20 ottobre 2022 - ore 15-17

Prof.ssa **Sara Spuntarelli**

L’azione: il procedimento amministrativo e la legittimità degli atti

- Schema lezione

Sistema dell'invalidità dell'atto amministrativo
La nullità:
1. Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo nella sistemazione teorica:
2. Il difetto assoluto di attribuzione
3. Nullità in violazione o elusione del giudicato
4. Nullità testuali dell'atto amministrativo
Inesistenza e nullità
L'annullabilità:
Incompetenza
Violazione di legge
Eccesso di potere: figure sintomatiche
L'art. 21 octies, comma 2 e i vizi di forma e violazione di norme procedimentali
L'annullamento d'ufficio
La revoca

Introduzione

- il diritto amministrativo è caratterizzato da una particolare problematicità degli istituti e dei suoi stessi fondamenti
- questa problematicità è testimoniata dalla varietà delle posizioni che sono espresse quotidianamente dalla giurisprudenza e dalla dottrina anche rispetto a profili nodali

Nozione e funzioni del procedimento amministrativo

a) Definizione formale e strutturale:

È la «sequenza di atti ed operazioni (…) tra loro collegati funzionalmente in vista e al servizio dell'atto principale», ossia del provvedimento (A. Sandulli). Serve a immettere in modo stabile nel processo decisionale gli interessi secondari più rilevanti (M.S. Giannini)

b) Definizione funzionale

Il procedimento è la «manifestazione sensibile della funzione», cioè la forma esterna del potere colto nel suo momento dinamico (F. Benvenuti).

segue

- c) Funzioni del procedimento
- consentire un controllo sull'esercizio del potere (soprattutto ad opera del giudice), attraverso una verifica del rispetto puntuale della sequenza degli atti e operazioni normativamente predefinite
- far emergere e dar voce a tutti gli interessi incisi direttamente o indirettamente dal provvedimento (dimensione collaborativa della partecipazione)
- legittimare il potere dell'amministrazione e promuovere pertanto la democraticità dell'ordinamento amministrativo
- attuare il coordinamento tra più amministrazioni

segue

- Consentire il contraddittorio a favore dei soggetti incisi negativamente dal provvedimento (dimensione giustiziale del procedimento)
- Contraddittorio orizzontale: nei procedimenti nei quali i privati sono portatori di interessi contrapposti e l'organo decidente è chiamato a garantire «la parità delle armi» mantenendo una posizione di terzietà
- Contraddittorio verticale: nei procedimenti il rapporto giuridico ha carattere bilaterale e coinvolge l'amministrazione titolare del potere e il destinatario diretto dell'effetto giuridico restrittivo (provvedimenti sanzionatori, di imposizione di vincoli, ecc.). Nel contraddittorio verticale l'amministrazione deve essere «parte imparziale»

Sistema dell'invalidità dell'atto amministrativo

- Il sistema della invalidità dell'atto amministrativo **è sembrato di recente essersi avviato a trovare un assetto più compiutamente definito**, in quanto la l. 15/2005 ha consentito di sgomberare il campo dalle incertezze sul fatto che esso consti (quantomeno) dell'annullabilità e della nullità
- però, a ben vedere, **è stata soprattutto la forma di invalidità classica dell'atto amministrativo, cioè l'annullabilità, ad aver avuto una pressoché definitiva sistemazione**: con ogni probabilità, ciò va imputato al fatto che essa è sempre più funzionalizzata a garantire la tutela nei confronti (non solo del provvedimento, ma, più in generale) dell'attività amministrativa (atto amministrativo come manifestazione puntuale del potere, concretizzazione della funzione, procedimento come farsi dell'atto - Benvenuti)

Invalidità
La patologia dell'atto - vizi degli atti amministrativi e del procedimento

- Come ogni atto di esercizio di un potere **anche il provvedimento amministrativo è soggetto ad una valutazione di validità**: la **validità è un predicato dell'atto giuridico** (G. Corso, Validità (dir. amm.), in Enc. dir., vol. XLVI, Milano, Giuffrè, 1993, 85).
- In termini generalissimi **invalidità di un atto giuridico indica che l'atto è in contrasto con una norma imperativa**
- I provvedimenti amministrativi che corrispondono al modello prefigurato dalla legge, al modello legale, sono provvedimenti validi.

Disposizioni di interesse

- Con la l. 15/2005 è stato inserito all'interno del corpo normativo della l. 241/1990 un nuovo Capo dedicato a «efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo», nonché a «revoca e recesso».
- Il Capo in parola contiene due disposizioni dedicate alla patologia:
- l'art. 21 *septies*, rubricato «nullità del provvedimento»
- l'art. 21 *octies*, rubricato «annullabilità del provvedimento»
- l'art. 21 nonies, rubricato annullamento d'ufficio
- art. 21 quinquies, rubricato revoca del provvedimento

Art. 21 *septies*

- 1. *È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge*.
- [2. Le questioni inerenti alla nullità dei provvedimenti amministrativi in violazione o elusione del giudicato sono attribuite alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.] (2)
- (2) Comma abrogato, a decorrere dal 16 settembre 2010, dall'articolo 4, comma 1, numero 14, dell'Allegato 4 al D.Lgs. 2 luglio 2010, n. 104.

Azione di nullità

- Art. 31, comma 4, c.p.a:
- *La domanda volta all'accertamento delle nullità previste dalla legge si propone entro il termine di decadenza di centottanta giorni. La nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal giudice. Le disposizioni del presente comma non si applicano alle nullità di cui all'articolo 114, comma 4, lettera b), per le quali restano ferme le disposizioni del Titolo I del Libro IV.*
- termine decennale

Giurisdizione sulla azione di nullità

- art. 133, comma 1, c.p.a
- materie di giurisdizione esclusiva
- nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato

Le nullità nella legge sul procedimento amministrativo

- **Sono previste tre ipotesi generali e una norma di chiusura**
- Le ipotesi generali sono:
- mancanza degli elementi essenziali
- difetto assoluto di attribuzione
- violazione o elusione del giudicato
- La norma di chiusura indica gli altri casi previsti dalla legge.

Problematicità della nullità in diritto amministrativo

- La individuazione del trattamento giuridico della nullità, continua a risultare come per il passato alquanto problematica, sia per la dottrina, che per la giurisprudenza
- evidenti **oscillazioni della giurisprudenza sull'uso della nozione di nullità** e sul suo trattamento giuridico con ricadute applicative in termini di incertezza della tutela giuridica dei destinatari

questioni

- incerta evoluzione del suo regime giuridico tradizionale di derivazione civilistica, peraltro, almeno in parte, espressamente superato dalla disciplina di cui al cpa
- il che ha riproposto la necessità di riflettere:
- da un lato, sulla diversità della figura della **nullità rispetto tanto alla inesistenza** quanto all'annullabilità: l'inesistenza fa parte del quadro patologico?
- dall'altro, sulla **importanza del concetto di "rilevanza giuridica"** nella ricostruzione delle diverse forme di reazione alla difformità dell'atto amministrativo predisposte dall'ordinamento: rilevanza giuridica è presupposto dello schema validità/invalidità?

Composizione giuridica dell'atto

- La principale tesi di riferimento sulla composizione giuridica essenziale dell'atto amministrativo è quella di **A.M. Sandulli**, nel saggio su *I limiti di esistenza dell'atto amministrativo*, Rass. dir. pubb., 1949, I, 125 ss., sulla scorta del paradigma normativo di cui al codice civile
- la molteplicità delle interpretazioni rese nel corso degli anni successivi non ha intaccato la centralità del pensiero di Sandulli, le cui conclusioni (con qualche minuta variazione) alla fine hanno trovato spesso conferma

Gli elementi essenziali dell'atto amministrativo **nella sistemazione teorica**

- Sandulli prende le mosse dalla definizione di atto amministrativo quale "atto posto in essere da un'autorità amministrativa [...] nell'esplicazione di un potere pubblico [...], sempre che non si tratti di un atto che abbia la forza giuridica dell'atto di governo, dell'atto legislativo o dell'atto giurisdizionale"
- gli elementi in difetto dei quali un atto così definito non può essere considerato venuto in vita sono la **forma, il soggetto, l'oggetto, il contenuto e la finalità**.

