux principes de proportionnalité, d’équité et de justice*»<sup>505</sup>, et avait donc demandé à l’assemblée plénière de ne procéder qu’à une réparation du préjudice souffert par la requérante.

En s’appuyant sur l’interdiction de se prononcer *ultra petita* et *infra petita*, l’assemblée plénière avait rejeté l’interprétation de l’art 34, alinéa 3 du c.p.a., mise en avant par la cinquième section<sup>506</sup>, en répondant de façon très spécifique à toutes les argumentations développées par cette dernière ; significativement, l’assemblée plénière avait également répondu aux argumentations développées par l’arrêt n. 2755 de 2011<sup>507</sup>.

En premier lieu, l’assemblée plénière avait confirmé que le *giudizio di legittimità* a le caractère d’un syllogisme, ce qui empêche au juge de ne pas annuler l’acte dont il constate l’illégalité. L’assemblée plénière avait ajouté que si le défaut d’un intérêt au recours pouvait inhiber la déclaration autrement «nécessaire» de l’annulation, celui-ci ne pouvait être invoqué dans les cas où cet intérêt subsiste effectivement, indépendamment de la consistance et de l’importance des autres intérêts en présence.

Les juges en avaient donc conclu que la solution imaginée par la cinquième section méconnaissait le caractère subjectif du contentieux administratif, qui - sauf

---

<sup>504</sup> Notre traduction. Cons. Stato, sez. V, ord. 22 janvier 2015, n. 284, préc.

<sup>505</sup> Notre traduction. *Ibid.*

<sup>506</sup> Cons. Stato, ad. plen., 27 avril 2015, n. 4, *Foro it.*, 2015, III, 286, note de A. Travi; *Foro amm.*, 2015, 2207; note de M. Silvestri, *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L’adunanza plenaria n. 4 del 2015*; *Dir. proc. amm.*, 2016, 183, note de D. Turroni, *Justice delayed is (not) justice denied. L’annullamento dell’atto non è «variabile dipendente» della durata del processo*; *Urb. App.*, 2015, note de F. Manganaro e A. Mazza Labbocetta, *La giustizia amministrativa come giurisdizione di natura soggettiva nella sentenza dell’Adunanza plenaria n. 4 del 2015*.

<sup>507</sup> M. Silvestri, *Il principio della domanda nel processo amministrativo. L’adunanza plenaria n. 4 del 2015*, préc., observe que la décision de l’assemblée plénière entretient avec la décision n. 2755/11 «*un fitto dialogo, giungendo a confutarne anche le argomentazioni non riprese nell’ordinanza di rimessione*».

exceptions – constitue la garantie juridictionnelle de la position substantielle des administrés<sup>508</sup>. De la nature du *giudizio di legittimità* découlerait l'impossibilité de déroger à la demande faite par le requérant, et le juge serait toujours tenu de donner à celui-ci «*tout, et exactement tout, ce qu'il a le droit d'obtenir*»<sup>509</sup> en application du droit. Or – en dehors des cas illustrés par l'art. 21 *octies*, alinéa 2, de la loi du 7 août 1990<sup>510</sup> - une fois constatée l'illégalité de l'acte, au vu des moyens formulés par le requérant, l'utilité qui est due à ce dernier est l'élimination, *ex tunc*, de l'acte attaqué.

### **β. Le caractère typique des effets de l'annulation et l'invocation de « principes » et de règles d'origine européenne pour justifier l'annulation: de la nécessité d'une disposition législative ad hoc**

La décision n. 2755 de 2011 avait au contraire affirmé qu'en général, la décision d'annulation ne doit pas nécessairement produire des effets destructeurs ou de rétablissement de la situation *quo ante*, vu que ces effets ne seraient pas explicitement prévus par la loi.

Nous avons déjà observé, dans la première partie de ce chapitre, que, si la jurisprudence a attribué, surtout par le passé, une étendue variable à l'effet de rétablissement de l'annulation (*ripristinatorio*), en fonction des fins poursuivies et, parfois, de l'importance des intérêts en présence, il est absolument pacifique, en doctrine comme en jurisprudence, que l'annulation doit donner lieu au rétablissement

---

<sup>508</sup> E. Follieri, *Due passi avanti e uno indietro nell'affermazione della giurisdizione soggettiva*, *Giur. it.*, 2015, 2192, définit le contentieux subjectif comme une fonctionnalisation du procès à la protection de la situation subjective illégalement préjudiciée par l'acte attaqué.

<sup>509</sup> Selon la formule célèbre de G. Chiovenda, *Istituzioni di diritto processuale civile*, Jovene, Napoli, 1957, 40 et suiv.

<sup>510</sup> Qui impose au juge, dans les cas de compétence liée, de ne pas annuler l'acte si il a été adopté en méconnaissance des règles procédurales ou de forme s'il résulte que son dispositif n'aurait pas pu être différent de celui concrètement adopté. Le juge est aussi tenu à ne pas annuler l'acte attaqué adoptée en méconnaissance de l'obligation de communiquer à l'administré l'ouverture d'une procédure l'intéressant, si l'administration prouve que la décision n'aurait pas pu être différente de celle concrètement adoptée.

de la situation *quo ante*. L'effet *eliminatoire*, lui, n'a par contre jamais été remis en cause.

L'absence d'un vrai débat, dans la doctrine et dans la jurisprudence, concernant la rétroactivité des effets de l'annulation, rendait facile de réfuter cette argumentation : si la loi ne prévoit pas quels sont les effets de l'annulation, c'est bien parce que ces derniers sont tenus pour acquis par la jurisprudence et par la doctrine<sup>511</sup>. Le caractère typique des effets de l'annulation ne serait d'ailleurs qu'une conséquence du caractère typique de l'action en annulation<sup>512</sup>, en tant qu'instrument de garantie de l'intérêt légitime du citoyen préjudicié par l'acte illégal.

Ces conclusions ne pouvaient pas non plus être remises en causes en invoquant les articles 121, 122 et 123 du c.p.a.

On peut à ce sujet observer que ces dispositions ne donnent pas au juge le pouvoir de moduler dans le temps les effets de l'annulation de l'acte d'attribution d'un marché public, qui précède logiquement la décision sur le contrat<sup>513</sup>. En revanche, il est vrai qu'elles permettent de limiter, indirectement, les effets de rétablissement et les effets obligatoires (*effetti ripristinatori e conformativi*) de cette annulation, qui ne produira aucun effet sur le contrat, lorsque le juge estime préférable que concurrent évincé soit indemnisé, aux égards des autres intérêts en présence. Ces dispositions législatives permettent donc, en effet, la mise en balance du droit à une protection effective du requérant et des autres intérêts publics et privés, au maintien du *status quo*.

Il est toutefois nécessaire de noter que ces dispositions législatives sous-tendent une logique différente par rapport aux autres règles du contentieux administratif italien ; elles sont en effet le fruit de la transposition des articles 2 *quinquies* et 2 *sexies* de la directive 1989/665/CEE, modifiée par la directive 2007/66/CE, qui naissaient de la double exigence d'améliorer et d'uniformer les mesures de protection des

---

<sup>511</sup> A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, préc., 938.

<sup>512</sup> A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, préc., 937; E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, préc., 440; A. Giusti, *La «nuova» sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato*, préc.

<sup>513</sup> Così R. Dipace, *L'annullamento tra tradizione e innovazione*, *Dir. proc. amm.*, 2012, 1273 (part. 1377).

concurrents des marchés publics, et de garantir une meilleure application du droit européen dans le secteur stratégique des marchés publics<sup>514</sup>. En particulier, les articles 2 *quinquies* et 2 *sexies* précités imposaient aux États membres d'attribuer à «une instance de recours indépendante» le pouvoir de déclarer la privation d'effets du contrat signé à la suite d'un marché public entaché d'une illégalité grave, et d'établir les conséquences des illégalités moins graves sur le contrat, si besoin à travers l'attribution d'un pouvoir d'évaluation de ces conséquences à l'«instance de recours indépendante»<sup>515</sup>.

Les articles 121 et 122 c.p.a. n'expriment donc pas un principe général, mais plutôt une exception aux règles ordinaires du procès, élaborée au sein d'un système qui ne répond pas aux mêmes logiques du droit processuel italien. On peut généralement remarquer, en effet, que la jurisprudence de la Cour de justice en matière d'effectivité du droit européen (et surtout du droit des marchés publics) sous-tend une conception objective du procès, ce qui a d'ailleurs créé un certain nombre de tensions, au regard du principe de l'autonomie procédurale, avec les règles du procès administratif en droit italien<sup>516</sup>.

Telle est également la perspective qui se cache derrière les dispositions considérées. L'art. 121 c.p.a. impose au juge, même en l'absence d'une demande du

---

<sup>514</sup> Les deux «âmes» de la directive peuvent être décelées dans les «considérant» de la directive: par exemple le considérant n. 13 («afin de lutter contre la passation illégale de marchés de gré à gré, que la Cour de justice a qualifiée de violation la plus importante du droit communautaire en matière de marchés publics de la part d'un pouvoir adjudicateur ou d'une entité adjudicatrice, il convient de prévoir une sanction effective, proportionnée et dissuasive. Par conséquent, un contrat résultant d'un marché de gré à gré illégal devrait être considéré en principe comme dépourvu d'effets. L'absence d'effets ne devrait pas être automatique mais devrait être établie par une instance de recours indépendante ou découler d'une décision prise par une telle instance») et le n. 14 («L'absence d'effets est la manière la plus efficace de rétablir la concurrence et de créer de nouvelles perspectives commerciales pour les opérateurs économiques qui ont été privés illégalement de la possibilité de participer à la procédure de passation de marché.») Dans le premier «considérant» cité, l'inefficacité du contrat a la consistance d'une sanction de la méconnaissance des règles sur la mise en concurrence; dans le deuxième, elle sert à donner une protection plein au concurrent évincé.

<sup>515</sup> Art. 2 *sexies*, alinéa 1 de la directive 2007/66/CE.

<sup>516</sup> Un exemple de ce phénomène est représenté par la jurisprudence sur les «recours croisés», à partir du *leading case* C.J.U.E., X sez., 4 juillet 2013, C-100/12, *Fastweb*, *Foro it.*, 2014, IV, 395, note de A. Travi, et C.J.U.E., Grande Sezione, 5 avril 2016, causa C-689/13, *Foro it.*, 2016, IV, 336, note de G. Sigismondi, *Ricorso incidentale escludente: l'ultimo orientamento della Corte di Giustizia porta all'emersione di un contrasto più profondo.*



requérant en ce sens<sup>517</sup>, de priver le contrat de ses effets, quand l'acte d'attribution du marché résulte entaché d'un vice spécialement grave (défaut de mise en concurrence du marché ou méconnaissance des termes de *stand still*)<sup>518</sup>. Si le requérant n'a pas exprimé un intérêt à reprendre le contrat, la privation des effets a clairement la nature d'une sanction envers l'administration et le cocontractant, qui ont commis une violation manifeste (ou bénéficié d'une violation manifeste) des règles fondamentales de la mise en concurrence du marché<sup>519</sup>.

À tel propos, la limite indiquée par le législateur européen à cette obligation faite au juge, liée à la nécessité de préserver l'intérêt général (que, l'on précise, ne peut coïncider avec un intérêt économique directement lié au contrat même<sup>520</sup>) est particulièrement significative: le maintien des effets du contrat ne peut être justifié sur la base de l'intérêt de l'administration, il ne peut que répondre à un intérêt général. Le juge est donc tenu, dans le cas de violations graves, à mettre en bilan l'intérêt à l'élimination<sup>521</sup> et l'intérêt au maintien du contrat irrégulier.

---

<sup>517</sup> Comme l'indique le présent de l'indicatif utilisé par le législateur («*il giudice che annulla l'aggiudicazione definitiva dichiara l'inefficacia del contratto*»). Parmi la doctrine qui a interprété l'art. 121 dans le sens qu'une obligation s'impose au juge de déclarer l'absence d'effets du contrat (même en l'absence d'une demande du requérant) *ex multis*, R. De Nictolis, *Il recepimento della direttiva ricorsi*, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it) et G. Greco, *Illegittimo affidamento dell'appalto, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d. lgs. 53/2010*, *ibid. Contra*, F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, *Dir. Proc. Amm.*, 2012, 30.

<sup>518</sup> Ces vices sont indiqués par l'art. 121 c.p.a. même, qui reprend presque mot pour mot le premier alinéa de l'art. 2 *quinquies* préc.

<sup>519</sup> En ce sens, cf. G. Greco, *Illegittimo affidamento, sorte del contratto e sanzioni alternative nel d.lgs. 53/2010*, préc. et M. Lipari, *Il recepimento della "direttiva ricorsi": il nuovo processo super-accelerato in materia di appalti e l'inefficacia "flessibile" del contratto*, préc.. *Contra*, F. Cintioli, *Le innovazioni del processo amministrativo sui contratti pubblici (ancora in difesa del processo di parti)*, préc., pour qui vu que la déclaration de l'absence d'effets de l'acte n'est pas une sanction objective mais une mesure de satisfaction de l'intérêt du requérant, qui doit donc toujours la demander au juge. Dans le même sens, avec des argumentations similaires, cf. S. Vaccari, *La dichiarazione di inefficacia del contratto ex artt. 121 e 122 c.p.a. come misura processuale soddisfattoria*, *Dir. proc. amm.*, 2015, 255.

<sup>520</sup> La directive précise que «*l'intérêt économique directement lié au marché comprend notamment les coûts découlant d'un retard dans l'exécution du contrat, du lancement d'une nouvelle procédure de passation de marché, du changement d'opérateur économique pour la réalisation du contrat et d'obligations légales résultant de l'absence d'effets*».

<sup>521</sup> *Rectius*, intérêts: public, à la protection du bien juridique de la concurrence et privé, au rétablissement de la chance d'obtenir le marché.

L'art. 122 c.p.a. suit un modèle similaire, hormis le fait que l'élimination des effets du contrat doit toujours faire l'objet d'une demande du requérant. Dans le cas de violations moins graves, le juge a un pouvoir discrétionnaire encore plus large, lorsqu'il décide des conséquences de l'annulation de l'acte d'attribution du marché : s'il y a lieu, il peut en effet décider de calibrer les effets de la privation d'effets (*ex tunc* ou *ex nunc*), en se basant sur une pluralité de paramètres<sup>522</sup>.

Les dispositions considérées constituent clairement le modèle auquel la sixième section du Consiglio di Stato s'est inspiré dans la rédaction de la décision n. 2755 de 2011 ; pourtant, il n'est pas du tout sûr qu'ils puissent être considérés comme un exemple des pouvoirs du juge sur les effets de l'annulation. On peut même affirmer le contraire: vu qu'il s'agit de dispositions dérogatoires, spéciales, régissant un pouvoir extraordinaire du juge administratif sur des actes juridiques – les contrats – normalement soustraits à son contrôle<sup>523</sup>.

De même, l'invocation des pouvoirs de la Cour de justice concernant les effets de ses arrêts ne convainc pas.

On peut d'abord remarquer que ces pouvoirs ont un fondement positif: actuellement prévus par l'art. 264, co. 2, T.F.U.E. ils étaient auparavant régis par l'art. 174, co. 2, T.C.E.E. et 231 del T.C.E.<sup>524</sup>: ils ne constituent donc pas un «principe» d'origine européenne, comme tel transposable dans le droit national *ex art. 1 c.p.a.*,

---

<sup>522</sup> Le juge peut décider, dans les cas moins «graves», quelles doivent être les conséquences de l'annulation de l'acte d'attribution du marché public sur la base d'une pluralité de paramètres: les intérêts des parties, la possibilité effective pour le requérant d'obtenir l'attribution du marché l'avancement dans l'exécution du contrat et, enfin, la possibilité de reprendre le contrat public en cours d'exécution (*subentro nel contratto*).

<sup>523</sup> En droit italien, les controverses concernant les contrats publics ont toujours été de compétence du juge judiciaire.

<sup>524</sup> À partir des années 1980, la Cour a appliqué ce pouvoir de façon très large, au-delà des limites posées par le Traité : ainsi, la Cour a modulé l'annulation de directives (C.J.C.E. 7 juillet 1992, C-295/90, *Parlement c. Conseil*, in *Foro it.*, 1993, IV, 1), de bilans (C.J.C.E. 3 juillet 1986, C-34/86, *Conseil c. Parlement*, *id.*, 1987, IV, 316) e d'autres actes (C.J.C.E. 28 mai 1998, C-22/96, *Parlement c. Conseil*, *id.*, Rep. 1999, voce Unione europea, n. 1523). En outre, la disposition a été interprétée de façon analogique pour fonder la modulation des arrêts préjudiciels d'invalidité in CGCE, 15 octobre 1980, C-145/79, *Roquette Frères*, *Foro it.*, 1982, IV, 33.

L'art. 264, co. 2, préc. a en revanche un champ d'application plus large, non limité aux annulations de règlements.

mais une disposition de caractère processuel propre à un autre ordonnancement juridique, inapplicable, en soi, en droit italien<sup>525</sup>.

De plus, on peut remarquer que l'art. 264, co. 2, T.F.U.E. attribue à la Cour un pouvoir bien différent de celui dessiné par la décision n. 2755 del 2011: l'élimination de l'acte attaqué est bien prononcée par la Cour, qui peut seulement en manipuler les effets dans le temps.

En dernier lieu, le contexte et les raisons pour lesquelles le juge européen met en œuvre son pouvoir de modulation rendent très difficile une transposition de celui-ci dans l'ordonnancement italien. En effet, les règles des jugements d'annulation devant le juge européen prévoient que les requérants «privilegiés» - c'est-à-dire les institutions ou les États membres – puissent agir en vertu du seul intérêt au rétablissement de la légalité<sup>526</sup>: la juridiction du juge européen a, dans ces cas, un caractère tout à fait objectif. Souvent, d'ailleurs, les requérants n'ont pas un intérêt à une annulation rétroactive des effets de l'acte attaqué, si bien que la question de la modulation peut faire l'objet d'un compromis entre les parties<sup>527</sup>.