Forma

- forma: “una volta accertato che una data forma sia richiesta *ad substantiam* per un certo atto, la mancanza di essa, risolvendosi in una diversità della fattispecie da quella in cui la legge in modo esclusivo identifica dal punto di vista formale quell’atto, non potrà non essere causa dell’inesistenza dell’atto stesso”

Soggetto e oggetto

- accanto all'elemento della forma, sono dall'Autore ritenuti elementi essenziali dell'atto amministrativo il **soggetto** e l'**oggetto**, ossia i suoi elementi attivo e passivo
- infatti, «un atto amministrativo non può provenire se non da un'autorità amministrativa»
- inoltre, occorre che da esso discenda una «modificazione giuridica» nei confronti di «un qualsiasi elemento del mondo esterno – sempre che [...] sia esistente e determinato».

Contenuto

- Vi è poi il contenuto dell'atto, ossia il «comportamento volontario» della PA
- comportamento che a sua volta deve esistere e affinché esista «è necessario prima di tutto che ricorra una manifestazione esteriore imputabile al soggetto – la quale, allorché sia prescritto, deve assumere [...] *ad substantiam* una data forma (art. 1345, n. 4 c.c.) –, e poi che tale manifestazione riveli un atteggiamento psichico (volontà, rappresentazione) (art. 1325, n. 1 c.c.), il quale si estrinsechi in un certo senso, vale a dire abbia un certo contenuto».
- Il contenuto dovrà altresì recare «i caratteri essenziali per il contenuto di qualsiasi atto giuridico – vale a dire la determinatezza (o almeno la determinabilità), la possibilità e la liceità (art. 1346 c.c.)»

Finalità

- Ultimo elemento dell'atto amministrativo è quello finalistico: considerato che la causa, «in quanto ne identifica la funzione, è elemento essenziale di ogni atto giuridico (art. 1325 c.c.), è evidente che **un atto amministrativo non potrà esistere, se non in quanto abbia una causa**».
- Questa dovrà essere anzitutto **lecita** – ciò «è, infatti, essenziale per l'esistenza di un qualsiasi atto giuridico (art. 1343-45 c.c.)» – e **non potrà che coincidere con l'interesse pubblico curato dall'ente che pone in essere l'atto**.

Requisiti essenziali del contratto

- **Art. 1325 c.c.**
- I requisiti del contratto sono:
- 1) l'accordo delle parti
- 2) la causa
- 3) l'oggetto
- 4) la forma, quando risulta che è prescritta dalla legge sotto pena di nullità
- **Art. 1343 c.c.**
- La causa è illecita quando è contraria a norme imperative, all'ordine pubblico o al buon costume.
- art. 1344 c.c. Si reputa altresì illecita la causa quando il contratto costituisce il mezzo per eludere l'applicazione di una norma imperativa
- art. 1345 c.c.: Il contratto è illecito quando le parti si sono determinate a concluderlo esclusivamente per un motivo illecito comune ad entrambe.
- **Art. 1346 c.c.**
- L'oggetto del contratto deve essere possibile, lecito, determinato o determinabile.

L’art. 1325 c.c.

- Come è evidente, al fine di determinare i limiti di esistenza dell’atto amministrativo, Sandulli utilizza come paradigma di riferimento la disciplina del codice civile, **sicché la “base esistenziale” dell’atto amministrativo e quella del negozio giuridico coincidono.**
- A suo avviso **qualunque atto giuridico venga in questione non potrà che avere gli elementi di cui all’art. 1325 c.c.**, nel quale gli sembra essere stato positivizzato lo statuto dell’atto giuridico
- Insomma, qualsiasi atto giuridico avrebbe le medesime con- dizioni di esistenza, le quali però possono assumere “colorazioni” diverse che sono sintomo della differente natura giuridica.

Gli elementi essenziali nella dottrina successiva: la volontà

- Questo approccio viene sostanzialmente mantenuto da Zanobini, Amorth e Ranelletti
- **impostazione diversa si ha con la teorica dell'atto amministrativo di Giannini, voce Atto amministrativo, Enc. dir., vol. IV, 1959, 157 ss.**
- Osservando che il provvedimento amministrativo «appartiene alla categoria delle dichiarazioni» (alla quale non può essere ricondotto il negozio giuridico), M.S. Giannini ritiene che i suoi elementi essenziali siano «**la volontà, l'oggetto, ed, entro certi limiti, la forma (o esternazione)**».
- In particolare, nel criticare le ricostruzioni effettuate alla stregua di quanto la dottrina privatistica aveva fatto per il negozio giuridico, afferma che in quanto «atto di scelta del modo di curare interessi pubblici, la volontà è [...] elemento fondamentale, onde non possono avere valore affermazioni recenti con le quali si nega che essa costituisca elemento».

Volontà e principio di tipicità

- La volontà secondo Giannini deve essere dimensionata dal **principio di tipicità**, il quale «comporta una connessione, fissata dalle norme, tra i vari elementi dell'atto, e una predeterminazione, sempre normativa, degli effetti che esso può produrre».
- Per tale motivo l'Autore riterrà che in generale le violazioni determinano una invalidità *sub specie* di vizio di violazione di legge.

La dottrina più recente

- **Approccio privatistico**: sostanzialmente, grazie anche all'uso dell'espressione "elementi essenziali" ripropone la sistemazione di Sandulli con qualche rimaneggiamento
- Già Sorace, voce *Atto amministrativo*, *Enc. dir.*, Annali, vol. III, 2010, 46 ss.
- Più esplicitamente, dopo la modifica del 2005, M.C. Cavallaro, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Giappichelli, 2012, sostiene che l'art. 21 *septies* «**rimanda implicitamente all'art. 1418 c.c. in tema di nullità del contratto per mancanza dei requisiti essenziali**», e ciò «induce a considerare il contratto come modello di riferimento dal quale procedere nella ricerca degli elementi essenziali del provvedimento»
- li individua nella **volontà, causa, oggetto e forma**

Nullità del contratto

- **Art. 1418 c.c.**
- Il contratto è nullo quando è contrario a norme imperative, salvo che la legge disponga diversamente
- Producono nullità del contratto la mancanza di uno dei requisiti indicati dall'articolo 1325, l'illiceità della causa, l'illiceità dei motivi nel caso indicato dall'articolo 1345 e la mancanza nell'oggetto dei requisiti stabiliti dall'articolo 1346.
- Il contratto è altresì nullo negli altri casi stabiliti dalla legge.

segue

- **il contratto sarebbe il «modello di teoria generale»** e, dunque, il «punto di riferimento per una elaborazione concettuale degli elementi del provvedimento amministrativo», tuttavia il recupero della teoria negoziale che l'art. *21 septies* sembra suggerire non vuole significare un ritorno all'idea di provvedimento come negozio giuridico
- **in ragione della rilevanza assunta dal procedimento amministrativo**, il quale «risulta necessario per la corretta formazione dell'atto in tutti i suoi elementi:
- la **volontà**, che è una volontà procedimentalizzata;
- la **causa**, nel senso che il procedimento consente la funzionalizzazione dell'atto ad un interesse pubblico determinato;
- **l'oggetto**, che in seno al procedimento viene adeguatamente determinato»;
- tutti questi elementi prendono poi **forma** nel provvedimento.

Approccio pubblicistico

- ancorato maggiormente al dato normativo, all'art. 21 *septies*, l. n. 241/1990, il quale è considerato il paradigma non solo del profilo sanzionatorio legato alla mancanza degli elementi essenziali, ma anche della loro individuazione:
- **dalla lettura della disposizione** «si nota subito che la nullità è determinata dalla **sola mancanza** degli elementi essenziali e **non dalla loro illiceità**, come avviene viceversa per il negozio privato (art. 1418 cod. civile).
- Invertendo l'ordine logico, partendo cioè dalla disposizione sulla nullità, si può quindi ritenere che siano elementi essenziali, costitutivi del provvedimento, tutti e solo quelli la cui mancanza ne determina la nullità»
- Tali elementi sono il **contenuto decisionale**, ossia la regolamentazione di interessi operata dall'atto, e la sua **esternazione**, che è «ovviamente elemento essenziale, dato che nessun atto giuridico può essere tale se non ne viene resa possibile la conoscibilità»: Scoca, *Il provvedimento*, in Diritto Amministrativo, a cura di Id., Giappichelli, 2019.

Mancanza di risultato condiviso

- Non solo nella ricostruzione ma anche sulle conseguenze della mancanza degli elementi essenziali:
- per alcuni gli elementi essenziali sono condizioni di esistenza: inesistenza
- per altri condizioni di nullità, la quale quindi sotto il profilo degli effetti risulta problematicamente distinguibile dalla inesistenza

L’elaborazione giurisprudenziale

- l’esame della giurisprudenza registra una certa confusione concettuale riguardante non solo il (più) circoscritto tema degli elementi essenziali, bensì, più in generale, la teorica dell’atto amministrativo.
- In particolare, le pronunce aventi ad oggetto gli elementi essenziali sono, da un lato, numericamente circoscritte, anche se presentano un incremento nell’ultimo decennio e, dall’altro, caratterizzate dalla quasi totale assenza di spunti di originalità rispetto alla ricostruzione dottrinale tradizionale.
- Eppure, la importanza della individuazione degli elementi che costituiscono e caratterizzano l’atto amministrativo risulta essere tutt’altro che non avvertita dalla giurisprudenza, soprattutto da quella più risalente
- in proposito basti pensare che, prima dell’avvento dell’art. 31, comma 4, c.p.a., **un atto privo degli elementi essenziali avrebbe costretto il GA alla dichiarazione di inammissibilità del ricorso per difetto di giurisdizione**

Prima giurisprudenza

- già nelle decisioni degli anni ’50 dello scorso secolo il Consiglio di Stato, sebbene dubitasse della sua “competenza” a conoscere della nullità dell’atto amministrativo, affermava comunque che **l’atto nullo è «soltanto quello mancante di un elemento essenziale, cioè del soggetto o dell’oggetto e del contenuto o della prescritta forma», e che «fuori da tali ipotesi l’atto amministrativo può essere semplicemente viziato di illegittimità»**
- in particolare, dall’inizio degli anni ’80 in poi sono piuttosto numerose le decisioni nelle quali viene ribadito che la forma di invalidità tipica dell’atto amministrativo è la illegittimità, potendosi configurare **ipotesi di nullità – sovente utilizzata dal GA come sinonimo di inesistenza – esclusivamente nei casi in cui questa venga espressamente prevista dalla legge oppure quando l’atto non sia dotato di uno degli elementi essenziali.**

Dopo l’art. 21 *septies*

- la giurisprudenza ha affermato che le cause di nullità del- l’atto amministrativo **sono un *numerus clausus* (Cons. St., sez. V, 26 gennaio 2010, n. 1498)**
- ha osservato «che le medesime, meramente indicate dal legislatore per ‘categorie’, **pongono non indifferenti problemi di concreta identificazione**. Ciò vale, in modo particolare, sia per la categoria del “difetto assoluto di attribuzione”, sia, e forse a maggior ragione, per la categoria del “difetto degli elementi essenziali” del provvedimento amministrativo, posta la non univocità – al di là di mere enunciazioni classificatorie – della identificazione degli elementi essenziali» (Cons. St., sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957)

Numero chiuso

- I casi di nullità rappresentano un **numero chiuso**, costituiscono **ipotesi tassative**: Cons. St., sez. V, 2 novembre 2011, n. 5843
- T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 9 settembre 2021, n.5766: le ipotesi di nullità di un atto amministrativo sono tassative.
- La nullità del provvedimento amministrativo ha carattere eccezionale; infatti, le categorie della nullità e dell'annullabilità, quali vizi che inficiano un atto giuridico costituente manifestazione di volontà, si presentano nel diritto amministrativo in relazione invertita rispetto alle omologhe figure valevoli per i negozi giuridici di diritto privato. Le ipotesi di nullità, inoltre, incidendo sul principio per cui ogni violazione di legge di per sé comporta l'annullabilità dell'atto, hanno carattere tassativo e come poi chiarito dall'art. 21 septies, l. n. 241/1990, si verificano nei casi di nullità testuale, di difetto assoluto di attribuzione o di violazione o elusione del giudicato.

Violazione del diritto europeo

- così è stato ad esempio ritenuto che **la violazione del diritto europeo non implica un vizio di nullità dell'atto amministrativo**, atteso che tale violazione non rientra tra quelle tipizzate dall'art. 21-*septies* l.n. 241/90: **Cons. St., sez. VI, 15 febbraio 2012, n. 750**

Applicabilità a tutti gli atti amministrativi

- Tra i tanti aspetti dubbi che il tema suscita anche per effetto di una disposizione di riferimento piuttosto scarna, ve ne è uno che in realtà dalla giurisprudenza è stato risolto con **sostanziale uniformità di orientamento**:
- appare pacifico che, sebbene l'art. 21 *septies* faccia riferimento **solo al provvedimento**, il difetto di uno degli elementi essenziali sia causa di nullità di ogni tipo di atto amministrativo, sembrando giuridicamente illogico che *species* (di atti) dello stesso genere possano ricevere un trattamento giuridico diverso a fronte della medesima difformità dal paradigma normativo

Atto amministrativo

- All'esito dell'esame del dato positivo di cui alla l. 241/1990 e del c.p.a., da un lato, e della elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, dall'altro, l'atto amministrativo può definirsi come una **dichiarazione** che:
- per quel che concerne l'aspetto soggettivo, proviene da una persona giuridica (di solito pubblica) alla quale un atto fonte ha assegnato un potere amministrativo finalizzato a perseguire un dato fine
- per quel che concerne l'aspetto strutturale, deve essere dotato di un "circuito logico-giuridico", che lo rende concreto e particolare, composto da istruttoria, motivazione, decisione e contenuto dispositivo
- per quel che concerne, infine, la sua manifestazione, deve essere esteriorizzato in modo che possa essere conosciuto ai fini della sua applicazione e della sua eventuale sottoposizione al controllo giurisdizionale

Elementi essenziali

- In generale la individuazione degli elementi essenziali dell'atto amministrativo è stata faticosa quanto quella precedente alla l. 15/2005
- Nonostante fosse lecito attendersi un sforzo ricostruttivo più vigoroso, la giurisprudenza si è quasi sempre limitata a fornire una **mera elencazione degli elementi ritenuti essenziali dagli orientamenti dottrinali tradizionali**, affermando, ad esempio, che quelli destinati a costituire l'atto amministrativo sono «soggetto, oggetto, volontà e forma»

Carenza degli elementi essenziali

- L'art. 21 *septies* l.n. 241/90 sanziona con la nullità il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali
- si tratta della c.d. **nullità strutturale**
- la nullità strutturale è ravvisabile nel caso in cui l'atto amministrativo sia privo di uno degli elementi necessari perchè lo stesso possa essere giuridicamente qualificato come tale

Nullità-inesistenza

- Nelle decisioni sull'art. 21-*septies* si registra una diffusa reticenza, solo in un paio di pronunce rinvenendosi un tentativo di ascrivere a detta espressione un contenuto giuridico preciso: elemento essenziale dell'atto amministrativo è ritenuto quello «necessario *ex lege* a costituirlo», **ovvero quello la cui «presenza è indispensabile per dare giuridicamente vita all'atto»**.
- Dalla scarna elaborazione giurisprudenziale sembrerebbe che l'atto amministrativo mancante di uno degli elementi essenziali sia un atto giuridicamente mai nato, cioè **facente parte del giuridicamente irrilevante**, e quindi considerato alla stregua di un atto (non nullo bensì) inesistente. Ma l'elemento «necessario» alla nascita dell'atto amministrativo è quello qualificato come tale «ex lege». Sicché, nel silenzio della legge, si torna di nuovo al punto di partenza.