Le recours en annulation peut aussi être exercé par des individus ou entités privées ; ces derniers doivent démontrer que les actes les lèsent directement et concrètement<sup>528</sup>: de cela, il résulte logiquement qu'en règle générale, les requérants

---

<sup>525</sup> E. Follieri, *L'ingegneria processuale del Consiglio di Stato*, préc. 442; A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e "non annullamento" dell'atto illegittimo*, préc. 937.

<sup>526</sup> Sur ce point, on peut cependant observer qu'un courant minoritaire affirme que le recours est irrecevable s'il est exercé contre un acte ne faisant pas grief au requérant: C.J.C.E., 18 juin 2002, C-242/00, *Germania c. Commissione*, in [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>527</sup> H. Labayle, *La Cour de justice des Communautés européennes et la modulation des effets de sa jurisprudence: autres lieux ou autres moeurs*, R.F.D.A., 2004, 663, remarquait, en particulier que «l'objet des contentieux interinstitutionnels est généralement marqué davantage par un rapport de force que par un débat de fond. [...] Le principe de l'annulation constitue donc l'enjeu majeur du contentieux et la limitation des effets dans le temps ne le trouble pas.»

<sup>528</sup> L'art. 263, co. 4, T.F.U.E. recite «qualsiasi persona fisica o giuridica può proporre [...] un ricorso contro gli atti adottati nei suoi confronti o che la riguardano direttamente e individualmente, e contro gli atti regolamentari che la riguardano direttamente e che non comportano alcuna misura d'esecuzione.» Sur les conditions de recevabilité du recours en annulation exercé par les requérants non privilégiés, et en particulier, sur l'interprétation jurisprudentielle de l'expression «directement et individuellement concerné», cf. C. Amalfitano, *La protezione giurisdizionale dei ricorrenti non privilegiati nel sistema comunitario*, *Dir. un. eur.*, 2003, 13.

non privilégiés<sup>529</sup> visent l'élimination complète des effets de l'acte qui leur porte préjudice, même dans le passé. Ce type de recours est proche de celui qui est exercé devant le juge administratif italien; toutefois, il n'est pas très fréquent, vu que les actions des requérants non privilégiés sont soumises à des conditions de recevabilité très rigoureuses<sup>530</sup>.

Dans ce genre de jugement, hormis les rares occasions où la Cour a justifié la modulation par des motivations similaires à celles employées par la sixième section du Consiglio di Stato<sup>531</sup>, le juge européen module les effets de l'annulation seulement lorsqu'une raison impérative liée à l'intérêt général l'impose<sup>532</sup>, ou lorsque l'acte n'est entaché que d'un vice formel et d'objectives exigences de protection de la sécurité juridique imposent une annulation *ex nunc* ou aux effets différés<sup>533</sup>.

De fait, dans le contentieux de l'annulation des requérants non privilégiés, les cas de modulation motivés par l'exigence de protéger la sécurité juridique sont relativement rares car, d'une part, le recours ne peut être exercé que dans des termes brefs et, d'autre part, les décisions de la Cour interviennent dans des temps assez rapides. L'acte attaqué ne produit ses effets que pendant un terme relativement court: les conséquences de son annulation sont donc limitées<sup>534</sup>.

Dans le cadre des déclarations préjudicielles d'invalidité, *ex art. 267*, alinéa 1, lettre b) T.F.U.E., l'exercice du pouvoir de modulation prend un caractère différent,

---

<sup>529</sup> Certaines requérants (les États membres, la Commission, le Parlement européen et le Conseil) sont dits privilégiés en ce qu'ils peuvent former un recours en annulation devant la CJUE sans devoir démontrer leur intérêt à agir.

<sup>530</sup> M. Condinanzi, R. Mastroianni, *Il contenzioso dell'Unione Europea*, Giappichelli, Torino, 2009, 109 et suiv.

<sup>531</sup> C.J.C.E., 20 mars 1985, C-264/82, *Timex*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), où la Cour a interprété les intentions de la requérante, et a modulé l'annulation sur la base de ces dernières (alinéa 32).

<sup>532</sup> Cf., par exemple, C.J.C.E., 3 septembre 2008, C-402/05, *Kadi*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu), où la modulation a été fondée sur l'exigence de ne pas éliminer le règlement attaqué, qui prévoyait un certain nombre de mesures adoptées pour lutter contre le terrorisme, parmi lesquelles figurait la le gel des avoirs de certains individus, dont le requérant, associés à Al-Qaeda. La Cour avait reconnu l'illégalité de l'acte pour violation de la procédure d'adoption, ma avait estimé que, dans le fond, on ne pouvait exclure que ces mesures soient justifiées.

<sup>533</sup> Dans ces hypothèses, comme elle le fait dans le cas de recours exercés par les requérants privilégiés, la Cour module les effets de l'annulation afin d'éviter la création d'un vide juridique susceptible d'engendrer une insécurité juridique dans les opérateurs du secteur économique considéré : CJ.U.E., 20 septembre 2017, C-183/16, *Tilly-Sabco S.A.S.*, [www.curia.europa.eu](http://www.curia.europa.eu).

<sup>534</sup> En ce sens, G. Parodi, *Gli effetti temporali delle sentenze di annullamento e di invalidità della Corte di Giustizia delle Comunità Europee*, *Quaderni regionali*, 2007, 319 (part. 331).

tout à fait exceptionnel, parce qu'il a pour effet direct une véritable diminution de la protection juridictionnelle des administrés. D'ailleurs, ce n'est pas un hasard si le juge européen a dû développer des «mesures de sauvegarde», similaires à celles contenues dans le considérant de principe de *AC I*<sup>535</sup>, afin de mettre en balance l'exigence de protection de la sécurité juridique et le droit à une protection juridictionnelle effective du justiciable qui se prévaut de l'illégalité de l'acte européen applicable dans le jugement *a quo*. Selon les exigences prédominantes dans le cas d'espèce, la Cour module ou pas les effets de son arrêt. Si elle module, elle précise si la limitation des effets produit ses effets à l'égard des individus qui avaient introduit un recours devant la juridiction nationale avant la déclaration d'invalidité ou bien si, même pour ces personnes, «une déclaration d'invalidité ayant effet seulement pour l'avenir constitue un remède adéquat»<sup>536</sup>. Dans les deux cas, la Cour met en œuvre un bilan afin de ne pas vider de tout effet utile les recours déjà exercés.

Fonder le pouvoir de modulation du juge administratif sur une argumentation basée à la fois sur le principe de l'effectivité de la protection juridictionnelle et sur le «principe européen» de la modulabilité des décisions est donc particulièrement discutable, en ce que, bien évidemment, lorsque le contentieux (de l'annulation ou préjudiciel en appréciation de la validité) a pour objet la protection d'une position subjective lésée, en général, les pouvoirs de modulation vont à l'encontre d'une protection effective et pleine du requérant ou de la partie se prévalant de l'invalidité<sup>537</sup>.

---

<sup>535</sup> Cf., à tel propos, I, 2, b, β.

<sup>536</sup> Ces mesures de «sauvegarde» du droit au recours effectif ont été développées suite à la «guerre entre juges» suscitée par la jurisprudence *Roquette Frères* (sur ce point, cf. *supra*, I, 3, c., nota n. 133). Pour parer à certaines des critiques exprimées par la jurisprudence et par la doctrine, la Cour avait précisé, dans l'arrêt C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Pinna*, C-41/84, *Foro it.*, 1987, IV, 64, note de F. Rocco, «[quand] Cour fait usage de la possibilité de limiter l'effet dans le passé d'une constatation d'invalidité dans le cadre de l'article 177 du traité, il lui appartient de déterminer si une exception à cette limitation de l'effet dans le temps, conférée à son arrêt, peut être prévue en faveur, soit de la partie qui a introduit le recours devant la juridiction nationale, soit de toute autre personne qui aurait agi de manière analogue avant la constatation d'invalidité, ou si, à l'inverse, même pour des personnes qui auraient pris en temps utile des initiatives en vue de sauvegarder leurs droits, une déclaration d'invalidité ayant effet seulement pour l'avenir constitue un remède adéquat».

<sup>537</sup> Comme le notait A. Giusti, *La "nuova" sentenza di annullamento nella recente giurisprudenza del Consiglio di Stato, préc.*, «la giurisprudenza comunitaria, secondo quanto emerge dai brevi cenni ad essa compiuti, giunge alla scelta di non annullare, sacrificando le aspettative di tutela giurisdizionale [...] e postergando la tutela effettiva alla successiva adozione di un nuovo atto, che si sostituisca a quello censurato».

Pour parer aux critiques liées à un risque de déni de justice (pour refus d'accorder la protection juridictionnelle prévue par le droit positif), le juge italien aurait bien pu prendre pour modèle cette pratique de la Cour de justice, en spécifiant que, hormis les cas où le requérant peut n'a pas intérêt à une annulation *ex tunc*<sup>538</sup> - ce qui lui appartient de préciser dans le contradictoire sur la question des effets de la décision - la modulation ne peut produire ses effets à l'encontre de ceux qui avaient déjà introduit un recours à la date de l'annulation, à moins qu'une annulation aux effets *ex nunc* ou reportés dans le temps ne constitue un remède adéquat<sup>539</sup>.

### **c. Les conditions pour la compatibilité de l'attribution d'un pouvoir de modulation au juge italien avec l'art. 113 Cost.**

Comme nous l'avons montré dans le paragraphe précédent, un principe général qui attribuerait au juge le pouvoir de moduler d'office les effets de l'annulation ne peut être tiré des règles positives régissant le procès administratif en Italie. Ce pouvoir ne pourrait donc, théoriquement, qu'être prévu que par le législateur<sup>540</sup>. Cette hypothèse impose de vérifier si une disposition législative de telle sorte pourrait être compatible, et dans quelle mesure, avec les garanties juridictionnelles de protection envers le pouvoir administratif offertes aux administrés ( $\alpha$ ). Une fois conduite cette recherche, il sera possible de déterminer, *de jure condendo*, quelles pourraient être les conditions pour la mise en œuvre du pouvoir de modulation ( $\beta$ ).

---

<sup>538</sup> Cf., pour ce cas de figure, II, 4, a.,  $\gamma$ .

<sup>539</sup> C.J.C.E., 15 janvier 1986, *Pinna*, C-41/84, préc. Dernièrement, cette même formule peut être lue dans C.J.U.E., 28 avril 2016, C-191/14; C-192/14; C-295/14, C-389/14 et C-391/14 à C-393/14, *Borealis Polyolefine GmbH*, in [www.curia-europa.eu](http://www.curia-europa.eu) (punto 108).

<sup>540</sup> En ce sens, A. Travi, *Accoglimento dell'impugnazione di un provvedimento e «non annullamento» dell'atto illegittimo*, préc., 938; G. Ligugnana, *Il signore della sentenza? Poteri del giudice amministrativo, effetti della decisione e effettività della tutela*, préc., 125.



### **α. Compatibilité de la «non annulation» avec l’art. 113 Cost.**

Par elle-même une disposition législative qui autorise le juge à moduler les effets de l’annulation, en limitant par exemple ses effets de rétablissement (*effetto ripristinatorio*) ou destructeur (*eliminatorio*) ne semblerait pas, de premier abord, entrer en conflit avec l’art. 113, alinéas 1 et 2 de la Constitution italienne<sup>541</sup>.

Ni le premier alinéa – qui parle de protection juridictionnelle, et non pas nécessairement d’annulation – ni le deuxième alinéa - qui interdit une limitation de cette protection à des voies de recours spécifiques ou de spécifiques catégories d’actes – ne seraient en effet violés par une disposition législative qui permette au juge de limiter les effets de l’annulation. D’ailleurs, le troisième alinéa de l’art. 113, qui prévoit que «*la loi détermine les organes de juridiction pouvant annuler les actes de l’administration publique dans les cas et avec les effets que la même loi prévoit*» semblerait même habiliter le législateur à une opération de ce type<sup>542</sup>.

Ainsi, dans le contexte du système de la justice administrative actuel, où la protection offerte par l’annulation ne représente plus la seule garantie juridictionnelle de la situation juridique de l’administré, la protection effective face au pouvoir de l’administration pourrait être assuré par la mise en place d’une garantie de protection alternative, dans les cas de modulation.

Cela est d’ailleurs démontré par le fait qu’actuellement, des dispositions législatives permettant au juge de ne pas prononcer l’annulation de l’acte attaqué illégal ou de ne pas tirer toutes les conséquences de cette annulation existent déjà.

Par exemple, l’art 21 *octies*, alinéa 2, l. 241/1990, interdit au juge d’annuler l’acte dans deux ordres de cas : dans les cas de compétence liée, si l’acte est entaché d’un vice formel ou procédural qui n’a manifestement pas eu d’incidence sur son

---

<sup>541</sup> Ces derniers prévoient, respectivement, que «*la protection juridictionnelle des droits et des intérêts légitimes devant les organes de la juridiction ordinaire ou administrative est toujours admise contre les actes de l’administration publique*» et que «*cette protection juridictionnelle ne peut être exclue ou limitée à des voies de recours particulières ou à des catégories d’actes déterminées*».

<sup>542</sup> F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, *Dir. proc. amm.*, 2008, 319 (part. 344); M. D’Orsogna, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004, 32 et suiv.

contenu, et dans les cas où l'acte est entaché par un vice procédural spécifique (le défaut de communication à l'intéressé du début d'une procédure non contentieuse l'intéressant), si l'administration prouve que l'acte n'aurait pas pu avoir un contenu différent, en l'absence de la violation.

La disposition, qui a transposé en droit positif une solution élaborée par la jurisprudence<sup>543</sup>, a été justifiée sur la base d'une conception «non formaliste» de la validité de l'acte, et par une observation pragmatique : elle n'aurait contribué qu'à éviter l'annulation d'actes que l'administration aurait pu ré-adopter, avec un contenu identique, suite à l'annulation<sup>544</sup>.

La doctrine majoritaire s'est montrée très critique envers cette disposition législative. On a en particulier soutenu que l'art. 21 *octies* préc. comporte une diminution des garanties offertes à l'administré, face à un acte illégal. En effet, l'administré pourrait bien avoir intérêt à une élimination des effets passés et futurs de l'acte attaqué, jusqu'à la ré-adoption d'un acte du même contenu par l'administration. Il aurait d'autant plus intérêt à une annulation dans les cas où le pouvoir de l'administration est soumis à un terme d'exercice, car dans ces hypothèses, l'administration ne pourrait pas réadopter le même acte, à l'issue du procès. Enfin, l'administré pourrait avoir intérêt à une annulation dans l'espoir qu'une modification de la loi attributive du pouvoir empêche l'administration de ré-adopter le même acte, à l'issue du procès<sup>545</sup>.

Sur la base de ces observations, on a pu remettre en cause la compatibilité de l'art. 21 *octies* préc. avec le système des garanties esquissé par l'art. 113, alinéa 1 et 2, Cost.<sup>546</sup>.

---

<sup>543</sup> Sur lesquels cf. V. Cerulli Irelli, *Considerazioni in tema di sanatoria di vizi formali*, in V. Parisio (a cura di), *Vizi formali e procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2005, 101.

<sup>544</sup> L'administré n'aurait donc aucun intérêt au recours: cf. Cons. Stato, sez. V, 23 janvier 2008, n. 14, *Foro it.*, Rep. 2008, voce *Atto amministrativo*, n. 368; 9 octobre 2007, n. 525, *Ibid.*, voce préc., n. 240; sez. VI, 7 juillet 2006, n. 4307, *id.*, Rep. 2006, voce préc., n. 288.

<sup>545</sup> Par ces observations E. Follieri, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, *Urb. App.*, 2005, 625 (part. 626) a remis en cause, au lendemain de l'adoption de l'art. 21 *octies*, alinéa 2, la thèse selon laquelle l'administré n'aurait dans ces cas aucun intérêt à l'annulation, si un acte du même contenu peut être adopté par l'administration à l'issue du procès.

<sup>546</sup> F. Fracchia, M. Occhiena, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies, l. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, [www.giustamm.it](http://www.giustamm.it); D. U. Galetta, *L'art. 21-octies della novellata legge sul procedimento amministrativo nelle prime applicazioni*

En réponse à ces objections, on a soutenu que l'art. 21 *octies* trouverait lui-même son fondement dans la Constitution, puisqu'il vise à garantir le bon fonctionnement et l'économie de l'activité administrative<sup>547</sup>, dans le respect de l'art. 97 Cost. Plusieurs auteurs ont observé que la violation de l'art. 113 Cost. pourrait être tout simplement évitée si l'on interprétait l'art. 21 *octies* préc. dans le sens de permettre au juge de constater l'illégalité de l'acte (tout en rejetant la demande d'annulation), de façon à concéder à l'administré qui ait formulé des conclusions dans ce sens une protection alternative, sous forme d'indemnité, du préjudice subi<sup>548</sup>.

---

*giurisprudenziali: un'interpretazione riduttiva delle garanzie procedurali contraria alla Costituzione e al diritto comunitario, ibid.*; E. Follieri, *L'annullabilità dell'atto amministrativo*, préc., 626; A. Travi, *La legge n. 15/2005: verso un nuovo diritto amministrativo?*, *Corr. Giur.*, 2005, 449 (part. 453); M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, *Dir. Amm.*, 2005, 557.

<sup>547</sup> D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche. Una introduzione*, III ed., Il Mulino, 2005, 355. F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti illegittimi*, préc., 364, nota n. 88, observait toutefois que dans le cas de «non annulation» de l'acte adopté dans l'exercice d'un pouvoir administratif soumis à un terme de forclusion, la disposition ne peut répondre à des exigences d'économie de l'activité administrative: dans ces cas, en effet, un acte du même contenu ne pourrait pas être adopté par l'administration, suite à l'annulation.