Assenza di disposizioni sugli elementi essenziali

- Nel diritto amministrativo è assente una disposizione sugli elementi essenziali dell'atto amministrativo
- ciò comporta grandi incertezze sui casi in cui ricorra questa ipotesi di nullità
- secondo la giurisprudenza, trattandosi di patologia più grave rispetto all'annullabilità, essa richiede **una sua agevole conoscibilità in concreto**, **attraverso un mero riscontro estrinseco del *deficit* dell'atto rispetto al suo paradigma legale**

Difficoltà in ordine all'individuazione degli elementi essenziali

- Dovrà quindi continuarsi a far riferimento all'elaborazione dottrinale in ordine a quelli che vengono definiti come elementi del provvedimento dal punto di vista strutturale (soggetto; volontà; oggetto; contenuto; causa; esternazione).
- Secondo la giurisprudenza, per individuare gli elementi essenziali del provvedimento, non avendone fornito il legislatore alcuna esplicita indicazione, occorre sviluppare una lettura dell'art. 21-*septies* della legge 241/1990 modellata sulle nozioni sostanziali di derivazione civilistica concernenti contratto e negozio giuridico.
- Pertanto, il concetto di nullità del provvedimento per mancanza dei suoi elementi essenziali **va ristretto alla sola ipotesi dell'assenza degli elementi destinati a costituirlo in base alla legge e cioè il soggetto, l'oggetto, la volontà e la forma** (Cons. Stato, Sez. IV, 11 maggio 2007, n. 2273; Cons. Stato, Sez. V, 19 settembre 2008, n. 4522; TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 29 gennaio 2009, n. 1010).

Nullità e annullabilità nella giurisprudenza

- è orientamento consolidato quello per cui «l'eccezionale ipotesi di nullità di un atto amministrativo è limitata ai casi di mancanza assoluta di un elemento essenziale dell'atto stesso, necessario *ex lege* a costituirlo, quale può essere la **radicale carenza di potere da parte dell'autorità procedente ovvero il difetto della forma, della volontà, dell'oggetto o del destinatario**.
- Non può invece parlarsi di inesistenza dell'atto amministrativo allorché si discuta unicamente di vizi del procedimento che lo ha preceduto, in ciò risolvendosi la mancata corrispondenza del procedimento concreto al relativo paradigma normativo, e, perciò, delle modalità di esercizio del potere che fa capo all'amministrazione e di cui questa si è avvalsa;
- in tali ipotesi il vizio non attiene alla esistenza dell'atto finale, che rimane integro nei suoi elementi essenziali e costitutivi, ma alla validità dello stesso e dei suoi presupposti, e, quindi, alla legittimità del complessivo comportamento tenuto dall'autorità» (C. di Stato, sez. V, 16 luglio 1984, n. 552)
- **se ne ricava**: mentre la **nullità** consegue ad uno stato invalidante molto grave (che impedisce all'atto di venire in vita), **l'annullabilità** deriva da un vizio della funzione

segue

- si conferma che la sanzione generale rispetto all'invalidità dell'atto amministrativo rimane l'annullabilità *ex art. 21-octies*, primo comma: Cons. St., sez. V, 16 febbraio 2012, n. 792
- e che **la categoria della nullità nel diritto amministrativo rappresenta una forma di invalidità eccezionale e tipica, in ragione dell'esigenza di assicurare la stabilità, la certezza e, dunque, la conservazione degli atti amministrativi**: Cons. St., sez. VI, 7 marzo 2016, n. 882

Nullità e annullabilità

- Nel diritto amministrativo **la nullità costituisce una forma speciale di invalidità**, che si ha nei soli casi in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale è quella della nullità (TAR Lazio, Roma, Sez. II, n. 1337/2009; C. Stato, sez. IV, 28-10-2011, n. 5799).

segue

- Cons. St., sez. IV, 03-01-2018, n. 28: "*Nel diritto amministrativo la nullità costituisce una forma speciale di invalidità, che si ha nei soli casi, oggi meglio definiti dal legislatore, in cui sia specificamente sancita dalla legge, mentre l'annullabilità del provvedimento costituisce la regola generale di invalidità del provvedimento, a differenza di quanto avviene nel diritto civile dove la regola generale, in caso di violazione di norme imperative, è quella della nullità*".

Soggetto e volontà secondo la giurisprudenza

- Fra gli elementi essenziali dell'atto una particolare attenzione merita il **soggetto**, giacché la giurisprudenza amministrativa se ne è dovuta occupare nella quasi totalità delle decisioni che hanno riguardato gli elementi essenziali, nelle quali ha trovato conferma l'orientamento consolidatosi precedentemente alla novella legislativa del 2005
- Le fattispecie sulle quali il GA si è più frequentemente pronunciato sono quelle riguardanti **l'assenza della sottoscrizione**.
- In proposito è raramente messo in dubbio che, «sulla base della teoria degli atti amministrativi (anzi, della teoria generale degli atti giuridici, anche privati, quali specialmente quelli negoziali), **la sottoscrizione dell'atto costituisce uno degli elementi essenziali del medesimo**, con la conseguenza che la sua mancanza, impedendo di stabilire la provenienza e l'attribuzione dell'atto, [rende quest'ultimo] affetto da vizio mortale» (in questi termini TAR Veneto, sez. II, 13 novembre 2009, n. 2883)

segue

- Ciò nondimeno, la giurisprudenza è tutt'altro che concorde sul **tipo di patologia che affliggerebbe l'atto privo di sottoscrizione**.
- la giurisprudenza si è mostrata **prudente nella individuazione della tipologia di invalidità**
- ha affermato che l'illeggibilità della firma apposta in calce ad un atto amministrativo **non ne comporta l'invalidità per impossibilità di individuare l'autore quando dal suo contenuto risultino elementi sufficienti ad indicare inequivocabilmente l'autorità emanante**
- viceversa Cons. St., sez. V, 19 aprile 2005, 1792, ha affermato che **il difetto di sottoscrizione comporta nullità**

Nullità atto sottoscritto da funzionario e non da dirigente

- T.a.r. Toscana, sez. III, 18-12-2017, n. 1576.
- Posto che la stabile attribuzione a funzionari privi della qualifica dirigenziale del compito di adottare atti amministrativi a rilevanza esterna contrasta con il disposto dell'art. 17, 1° comma *bis*, d.leg. n. 165/2001, in base al quale la delega di funzioni dirigenziali a dipendenti privi di tale qualifica può avvenire solo per un periodo di tempo limitato e per specifiche e comprovate ragioni di servizio, **sono nulli gli atti amministrativi aventi rilevanza esterna adottati da funzionari privi della qualifica dirigenziale, ove non risultino verificate le condizioni alle quali l'art. 17, 1° comma bis, d.leg. n. 165 cit. consente di ritenere legittima la delega delle funzioni dirigenziali** (nella specie, il collegio ha ritenuto nullo il provvedimento amministrativo di diniego del rinnovo di una concessione di suolo pubblico sottoscritto da un funzionario del comune e non da un dirigente).

segue

- una parte della giurisprudenza, soprattutto di primo grado, ritiene che il provvedimento amministrativo **carente della sottoscrizione del funzionario da cui proviene è nullo per la carenza di uno degli elementi essenziali**: Tar Puglia, Lecce, sez. I, 12 maggio 2011, n. 825
- **invece** T.a.r. Sicilia, 28-12-2018, n. 2785: atto impugnato senza alcuna firma, sia essa analogica o digitale: è sufficiente rilevare che la sottoscrizione dell'atto amministrativo **può anche non assurgere a suo elemento essenziale, laddove concorrano altri dati testuali che consentano comunque la sicura attribuzione dell'atto all'Autorità amministrativa che lo ha adottato** e, nella fattispecie, assume valore dirimente la circostanza che con la pec di cui sopra è stato trasmesso pure il file denominato "scansione_1.pdf", avente a oggetto la nota di trasmissione, anche all'avvocato di parte ricorrente, dell'ordinanza di cui trattasi da parte del Dirigente/Comandante P.M. del Comune di Termini Imerese dott. A.C., ossia del medesimo sottoscrittore dell'ordinanza impugnata, noto la quale, scansionata digitalmente e trasposta in pdf e nella predetta forma allegata alla pec, risulta essere stata firmata con firma autografa da parte del medesimo dott. A.C.

segue

- In definitiva, al netto di qualche più o meno isolata incertezza, pare comunque potersi affermare che la giurisprudenza definisca **con sufficiente precisione il rapporto intercorrente tra sottoscrizione e soggetto:**
- dalle pronunce riesce a desumersi che **all'assenza della prima consegue la nullità dell'atto solo se ad essa corrisponde l'impossibilità di imputare quest'ultimo alla PA che in astratto possiede il potere di emanarlo**
- In altri termini, **la sottoscrizione non costituirebbe in sé un elemento essenziale** – sebbene in più di una occasione la giurisprudenza lo affermi –, **ma sarebbe l'elemento formale che per- mette di accertare la corrispondenza soggettiva tra chi ha esercitato il potere amministrativo in concreto e chi ne è attributario in astratto**.
- Viceversa, il soggetto è pacificamente considerato uno degli elementi essenziali dell'atto amministrativo.