<sup>548</sup> M. Renna, *Obblighi procedurali e responsabilità dell'amministrazione*, préc., avait affirmé que l'art. 21 *octies*, alinéa 2, l. 241/1990 pouvait être considérée compatible avec les garanties juridictionnelles prévues par la Constitution, car elle n'empêche pas d'obtenir une réparation du préjudice subi. De la même opinion, L. Ferrara, *La partecipazione tra "illegittimità" e "illegalità". Considerazioni sulla disciplina dell'annullamento non pronunciabile*, *Dir. amm.*, 2006, 103 (part. 114); G. Sala, *Procedimento e processo nella nuova legge 241*, *Dir. proc. amm.*, 2006, 572 (part. 589); D. Sorace, *Diritto delle amministrazioni pubbliche*, préc., 337; A. Romano-Tassone, *Vizi formali e vizi procedurali*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *Il procedimento amministrativo*, Jovene, Napoli, 2007, 215 (part. 231). Pour une opinion différente, cf. F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, préc., 346, pour qui «*le forme di tutela sostitutive devono «assomigliare» all'annullamento. Se non negli effetti, quanto meno nella sostanziale equivalenza delle utilità che esse sono in grado di assicurare. [...] Queste tutele sostitutive non possono corrispondere a ulteriori forme di protezione, già positivamente riconosciute dal sistema delle norme a fianco di quella caducatoria (quali ad esempio potrebbero essere quelle relative alla risarcibilità dell'interesse legittimo). Se [...] queste tutele sostitutive ripetessero altre forme di protezione già attribuite, verrebbe operata una sostanziale riduzione della protezione complessiva riconosciuta al cittadino.*» Ainsi, l'auteur soutenait que la protection alternative de l'administré (par rapport à l'annulation) aurait du passer par une *restitutio a integrum* du bénéficiaire qu'il aurait obtenu pour effet de l'annulation, en plus de la réparation «normale» du préjudice lié à l'acte illégal (*risarcimento del danno da provvedimento illegittimo*, équivalent à la responsabilité de l'administration pour faute). Dès lors, si même acte aurait pu être adopté par l'administration au terme du procès, l'administré devrait être indemnisé pour le préjudice subi pour effet de l'existence de l'acte jusqu'à la date où, raisonnablement, le nouvel acte aurait pu être adopté par l'administration ; dans le cas où le pouvoir n'aurait pas pu exercer au terme du procès (car soumis à un terme d'exercice), le requérant devrait être indemnisé sur la base de l'incidence absolue de l'acte, évaluée sur la base de sa durée.

Si la limitation de la protection traditionnelle de l'administré, représentée par l'annulation, opérée par l'art. 21 *octies* a pu être justifiée dans le but de poursuivre l'intérêt général à l'économie de l'activité administrative, la «non annulation» ou l'annulation limitée dans le temps ou dans ses effets, pourrait bien être justifiée à la lumière de l'intérêt général au maintien du *status quo* ou à éviter la création d'un vide juridique.

Un autre exemple de limitation de la protection représentée par le rétablissement de la situation *quo ante* est fourni par les articles 121 e 122 c.p.a. précités. La jurisprudence précédant la transposition de la directive 2007/66/CE affirmait que le contrat administratif et l'acte d'attribution du marché étaient liés de façon indissoluble (*nesso di presupposizione*)<sup>549</sup>: ainsi, les effets de l'annulation de l'acte d'attribution du marché devrait comporter l'élimination du contrat, afin de rétablir la chance d'obtenir le marché. Or, la possibilité que le contrat ne soit pas éliminé - au titre de l'art. 121, alinéa 2, ou de l'art. 122 c.p.a. - constitue, dans la perspective décrite ci-dessus, une limitation de cette protection juridictionnelle. Cette limitation est considérée compatible avec l'art. 113 Cost. car elle est justifiée par la protection de l'intérêt général (art. 121, alinéa 2; art. 122) ou bien par la protection de la confiance légitime du cocontractant de bonne foi (art. 122) et, surtout, parce qu'une forme de protection alternative est prévue, au bénéfice du requérant qui n'obtienne pas le rétablissement de sa chance d'obtenir le contrat (art. 124, alinéa 1, c.p.a.).

Les dispositions législatives examinées indiquent que si l'on ne peut tirer des règles du contentieux administratif italien un principe général autorisant le juge à limiter les effets matériels et temporels de l'annulation, l'art. 113 ne s'oppose pas, dans l'absolu, à la possibilité, pour le législateur, de prévoir une disposition qui ait ce

---

<sup>549</sup> Sur cette position, cf. C. Benetazzo, *Contratti della P.A. e annullamento dell'aggiudicazione*, C.E.D.A.M., Padova, 2012, 93 et suiv. Cette perspective peut être décelée dans la thèse – encore soutenue, aujourd'hui, par la jurisprudence – selon laquelle l'annulation de l'acte d'attribution du marché comporte la *caducazione automatica* du contrat: cf., dans ce sens, Cons. Stato, sez. IV, 5 mai 2016, n. 1798, *Foro it.*, Rep. 2016, voce *Contratti pubblici*, n. 807; Cons. Stato, ad. plen., 20 juin 2014, n. 14, *Urb. App.*, 2014, 1195, note de A. Longo e E. Canzonieri, *Dopo la stipula del contratto di appalto la p.a. può esercitare solo il recesso*.

contenu, du moment où une protection juridictionnelle de la position subjective de l'administré est quand même garantie.

## **β. De jure condendo : les conditions pour la mise en œuvre du pouvoir de modulation**

L'art. 113 Cost. ne fait donc pas obstacle, dans l'absolu, à l'introduction d'un pouvoir de modulation des effets de l'annulation contentieuse. Ce pouvoir devrait cependant être strictement encadré pour assurer que sa mise en œuvre reste tout à fait extraordinaire (1.), que le débat contradictoire sur la question de la modulation soit garanti (2.) et, enfin, pour qu'une protection alternative soit offerte au requérant ne pouvant obtenir la disparition de tous les effets de l'acte lui faisant grief (3.).

### ***1. Des conditions de mise en œuvre rigoureuses***

Une disposition législative adoptée dans ce but devrait fixer de façon rigoureuse les conditions dans lesquelles le juge pourrait exclure ou limiter les effets de l'annulation, afin de garantir que la mise en œuvre du pouvoir de modulation reste tout à fait exceptionnelle.

Ainsi, *de jure condendo*, le législateur devrait en premier lieu identifier les circonstances en présence desquelles les exigences de maintien de l'acte attaqué peuvent primer sur la demande d'annulation du requérant. L'absence d'une définition des conditions de mise en œuvre du pouvoir pourrait en effet conduire, d'une part, à une banalisation de la modulation et, d'autre part, à un emploi incongru du pouvoir, ce qui serait inacceptable, au vu de la limitation de la protection juridictionnelle demandée par l'administré que la modulation comporte. Ces problèmes sont bien illustrés par la casuistique française examinée, mais aussi par la jurisprudence italienne (à vrai dire, assez limitée pour l'instant) en matière de modulation. Les juges italiens ont en effet fait usage de la technique consacrée dans l'arrêt n. 2755 de 2011 dans des cas très

hétérogènes<sup>550</sup> ou, encore, afin de sauvegarder les intérêts financiers directs de l'administration<sup>551</sup>. *De jure condendo*, la modulation ne devrait être admise que lorsqu'une annulation rétroactive pourrait compromettre un grand nombre de situations juridiques, ou quand elle serait susceptible de créer un vide juridique susceptible de ne pas assurer la protection des droits fondamentaux des administrés, dans l'attente de l'adoption du nouvel acte.

L'intérêt individuel de l'individu ou d'un cercle restreint d'individus ayant un intérêt au maintien de l'acte (*controinteressato*) ne devrait en revanche pas pouvoir primer sur l'exigence de garantir à l'administré la protection demandée par ce dernier. Le juge, neutre et impartial, ne devrait jamais pouvoir sacrifier la position du requérant – protégée par le droit positif - pour faire primer celle d'une des parties défenderesses. Cette interdiction se fonde sur une double considération. En premier lieu, les *controinteressati* ont la possibilité de défendre leur position par le biais de l'exercice de leur droit au contradictoire, au sein du procès. Dans le cas où il soient privés de cette possibilité constitutionnellement garantie (art. 24 et 111 Cost.), ils peuvent toujours faire recours à la tierce opposition, désormais prévue par l'art. 108 c.p.a.. En deuxième lieu, il faut considérer que les *controinteressati* de bonne foi perdants peuvent toujours agir pour l'indemnisation du préjudice subi en conséquence de l'annulation juridictionnelle de l'acte favorable, si les conditions pour l'obtention de cette protection sont réunies<sup>552</sup>.

---

<sup>550</sup> Par exemple, le pouvoir de modulation a été mis en oeuvre par le juge de première instance pour «suspendre» les effets de l'annulation prononcée pendant le temps nécessaire pour exercer le recours en appel (T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 8 mars 2012, n. 121, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)); pour ne pas appliquer la jurisprudence de l'assemblée plénière sur l'ordre d'examen des questions lors de «recours croisés» (T.A.R. Lazio, sez. II *ter*, 13 juillet 2012, n. 6418, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)); pour éviter d'interrompre la l'assainissement d'un site industriel pollué, qui avait été ordonné à l'entreprise exploitante, car, malgré l'illégalité de l'istruzione réalisée par l'administration avant d'adopter la décision, l'entreprise requérante «*non ha affatto dimostrato, sino ad ora, di essere totalmente estranea all'inquinamento verificatosi*» (T.A.R. Piemonte, sez. I, 9 août 2017, n. 960, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>551</sup> Pour un exemple très clair : T.A.R. Umbria, sez. I, 18 janvier 2013, n. 19, préc.

<sup>552</sup> Cass. sez. un., ord. 13 mars 2011, n. 6594, n. 6595 e 6596, préc., et 4 septembre 2015, n. 17586, *Dir. proc. amm.*, 2016, 564, note de C.E. Gallo, *La lesione dell'affidamento sull'attività della pubblica Amministrazione* e in *Riv. giur. edil.*, 2015, 1059, note de M. Sinisi, *Annullamento della concessione per la realizzazione e la gestione del porto turistico*. In Cass., sez. un., ord. 4 septembre 2015, n. 17586 préc., en particulier, le juge spécifiait que la position juridique de confiance légitime ne peut être assimilée à la situation individuelle d'intérêt légitime à la conservation de l'acte favorable : ce qui est



Enfin, il serait également opportun d'interdire au juge, dans une éventuelle disposition législative relative au pouvoir de modulation, que le pouvoir puisse être mis en œuvre pour la seule protection des intérêts économiques de l'administration. Vu que la modulation va aux dépens du requérant, elle ne devrait se justifier que sur la base d'un intérêt général qui n'ait pas une nature exclusivement économique<sup>553</sup>.

À tel propos, le législateur pourrait s'inspirer de la formulation de l'art. 2 *quinquies*, dir. 1989/665/CEE, modifié par la dir. 2007/66/CE<sup>554</sup>. Transposée à la question de la modulation des effets de l'annulation, celle-ci pourrait donner le résultat suivant : *«la modulation des effets de l'annulation ne peut être mise en œuvre afin de protéger les intérêts économiques de l'administration. Ces derniers consistent, entre autre, dans les obligations de restitution ou de remboursement qui découleraient d'une annulation ex tunc de l'acte, ainsi qu'aux coûts liés au nouvel exercice du pouvoir administratif.»*

## ***2. Des conditions de mise en oeuvre qui permettent le débat contradictoire***

En premier lieu, il serait opportun de fixer des conditions de mise en œuvre du pouvoir qui permettent aux parties d'exercer le contradictoire sur la question de la modulation, au titre de l'art. 73, alinéa 3, c.p.a. Au cours de ce débat contradictoire, le

---

indemnisé correspond au droit subjectif à la conservation de l'intégrité du patrimoine. Les fondements de la responsabilité fautive de l'administration sont dans ce cas trois: *« l'essere stato il provvedimento ampliativo emesso illegittimamente, dall'essere stato l'agire della p.a. nella sua adozione, in ragione delle circostanze concrete, determinativo di affidamento incolpevole, dall'essere stato il provvedimento illegittimo rimosso (perché tale) in modo ormai indiscutibile»*. Cf., dans ce sens, Cass. civ., sez. un., ord. 23 janvier 2018, n. 1654, *Foro it.*, Rep. 2018, voce *Responsabilità civile*, n. 4. Sur la responsabilité de l'administration pour lésion de la confiance légitime, cf. F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole con l'Amministrazione*, *Dir. proc. amm.*, 822 (part. 845 s..).

<sup>553</sup> Sur le modèle de la jurisprudence de la Cour de Justice : cf. I, 2, d., β.

<sup>554</sup> Qui prévoit que *«gli interessi economici legati direttamente al contratto in questione non costituiscono esigenze imperative legate ad un interesse generale. Gli interessi economici legati direttamente al contratto comprendono, tra l'altro, i costi derivanti dal ritardo nell'esecuzione del contratto, i costi derivanti dalla necessità di indire una nuova procedura di aggiudicazione, i costi derivanti dal cambio dell'operatore economico che esegue il contratto e i costi degli obblighi di legge risultanti dalla privazione di effetti»*.

juge pourrait acquérir les informations nécessaires pour l'adoption d'une décision motivée sur la question des effets de l'arrêt, ce qui garantirait aussi une décision qui offre un meilleur équilibre des intérêts en présence. Pour ne pas aggraver excessivement la charge probatoire des parties (et, en particulier, du requérant), le juge devrait pouvoir également mettre en œuvre d'office des mesures d'instruction sur la question des effets de la décision de l'annulation.

En deuxième lieu, avant de mettre en œuvre la modulation, le juge devrait toujours vérifier si, dans les circonstances de l'espèce, la protection alternative de l'indemnisation peut véritablement satisfaire l'intérêt du requérant. L'impossibilité de remédier à la lésion engendrée par l'acte illégal par la voie de l'indemnisation devrait faire obstacle à la mise en œuvre du pouvoir. Bien évidemment, cela comporte que l'acte qui porte atteinte à un droit fondamental de l'individu ne devrait être maintenu en vie sous aucun prétexte, vu que la lésion de ces droits n'est pas susceptible d'être réparée en voie seulement indemnitaire.

Une fois établi que le requérant peut être satisfait par le biais d'une mesure alternative, le juge devrait pouvoir évaluer la technique de modulation la plus appropriée aux exigences présentées par le cas d'espèce.

### *3. Quelle garanties pour l'administré, au lieu de l'annulation?*

Avant de conclure, il est nécessaire d'examiner brièvement quelles sont les formes de protection alternatives qui, *de jure condendo*, pourraient être prévues par le législateur pour garantir une protection effective au requérant, ce qui représente le point le plus problématique de la question. Bien évidemment, la protection offerte par une indemnisation du préjudice subi par effet de l'acte illégal et celle offerte par l'annulation de l'acte ne sont pas tout à fait équivalentes, sur le terrain de la satisfaction de l'administré.

En premier lieu, du point de la charge de la preuve, la demande d'indemnisation du préjudice implique un effort bien supérieur par rapport à la demande d'annulation

d'un acte, qui se traduit par une difficulté majorée d'obtenir une condamnation à la réparation du préjudice subi<sup>555</sup>.

Du point de vue substantiel, la protection offerte par l'annulation est en outre en général préférable par rapport à une protection par le biais d'une indemnisation du préjudice subi. L'équivalence de la protection offerte devrait être évaluée par le juge au cas par cas, spécialement dans les hypothèses où le requérant se prévaut d'un intérêt qui ne peut être satisfait que par un nouvel exercice du pouvoir administratif (*interesse pretensivo*). Dans ces hypothèses, le requérant devrait pouvoir obtenir une réparation pleine du préjudice subi par effet de la privation de la *chance* d'obtenir le bien auquel il tend. Or, la jurisprudence italienne en matière d'indemnisation de la perte de chance requiert que le requérant prouve que, si le pouvoir avait été bien exercé, il aurait eu de fortes probabilités d'obtenir ce bien<sup>556</sup>. L'application de ce *standard* rendrait toutefois excessivement difficile la réparation du préjudice subi par le requérant dans les cas où ce dernier a été privé de la possibilité d'obtenir l'annulation de l'acte par effet de la modulation. Pour garantir une protection véritablement équivalente, il faudrait donc que dans des cas de ce type, le juge condamne l'administration à indemniser le requérant du moment où il constate qu'il aurait été simplement concrètement possible pour lui d'obtenir le bien<sup>557</sup>.

---

<sup>555</sup> Ce problème pourrait être résolu, *de jure condendo*, en prévoyant qu'à la «non annulation» il soit réparé par une indemnité liée au préjudice subi pour effet du maintien de l'acte, comme imaginé par F. Volpe in *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, préc., 359 et suiv. Une disposition de ce type pourrait servir à sauvegarder les intérêts du requérant lorsqu'il est nécessaire moduler, en évitant de qu'il soit tenu de prouver les éléments fondateurs de la responsabilité civile, *ex art. 2043 c.c.*

<sup>556</sup> La giurisprudenza mairitaria accoglie tale criterio, detto «eziologico», nel valutare se al ricorrente spetti il risarcimento della *chance* perduta per effetto dell'illegittimo esercizio del potere: Ainsi, *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 25 février 2016, n. 762, *Foro it.*, 2016, III, 468, note de richiami; sez. V, 30 juin 2015, n. 3249, *id.*, 2015, III, 440, note de F. Trimarchi Banfi, *La chance giuridicamente rilevante: esistenza e consistenza*.

<sup>557</sup> Tale è la tesi sostenuta da una parte minoritaria della giurisprudenza: cf., ad esempio, T.A.R. Lazio, sez. I *ter*, 12 mars 2015, n. 4063, *Urb. e app.*, 2015, 706, note de O. Caputo, *La perdita di chance ontologica approda nelle aule della giustizia amministrativa*.

### **III. La sécurité juridique et les garanties offertes à l'administré en Italie et en France : considérations finales**

---

L'importance croissante de l'exigence de protéger la sécurité juridique a débouché, en France, sur le choix d'introduire un pouvoir de modulation des effets de l'annulation ; en Italie, comme nous l'avons vu, la modulation reste une pratique encore très limitée et critiquée.

On peut alors se demander quelles pourraient être les raisons du différent «succès» de la modulation, et de son fondement, la protection de la sécurité juridique, en Italie et en France.