La volontà

- Non è inconsueto che il raggio di influenza della sottoscrizione venga ampliato fino ad includere (oltre al soggetto) un altro degli elementi sovente ritenuto essenziale: **la volontà**.
- In merito ad una fattispecie avente ad oggetto un verbale non sottoscritto, il GA ha sostenuto che «la sottoscrizione negli atti formali, quale è per definizione il verbale, integra non solo la documentazione della effettiva volontà dell'agente ma costituisce la stessa volontà dell'agente di guisa che la mancata sottoscrizione non involge solo un problema di imputazione, ma, altresì, di esistenza di una volontà dell'agente o del funzionario di assumere un determinato atto».
- Ed invero, «la sottoscrizione della persona fisica che si **immedesima** nell'organo costituisce la 'cerniera' tra la volontà [di quest'ultima] e la persona giuridica cui tale volontà viene imputata di talché in assenza di sottoscrizione non può ritenersi né che alcuna volontà dell'ente si sia formata né che la stessa possa essere all'ente imputata». Insomma, **alla mancanza della sottoscrizione seguirebbe la impossibilità della imputazione dell'atto alla PA e, dunque, l'inesistenza della sua manifestazione di volontà**.

segue

- Secondo la giurisprudenza anche il **provvedimento amministrativo rilasciato in seguito alla commissione di un reato** è affetto da annullabilità e non da nullità: Cons. St., sez. V, 17 febbraio 2014, n. 755; Id., sez., VI, 31 ottobre 2013, n. 5266
- in senso contrario: Cons. St., sez. V, 4 marzo 2008, n. 890 che dichiara nullo, per interruzione del rapporto organico, il permesso di costruire frutto di un abuso di ufficio
- Peraltro **rimane da capire se in questi casi la sentenza penale comporti comunque un dovere per l'amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento conseguente al reato**

Oggetto

- un discreto numero di sentenze ha riguardato anche l'oggetto
- la definizione contenutistica è abbastanza pacifica quale la «porzione di realtà giuridica e materiale su cui l'atto incide», ovvero la «'res' (il bene, la persona, o [...] un altro atto) su cui l'atto amministrativo produce i propri effetti»
- E sulla scorta di questo orientamento sono frequenti le declaratorie di nullità di provvedimenti nei quali la cosa o il destinatario degli effetti **non sono precisamente identificati**

segue

- **incertezze tuttavia si hanno anche qui**
- se secondo l'orientamento maggioritario, **la indeterminatezza/indeterminabilità dell'oggetto dell'atto equivale alla sua mancanza**, è ad esempio stata dichiarata nulla una concessione mineraria «per indeterminatezza dell'oggetto» non potendosi stabilire quale sorgente fosse stata assegnata al concessionario (TAR Molise - Campobasso, sez. I, 20 luglio 2013, n. 506)
- Tale orientamento non è però del tutto pacificamente accettato, essendosi sostenuto che, «ammesso che l'indeterminatezza dell'oggetto generi nullità e non mera annullabilità del provvedimento (poiché l'art. 21-*septies* commina la nullità solo in caso di totale "mancanza" degli elementi essenziali), **tuttavia per il prodursi di tale effetto non è sufficiente che il contenuto dell'atto sia indeterminato, bensì deve essere anche indeterminabile**» (TAR Friuli Venezia Giulia - Trieste, sez. I, 27 giugno 2012, n. 267)

Difetto assoluto di attribuzione

- Ai sensi dell'art. 21-*septies*, l.n. 241/90, il provvedimento è nullo **anche quando è viziato da difetto assoluto di attribuzione**
- **la giurisprudenza si è occupata di circoscrivere concettualmente la nozione di difetto di attribuzione**, ribadendo a più riprese:
- **da un lato, che esso corrisponde alla carenza di potere in astratto e (pure) all'incompetenza assoluta;**
- **dall'altro, che la carenza di potere in astratto è cosa diversa rispetto alla carenza di potere in concreto.**

Carenza di potere in astratto e incompetenza assoluta

- Sotto il primo profilo: la nullità del provvedimento amministrativo per difetto assoluto di attribuzione, prevista dall'art. 21-*septies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, va circoscritta ai soli casi di c.d. carenza di potere in astratto, ossia al caso in cui **manchi del tutto una norma che attribuisca all'Amministrazione il potere in fatto esercitato**
- **due ipotesi:**
  a) un provvedimento viene emanato da una P.A. sulla base di un potere che l'ordinamento positivo non ha assolutamente attribuito alla P.A. stessa (difetto assoluto di attribuzione di funzioni: il potere esercitato non è riconducibile ad alcuna fattispecie normativa, ad esempio le sanzioni corporali);
  b) il provvedimento viene emanato da una P.A. in una materia completamente estranea al suo settore di competenza (difetto assoluto di attribuzione per **incompetenza assoluta**: vi è l'invasione della sfera di potere di un'altra P.A. Ad esempio, un ordine militare impartito dal Rettore).

Incompetenza assoluta e incompetenza relativa

- Cass. civ. [ord.], sez. II, 05-11-2018, n. 28108.
- In tema di opposizione a sanzioni amministrative, ricorre il vizio di **incompetenza assoluta dell'amministrazione quando l'atto emesso concerne una materia del tutto estranea alla sfera degli interessi pubblici attribuiti alla cura dell'amministrazione** alla quale l'organo emittente appartiene, mentre si ha incompetenza relativa nel rapporto interno tra organi o enti nelle cui attribuzioni rientra, sia pure a fini e in casi diversi, una determinata materia; soltanto il primo vizio è rilevabile d'ufficio dal giudice, comportando esso l'inesistenza del provvedimento, laddove il secondo deve essere dedotto dalla parte esclusivamente con il ricorso introduttivo, unitamente alle ragioni poste a base dello stesso.

Carenza di potere in concreto

- Sotto il secondo profilo, in perfetta continuità con l'orienta- mento tradizionale, si è sentenziato che «con l'art. 21 *septies* l. 7 agosto 1990 n. 241 il legislatore, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la cd. 'carenza in astratto del potere', cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, **con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della annullabilità i casi della cd. 'carenza del potere in concreto', ossia del potere, pur astrattamente sussistente, esercitato senza i presupposti di legge**»

segue

- si tratta dell'ipotesi elaborata dalla Cassazione: tesi della distinzione fra **cattivo esercizio del potere** e **carenza di potere ai fini del riparto di giurisdizione**
- **consentiva al G.O. di mantenere la giurisdizione per la tutela dei diritti soggettivi**
- l'ipotesi è relativa a **casi di esercizio del potere in mancanza di un presupposto di fatto o diritto prescritto dalla legge**
- per esempio: un decreto di esproprio emanato in assenza della dichiarazione di pubblica utilità o in presenza di dichiarazione di pubblica utilità divenuta inefficace per scadenza dei termini
- il potere non manca in astratto ma in concreto

segue

- secondo l'interpretazione elaborata dopo la legge del 2005 e che trova maggiori consensi **anche la carenza di potere in concreto è riconducibile oggi all'ipotesi di cattivo uso del potere e quindi ad un'ipotesi di annullabilità ai sensi dell'art. 21-*octies* l.n. 241/90**: Cons. St., sez. V, 5 dicembre 2013, n. 5786; Id., sez. IV, 26 gennaio 2011, n. 676
- Consiglio di Stato sez. IV, 17/11/2015, n. 5228
- Con l'art. 21 septies, l. 7 agosto 1990, n. 241 il legislatore, nell'introdurre in via generale la categoria normativa della nullità del provvedimento amministrativo, ha ricondotto a tale radicale patologia il solo difetto assoluto di attribuzione, che evoca la c.d. "carenza in astratto del potere", cioè l'assenza in astratto di qualsivoglia norma giuridica attributiva del potere esercitato con il provvedimento amministrativo, con ciò facendo implicitamente rientrare nell'area della annullabilità i casi della c.d. "carenza del potere in concreto", ossia del potere, pur astrattamente sussistente, esercitato senza i presupposti di legge.