Une première explication de cette différence d'approche peut être recherchée dans la cohérence de l'introduction de la modulation avec le mouvement, déjà bien amorcé en France, d'étoffement des pouvoirs du juge de l'excès de pouvoir, qui évolue aujourd'hui vers un rôle de « juge de l'intérêt général » (1.).

Une deuxième explication possible a trait à la différence dans les garanties de protection juridictionnelle effective offertes à l'administré dans le système italien et français (2.)

Enfin, la pénétration limitée de l'exigence de protéger la sécurité juridique, dans le contexte des annulations contentieuses, peut aussi être expliquée à la lumière des caractéristiques du *giudizio di legittimità*, qui ne se prête pas autant que le contentieux de l'excès de pouvoir à l'élimination d'actes pouvant avoir des répercussions sur une multitude de situations juridiques (3.).

#### **1. LE JUGE ADMINISTRATIF, DE GARDIEN DE LA LEGALITE A GARDIEN DE L'INTERET GENERAL**

Le juge du contentieux de l'excès de pouvoir connaît aujourd'hui un fort étoffement de ses pouvoirs. Son rôle a en effet beaucoup évolué dans les dernières années : de gardien

de la légalité, il devient de plus en plus le gardien de l'intérêt général, y compris de l'intérêt à la protection de la sécurité juridique (a.).

En revanche, ce même mouvement est à peine amorcé en Italie, où il rencontre des résistances très fortes, aussi car il semble buter contre les principes d'impartialité du juge et de parité des parties (b.).

On peut à tel propos se demander quelles sont les garanties offertes au justiciable, face à une mise en balance de son droit à une protection juridictionnelle effective avec l'intérêt général : si le juge se fait administrateur, qui contrôle l'activité du juge ? (c.).

### **a. Le bilan sur l'opportunité de la sanction de l'annulation: quel futur pour le «nouveau» contentieux de la légalité?**

L'introduction du pouvoir de modulation s'inscrit dans un mouvement jurisprudentiel qui a vu un progressif élargissement des pouvoirs du juge administratif.

Ce mouvement a été fondé, entre autre, sur un emploi de plus en plus important de la méthode du bilan, qui a permis un élargissement progressif des limites traditionnelles du contrôle juridictionnel<sup>558</sup>. Utilisée pour la première fois dans l'arrêt *Ville Nouvelle Est*<sup>559</sup>, afin de contrôler de façon plus pénétrante la proportionnalité d'une opération conduite par l'administration, au vu des autres intérêts en présence, la méthode du bilan a été successivement étendue à d'autres secteurs<sup>560</sup>.

---

<sup>558</sup> A. Van Lang, *op. cit.*, 1056. Sur la notion de *intérêt général*, cf., pour ce qui concerne la modulation, F. Melleray, O. Dubos, *La modulation dans le temps des effets de l'annulation de l'acte administratif*, préc., 14, et, en général, D. Truchet, *Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat*, L.G.D.J., 1977, 357 ss.

<sup>559</sup> C.E., Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, Lebon, 409, conclusions G. Braibant.

<sup>560</sup> Cf., par exemple, in C.E., 29 janvier 2003, *Commune de Clans et Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes*, R.F.D.A., 2003, 477, conclusions C. Maugué, où l'on affirmait que «lorsque le juge administratif est saisi d'une demande d'exécution d'une décision juridictionnelle dont il résulte qu'un ouvrage public a été implanté de façon irrégulière il lui appartient, pour déterminer [...] si l'exécution de cette décision implique qu'il ordonne la démolition de cet ouvrage, de rechercher, d'abord, si, eu égard notamment aux motifs de la décision, une régularisation appropriée est possible ; que, dans la négative, il lui revient ensuite de prendre en considération, d'une part, les inconvénients que la présence de l'ouvrage entraîne pour les divers intérêts publics ou privés en présence et notamment, le cas échéant, pour le propriétaire du terrain d'assiette de l'ouvrage, d'autre part, les conséquences de la démolition pour l'intérêt général, et d'apprécier, en rapprochant ces éléments, si la démolition n'entraîne pas une atteinte excessive à l'intérêt général.»

Aujourd'hui, la méthode du bilan est principalement employée dans deux buts différents : afin de vérifier la légalité d'un acte, à travers un contrôle de proportionnalité de l'action administrative<sup>561</sup>, et pour évaluer les coûts et les bénéfices de l'application de la sanction prévue pour l'illégalité de l'acte<sup>562</sup>, comme il arrive dans le jugement sur la modulation des effets de l'annulation.

Le premier type de bilan naît comme méthode de contrôle sur les choix opérés par l'administration. Le deuxième type de bilan est en revanche fondé sur la volonté de trouver un point d'équilibre entre la nécessité de rétablir la légalité<sup>563</sup> et la protection de l'intérêt général, dont la sécurité juridique est une des composantes<sup>564</sup>. Dans cette hypothèse, le bilan est appliqué par le juge à lui-même. La technique sous-tend l'idée que la sanction de l'annulation, ainsi que ses conséquences « ordinaires », ne doivent pas systématiquement suivre la constatation de l'illégalité de l'acte ; celles-ci ne devraient être appliquées que si elles sont appropriées (*rectius*, proportionnelles) par rapport aux circonstances concrètes du cas d'espèce<sup>565</sup>.

Cette évaluation sur la proportionnalité des conséquences de l'illégalité s'inscrit, elle aussi, dans un autre courant, plus large, de la jurisprudence administrative française

---

<sup>561</sup> Cf. C.E., Ass., 28 mai 1971, *Ville Nouvelle Est*, préc. ; C.E. Ass., 28 mars 1997, *Fédération des comités de défense contre le tracé est de l'autoroute A28, Lebon*, 123.

<sup>562</sup> Dans cette deuxième catégorie l'on peut classer la jurisprudence relative aux « réserves d'intérêt général », (cf. F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, préc.) : C.E., 29 janvier 2003, *Commune de Clans et Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes*, préc. ; C.E. 26 février 2003, *M. et Mme Bour*, A.J.D.A., 2003, 729, chronique F. Donnat, D. Casas).

A. Van Lang, *op. cit.*, 1053 ss. parle du bilan mis en oeuvre par le juge qui décide de l'opportunité d'une modulation comme d'un « bilan de la seconde génération », parce qu'à la différence du bilan de « première génération », il intervient dans la phase de la détermination des conséquences de l'illégalité. La technique des *réserves d'intérêt général* a été critiquée par la doctrine (J.B. Auby, *À propos des réserves d'intérêt général*, D.A., juin 2003, repères n. 6), qui a souligné que ce mécanisme « revient à établir, au profit de l'Administration, une sorte d'immunité partielle d'exécution ». À tel propos, Auby se demandait « s'il est absolument normal que ce soit le juge lui-même qui pose la règle selon laquelle telle ou telle conséquence de la chose jugée cédera devant des exigences d'intérêt général [...] Le problème est que le principe - inhérent à l'État de droit - qui impose de tirer les conséquences des décisions juridictionnelles n'appartient pas au juge, et qu'il n'appartient donc pas à lui de lui fixer des limites. Spécialement lorsque sont en cause des droits fondamentaux. »

<sup>563</sup> Ce rétablissement peut être aussi matériel : cf. C.E., 29 janvier 2003, *Commune de Clans et Syndicat départemental de l'électricité et du gaz des Alpes-Maritimes*, préc. e C.E., 26 février 2003, *M. et Mme Bour*, préc..

<sup>564</sup> A. Van Lang, *op. cit.*, 1077.

<sup>565</sup> V. Coq, *Nouvelles recherches sur les fonctions de l'intérêt général dans la jurisprudence administrative*, L'Harmattan, 2015, 414 ss., parle, à ce propos, d'une « sanction "adaptée" des irrégularités ».



des dernières années, qui a transformé l'annulation de sanction «automatique» de l'illégalité à «*sanction «proportionnée» à l'illégalité commise»*<sup>566</sup>.

On peut relier à ce courant jurisprudentiel différentes jurisprudences qui visent à éviter des annulations considérées comme inopportunes<sup>567</sup>. Dans cette perspective, la jurisprudence a affirmé que le juge peut décider de ne pas annuler l'acte illégal lorsque l'administration aurait pu prendre la même décision, sur la base d'un autre texte lui conférant le même pouvoir<sup>568</sup>, ou sur la base d'un autre motif, indiqué par l'administration<sup>569</sup>, ou encore, en situation de compétence liée, d'office, si la décision

---

<sup>566</sup> Cf., C. Broyelle, *Contentieux administratif*, préc., 165. C. Mialot, *L'arrêt Danthony du point de vue du justiciable*, A.J.D.A., 2012, 1484 parle d'un procès de «*relativisation de la légalité, qui devient de plus en plus la chose du juge et de moins en moins la chose des parties*».

Après C.E., ass. 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, A.J.D.A., 2018, 1206, note S. Roussel e C. Nicolas, *Contentieux des actes réglementaires : bouquet final*; D.A., octobre 2018, comm. n. 45 di G. Eveillard, *La limitation du contrôle de la légalité externe des actes réglementaires* (sur laquelle, *amplius*, cf. *infra*), la doctrine française a exprimé un certain malaise face à la prolifération des solutions élaborées par le Conseil d'Etat pour éviter l'annulation ou pour éviter que celle-ci puisse produire tous ses effets: cf., en ce sens, B. Plessix, *Le droit administratif, droit de l'acte réglementaire*, D.A., 2018, repère n. 7. L'auteur notait qu'«*en 2004, dans l'affaire Association AC!, quand le Conseil d'Etat a souhaité procéder à un rééquilibrage entre les exigences de la légalité et celles de la sécurité juridique, tout le monde a compris et applaudi [...]. Quatorze ans plus tard, en jugeant que dans le cadre de l'exception d'illégalité d'un acte administratif réglementaire, le requérant ne peut soulever que des vices tenant à la compétence, au détournement de pouvoir et à la légalité des règles qu'il fixe, le balancier serait allé en sens contraire trop loin. El Bahi, Hallal, Association AC!, Smirgeomes, Béziers I, Danthony, Département Tarn-et-Garonne, Czabaj, et maintenant CFDT Finances: tout se conjugue pour restreindre l'exercice du recours contre les actes administratifs, pour assouplir l'obligation faite à l'administration de respecter la légalité.*»

<sup>567</sup> C. Broyelle, *ibid.* Les cas d'«*illégalité sans annulation*» – pour reprendre une expression utilisée par B. Seiller, *L'illégalité sans annulation*, A.J.D.A., 2004, 963 – sont motivés sur la base de l'inutilité d'une annulation (l'administration pourrait reprendre la même décision) ou de son «*caractère néfaste*».

<sup>568</sup> La première application de ce principe a été faite dans C.E., 8 mars 1957, *Sieur Rosé et autres, Lebon*, 147. In C.E., 3 décembre 2003, *El Bahi, Lebon*, 479, conclusions J. H. Stahl; A.J.D.A., 2004, chronique D. Casas e F. Donnat, le juge a précisé que la base légale invoquée doit prévoir les mêmes garanties pour l'administré que celle appliquée à tort.

<sup>569</sup> C.E., 6 février 2004, *Hallal, R.F.D.A.*, 2004, 740, conclusions I. Silva; A.J.D.A., chronique F. Donnat e D. Casas (avant 2004, la technique ne pouvait être utilisée que dans des cas de compétence liée : C.E., 23 juillet 1976, *Ministre du Travail c/ URSSAF du Jura, Lebon*, 362). Le commissaire I. Silva avait prôné l'extension, sur la base de l'exigence de «*prévenir un nouveau contentieux, dès lors que l'administration peut et souhaite reprendre, en cas d'annulation par le juge, une décision à la portée identique qui reposerait sur un nouveau motif légalement fondé. [...] Il en résultera une triple économie de temps et de charge contentieuse : pour l'administration, pour le requérant, pour le juge. Il nous paraît, en définitive, raisonnable de ne pas annuler une décision qui est légalement justifiée, même si le bon motif n'a pas été trouvé à temps*».

En droit italien, la motivation successive de l'acte est en principe interdite (*principio di divieto di motivazione postuma*) mais cette interdiction peut être dérogée, en présence de trois conditions : le droit au contradictoire non contentieux de l'administré ne doit pas avoir été méconnu ; l'administration doit se trouver dans une situation de compétence liée et enfin la motivation alternative doit pouvoir être

attaquée aurait dû avoir le même contenu, en l'absence de l'illégalité constatée<sup>570</sup>. La jurisprudence *Danthony* de 2011<sup>571</sup> a tiré toutes ses conséquences de cette logique, en consacrant le principe selon lequel «*si les actes administratifs doivent être pris selon les formes et conformément aux procédures prévues par les lois et règlements, un vice affectant le déroulement d'une procédure administrative préalable, suivie à titre obligatoire ou facultatif, n'est de nature à entacher d'illégalité la décision prise que s'il ressort des pièces du dossier qu'il a été susceptible d'exercer, en l'espèce, une influence sur le sens de la décision prise ou qu'il a privé les intéressés d'une garantie*»<sup>572</sup>.

Une partie majoritaire de la doctrine française considère cette jurisprudence une concession (opportune) d'une marge d'erreur à l'administration, face à une série d'obligations que «*chacun s'accorde à considérer trop lourdes*»<sup>573</sup>.

En Italie, cette logique a eu beaucoup de mal à se faire accepter par la doctrine: il suffit de penser aux critiques extrêmement vives qui ont fusé lors de l'adoption de l'art. 21 *octies*, alinéa. 2, l. 241/1990<sup>574</sup>, dont le champ d'application apparaît, par ailleurs, bien plus restreint par rapport au principe exprimé dans *Danthony*. De même, les tentatives d'affirmer un pouvoir de modulation des effets de l'annulation ont été

---

décélée des actes de la procédure non contentieuse (Cons. Stato, sez. V, 20 août 2013, n. 4194, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Atto amministrativo*, n. 360 ; sez IV, 7 juin 2012, n. 3376, *ibid.*, voce préc., n. 361).

<sup>570</sup> C.E., 8 juin 1934, *Augier, Dalloz*, 1934, III, 31, conclusions M. Josse. En cas de compétence liée le juge peut également neutraliser les vices d'*illégalité interne* (C.E., 30 septembre 1998, *Ministre de l'Intérieur c. M. Mansouri, Lebon*, 346) et d'*illégalité externe* (C.E., 14 mai 2003, *Syndicat des sylviculteurs, A.J.D.A.*, 2003, 1149, conclusions M. Guyomar).

<sup>571</sup> C.E., 2 décembre 2011, *Danthony*, préc. La jurisprudence *Danthony* a récemment trouvé une nouvelle itération dans C.E., ass. 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, préc.

<sup>572</sup> Le Conseil d'Etat avait qualifié le principe exprimé dans *Danthony* comme préexistant à l'art. 70 de la loi citée. Cette disposition avait été par ailleurs fortement critiquée par la doctrine (par exemple cf. P. Cassia, *Vers une immunité contentieuse des avis rendus par les organismes consultatifs ? À propos de l'article 35 de la proposition de loi n° 1890 portant simplification et amélioration de la qualité du droit*, *J.C.P. A.*, 2010, act. 789 ; B. Delaunay, *Les réformes tendant à améliorer les relations des citoyens avec les administrations*, *A.J.D.A.*, 2011, 1180).

<sup>573</sup> B. Seiller, *L'illégalité externe, commode bouc émissaire*, *A.J.D.A.*, 2012, 1609. Sur la faveur de la doctrine pour la solution consacrée dans *Danthony*, cf., critiquement, R. Hostiou, *Simplification du droit, sécurité juridique et nouvel office du juge administratif*, *R.F.D.A.*, 2012, 423. Aujourd'hui, un certain malaise apparaît dans la doctrine : cf. B. Seiller, *Droit à l'erreur: pour qui?*, *A.J.D.A.*, 2018, 1465 et, du même auteur, *Assez d'AC! A.J.D.A.*, 2018, 937. Des considérations de la même teneur avaient déjà été développées par F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, préc., 161 à propos des réserves d'intérêt général.

<sup>574</sup> Sur ce point cf. II, 4, b., α.

accueillis avec une grande hostilité par la doctrine italienne qui y a vu, d'une part, une inacceptable restriction des garanties fondamentales de protection juridictionnelle envers les actes de l'administration et, d'autre part, un élargissement inopportun des pouvoirs du juge.

Les juges italiens semblent, eux, bien plus favorables à l'inclusion de ce pouvoir dans la gamme des instruments à leur disposition. Cela est démontré par la fréquence avec laquelle les juges citent l'arrêt n. 2755 de 2011, qui est généralement qualifié, dans la jurisprudence, de *leading case* en matière de limitation des effets de l'annulation<sup>575</sup>. La faveur démontrée par la jurisprudence pourrait être liée à la volonté croissante du juge italien de contrôler et de « gérer » les conséquences de ses décisions, à la manière du juge français ou européen.

Cette volonté n'apparaît pas seulement dans le contexte du contentieux de la légalité. Très récemment, elle est ressortie, par exemple, dans l'arrêt d'assemblée n. 13 de 2017<sup>576</sup>, où le juge administratif a, pour la première fois de façon explicite, modulé les effets de sa jurisprudence nouvelle (en posant un véritable « régime transitoire » des situations juridiques en cours) ou encore, dans un arrêt de la sixième section du Consiglio di Stato, dans lequel le juge a affirmé que la réforme, en appel, de la décision favorable de première instance ne peut en aucun cas compromettre les situations acquises par le requérant de bonne foi dans l'attente des résultats de l'appel<sup>577</sup>. Dans

---

<sup>575</sup> Dans ce sens, *ex multis*, cf. Cons. Stato, sez. VI, 6 avril 2018, n. 2133, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); ad. plen., 20 décembre 2017, n. 13, préc.; sez. III, 11 décembre 2017, n. 5840, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Piemonte, sez. I, 9 août 2017, n. 960, préc.; T.A.R. Lazio, sez. I, 12 mai 2016, n. 5652, préc.; T.A.R. Marche, sez. I, 19 juin 2016, n. 486, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); T.A.R. Campania, sez. VII, 8 mai 2016, n. 2571, *ibid.*; T.A.R. Molise, sez. I, 4 mai 2015, n. 187, *ibid.*; Cons. Stato, sez. VI, 27 avril 2015, n. 2116, préc.; Cons. Stato, sez. VI, 9 avril 2015, n. 1782, préc.

<sup>576</sup> Cons. Stato, ad. plen., 20 décembre 2017, n. 13, préc.

<sup>577</sup> Cons. Stato, sez. VI, 16 avril 2018, n. 2268, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it), qui a fait application des principes sous-tendus à l'art. 4, co. 2 bis, d.l. 30 juin 2005, n. 168 (qui prévoit, dans certaines conditions, la « stabilisation » des examens passés sur la base d'une admission aux preuves concédée en référé) en estimant que « nel caso di specie, vi sia [...] una situazione di affidamento, con avvio in buona fede di un articolato percorso di studio, quasi completato, che merita un trattamento non dissimile a quello previsto dal sopra richiamato art. 4-bis quando vi sia stato il conseguimento di una abilitazione professionale o di un titolo nei casi ivi previsti. » La décision relie la solution adoptée à une « tendance évolutive » de la jurisprudence italienne: la VI section parle, à tel propos, d'un courant jurisprudentiel qui permet que « il giudice amministrativo [...] nell'esercizio dei propri poteri conformativi può determinare quale sia la regola più giusta, che regoli il caso concreto, tenendo conto

tous ces cas, le juge italien a réalisé un bilan entre les coûts et les bénéfices des décisions, bien que de façon moins analytique que son homologue français<sup>578</sup>.

La rareté des cas effectifs de modulation dans la jurisprudence administrative italienne laisse toutefois penser à une forme de *self restraint* des juges. Ce *self restraint* pourrait être dû, d'une part, aux fortes critiques de la doctrine à l'encontre de l'arrêt n. 2755 de 2011 et de l'ordonnance n. 284 de 2015, ainsi qu'au rejet partiel de cette jurisprudence par l'assemblée plénière n. 4 de 2015<sup>579</sup>. D'autre part, il pourrait aussi être lié au fait que, bien qu'il s'intéresse de plus en plus aux conséquences de ses décisions, le juge italien, à la différence de son homologue français, n'a pas, traditionnellement, le rôle de gardien de l'intérêt général. En droit italien, en effet, l'intérêt général est encore vu comme l'apanage de l'administration et du législateur : le juge s'y intéresse que lorsqu'il décide sur une demande de référé<sup>580</sup>.

## **b. Le problème de l'identification des circonstances justifiant une modulation (ou pas): une charge supplémentaire pour le requérant?**

D'ailleurs, le fait que la décision juridictionnelle soit fondée sur la nécessité de protéger un intérêt général pose un certain nombre de problèmes, du point de vue pratique.

Dans les cas où les conséquences de l'annulation apparaissent «manifestement excessives», le juge français met en balance, d'une part, l'exigence de rétablir la

---

*della normativa applicabile nella materia in questione e dell'esigenza che non si producano conseguenze incongrue o asistematiche».*

<sup>578</sup> Le bilan n'est pas explicite, mais il ressort des termes utilisés par le juge: les conséquences de l'annulation doivent être «cohérentes», «non incongrues» (Cons. Stato, 10 mai 2011, n. 2755, préc.), non «exorbitantes» (Cons. Stato, 11 décembre 2017, n. 5840, préc.); l'application de la règle des effets *ex tunc* de l'annulation non «incongrue e manifestament injuste» (T.A.R. Campania, sez. VII, 8 mai 2015, n. 2571, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>579</sup> Cons. Stato, ad. plen., 22 janvier 2015, n. 4, préc., a d'ailleurs repris les argumentations développées par la doctrine dans les commentaires à l'arrêt n. 2755/2011.

<sup>580</sup> A. Travi, *Lezioni di giustizia amministrativa*, préc., 284.

légalité et de protéger le requérant de façon effective et, d'autre part, l'intérêt général, qui impose un maintien des effets de l'acte. Cet intérêt général peut avoir des contenus très hétérogènes, comme le montre la casuistique<sup>581</sup>; c'est bien le juge qui, de cas en cas, définit sa portée. Ainsi, cette notion, qui présente «une infinité de possibilités»<sup>582</sup>, permet au juge d'adapter sa décision aux circonstances du cas d'espèce<sup>583</sup>.

La modulation, et l'identification de l'intérêt général que celle-ci sous-tend, impose au juge une connaissance des circonstances du litige qui va outre les faits fondant ou s'opposant à l'accueil de la requête. L'évaluation des conséquences de l'annulation demanderait des enquêtes approfondies sur des circonstances de fait qui peuvent bien être différentes par rapport à celles alléguées par les parties ; de plus, selon la complexité des effets produits par l'acte attaqué, cette enquête pourrait nécessiter un apport de compétences techniques (l'on pense, par exemple, à l'analyse de l'impact de la disparition d'un acte réglementaire sur un secteur économique ou sur le fonctionnement d'un service public donné)<sup>584</sup> qui peuvent excéder les moyens du juge.

Dans la pratique, l'identification des faits de nature à justifier une annulation s'impose aux parties, considérées, en général, comme à même de pouvoir prévoir les conséquences de l'annulation. Cette charge paraît très lourde, en ce qui concerne le requérant, qui n'est plus seulement tenu d'alléguer les faits qui fondent sa prétention, mais également (s'il a un intérêt dans ce sens) les faits de nature à convaincre le juge qu'il est préférable d'annuler l'acte attaqué avec des effets rétroactifs. Cet élargissement de l'objet du procès peut bien bénéficier à l'administration défenderesse, qui probablement dispose de plus d'informations – ou de moyens de se les procurer – sur les conséquences possibles de l'annulation<sup>585</sup>.

---

<sup>581</sup> Cf. I, 2, d.

<sup>582</sup> A. Van Lang, *op. cit.*, 1064.

<sup>583</sup> *Ibid.* L'auteur finit d'ailleurs par se demander si le bilan ne constitue pas, en dernière instane, une manifestation du phénomène de la victoire de la casuistique sur la théorie (cf. *ibid.*, 1081).

<sup>584</sup> L'on peut penser, sur ce point, au *leading case AC!*, où l'on fondait la modulation sur la nécessité d'éviter une démultiplication des demandes de remboursements qui «serait susceptible d'affecter profondément la continuité du régime d'assurance chômage».

<sup>585</sup> En droit français, comme en droit italien, les règles régissant l'instructoire dans le procès administratif ont été pensées en référence à la disparité ordinaire entre l'administration défenderesse et le requérant, ce qui a conduit à affirmer «la charge de la preuve n'existe pas» (Y. Galmot, *Conclusions sous C.E.*, 22 septembre 1966, *Tochou*, *R.D.P.*, 1966, 584.) Cf., sur ce point, E. Piwnica, *La charge de*

Ce problème pourrait avoir aujourd'hui acquis des dimensions importantes. B. Seiller notait, en 2017, que l'administration demande désormais systématiquement la modulation<sup>586</sup>. Hormis les situations dans lesquelles le requérant n'a aucun intérêt à l'élimination des effets déjà produits par l'acte attaqué, cela signifie que le requérant est systématiquement chargé de répondre à l'administration sur ce point, et de démontrer la prépondérance de l'intérêt au rétablissement de la légalité et de son droit à un recours effectif sur l'intérêt au maintien des effets de l'acte.

### **c. Le contrôle de l'évaluation des conséquences de l'annulation par le juge de dernier ressort**

L'identification de l'intérêt général à la conservation de l'acte de la part du juge pose deux autres problèmes.

Du point de vue pratique, lorsqu'une détermination exacte des conséquences de l'annulation de l'acte apparaît excessivement compliquée, le juge peut bien se baser sur une évaluation approximative de celles-ci. Cette circonstance, unie au caractère vague de la notion d'intérêt général rend difficile de prévoir quelles sont les circonstances en présence desquelles la modulation sera mise en oeuvre<sup>587</sup>, ce qui peut apparaître paradoxal, à la lumière du fait que la modulation tend précisément à préserver la sécurité juridique<sup>588</sup>.

---

*la preuve devant le juge administratif*, in AA.V.V., *Pouvoir et devoir d'instruction du juge administratif*, Mare et Martin, 2017, 35).

<sup>586</sup> B. Seiller, *Assez d'AC !*, préc.

<sup>587</sup> P. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, préc., 150, critiquait en particulier le caractère indéfini de la notion d'intérêt général, en notant que «cette indétermination pose un véritable problème de sécurité juridique».

D'ailleurs, comme le notait B. Pacteau in *La sécurité juridique: un principe qui nous manque?*, A.J.D.A., 1995, 151, la notion de *sécurité juridique* est elle-même indéfinie : l'on peut donc l'invoquer pour fonder des solutions tout à fait hétérogènes et même contradictoires.

<sup>588</sup> Cf., dans ce sens, F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, préc., 155. Du principe de sécurité juridique l'on pourrait en effet tirer l'obligation de protéger l'attente légitime du requérant à une élimination complète de l'acte illégal de l'ordonnement juridique, ou du moins une possibilité de prévoir les cas dans lesquels cette élimination peut n'avoir que des effets limités.



La marge d'appréciation très large accordée au juge, quant à la décision sur les conséquences de l'annulation, a été vue par une partie de la doctrine française comme un retour du juge administrateur<sup>589</sup>. L'utilisation de la notion d'intérêt général de la part du juge semblerait d'ailleurs aller dans cette direction. En effet, l'identification de l'intérêt général et sa protection est traditionnellement l'apanage de l'administration<sup>590</sup>. Dans ce sens, l'emploi de cette notion de la part du juge administratif français montre le rôle particulier qu'il exerce: le juge est en effet non seulement le protecteur des droits des administrés, mais aussi, *latu sensu*, le garant de la bonne administration<sup>591</sup>.

Or, ce double rôle peut parfois apparaître problématique, au vu des garanties constitutionnelles de séparation des pouvoirs et de la protection juridictionnelle effective, surtout si l'on considère que l'activité juridictionnelle du Conseil d'État, juge de la cassation, ne peut être objet d'ultérieurs recours. En droit italien, en revanche, une limitation injuste du droit à une protection juridictionnelle effective pourrait relever d'un excès de pouvoir juridictionnel<sup>592</sup>, comme tel critiquable par le biais d'un pourvoi en Cassation<sup>593</sup>.

---

<sup>589</sup> B. Pacteau, *Vicissitudes (et vérification) de l'adage: juger l'administration, c'est encore administrer*, in A.A.V.V., *Mélanges Franck Moderne*, Dalloz, 2004, 317; F. Donnat, D. Casas, *L'office du juge administratif dans la jurisprudence récente du Conseil d'Etat*, *Dr. Adm.*, 2004, 9. Relativement à l'utilisation «prétorienne» de l'injonction, la même observation avait été faite par C. Broyelle, *De l'injonction légale à l'injonction prétorienne: le retour du juge administrateur*, *Dr. Adm.*, 2004, 6, 8-14.

<sup>590</sup> Dans le *rapport public* de 1999, dédié à l'intérêt général, le Conseil d'Etat le définissait comme la «*justification primordiale du droit public*» (cf. Conseil d'Etat, *L'intérêt général*, La documentation française, 1999, 288).

<sup>591</sup> Ainsi, explicitement, B. Genevois in *Etat des lieux du contentieux administratif*, *Cah. fonct. publ.*, septembre 2005, p. 10, pour qui le juge administratif aurait la «*double mission de sauvegarde du développement des services publics au nom de l'intérêt général et de protection des droits des administrés*».

<sup>592</sup> Sur l'évolution de la notion d'excès de pouvoir juridictionnel, cf. A. Lamorgese, *Eccesso di potere giurisdizionale e sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, in [www.federalismi.it](http://www.federalismi.it); A. Cassatella, *L'eccesso di potere giurisdizionale e la sua rilevanza nel sistema giustizia*, *Riv. Trim. Dir. Pubbl.* 2018, 635.

<sup>593</sup> Pour A. Corpaci, *Note per un dibattito in tema di sindacato della Cassazione sulle sentenze del Consiglio di Stato*, *Dir. pubbl.*, 2013, 341, dans le champ de la notion «*motivi inerenti alla giurisdizione*», indiquée par l'art. 111, co. 9, Cost., rentrent aussi les inobservances «*da parte del giudice tributario della giurisdizione, dei «tratti essenziali» della forma di tutela che è chiamato ad erogare*».

## 2. LA GARANTIE DE LA PROTECTION JURIDICTIONNELLE ET LA LIMITATION DES EFFETS DE L'ANNULATION

Le succès de la jurisprudence *AC!*, et, plus en général, de l'attribution au juge de l'excès de pouvoir d'évaluer les conséquences de l'annulation, à la lumière de «l'intérêt général» au maintien de l'acte ou de ses effets peut être expliquée en vertu de la conception du droit au recours (a.) et du droit à une protection juridictionnelle effective (b.) accueillies en droit français.

### a. Droit au recours et modulation des effets de l'annulation

La modulation des effets de l'annulation limite le droit au recours contre les actes adoptés sur le fondement de l'acte annulé, pour tous ceux qui n'ont pas introduit un recours basé sur l'illégalité de l'acte, à la date de l'annulation. D'après O. Mamoudy<sup>594</sup>, cette limitation pourrait d'ailleurs être étendue par le juge aux recours déjà introduits à la date de l'annulation, en dérogeant à la règle fixée à partir du *leading case AC!*<sup>595</sup>. Dans certaines applications de la jurisprudence *AC!*, en effet, la mention explicite de la réserve des actions déjà engagées a disparu<sup>596</sup>, tandis que, toujours d'après O. Mamoudy, dans trois arrêts de 2010, le juge aurait précisé, de façon elliptique, qu'il lui revient de choisir si réserver ou pas les actions déjà engagées<sup>597</sup>.

---

<sup>594</sup> O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, préc.

<sup>595</sup> Cf. *supra* (cf. I, 2, β, 2).

<sup>596</sup> Par exemple, cette mention manque de C.E., 9 mars 2018, *Société électricité de France et autres*, n. 407516, 407547, 408809, 409065; 30 décembre 2010, *Robert*, préc.; 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies*, préc. ; 5 mars 2008, *Société TFI et autres*, préc. ; 12 décembre 2007, *Sire*, préc. ; 12 décembre 2007, *Vignard*, préc. Dans certains cas, la mention a été même éliminée du considérant de principe (così, ad esempio, C.E., 30 décembre 2010, *Robert*, préc. ; 12 décembre 2007, *Sire*, préc.; 12 décembre 2007, *Vignard*, préc.)

<sup>597</sup> O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, préc., interprète ainsi la formule «*considérant que, lorsque le juge administratif décide de limiter dans le temps des effets de l'annulation de l'acte attaqué devant lui, il est tenu, au regard du droit des justiciables à un recours effectif, de réserver les actions contentieuses engagées contre les actes pris sur le fondement de l'acte en cause à la date de sa décision d'annulation ; qu'il lui revient toutefois de tenir compte de ces actions contentieuses dans son appréciation de la nécessité de différer dans le temps les effets de l'annulation [...]*» contenue dans C.E., 17 décembre 2010, *SFIB*, préc. ; 17 décembre 2010, n. 315832 e 17 décembre 2010, n. 314308 in

Si l'on tient pour vraie l'interprétation de Mme Mamoudy, la modulation pourrait se traduire en une limitation absolue du droit au recours en annulation<sup>598</sup> contre tous les actes adoptés sur le fondement des actes annulés.

Le fait que, malgré les conséquences de la modulation sur le droit au recours des tiers, la doctrine française ait généralement<sup>599</sup> accueilli favorablement l'introduction du pouvoir de modulation n'est toutefois pas aussi étonnant qu'il pourrait paraître à un lecteur italien.

À partir des années 1950, en vertu de la jurisprudence *Dame Lamotte*<sup>600</sup>, le Conseil d'État a consacré le principe général du droit en vertu duquel toute décision administrative peut toujours faire l'objet d'un recours pour excès de pouvoir<sup>601</sup>. Dès lors, des dérogations à ce principe ne peuvent être prévues que par des textes législatifs. Cela serait admissible, car la Constitution de 1958, à la différence de la Constitution italienne, ne prévoit pas explicitement un droit d'ester en justice contre les actes de l'administration, ni une interdiction de limiter l'accès à la protection juridictionnelle à des voies de recours particulières ou à des catégories d'actes déterminées.

---

[www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr). Cette hypothèse est confortée par O. Bui Xuan, *Modulation pour le passé des effets d'une annulation contentieuse*, préc., qui mentionne que la question de la possibilité d'exclure la réserve avait été déjà affrontée dans les conclusions non publiées de S.J. Liéber à l'affaire *SFIB*. De nos recherches, il ressort que cette exclusion n'a jamais été appliquée. D'après A.-C. Bezzina, *2004-2014 : les dix ans de la jurisprudence AC !*, préc., le *considérant* de ces trois arrêts de 2010 indique que le nombre d'actions contentieuses engagées contre les actes adoptés sur le fondement de l'acte attaqué constitue un des éléments dont le juge doit tenir compte dans l'évaluation de l'opportunité de la modulation.

<sup>598</sup> Comme en droit italien (depuis 2010), en droit français la protection indemnitaire peut être obtenue même en l'absence de l'annulation de l'acte faisant grief (cf., sur ce point, C. Mantero, *Indemnisation de l'illégalité : le vademecum*, *A.J.D.A.*, 2016, 800). A. Courrèges, J.H. Stahl, *La modulation dans le temps des effets d'une annulation contentieuse*, préc., avaient bien précisé que «*s'agissant de l'impact de la modulation des effets des annulations sur des contentieux mettant en cause la responsabilité de la puissance publique, il nous paraît qu'il convient de s'en tenir à l'idée qu'un dispositif d'annulation différée ne saurait avoir pour conséquence d'interdire de rechercher la responsabilité des collectivités publiques.*»

<sup>599</sup> Récemment, la fréquence de la modulation a été objet de critiques en doctrine. Dans ce sens, cf. B. Seiller, *Assez d'AC !*, *A.J.D.A.*, 2018, 937 et, précédemment, O. Mamoudy, *D'AC! à M6 en passant par Danthony*, préc.