nullità in violazione od elusione del giudicato

- Rispetto all'ipotesi della nullità degli atti adottati in violazione o elusione del giudicato, l'art. 21-*septies* l.n. 241/90 traduce in termini di categoria di diritto sostanziale un consolidato indirizzo della giurisprudenza originato da ragioni prettamente processuali:
- evitare che la sopravvenienza di atti adottati in violazione o elusione del giudicato comporti la necessità di avviare nuovi giudizi di cognizione

segue

- Si tratta di nullità del provvedimento derivante dalla sua adozione in violazione o elusione del giudicato, laddove cioè dal giudicato derivi a carico dell'amministrazione **l'obbligo di emanare un atto il cui contenuto sia integralmente desumibile dalla sentenza**.
- In questo caso l'amministrazione è privata del potere di provvedere diversamente, quindi il provvedimento difforme dal giudicato è nullo.
- Si ha **violazione** quando la P.A. resta del tutto inerte nei confronti di una sentenza passata in giudicato, oppure dichiara formalmente di non volere adempiere oppure assume un provvedimento (nullo in base all'art. 21-*septies*) che contraddice il giudicato o che lo attua solo parzialmente.
- Si ha **elusione** del giudicato, quando la P.A. adotta un provvedimento che, al di là della formale enunciazione di adempiere, nega, nella sostanza, l'esecuzione della decisione del giudice, ponendosi in contrasto con i doveri derivanti dal giudicato (così Cons. Giust. Amm. Regione Sicilia n. 13/1986), come, ad esempio, nel caso di adozione di meri atti istruttori, preparatori od endoprocedimentali senza il provvedimento conclusivo che effettivamente ottemperi al giudicato (cfr. Cons. Stato, Sez. IV, n. 1225/1992 e n. 416/1990).

segue

- che si tratti di un'ipotesi particolare è confermato anche da altre disposizioni
- la controversia in materia di nullità del provvedimento amministrativo adottato in violazione o elusione del giudicato è devoluta alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo: art. 133, comma 1, lett. a) n. 5 c.p.a.
- la relativa azione non è soggetta al termine di decadenza previsto per la domanda volta all'accertamento della nullità: art. 31, comma 4, c.p.a.
- si prescrive invece con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza: art. 114, comma 1, c.p.a.: L'azione si propone, anche senza previa diffida, con ricorso notificato alla pubblica amministrazione e a tutte le altre parti del giudizio definito dalla sentenza o dal lodo della cui ottemperanza si tratta; **l'azione si prescrive con il decorso di dieci anni dal passaggio in giudicato della sentenza**.

Nullità di atti in contrasto con pronunce cautelari o con sentenze di primo grado

- T.A.R. Bari, (Puglia) sez. III, 20/04/2021, n.688
- **I provvedimenti amministrativi adottati in contrasto con pronunce cautelari o con sentenze di primo grado, non sospese, del g.a. sono nulli.**
- Sono nulli *ex* art. 21-septies della legge n. 241 del 1990 i provvedimenti amministrativi adottati in contrasto con pronunce cautelari o con sentenze di primo grado, non sospese, del giudice amministrativo, in ragione sia di una lettura estensiva del concetto di « giudicato » sia perché il provvedimento contrastante con il cd. giudicato cautelare o con una sentenza del TAR non sospesa è assimilabile a quello emanato in difetto assoluto di attribuzione.
- in precedenza:
- Consiglio di Stato sez. III, 28/06/2019, n.4461
- **L'atto adottato in violazione di un'ordinanza cautelare del Giudice amministrativo non è nullo**
- Un atto amministrativo adottato in violazione di un'ordinanza cautelare del Giudice amministrativo non può essere dichiarato nullo, in quanto la nullità presuppone un contrasto con sentenze formalmente passate in giudicato, e non semplicemente il contrasto con una decisione cautelare priva dell'efficacia di cosa giudicata

La nullità davanti al giudice dell’ottemperanza

- Consiglio di Stato sez. VI, 10/09/2020, n.5425
- **Il rinnovo dell'esercizio del potere dopo l'annullamento di un atto in sede giurisdizionale può essere contestato dinanzi al giudice dell'ottemperanza.**
- Quando l'amministrazione rinnova l'esercizio delle sue funzioni dopo l'annullamento di un atto operato dal giudice amministrativo, l'interessato che si duole (anche) delle nuove conclusioni raggiunte dall'amministrazione può proporre un unico giudizio davanti al giudice dell'ottemperanza, lamentando la violazione o la elusione del giudicato ovvero la presenza di nuovi vizi di legittimità nella rinnovata determinazione; il giudice dell'ottemperanza è quindi chiamato, in primo luogo, a qualificare le domande prospettate, distinguendo quelle attinenti propriamente all'ottemperanza da quelle che invece hanno a che fare con il prosieguo dell'azione amministrativa, traendone le necessarie conseguenze quanto al rito ed ai poteri decisori; nel caso in cui il giudice dell'ottemperanza ritenga che il nuovo provvedimento emanato dall'amministrazione costituisca violazione ovvero elusione del giudicato, ne dichiara la nullità, con la conseguente improcedibilità per sopravvenuta carenza di interesse della seconda domanda (quella cioè volta a sollecitare un giudizio sulla illegittimità dell'atto gravato). Viceversa, in caso di rigetto della domanda di nullità, il giudice dispone la conversione dell'azione per la riassunzione del giudizio innanzi al giudice competente per la cognizione, ai sensi dell'art. 32, comma 2, del c.p.a. Da ciò deriva che, qualora nel corso del giudizio di ottemperanza di una sentenza di primo grado non sospesa (e quindi efficace inter partes) l'amministrazione esegua la sentenza ottemperanda adottando nuovi provvedimenti, spetta al giudice dell'ottemperanza, indipendentemente dalla esplicita impugnazione degli stessi, stante l'ampio potere (di merito) rimesso al giudice dell'esecuzione, valutare se questi ultimi siano stati adottati in elusione ovvero in violazione di giudicato, posto che la loro eventuale nullità deve essere scrutinata ex officio dal giudice dell'esecuzione, anche al fine di ritenere improcedibile il giudizio di ottemperanza per l'intervenuta esecuzione della sentenza che ne è oggetto ovvero di dichiarare la cessata materia del contendere

Nullità testuali dell'atto amministrativo

- Fino agli anni '90 del secolo scorso le poche disposizioni che prevedevano la sanzione della nullità dell'atto erano considerate dalla giurisprudenza 'atecniche'
- ricondotte comunque nell'alveo della annullabilità del provvedimento
- ciò in ragione della presunzione di legittimità degli atti amministrativi e delle esigenze di certezza dell'azione amministrativa

segue

- l'art. 21-*septies* fa riferimento **alle nullità c.d. testuali, cioè ai "casi espressamente previsti per legge"**
- Ad esempio si possono ricordare:
- assunzione del dipendente pubblico in assenza del concorso prescritto per le singole carriere: art. 3, comma 6, d.p.r. 10 gennaio 1957, n. 3
- attribuzione di mansioni superiori senza i requisiti previsti dalla legge: art. 52, comma 5, d.lgs. n. 165/2001
- violazione delle disposizioni in tema di incarichi retribuiti (art. 53, comma 6, d.lgs. n. 165/2001)

segue

- **violazione dell'obbligo di stipulare gli accordi integrativi o sostitutivi del provvedimento per atto scritto** (art. 11, comma 2, l.n. 241/90)
- violazione dell'obbligo per le pubbliche amministrazioni di sottoscrivere gli accordi tra pp.aa. con firma digitale (art. 15, comma 2-bis, l.n. 241/90, introdotto dall'art. 6, comma 2, d.l. 18 ottobre 2012, n. 179 convertito in l. 17 dicembre 2012, n. 221
- **atti emanati in violazione della disciplina sulla c.d. *prorogatio*** (art. 3, comma 3 e art. 6, comma 2, d.l. 16 maggio 1994, n. 293 conv. in l. 15 luglio 1994, n. 444

Revocazione per omesso rilievo d’ufficio della nullità del provvedimento?