<sup>600</sup> C.E., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, *Lebon*, 110; *R.D.P.*, 1951, 479, conclusions J. Delvolvé e in A.A.V.V., *G.A.J.A.*, 21° ed., 2017, 362.

<sup>601</sup> Dans ses conclusions sous C.E., 17 février 1950, *Dame Lamotte*, préc., J. Delvolvé qualifiait le *recours pour excès de pouvoir* comme la «*garantie essentielle des citoyens et de la cité*» : la protection des droits des administrés est sa finalité ultime, mais elle n'est garantie qu'indirectement, comme le note H. Lepetit-Collin, *Recherches sur le plein contentieux objectif*, *L.G.D.J.*, 2011, 75.

À partir des années 1990, la jurisprudence du Conseil constitutionnel a identifié la base constitutionnelle interne du droit à une protection juridictionnelle dans l'art. 16 de la D.D.H.C.<sup>602</sup>. Le droit au recours a d'abord été interprété par le Conseil constitutionnel comme une garantie inéliminable des seuls droits et principes fondamentaux<sup>603</sup>. Par la suite, le Conseil constitutionnel a élargi le champ d'application de ce droit, en affirmant qu'«*en principe, il ne doit pas être porté d'atteintes substantielles au droit des personnes intéressées d'exercer un recours effectif devant une juridiction*»<sup>604</sup>. La nouvelle formulation du principe laisse ouverte la possibilité de dérogations, en présence d'exigences impératives, comme celle de la sécurité juridique<sup>605</sup> : il ne s'agit donc pas d'une règle absolue, comme celles énoncées par les articles 24 et 113 de la Constitution italienne, et interprétés de façon extrêmement rigoureuse par la Cour constitutionnelle italienne<sup>606</sup>.

Il est d'ailleurs arrivé que le législateur français limite la possibilité d'obtenir une protection juridictionnelle contre de particuliers actes, entachés de certains vices. Ainsi, par exemple, en 1994, l'art. L-600-1 du code de l'urbanisme, qui fixait en six mois le terme pour pouvoir exciper l'illégalité de certains types d'actes généraux en matière d'urbanisme pour vices de forme ou de procédure<sup>607</sup>, a été jugé conforme par

---

<sup>602</sup> La première décision qui a fondé le droit au recours sur l'art. 16 della D.D.U.C. est Cons. const., 21 janvier 1994, n. 93-335 DC, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr), relative à l'art. L-600-1 du Code de l'urbanisme, sur laquelle cf. *infra*. Pour une reconstruction historique des emplois de l'art. 16 D.D.H.C. dans la jurisprudence du Conseil constitutionnel, cf. R. Fraisse, *L'article 16 de la Déclaration, clef de voûte des droits et des libertés*, *Nouveaux Cahiers Const.*, 2014, n. 44.

<sup>603</sup> Dans ce sens, cf. M. Bandrac, *L'action en justice, droit fondamental*, in A.A.V.V., *Nouveaux juges, nouveaux pouvoirs, Mélanges en l'honneur de Roger Perrot*, Dalloz, 1995, 1, qui citait en particulier Cons. const., 13 août 1993, n. 93-325 DC, part. punto 86, *Dalloz*, 1994, 111, note D. Maillard Desgrées du Loû, *Inconstitutionnalité de l'interdiction du territoire automatiquement rattachée à un arrêté de reconduite à la frontière* et Cons. const., 9 avril 1996, n. 96-373 DC, part. punti 84 e 85, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>604</sup> Cons. const., 9 avril 1996, n. 96-373 DC, [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>605</sup> Cette possibilité était en effet explicitement admise: cf., dans ce sens, T. Renoux, *Contrôle de constitutionnalité de la loi relative à l'autonomie de la Polynésie française*, *Dalloz*, 1998, 153. La doctrine actuelle n'est cependant pas d'accord sur ce point : in A.A.V.V., *G.A.J.A.*, préc., 364, ion lit «*qu'une disposition législative qui viendrait à soustraire un acte administratif à tout contrôle juridictionnel heurterait aussi bien la norme internationale que la norme constitutionnelle*».

<sup>606</sup> Cf., per un esempio risalente di tale rigore, Corte Cost., 27 juin 1958, n. 40, [www.giurcost.org](http://www.giurcost.org).

<sup>607</sup> La disposition dérogeait au principe, énoncé in C.E., 29 mai 1908, *Poulin, Lebon*, 580, qui permet de contester l'acte réglementaire, après l'expiration des délais du recours, à l'appui des conclusions dirigées contre la décision prise en application du règlement, par un mécanisme très similaire à la «*doppia impugnativa*», sur lequel cf. *infra*, III, 3, a, β.

le Conseil constitutionnel<sup>608</sup>, sur la base de trois argumentations : le champ d'application limité de la disposition législative, l'exigence impérative d'éviter l'insécurité juridique dans le secteur considéré et la possibilité de faire quand même valoir l'illégalité, après l'expiration des délais de recours, par le biais d'un recours contre le refus d'abroger l'acte illégal<sup>609</sup>.

Ce même *standard* a été confirmé en 2015, lorsque le Tribunal Administratif de Toulouse a saisi le Conseil d'État de la constitutionnalité de l'art. L. 1434-3-1 du code de la santé publique, qui fixe en six mois le terme pour exciper d'illégalité du projet régional de santé pour vices de forme ou de procédure<sup>610</sup>. En employant les mêmes argumentations développées par le Conseil constitutionnel dans la décision n. 93-335 DC, le Conseil d'État avait affirmé que la disposition était compatible avec l'art. 16 D.D.H.C.<sup>611</sup>.

S'il est admissible que le législateur limite, pour des exigences de protection de la sécurité juridique, la possibilité d'attaquer – soit même par la voie de l'exception - certains actes, en vertu de certains moyens, il n'est pas si choquant que le juge puisse limiter la possibilité d'attaquer un certain nombre d'actes-conséquences, pour des vices liés à l'illégalité de l'acte initial. D'ailleurs, les conditions de mise en œuvre de la modulation semblent conformes aux conditions posées par le Conseil constitutionnel aux égards du législateur.

En premier lieu, en effet, la modulation a un champ d'application limité (forcément bien plus limité qu'une loi sectorielle): elle ne comporte que l'exclusion de la possibilité de recourir contre les actes adoptés sur le fondement de l'acte annulé, qui ne soient pas autrement viciés.

---

<sup>608</sup> Cons. constitutionnel, 21 janvier 1994, n. 93-335 DC, in [www.conseil-constitutionnel.fr](http://www.conseil-constitutionnel.fr).

<sup>609</sup> C.E., 10 janvier 1930, *Despujol, Lebon* 645 et Ass., 3 février 1989, *Compagnie Alitalia*, préc.

<sup>610</sup> C.E., 19 avril 2015, *S.A.S. Clinique d'Occitanie*, n. 387773, [www.conseil-etat.fr](http://www.conseil-etat.fr).

<sup>611</sup> Si l'art. L. 600-1 del *code de l'urbanisme* s'applique seulement à «certains actes relevant du seul droit de l'urbanisme», l'art. L. 1434-3-1 del *code de la santé publique* concerne les seuls «plans régionaux de santé et à leurs composantes»; les deux dispositions sont fondées sur l'exigence d'éviter l'insécurité juridique dans les secteurs considérés. Enfin, le Conseil d'Etat, comme le Conseil constitutionnel, observait que les actes réglementaires illégaux auraient pu être attaqués par la voie du recours contre le refus d'abroger.

En deuxième lieu, la modulation est justifiée sur la base de raisons prépondérantes (sinon impératives) de protection de la sécurité juridique. En se fondant sur une mise en balance des bénéfices et des inconvénients concrets d'une annulation rétroactive, elle garantit une justification du sacrifice du droit au recours sur la base de raisons concrètes inhérentes au cas d'espèce.

C'est surtout cette caractéristique, qui semblerait avoir contribué à rendre acceptable la modulation, du point de vue du sacrifice du droit à la protection juridictionnelle. L'on pense, à tel propos, aux critiques très vives que la doctrine française a adressé à la décision *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*<sup>612</sup> de mai 2018. Ces critiques se sont principalement fondées sur le caractère disproportionné du sacrifice de la légalité (et du droit au recours, ajoutons-nous) que l'arrêt a consacré. À la différence des autres techniques de sauvegarde de l'acte illégal et de ses effets (y compris de la modulation), la jurisprudence *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT* n'a pas été justifiée sur la base d'une comparaison entre les coûts et les bénéfices d'une application pleine du principe de légalité: l'atteinte excessive à la sécurité juridique<sup>613</sup>, et le caractère véniel des vices de forme et de procédure qui peuvent affecter les actes réglementaires ont été en effet simplement postulés<sup>614</sup>.

Toujours du point de vue des limites posées par la jurisprudence constitutionnelle et conventionnelle en matière de droits au recours, on peut enfin observer que la modulation apparaît aussi préférable par rapport à une autre forme de lois limitatives du droit au recours : les lois de validation<sup>615</sup>.

---

<sup>612</sup> C.E., ass. 18 mai 2018, *Fédération des finances et des affaires économiques de la CFDT*, A.J.D.A., 2018, 1009. La décision a été fortement critiquée par G. Eveillard, *La limitation du contrôle de légalité externe des actes réglementaires*, préc.; B. Seiller, *Droit à l'erreur: pour qui?*, préc.; M. Touzeil-Divina, *La puissance publique – après 2 mois – peut se moquer de l'Etat de droit: RIP l'exception d'illégalité*, JCP A., 2018, actualité n. 469 ; D. De Bechyllon, *La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires*, R.F.D.A., 2018, 662.

<sup>613</sup> Le principe de sécurité juridique n'est pas explicitement cité dans la décision, mais il est invoqué pour justifier la solution adoptée dans les conclusions de A. Bretonneau (in R.F.D.A., 2018, 649).

<sup>614</sup> G. Eveillard, *La limitation du contrôle de légalité externe des actes réglementaires*, préc.. Dans le même sens, cf. D. De Bechyllon, *La limitation dans le temps de l'invocation des vices de forme et de procédure affectant les actes réglementaires*, R.F.D.A., 2018, 662.

<sup>615</sup> La loi de validation trouve son équivalent, en droit italien, dans la loi dite de *sanatoria*, sur laquelle cf. R. Tarchi, *Le leggi di sanatoria nella teoria del diritto intertemporale*, Giuffrè, 1990; et récemment, M. Massa, *Giusto processo e dinamica delle norme nel tempo: l'art. 6 CEDU e le leggi*



Comme l'avait remarqué le commissaire du gouvernement Devys dans ses conclusions relatives au cas *AC!*, la modulation peut constituer un instrument de stabilisation des effets de l'acte illégal alternatif à la validation<sup>616</sup>, qui, avant 2004, représentait le seul remède praticable lorsque l'annulation risquait d'être excessivement préjudiciable pour la sécurité juridique<sup>617</sup>.

Sur ce point, on a noté de façon critique que la modulation, qui se traduit par une sorte de validation juridictionnelle, présuppose la mise en œuvre d'une évaluation de caractère politique, d'identification de l'intérêt général au maintien de l'acte attaqué, qui pourrait être considérée exorbitante par rapport à la fonction juridictionnelle<sup>618</sup>.

Toutefois, il existe des raisons sérieuses pour préférer la modulation à la validation législative. En premier lieu, vu que la modulation est mise en œuvre par le même juge qui prononce l'annulation, elle ne comporte pas les problèmes liés à l'ingérence du législateur dans l'activité juridictionnelle impliqués par la validation<sup>619</sup>. En deuxième lieu, à la différence de la validation, la modulation permet l'exercice du contradictoire

---

*retroactive*, in G. Bombelli, L. Ferla, P. Mastrolia (a cura di), *Quaestiones iuris*, vol. I, 2018, 225 (part. 233).

D'après la CEDH, les lois de validations répondant à des motifs impérieux d'intérêt général sont compatibles avec l'art. 6 CEDH (cf. le *leading case* CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski e Pradal c. Francia*, R.F.D.A., 2000, 289, note B. Mathieu, *Les validations législatives devant la Cour de Strasbourg: une réaction rapide du Conseil constitutionnel mais une décision lourde de menaces pour l'avenir de la juridiction constitutionnelle* e *ibid.*, 1254, note S. Bolle, *L'inconventionnalité d'une validation législative conforme à la Constitution*.) Le Conseil constitutionnel avait initialement fixé des conditions d'admissibilité de ces lois bien moins rigoureuses (Cons. Const. 22 juillet 1980, n. 80-119 DC, A.J.D.A., 1980, 480 e 602, note G. Carcassonne; R.D.P., 1980, 1658, note Favoreu), qui ont été progressivement «durcies»: Cons. Const., 21 décembre 1999, n. 99-422 DC, A.J.D.A., 2000, 48, note J. E. Schoettl, *Loi de financement de la sécurité sociale pour l'an 2000*. À partir de 2014, il Conseil constitutionnel s'est conformé au standard de la CEDH en la matière (cf., sur ce point punto, Cons. Const., 14 février 2014, n. 2013-366 QPC, A.J.D.A., 2014, 1204, note J. Roux, *Du «but d'intérêt général suffisant» au «motif impérieux d'intérêt général»: les mots et les choses*).

<sup>616</sup> D'après C. Devys, le juge devrait moduler si «*les effets déstabilisateurs* [de l'annulation] *rendraient le recours à une loi de validation à la fois inévitable et admissible*».

<sup>617</sup> En fait, la CEDH et le Conseil constitutionnel admettent que les lois de validations soient adoptées pour des raisons d'intérêt général différentes par rapport à la nécessité de préserver la stabilité des situations juridiques nées sous l'empire de l'acte illégal. Certains auteurs ont toutefois remarqué que seules les exigences de protection de la *semblent* pouvoir justifier pleinement ces lois: cf., sur ce point, B. Mathieu, *Valeur et portée des validations législatives devant le juge constitutionnel: un nouvel équilibre entre les considérations liées à l'intérêt général et celles relatives à la garantie des droits?*, R.F.D.A., 1998, 148.

<sup>618</sup> F. Brenet, *Les réserves d'intérêt général*, préc. 157.

<sup>619</sup> CEDH, 28 octobre 1999, *Zielinski e Pradal c. Francia*, préc. citait le risque d'«*ingérence du pouvoir législatif dans l'administration de la justice, dans le but d'influer sur le dénouement judiciaire du litige*».

entre les parties sur la question des effets de l'arrêt, ce qui rend plus « acceptable » la limitation du droit au recours qui s'ensuit. Enfin, la modulation apparaît préférable car elle rend manifeste, contextuellement à l'annulation, la limitation du droit au recours; elle ne frustre donc pas, dans ce sens, la confiance des administrés dans la possibilité d'obtenir gain de cause dans un recours pour l'annulation de l'acte adopté sur le fondement de l'acte déclaré illégal<sup>620</sup>. Dans la pratique, la modulation semble d'ailleurs avoir effectivement remplacé, du moins en partie, l'instrument de la validation législative : d'après J.E. Schoettl, l'introduction du pouvoir de modulation aurait sensiblement réduit le nombre de lois de validations<sup>621</sup>.

S'il est vrai que la modulation est un instrument de protection de la sécurité juridique alternatif à la loi de validation, elle devrait, comme la validation, avoir caractère exceptionnel, en raison de la limitation du droit au recours qu'elle comporte : tout en étant admissible, celle-ci doit également être justifiée par des motifs impératifs et exceptionnels<sup>622</sup>.

On peut donc conclure que la modulation ne contraste pas, en soi, avec le droit au recours. Toutefois, l'on peut considérer que, si les circonstances de l'espèce ne justifient pas la mise en oeuvre de la modulation, la limitation du droit au recours doit être considérée comme très problématique. Sur ce point l'on peut observer, avec B. Seiller, que « *le juge administratif ne saurait faire ce qu'il interdit au législateur* »<sup>623</sup>.

---

<sup>620</sup> A.-L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, L.G.D.J., 2005, 408.

<sup>621</sup> J.E. Schoettl, *Ce fut AC !*, A.J.D.A., 2014, 116, observait que « *de l'échantillon des cas fichés d'utilisation, par le Conseil d'Etat, de la modulation d'une annulation, je tire de plus la conviction que vingt validations législatives ont été évitées.* » Les lois de validation n'ont toutefois sûrement pas disparu, et il est d'ailleurs arrivé, au moins dans un cas, que suite au refus du Conseil d'Etat de moduler les effets de l'annulation (C.E. 18 octobre 2006, *Fédération des services CFDT et autres, Lebon.* 2006, 427, conclusions Ch. Devys.), le législateur ait adopté une loi de validation- destinée à sauvegarder les effets de l'acte jusqu'au moment de l'adoption du nouvel acte - que le Conseil constitutionnel a déclaré conforme (Cons. Const., 14 décembre 2006, n. 2006-544 DC, R.F.D.A., 2007, 134, note E. Schoettl, *La sanction constitutionnelle de l'abus du droit d'amendement dans la loi de financement de la sécurité sociale pour 2007*).

<sup>622</sup> Le Conseil d'Etat devrait, en définitive, appliquer à ses modulations le même *standard* qu'il applique aux *lois de validation* (quant à leur nécessité). D'ailleurs, le Conseil d'Etat s'est toujours montré rigoureux dans son évaluation des lois de validation (C.E., 8 février 2007, *Gardedieu*, A.J.D.A., 2007, 585, note F. Lenica e J. Boucher, *Hiérarchie des normes et contentieux de la responsabilité*).

<sup>623</sup> B. Seiller, *Assez d'AC!*, préc.

## **b. Droit à une protection juridictionnelle effective et modulation des effets de l'annulation**

La modulation limite également les bénéficiaires<sup>624</sup> que le requérant ayant obtenu gain de cause peut obtenir en conséquence de l'annulation<sup>625</sup>. Cette affirmation, théoriquement vraie, peut toutefois être revue à la lumière des caractéristiques du contentieux pour excès de pouvoir en droit français.

D'après la doctrine classique, le contentieux de l'excès de pouvoir est objectif<sup>626</sup>: c'est un procès fait à l'acte, dont la finalité est d'obliger l'administration au respect de la légalité<sup>627</sup>. Le recours pour excès de pouvoir ne correspond cependant pas à une action populaire. En France, comme en Italie, pour que le recours soit recevable, le requérant doit être titulaire d'un intérêt à agir. Ce dernier a toutefois une nature complètement différente de la même condition de recevabilité de l'action en droit italien.

L'intérêt à agir consiste dans un intérêt personnel à l'élimination de l'acte attaqué<sup>628</sup>, mais il ne correspond pas forcément (comme en droit italien) à un intérêt à l'élimination d'un acte qui porte un préjudice concret sur une situation juridique protégée par l'ordonnancement (*interesse legittimo* ou *diritto soggettivo*): le préjudice

---

<sup>624</sup> Les effets de l'annulation sont complètement éliminés, par exemple, lors de modulations pour le passé d'actes abrogés (cf. I, 2, c, β, a).

<sup>625</sup> P. Cassia, *Grands arrêts du contentieux administratif*, VI ed., 2018, 1334, observe que «le juge est tenu de recueillir les observations des parties lorsque, en application de la jurisprudence AC !, il envisage de repousser les effets dans le temps de l'annulation de l'acte administratif [...]. En effet, le demandeur est directement concerné par ce report qu'il souhaite à toute force éviter, en ce sens que l'annulation ne produit pas son plein effet rétroactif pour lui [...]».

<sup>626</sup> Cet affirmation peut être redimensionnée, à la lumière de la jurisprudence des dernières années. D'après certains auteurs, le recours pour excès de pouvoir subit aujourd'hui un processus de «subjectivisation» : cf. J. Sirinelli, *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, R.F.D.A., 2016, 529.

<sup>627</sup> La protection de la situation de l'administré est un effet indirect du rétablissement de la légalité, note S. Calmes-Brunet, *Effective legal protection in French law*, in Z. Sente, K. Lachmayer, *The principle of effective legal protection in administrative law. A european comparison*, Routledge, 2017, 105 (part. 110).

<sup>628</sup> C. Broyelle, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?*, in A.A.V.V., *Colloquio sull'interesse legittimo*, Jovene, Napoli, 2014, 23 (part. 25).

subi par le requérant peut avoir un caractère tout à fait abstrait ou potentiel<sup>629</sup>, surtout lorsque l'action est exercée par des entités morales privées ou publiques, en défense d'intérêts collectifs.

À la différence du droit italien, en droit français, l'annulation n'est donc pas nécessairement une mesure instrumentale au rétablissement d'une situation individuelle effectivement et concrètement préjudiciée par l'acte. Cela peut contribuer à expliquer pourquoi l'on a pu admettre, et même encourager, l'introduction d'un pouvoir de limitation des effets rétroactifs de l'annulation : celle-ci n'est pas en effet susceptible de systématiquement léser (*rectius*, laisser sans protection) la situation subjective du requérant.

D'ailleurs, même si cet aspect n'est pas souvent affronté de façon explicite, l'on peut imaginer que le choix de moduler, qui est adopté suite à une mise en balance des coûts et des bénéfices de l'opération «*au regard du principe de légalité et du droit des justiciables à un recours effectif*», tienne compte de la nature de l'intérêt dont se prévalent les requérants. Les motivations fournies par le juge sur la question de la modulation sont généralement très succinctes; l'on peut toutefois supposer que dans les cas où la modulation peut se traduire par une limitation de la protection juridictionnelle d'un droit, le juge refuse de limiter les effets de l'annulation. Un pronostic sur la situation du requérant à l'issue de la modulation pourrait conduire le juge à considérer comme prépondérants les «désavantages» de l'opération, à la lumière du principe de la protection juridictionnelle effective, comme prévalents par rapport à l'exigence d'assurer la stabilité des situations juridiques et des actes nés sous l'empire de l'acte annulé<sup>630</sup>.

Cette hypothèse semblerait confortée par le fait que dans un grand nombre de cas, la modulation a été mise en œuvre suite à des recours exercés par des associations de protection d'intérêts collectifs ou diffus, ou bien par des personnes morales

---

<sup>629</sup> C. Broyelle, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?* préc. Dans certains secteurs, les conditions de recevabilité du recours ont été rendues plus rigoureuses par la jurisprudence (cf. C.E., 4 avril 2014, *Département Tarn-et-Garonne*, préc.) ou par le législateur (cf. l'art. L-600-1-2 del *Code de l'urbanisme*) : sur ces questions cf. J. Sirinelli, *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, R.F.D.A., préc.

<sup>630</sup> Cf. I., 2, b., β, 1.

publiques<sup>631</sup>, ce qui porte à conclure que la limitation des effets produits n'a pas conduit à un sacrifice *direct* de positions individuelles<sup>632</sup>. D'ailleurs, même dans les cas où le juge a modulé les effets d'une annulation demandée par un individu ou une personne morale privée, les requérants ayant obtenu gain de cause n'ont pas été nécessairement privés d'une protection juridictionnelle effective.

Par exemple, la modulation *pro futuro* des effets de l'annulation de la nomination d'un magistrat<sup>633</sup>, fondée sur l'exigence de donner à l'administration un terme pour l'organisation d'une nouvelle sélection, n'a pas limité les utilités que les requérants ayant obtenu gain de cause auraient pu obtenir, vu que, de toute façon, ces derniers n'auraient pas pu lui succéder immédiatement. Dans un autre cas, la modulation de l'annulation prononcée à l'encontre de l'autorisation à l'exploitation d'un service de télévision, n'a pas non plus eu d'impact sur les utilités que les requérants, concurrents de l'entreprise bénéficiaire de l'autorisation, auraient pu obtenir. Le juge avait en effet précisé que l'annulation n'obligeait pas l'administration à refaire une mise en concurrence, mais seulement à modifier l'autorisation et de la convention assortie à celle-ci<sup>634</sup>.

---

<sup>631</sup> À partir du *leading case*, C.E., 11 mai 2004, *Association AC !*, préc., l'on peut citer, *ex multis*, C.E., 11 janvier 2006, *Association des familles de victimes du saturnisme*, préc. ; C.E., 25 novembre 2015, *Fondation Jérôme Lejeune*, préc. ; C.E., 9 juin 2016, *Syndicat mixte du Piémont des Vosges*, préc. ; C.E., 17 décembre 2010, *SFIB, Association UFC Que Choisir*, préc. ; C.E., 21 novembre 2008, *Association des hôpitaux sans but lucratif*, préc. ; C.E., 28 décembre 2016, *Fédération de l'hospitalisation privée*, préc. ; C.E. 1 juin 2012, *Syndicats généraux de l'éducation nationale de la recherche publique*, préc. ; C.E., 24 juillet 2009, *CRII GEN*, préc. ; C.E., 3 mars 2009, *Association française contre les myopathies*, préc. ; Cons Etat, 8 juillet 2016, *UNIS*, préc. ; C.E., 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaires fonctions publiques et assimilés*, préc. ; C.E., 1 juillet 2016, *Union nationale des professions libérales*, préc. ; C.E., 19 juillet 2017, *ANODE*, préc. ; C.E., 11 juillet 2008, *SIMAVELEC*, préc. ; C.E., 11 avril 2012, *GISTI*, préc. ; C.E., 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE*, cit. ; C.E., 21 décembre 2006, *Union syndicale solidaire des fonctions publiques et assimilés*, préc. ; C.E., 7 mars 2011, *Fédération départementale des chasseurs de la Drôme*, préc. ; C.E., 15 mai 2013, *Fédération nationale des transports routiers*, préc. ; C.E., 17 juillet 2013, *Conseil national de l'ordre des médecins*, préc. ; C.E., 17 janvier 2018, *Association la Cimade et autres*, préc.

<sup>632</sup> Dans certains cas, d'ailleurs, la modulation a été demandée par le requérant même: cf. Cons. Stato, 19 juillet 2017, *ANODE*, préc. ; C.E., 31 juillet 2009, *Ville de Grenoble*, préc.

<sup>633</sup> C.E., 28 septembre 2016, *M.C.*, préc. ; C.E., 30 décembre 2010, *M. Robert*, préc. ; 12 décembre 2007, *Vignard*, préc. ; 12 décembre 2007, *Sire*, préc..

<sup>634</sup> C.E., 5 mars 2008, *TF1 et autres*, préc.

### **3. NECESSITE ET FINALITE DU POUVOIR DE MODULATION EN DROIT ITALIEN ET FRANÇAIS**

Les approches différentes au pouvoir de modulation des effets de l'annulation contentieuse peuvent être expliquées, en dernier lieu, sur la base des différences dans l'accès au prétoire, en droit italien et français. Celles-ci comportent une utilité réduite de la modulation, en Italie (a.).

Ces différences dans les conditions de recevabilité dépendent de la conception différente, respectivement objective et subjective, du procès. On peut d'ailleurs remarquer que les différents rôles des juges italien et français se reflètent dans les argumentations utilisées pour limiter les effets des annulations contentieuses : si le premier préfère invoquer l'intérêt général et la sécurité juridique, le deuxième fait plutôt recours aux notions de confiance légitime et d'intérêts des *controinteressati* (b.).

#### **a. La “nécessité” d’un pouvoir de modulation**

Les conditions de recevabilité du recours sont plus larges en France qu'en Italie, où la saisine des règlements est par conséquent exceptionnelle (α.). Ainsi, si, en France, la modulation peut relever de la nécessité, en Italie, il est rare que l'annulation contentieuse puisse avoir des résultats fortement déstabilisateurs, en terme du nombre de situations concernées : la modulation y est donc plus superflue (β.).

#### **α. Les conditions de recevabilité du recours contre le règlement**

Le caractère subjectif du *giudizio de legittimità* italien peut, encore une fois<sup>635</sup>, contribuer à expliquer l'accueil froid qui a été réservé par la doctrine italienne au

---

<sup>635</sup> Pour une analyse des raisons d'une incompatibilité de l'introduction prétorienne de ce pouvoir, à la lumière de la conformation du *giudizio di legittimità*, cf. *supra*, II, 4, b.



pouvoir de modulation, en comparaison à la faveur doctrinale que ce même pouvoir a rencontré en France.

Les auteurs français qui ont soutenu l'opportunité de l'introduction du pouvoir de modulation des effets de l'annulation ont mis en relief, en premier lieu, l'exigence d'éviter des effets excessivement dévastateurs d'une annulation, rétroactive et *erga omnes*, d'un acte réglementaire<sup>636</sup>. Cette préoccupation peut être mieux comprise à la lumière des conditions de recevabilité du recours pour excès de pouvoir, qui sont bien plus larges par rapport aux conditions pour l'exercice de l'action en annulation en droit italien<sup>637</sup>: on peut citer, à titre d'exemple, l'annulation d'un certain nombre de dispositions du code des marchés publics, relatives au marchés de faible valeur, suite au recours exercé par un avocat, qui avait été considéré titulaire d'un intérêt au recours parce que susceptible de signer des contrats de cette valeur avec l'administration<sup>638</sup>. Vue la largeur avec laquelle les recours contre les actes réglementaires sont déclarés recevables, en jurisprudence, l'annulation de ces actes n'est pas rare.

En Italie, en revanche, le problème des annulations de actes réglementaires a une portée bien plus limitée, bien que non inexistante<sup>639</sup>. Ce type d'actes, qui ont une portée générale et abstraite, n'arrivent pas, en soi, à créer un préjudice à la situations juridique individuelle de l'administré de nature à fonder un intérêt à agir<sup>640</sup>; de plus, en

---

<sup>636</sup> Cf., sur ce point, I, 2, b., α, 1.

<sup>637</sup> Comme le montrent les exemples cités par C. Broyelle, *Le recours pour excès de pouvoir est-il destiné à protéger la situation juridique du requérant?* préc.

<sup>638</sup> C.E., 10 février 2010, *Perez*, préc.

<sup>639</sup> La préoccupation sur les conséquences d'une annulation *erga omnes* de l'acte réglementaire ressort par exemple, de l'art. art. 14, co. 2, del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199, qui prévoit que «qualora il decreto di decisione del ricorso straordinario pronunci l'annullamento di atti amministrativi generali a contenuto normativo, del decreto stesso deve essere data, a cura dell'Amministrazione interessata, nel termine di trenta giorni dalla emanazione, pubblicità nelle medesime forme di pubblicazione degli atti annullati». Il manque toutefois une disposition équivalente pour l'annulation contentieuse, si bien que la jurisprudence a parfois affirmé que art. 14, co. 2, del D.P.R. 24 novembre 1971, n. 1199 devait être appliqué, en analogie, aux annulations contentieuses des actes réglementaires (cf., Cons. Stato, sez. IV, 30 novembre 1993, n. 954, *Foro it.*, Rep. 1993, voce *Giustizia amministrativa*, n. 660).

Un autre exemple des préoccupations liées aux conséquences de l'annulation du règlement est constitué par la doctrine qui avait prôné, dans les années 1990, la possibilité d'introduire en droit italien un pouvoir de modulation des effets de l'annulation des actes réglementaires en droit italien (M. Ramajoli, *Riflessioni in tema di interveniente e controinteressato nel giudizio amministrativo*, *Dir. proc. amm.*, 1997, 118 (part. p. 155, nota 76); G. Albenzio, *I principi del processo dinanzi alla Corte di Giustizia delle Comunità europee nel progetto di riforma del processo amministrativo*, *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 584 (part. p. 618)).

<sup>640</sup> P. Virga, *Diritto amministrativo (atti e ricorsi)*, Giuffrè, Milano, 1992, II, 323 ss.

vertu de leur nature, ces actes n'indiquent pas leurs destinataires, si bien que l'administré ne peut se prévaloir d'une situation qualifiée et différenciée à leurs égard (*legittimazione a ricorrere*)<sup>641</sup>. Le recours contre l'acte réglementaire est donc habituellement irrecevable (*inammissibile*), sauf dans les cas où l'acte porte un préjudice direct aux intérêts homogènes d'une catégorie d'individus représentés par une association habilitée à agir en justice pour la protection des intérêts de ses membres<sup>642</sup>, ou il affecte directement un droit individuel de l'administré ou met une obligation à sa charge<sup>643</sup>.

Hormis ces hypothèses, l'annulation du règlement peut se vérifier seulement suite à une *doppia impugnativa*, c'est-à-dire à recours conjoint contre l'acte adopté en exécution du règlement, faisant directement grief au requérant, et le règlement même : dans ce cas le recours contre l'acte réglementaire sera recevable<sup>644</sup>. Les annulations d'acte réglementaires ne sont pas aussi fréquentes qu'en France, dans la pratique.

## β. Le recours à la «disapplicazione»

À partir des années 1990, le juge italien a commencé à utiliser le remède de la non application de l'acte réglementaire illégal au litige (*disapplicazione*), normalement réservé au juge judiciaire au titre de l'art. 5 de l'annexe E l. 2248/1865. La

---

<sup>641</sup> Cette constatation a conduit la doctrine du siècle dernier (A. Romano, *Osservazioni sull'impugnativa dei regolamenti*, Riv. trim. dir. pubbl., 1955, 882; A. Amorth, *Impugnabilità e disapplicazione dei regolamenti e degli atti generali*, Cons. St., 1964, II, 373 ss.) à distinguer deux types de règlements: les règlements *volizione-preliminare* et les règlements *volizione-azione*. Seuls les deuxièmes peuvent affecter directement la sphère juridique de l'administré, et peuvent (doivent) donc faire l'objet d'un recours immédiat de sa part. Pour une analyse de la jurisprudence applicative de ces catégories, cf. M. Massa, *Regolamenti amministrativi e processo*, préc., 319 ss.

<sup>642</sup> Dans ces hypothèses, le recours peut être exercé par l'association de protection des intérêts de la catégorie considérée, à la condition que l'acte ne crée pas un conflit d'intérêts à l'intérieur de la catégorie : cf. Cons. Stato, comm. spec., 14 février 2013, n. 677, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Giustizia amministrativa*, n. 639.

<sup>643</sup> Pour la casuistique, cf. M. Massa, *Regolamenti amministrativi e processo. I due volti dei regolamenti e i loro riflessi nei giudizi costituzionali e amministrativi*, Jovene, Napoli, 2011, 291 ss.

<sup>644</sup> La solution dite de la "*doppia impugnativa*" a été élaborée pendant la première moitié du XX<sup>ème</sup> siècle pour permettre que le particulier lésé par l'acte d'exécution ou d'application d'un règlement puisse se prévaloir de l'illégalité du règlement : cf. Cons. St., sez. V, 18 août 1936, n. 820, *Foro amm.*, 1937, I, 2, 45.

*disapplicazione*, qui produit ses effets uniquement *inter partes*, a des conséquences bien plus limitées de l'annulation sur l'ordonnancement juridique.

Initialement, l'utilisation de cet instrument avait été limitée au cas où l'acte réglementaire avait été adopté en méconnaissance de la norme primaire. La *disapplicazione* servait alors, dans le cadre de la *giurisdizione esclusiva* du juge administratif<sup>645</sup>, à protéger un droit subjectif méconnu par l'acte réglementaire mais conforme à la disposition législative ou, dans le cadre de la *giurisdizione di legittimità*, pour juger de légalité d'un acte difforme du règlement mais conforme à la norme primaire<sup>646</sup>. Cette jurisprudence, très appliquée encore aujourd'hui<sup>647</sup>, exclut toutefois que le requérant préjudicié par l'acte d'exécution ou d'application du règlement illégal puisse se valoir de la *disapplicazione* pour obtenir l'annulation de l'acte attaqué : il doit nécessairement attaquer les deux actes – réglementaire et d'exécution - par le biais du mécanisme de la *doppia impugnativa*.

Un courant jurisprudentiel très récent admet toutefois que la *disapplicazione* puisse être prononcée par le juge en faveur du requérant préjudicié par l'acte d'exécution du règlement illégal<sup>648</sup>.

---

<sup>645</sup> La *giurisdizione esclusiva* correspond au pouvoir du juge administratif de se prononcer au principal dans un certain nombre de litiges concernant des droits subjectifs, indiqués à l'art. 133 du c.p.a., en dérogation au critère ordinaire de la répartition des compétences entre juge judiciaire et juge administratif.