- Consiglio di Stato sez. III, 14/02/2019, n.1049
- ***Revocazione per omesso rilievo d’ufficio della nullità del provvedimento***
- Nel giudizio amministrativo la nullità del provvedimento, anche se rilevabile d'ufficio dal giudice in applicazione del generale principio previsto dall'art. 1421 c.c., è questione di diritto e giammai di fatto, sicché l'errore eventualmente compiuto dal giudice nel non rilevarne ex officio la nullità non è mai censurabile in sede di revocazione ai sensi dell'art. 395, comma 1, n. 4, c.p.c. in quanto non assimilabile, in nessun modo, ad una « svista » o « errore dei sensi ».

Conclusioni su giurisprudenza

- sino ad oggi la validità del provvedimento amministrativo non teneva in alcun conto gli aspetti strutturali dello stesso ma tiene conto degli aspetti genetici e funzionali del provvedimento, gli aspetti cioè di formazione del provvedimento amministrativo e quelli inerenti alla rispondenza del provvedimento amministrativo all'interesse pubblico»: in una visione funzionale della invalidità del provvedimento amministrativo gli elementi costitutivi del provvedimento perdono importanza
- Non comprensibile però è la confusione che caratterizza le pronunce sugli elementi essenziali, la quale, complicando ancor di più il (già parecchio articolato) quadro teorico, finisce, da un lato, per rendere difficile (se non impossibile) giungere ad una plausibile loro ridefinizione, così favorendo l'allontanamento degli operatori dall'applicazione dell'art. 21 *septies*, l. 241/1990, e (conseguentemente) dell'art. 31, comma 4, cpa; e, dall'altro, per compromettere l'effettività della tutela del destinatario dell'esercizio della funzione amministrativa.

Nullità e inesistenza

- Il tradizionale orientamento del G.A. concernente l'atto nullo cominciò a rivelare i primi cedimenti nella decisione dell'Adunanza Plenaria n. 2/1992, in cui, **occupandosi della reiterazione degli incarichi a termine nel pubblico impiego, si ammise senza incertezze la configurabilità dell'atto amministrativo nullo**, spiegando il fondamento della diversità di regime giuridico tra annullabilità e nullità, le quali «appaiono come il risultato di tecniche normative fondate su piani d'interessi differenti e ispirate a logiche diverse»
- nel 1992 alcune pronunce dell'Adunanza Plenaria (nn. 1, 2, 5, 6) affermarono che l'assunzione di un pubblico dipendente, disposta in violazione di norme imperative che comminino la sua nullità, è radicalmente nulla e non solo annullabile
- si faceva strada così un'interpretazione sistematica che dava rilievo, anche nel diritto amministrativo, alla figura della nullità come ipotesi di invalidità diversa dall'annullabilità
- non solo.

segue

- nella pronuncia il giudice afferma: se, da un lato, «l'interessato non può invocare la costituzione di un rapporto di pubblico impiego [...] come titolo per la conversione del rapporto a termine in rapporto a tempo indeterminato», dall'altro, «i fatti e le attività storicamente verificatesi a seguito del negozio nullo possono [...] produrre limitate e autonome conseguenze».
- il ricorrente può «invocare [...] la costituzione di un rapporto lavorativo di fatto con le conseguenze favorevoli di cui all'art. 2126 c.c.», secondo cui «la nullità o l'annullamento del contratto di lavoro non produce effetto per il periodo in cui il rapporto ha avuto esecuzione, salvo che la nullità non si risolve necessariamente in illiceità del rapporto stesso»
- sembra riconoscere la **diversità concettuale delle figure di inesistenza e nullità**, per certi versi avvicinando quest'ultima, anche se solo sotto il profilo degli effetti, all'annullabilità: ad avviso del Consiglio di Stato, in primo luogo, l'atto affetto da nullità (a differenza di un atto inesistente, che neppure può essere qualificato come atto) è in grado di generare un rapporto, alcune conseguenze giuridiche del quale possono essere "sopportate" dall'ordinamento
- in secondo luogo, **fintantoché la nullità non viene accertata e dichiarata, l'atto è capace di produrre (limitati) effetti così come lo è (pur se non nella stessa misura) quello annullabile.**

Inesistenza

- costituirebbe la formula definitoria che esprime la condizione in cui si trova ciò che non ha assunto alcuna rilevanza giuridica in ragione della mancata corrispondenza tra la descrizione normativa astratta e la fattispecie che si è concretamente realizzata

Invalidità-nullità

- Per invalidità dovrebbe intendersi quella qualificazione (di difformità) dell'atto (dal suo paradigma normativo di riferimento) che, da un lato, non inibisce la sua idoneità a produrre effetti giuridici, e, da un altro, è presupposto per renderlo inefficace
- la nullità andrebbe considerata come **una "reazione" ordinamentale di natura (non costitutiva, bensì) dichiarativa**, funzionale a denunciare una difformità dal paradigma normativo, una "denuncia" che avrebbe, però, un legame mediato con il piano della efficacia: il collegamento fra questo piano e la nullità, invero, si realizzerebbe attraverso (almeno) un'altra disposizione normativa – altra rispetto a quella che sancisce la invalidità dell'atto – **che regolamenta la eliminazione dal mondo giuridico degli effetti provenienti dall'atto invalido**

Nullità

- alla nullità corrisponderebbe una inefficacia non automatica
- l'assenza di tale automatismo (frutto di una scelta legislativa, dunque di diritto positivo, e non assunto di teoria generale), comporterebbe l'applicabilità dell'atto, cui consegue la capacità di generare gli effetti tipici suoi propri, modificando la realtà giuridica su cui opera
- ciò fino a quando la difformità non venga accertata dal giudice, momento nel quale la sua inefficacia verrebbe "attualizzata", rendendolo di conseguenza inapplicabile

Distinzione tra inesistenza e nullità

- L'**inesistenza è una categoria di teoria generale** che indica i casi in cui in un determinato fatto o fenomeno della realtà non è ravvisabile un atto giuridico o quantomeno un atto giuridico ascrivibile alle categorie di cui si tratta (salvo che non si tratti di casi di possibile conversione, ai sensi dell'art. 1424, cod. civ.). **L'atto in questi casi non è riconoscibile come tale anche nella sua apparenza esteriore e perciò resta allo stato di fatto giuridicamente irrilevante**.
- La categoria è applicabile nel settore degli atti amministrativi i quali come atti giuridici, prima di potere essere predicati in termini di validità, invalidità, **debbono potere essere identificati in quanto tali**.
- In conseguenza, quando si fa riferimento nell'art. 21-*septies* alla mancanza di elementi essenziali, ci si riferisce ad un **difetto certamente gravissimo ma non tale da rendere l'atto privo di identificazione**. Anche in tali casi, l'atto pur carente di alcuni elementi essenziali consiste in una dichiarazione di un certo contenuto ed è imputabile ad un determinato soggetto, cui almeno in astratto, un potere amministrativo può essere riferito.

Nullità e annullabilità

- La situazione di contrasto che dà luogo ad invalidità si può presentare in concreto secondo modalità differenziate: **può essere più grave o meno grave a seconda del tipo di norme violate e dell'entità della violazione**.
- Storicamente la disciplina dell'invalidità del provvedimento amministrativo è stata impostata sulla categoria dell'illegittimità dalla quale deriva l'annullabilità del provvedimento amministrativo.
- Secondo le elaborazioni di teoria generale si distinguono due tipi di invalidità.
- La prima denominata **nullità** ricomprende le affezioni più gravi dell'atto. Si tratta di una imperfezione insanabile ed è incapace di dare luogo agli effetti dell'atto perfetto. È rilevabile d'ufficio.
- La seconda denominata **annullabilità** comprende le affezioni di gravità minore. È in principio sanabile e si caratterizza per dar luogo agli effetti dell'atto perfetto in forma precaria. Specialmente tipica del diritto amministrativo. È rilevabile dai soggetti portatori di interessi qualificati

Particolarità della invalidità amministrativa

- Rispetto al modello di invalidità del diritto comune, due sono le particolarità:
- **1. Attività preparatoria giuridicamente rilevante**. Le fattispecie di esercizio dei poteri amministrativi sono sempre procedimentalizzate: constano di una serie articolata di atti giuridici sottoposti a norme
- Questo elemento **estende l'area della invalidità degli atti amministrativi**: essa può essere rilevata in relazione ad ogni atto produttivo di effetti: sotto questo profilo ogni contrasto dei provvedimenti amministrativi e degli atti procedimentali con la normazione relativa dà luogo ad invalidità.
- Ulteriore conseguenza di questa prima particolarità consiste nel fatto che il provvedimento amministrativo può risultare affetto da invalidità derivata.
- **2. Contrasto con principi e criteri assunti a regola della discrezionalità amministrativa**. L'esercizio in concreto dei poteri amministrativi è sottoposto non solo alla disciplina normativa che concerne il potere (regole del procedimento in generale e dei singoli procedimenti in particolare) ma anche a numerosi principi che riguardano il corretto esercizio del potere discrezionale: regole per la corretta scelta in concreto, affidata all'Amministrazione: strumenti di razionalizzazione delle scelte dell'amministrare. La discrezionalità indica vincolo nel fine, criterio di ragionevolezza.