<sup>646</sup> Cons. Stato, sez. V, 26 février 1992, n. 154, *Giur. it.*, 1992, III, 653, note E. Cannada Bartoli, *Disapplicazione di ufficio della norma regolamentare illegittima*, in cui affermava che «*il contrasto tra norma legislativa e regolamentare si risolve sulla base del principio di sovraordinazione di una fonte ad un'altra. Deve ritenersi, quindi, inapplicabile la disposizione regolamentare ove contrastante con specifica norma di legge, pur in difetto di specifica doglianza di parte, essendo consentito al giudice sindacale gli atti di normazione secondaria al fine di accertarne l'idoneità ad innovare l'ordinamento e, in concreto, a fornire la regola di giudizio per risolvere la questione controversa.*».

<sup>647</sup> Cf., *ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 3 février 2015, n. 515, *Foro amm.*, 2015, II, 444; Cons. Stato, sez. V, 28 septembre 2016, n. 4009; Cons. Stato, sez. III, 30 janvier 2017, n. 367, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it); Cons. Stato, sez. VI, 24 octobre 2017, n. 4894, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)

<sup>648</sup> Cons. Stato, sez. IV, 7 décembre 2017, n. 5753, [www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it). Cons. St., sez. IV, 29 febbraio 1996 n. 222, *Foro amm.*, 1998, 381, note de D. F.G. Trebastoni, *La disapplicazione nel processo amministrativo: il falso problema della pregiudizionalità*. Cette solution avait déjà été prônée par la doctrine, à partir des années 1990 : A. De Roberto, « *Non applicazione* » e « *disapplicazione* » dei regolamenti nella recente giurisprudenza amministrativa, A.A.V.V., *Impugnazione e "disapplicazione" dei regolamenti, préc.*, 11; F. Pugliese, *Ragioni a favore della « disapplicazione » degli atti normativi, degli atti presupposti e degli stessi provvedimenti impugnati*, *ibid.*, 205; G. Vacirca, *Appunti sulla disapplicazione dei regolamenti illegittimi nel giudizio amministrativo*, *ibid.*, 241.

Une partie de la doctrine récente a accueilli avec faveur l'emploi de ce pouvoir<sup>649</sup>. L'emploi de cette technique avait été critiqué, par le passé, au vu des principes de légalité et de *sécurité juridique*, car elle permet le maintien en vie d'un acte illégal et peut créer une incertitude quant à son applicabilité au tiers<sup>650</sup>. L'on a toutefois observé que, d'un autre point de vue, la *disapplicazione* serait au contraire protectrice de la *sécurité juridique*, entendue comme stabilité de la réglementation et des situations juridiques nées sur la base de cette dernière, en ce qu'elle empêcherait une disparition *ex tunc et erga omnes* du règlement<sup>651</sup>. À cet égard, elle pourrait donc constituer une solution alternative à la modulation.

## **b. La modulation entre protection de la *sécurité juridique* (en France) et protection de la confiance légitime (en Italie)**

La modulation est souvent (mais pas toujours<sup>652</sup>) justifiée par le juge français en raison de l'exigence de protéger la *sécurité juridique*, qui évoque un objectif presque mythique de confiance des administrés envers le pouvoir public, en vertu duquel ce qui est ne changera pas ou, du moins, changera de façon non soudaine, prévisible<sup>653</sup>. Entendu ainsi, le principe de *sécurité juridique* présente de fortes affinités avec le

---

<sup>649</sup> Cf., par exemple, F. Lubrano, *Disapplicazione dei regolamenti*, in A.A.V.V., *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti*, préc., 113; S. Baccharini, *La parabola della non disapplicabilità dei regolamenti amministrativi nella giurisprudenza del Consiglio di Stato*, *ibid.*, 160 ss.; R. Dipace, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011; plus récemment, E. Furno, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce des plus récents développements doctrinaux et jurisprudentiels*, *Federalismi*, 27 novembre 2017.

<sup>650</sup> P.G. Lignani, *Disapplicazione e incertezza del diritto*, in A.A.V.V., *Impugnazione e «disapplicazione» dei regolamenti*, préc., 227 (part. 233); S. Giacchetti, *Disapplicazione? No grazie*, *ibid.*, 193 (part. 195).

<sup>651</sup> R. Dipace, *La disapplicazione nel processo amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, 209; dans le même sens E. Furno, *La disapplicazione dei regolamenti alla luce des plus récents développements doctrinaux et jurisprudentiels*, préc., 32.

<sup>652</sup> Cf. I, 2, d.

<sup>653</sup> Le principe de *sécurité juridique* peut être aussi invoqué pour justifier une attente de stabilité de l'acte de l'administration, après l'écoulement d'un délai raisonnable: cf., C.E., 13 juillet 2016, *Czabaj*, D.A., 2016, commentaire n. 63, de G. Eveillard, *Le délai pour agir devant le juge administratif*.

principe de protection de la confiance légitime, que le juge français refuse toutefois, encore aujourd'hui, de reconnaître parmi les principes du droit national<sup>654</sup>.

La différence fondamentale entre la sécurité juridique et la confiance légitime consiste, traditionnellement, dans le fait que la sécurité juridique reçoit une protection objective, qui ne dépend pas des circonstances personnelles des personnes concernés.

Un bon exemple de ce phénomène est constitué par les règles régissant la sortie de vigueur des actes administratifs, qui sont considérées (surtout en ce qui concerne le retrait) comme une des manifestations plus anciennes de la protection de la sécurité juridique de l'administré en droit français<sup>655</sup>. Seulement un certain nombre d'actes (*créateurs de droits*) peuvent faire naître des droits acquis qui, passé une certaine période de temps<sup>656</sup>, deviennent intangibles : pour que la protection de la sécurité juridique soit mise en œuvre, dans ce contexte, il est nécessaire que l'acte illégal crée, sans équivoque, une position d'avantage, différenciée<sup>657</sup>, en faveur de l'administré<sup>658</sup>. Une fois devenus intangibles, les droits acquis constituent une limite objective<sup>659</sup> au

---

<sup>654</sup> Cf., *ex multis*, C.E., ass. 24 mars 2006, *KPMG*, préc. D'après une partie de la doctrine française, (D. Simon, *Le principe de confiance légitime est-il soluble dans la sécurité juridique?*, *Europe*, 2006, commentaire n. 142 ; J.B. Auby, *Sécurité juridique*, *D.A.*, mai 2006, repère n. 5 ; F. Melleray, *L'arrêt KPMG consacre-t-il vraiment le principe de sécurité juridique*, *A.J.D.A.*, 2006, 897 ; P. Cassia, *Un nouveau principe général de droit aux multiples facettes*, *D.*, 2006, 1190 et B. Plessix, *Sécurité juridique et confiance légitime*, préc.) dans la décision *KPMG* le Conseil d'Etat aurait en fait consacré, tout en le niant explicitement, un principe équivalent à la sécurité juridique. C'est en effet sur la base de ce principe que le juge européen impose au législateur d'adopter des mesures transitoires, lors de la modification de la réglementation: cf. G. Matucci, *Tutela dell'affidamento e disposizioni transitorie*, *C.E.D.A.M.*, Padova, 2009, 160 ss. et, sur la jurisprudence *KPMG*, V. Michel, *Brèves observations sur l'application des principes de sécurité juridique et de confiance légitime*, *Gaz. Palais*, 2009, 43.

L'opposition à une introduction du principe de la confiance légitime en droit français est due à au fait que la doctrine juge le principe incompatible avec la conception objective et légaliste du droit administratif français: cf., sur ce point, S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préc. 482.

<sup>655</sup> C. Yannakopoulos, *La notion de droits acquis en droit administratif français*, préc., 94 et A.L. Valembois, *La constitutionnalisation de l'exigence de sécurité juridique en droit français*, *L.G.D.J.*, 2005, 208. D'après S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droits allemand, communautaire et français*, préc., 643, la jurisprudence *Dame Cachet* précède l'affirmation explicite du principe de la protection de la confiance légitime en droit allemand.

<sup>656</sup> Désormais fixée en quatre mois par le législateur à l'art. L. 242-1 du Code des relations entre l'administration et le public.

<sup>657</sup> La jurisprudence a en effet constamment affirmé que ni les actes généraux ou réglementaires, ni les actes qui ne font que reconnaître les droits affirmés par des normes réglementaires ou législatives peuvent être considérés comme créateurs de droits.

<sup>658</sup> Qui peut aussi ne pas être le destinataire direct de l'acte.

<sup>659</sup> Cette affirmation peut être partiellement remise en cause sur la base de de la décision C.E., 29 novembre 2002, *Assistance publique - Hôpitaux de Marseille*, *R.F.D.A.*, 2003, 240, note P. Delvolvé,

pouvoir de retrait. Le droit italien ne prévoyait pas, jusqu'en 2015, un délai spécifique pour l'exercice du retrait (*annullamento in autotutela*), qui pouvait être mis en œuvre dans un terme « raisonnable ». En outre, il revient à l'autorité procédant au retrait d'évaluer a) si l'administré aurait pu légitimement compter sur la légalité de l'acte favorable; b) si cette confiance peut l'emporter sur l'intérêt public à un rétablissement de la légalité.

Or, avant l'introduction du pouvoir de modulation, la même logique «objective» de protection de la sécurité juridique imprégnait l'encadrement des limites à la rétroactivité de l'annulation: ce n'est pas un cas si dans les *leading case* en la matière (*Caussidéry, Lugan e Strasbourg F.M.*)<sup>660</sup>, le juge avait choisi de faire usage des mêmes termes habituellement employés dans le cadre de la présentation des limites du retrait et de l'abrogation<sup>661</sup>.

Une logique objective similaire était d'ailleurs sous-tendue à l'évolution de la jurisprudence italienne en matière de limites des effets de l'annulation contentieuse<sup>662</sup>. En droit italien, la délimitation des effets de l'annulation n'a pas été expliquée par la théorie des droits acquis, mais par la définitivité de l'acte-conséquence. Toutefois, à la fin des années 1990, la jurisprudence italienne était de fait arrivée, comme son homologue française, à fixer le point d'équilibre entre l'exigence de la stabilité des actes et la protection de la situation juridique lésée du requérant sur la base de deux éléments : l'écoulement d'une période de temps et le défaut d'un recours exercé à l'encontre de l'acte favorable au tiers.

---

*Retrait et obligation : le cas des actes obtenus par la fraude*, dont le principe a été transposé à l'art. L-241-2 C.R.P.A., qui prévoit que : «Par dérogation aux dispositions du présent titre, un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout moment abrogé ou retiré.» Une dérogation de la même teneur a été introduite en droit italien (art. 21 *nonies*, alinéa 2 *bis* dell'art. l. 241/1990, modifiée par la l. 124/2015). De même, la jurisprudence selon laquelle l'acte entaché d'un vice manifeste ou l'acte inexistant ne sont pas créateurs de droits (cf. P. Auvret, *La notion d'acte acquis en droit administratif français*, R.D.P., 1985, 53 (part. 63 ss.) semblerait donner une valeur juridique à la bonne foi subjective de l'administré. En droit italien, le vice manifeste peut aussi fonder l'exclusion de la bonne foi de l'administré, et donc de la protection de la situation qui lui est favorable face au pouvoir de retrait de l'administration (cf., par exemple, Cons. Stato, sez. V, 3 août 2012, n. 4440, *Foro it.*, Rep. 2013, voce *Atto amministrativo*, n. 444).

<sup>660</sup> Sur lesquels, cf. I, 2, a, γ.

<sup>661</sup> Qui est inspirée à la terminologie employée en matière de succession des lois dans le temps: cf. *ibid*, note n. 73.

<sup>662</sup> Cf. II, 3.



La modulation apporte une véritable révolution dans cette logique «objective» de la protection de la sécurité juridique. L'exigence de maintenir le *status quo, dans les circonstances du cas d'espèce*, est mise en balance avec d'autres intérêts antagonistes (droit à une protection effective, principe de légalité) dans le cadre d'un jugement qui est typique de celui relatif à l'évaluation de la subsistance d'une confiance légitime de l'administré<sup>663</sup>, à la différence que la jurisprudence française ne tient généralement pas compte de la bonne foi des intéressés au maintien de l'acte<sup>664</sup>, mais seulement de la quantité et de la qualité des intérêts impliquées par l'annulation<sup>665</sup>. L'invocation de l'intérêt général à la stabilité des situations et des actes nés sous l'empire de l'acte annulé cache, en fait, le choix de faire prévaloir des intérêts publics ou privés sur d'autres intérêts objectifs (au rétablissement de la légalité) et subjectifs (du requérant et des tiers lésés par l'acte, à une annulation rétroactive). La pondération des conséquences «admissibles» et des conséquences «inopportunes» de la rétroactivité fait ainsi du juge un arbitre des intérêts des parties à l'instance et des tiers intéressés<sup>666</sup> et, en décidant de sauvegarder seulement certains de ces intérêts, le juge finit inévitablement par en compromettre (*rectius*, par ne pas en protéger) d'autres<sup>667</sup>.

---

<sup>663</sup> Sur ce bilan, cf. S. Calmes, *Du principe de protection de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, préc., 414.

<sup>664</sup> À l'exception de l'affaire C.E., 23 février 2005, *Association pour la transparence et la moralité des marchés publics*, préc.. Dans ses conclusions, D. Casas (publiée in *R.F.D.A.*, 2005, 483), relevaient quel les entités publiques concernées semblaient conscientes de la possibilité que la disposition réglementaire attaquée puisse être illégale.

<sup>665</sup> Sur ce point, cf. I, 2, d., β.

<sup>666</sup> Comme on peut le remarquer sur la base de l'analyse de la casuistique, les intérêts protégés sont hétérogènes et pas toujours importants pour la généralité des administrés. Dans certains cas, la modulation a été mise en oeuvre pour la protection du « confort » de l'administration (cf., sur ce point, F. Bottini, *La sécurité juridique et la modulation*, *R.D.P.*, 2009, 1517) ou des intérêts économiques de l'administration (cf. le *leading case AC !* ou C.E., 17 janvier 2018, *Association la Cimade et autres*, préc.) ou des intérêts des particuliers (par exemple, C.E., 19 juillet 2017, *ANODE*, préc.; 23 décembre 2013, *M6 et TF1*, préc.; 23 décembre 2011, *Danthony*, préc.; 10 février 2010, *Perez*, *A.J.D.A.*, 2010, 561, note G. Dreyfus, *Annulation du seuil de 20.000 euros pour les marchés passés selon une procédure adaptée*; 13 janvier 2010, *Syndicat national CGT-FO de l'ANPE*, *A.J.D.A.*, 2010, 1222; 5 mars 2008, *Société TF1 et autres*, préc.)

<sup>667</sup> J. Sirinelli, *La subjectivisation du recours pour excès de pouvoir*, préc.

En Italie, en revanche, le juge a principalement<sup>668</sup> fondé les rares motivations sur la base de l'exigence de ne pas créer un vide juridique<sup>669</sup> ou de protéger la confiance légitime des intéressés qui confiaient dans la validité et, donc, dans la stabilité d'un acte qui leur était directement ou indirectement favorable<sup>670</sup>. La pondération de la confiance des intéressés a été comparée, dans ces derniers cas, à celle que l'administration italienne met en œuvre lors de l'exercice du pouvoir de retrait (*annullamento in autotutela*)<sup>671</sup>; cependant, à la différence de l'administration, le juge italien ne se soucie presque jamais de vérifier la bonne foi subjective des bénéficiaires de la modulation<sup>672</sup>, tout comme son homologue français.

La valorisation des positions individuelles de la part du juge administratif italien montre bien la perspective de ce dernier: en prenant en compte, de façon explicite, la situation des intéressés au maintien de l'acte (*controinteressati in senso tecnico*<sup>673</sup> et *controinteressati in senso sostanziale*<sup>674</sup>), le juge revendique son rôle de protecteur des situations individuelles. Le juge français met en œuvre un bilan similaire – bien que, souvent, de plus large échelle<sup>675</sup> – mais il préfère invoquer des principes plus «neutres», tels l'intérêt général et la sécurité juridique, qui sous-tendent un rôle moins partisan, plus en ligne avec sa position de garant de la légalité objective, de la bonne administration et, en dernière instance, des intérêts de la collectivité.

---

<sup>668</sup> À l'exception des modulations évoquées *supra* II, 4, c., β, 1., note n. 283.

<sup>669</sup> Cons. Stato, sez. VI, 10 mai 2011, n. 2755, préc.; Cons. Stato, sez. VI, 11 décembre 2017, n. 5840, préc.; T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 8 mars 2012, n. 121, préc.; 13 décembre 2011, n. 693, préc.; 13 décembre 2011, n. 700, préc.

<sup>670</sup> Cons. Stato, sez. VI, 11 décembre 2017, n. 5840, préc.; sez. V, ord. 22 janvier 2015, n. 284, préc.; sez. VI, 27 avril 2015, n. 2116, préc.; sez. VI, 9 avril 2015, n. 1782, préc.

<sup>671</sup> A. Giusti, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Ed. Scientifica, Napoli, 2016, 162.

<sup>672</sup> Par exemple, in Cons. Stato, sez. V, 22 janvier 2015, n. 284, préc., les intéressés au maintien de l'acte étaient conscients du fait que l'acte était 1) instable et 2) potentiellement illégal. In Cons. Stato, sez. VI, 27 avril 2015, n. 2116, préc. e Cons. Stato, sez. VI, 9 avril 2015, n. 1782, préc., la question de la confiance légitime des intéressés a été en revanche explicitement prise en compte par le juge.

<sup>673</sup> Cons. Stato, sez. V, ord. 22 janvier 2015, n. 284, préc.

<sup>674</sup> Cons. Stato, sez. VI, 11 décembre 2017, n. 5840, préc.; Cons. Stato, sez. VI, 27 avril 2015, n. 2116, préc.

<sup>675</sup> Comme nous l'avons vu au paragraphe précédent, en droit italien, l'annulation des règlements n'arrive qu'en des circonstances exceptionnelles. La modulation est généralement mise en œuvre lors de l'annulation d'actes individuels et généraux.