Invalidità totale e parziale

- L’invalidità può essere totale o parziale.
- Di norma l’invalidità di singoli elementi o singole clausole dell’atto produce invalidità dell’intero atto solo se hanno carattere essenziale (elementi senza i quali l’atto non esisterebbe o non sarebbe stato adottato).
- Problema da risolvere caso per caso.
- Deve tenersi presente la distinzione tra provvedimenti scindibili e inscindibili.
- Scindibili: atti solo formalmente unici, nella sostanza plurimi, divisibili cioè in una pluralità di atti.
- Es: giudizio di idoneità dei candidati per una abilitazione: può risultare invalido solo in relazione ad un candidato, senza conseguenze invalidanti sulle idoneità di altri.

segue

- Per gli atti **inscindibili (unici nella forma e nella sostanza)** si può porre il problema dell'invalidità di singole clausole. Es: condizione apposta all'atto.
- Si tratta in questi casi di **stabilire se il contenuto della singola disposizione o della singola clausola invalida sia un momento essenziale della dichiarazione di volontà dell'amministrazione, un presupposto di essa**.
- Questa impostazione è conforme al diritto comune:
- art. 1419, comma 1, c.c.: nullità parziale
- La nullità parziale di un contratto o la nullità di singole clausole importa la nullità dell'intero contratto, se risulta che i contraenti non lo avrebbero concluso senza quella parte del suo contenuto che è colpita dalla nullità.
- Art. 159, comma 2, c.p.c.: estensione della nullità
- La nullità di una parte dell'atto non colpisce le altre parti che ne sono indipendenti

Disciplina applicabile al fine di stabilire l'invalidità del provvedimento

- L'invalidità di un atto di regola si determina **con riferimento alla disciplina giuridica in vigore al momento in cui l'atto si perfeziona** e non al momento in cui l'atto viene portato ad effetto (principio costante in giurisprudenza).
- Questo principio vale anche con riferimento agli atti del procedimento (atti endoprocedimentali): **per dedurre l'invalidità di un atto bisogna fare riferimento al momento in cui l'atto viene in essere e non al momento in cui il procedimento si perfeziona con l'adozione del provvedimento finale**: ciascun atto trova la sua disciplina nelle norme vigenti al momento della sua adozione, mentre conservano efficacia le fasi procedimentali già esauritesi sotto l'impero della pregressa disciplina (giurisprudenza costante).
- Eccezioni:
- invalidità sopravvenuta:
- norme retroattive producono *ex post* l'invalidità degli atti che risultano in contrasto con la nuova disciplina (anche se conformi alla disciplina in vigore al momento in cui sono stati adottati).
- Stesso effetto per il caso di sentenze della Corte costituzionale che dichiarano l'illegittimità costituzionale di norme legislative nei confronti di atti emanati sulla base di queste norme, che siano stati ritualmente impugnati.

Invalidità derivata ex post prodotta dall'annullamento dell'atto presupposto

- Fenomeno analogo si può avere nel caso di **annullamento di atto amministrativo presupposto rispetto a quello conseguenziale**: es.: annullamento di un atto di pianificazione territoriale (piano regolatore generale) pone il problema della sorte dei piani e provvedimenti attuativi (piani di zona, permessi di costruire)
- Nell'ambito del **rapporto di presupposizione fra atti inseriti all'interno di un procedimento**, «occorre distinguere tra **invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante**: nel primo caso l'annullamento dell'atto presupposto determina **l'automatico travolgimento dell'atto consequenziale**, senza bisogno che quest'ultimo sia stato autonomamente impugnato e siano state vagliate positivamente le censure proposte; **nel caso di illegittimità ad effetto viziante l'atto consequenziale diviene invalido per vizio di invalidità derivata, ma resta efficace salva apposita ed idonea impugnazione, resistendo all'annullamento dell'atto presupposto»** (Cons. Stat., sez. V, 5 maggio 2010 n. 2577)

segue

- Consiglio di Stato sez. VI, 17 gennaio 2011, n. 244
- Per giurisprudenza consolidata, in sostanza, in presenza di vizi accertati dell'atto presupposto, deve distinguersi fra invalidità ad effetto caducante ed invalidità ad effetto viziante, solo per la prima ammettendosi che l'annullamento dell'atto presupposto si estenda automaticamente a quello consequenziale, anche ove quest'ultimo non sia stato tempestivamente impugnato; quanto alla concreta individuazione della predetta tipologia di effetti, è pacifico che si debba valutare l'intensità del rapporto di consequenzialità, **con riconoscimento dell'effetto caducante solo ove tale rapporto sia immediato, diretto e necessario**, nel senso che **l'atto successivo si ponga, nell'ambito della stessa sequenza procedimentale, come inevitabile conseguenza di quello anteriore**, senza necessità di nuove ed ulteriori valutazioni di interessi, con particolare riguardo al coinvolgimento di soggetti terzi.

segue

- Consiglio Stato sez. V, 25 novembre 2010, n. 8243: nega che l'eventuale annullamento delle determinazioni attinenti all'ammissione/ricusazione delle liste dei candidati presentate per le consultazioni per l'elezione del sindaco e del consiglio comunale potessero spiegare effetti caducanti rispetto agli atti di indizione delle nuove consultazioni ed alla rispettiva proclamazione degli eletti.
- NB: Per questi motivi l'espressione indeterminata racchiusa nella clausola di stile secondo cui l'impugnazione concerne altresì «ogni altro atto comunque presupposto, conseguente o connesso a quello odiernamente impugnato» è secondo la giurisprudenza «priva di attitudine a manifestare quale debba, secondo l'interessato, essere l'oggetto del giudizio e dell'annullamento da parte del giudice, perché **solo una inequivoca indicazione consente al giudice stesso di identificare l'oggetto della domanda e ai contraddittori di esercitare il loro diritto di difesa**» (Cons. Stat., sez. VI, 13 gennaio 2011 n. 177).

Annullabilità: vizi di legittimità

- Art. 21-octies: È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.
- L'art. 29, c.p.a., dispone che l'azione di annullamento si propone per violazione di legge, incompetenza ed eccesso di potere.
- La giurisprudenza identifica i termini annullabilità e illegittimità.
- Le disposizioni fanno riferimento ai tipi di vizi di legittimità in ordine ai quali è svolto il sindacato del giudice amministrativo nei casi in cui sia proposta l'azione di annullamento.
- Tali vizi sono già presenti nella legge istitutiva della Quarta sezione del Consiglio di Stato (L. 31 marzo 1889, n. 5992, art. 24).
- Il concetto di illegittimità del provvedimento implica innanzi tutto che esso si ponga in contrasto con una norma posta dall'ordinamento giuridico.

segue

- Inoltre la contestazione della legittimità di un atto amministrativo è ammessa nella giurisdizione amministrativa solo attraverso l'impugnazione dell'atto volto ad ottenerne l'annullamento.
- Questo carattere di necessarietà dell'azione costitutiva è confermato da quella norma del codice del processo amministrativo in base alla quale il giudice non può conoscere della legittimità degli atti che il ricorrente avrebbe dovuto impugnare con l'azione di annullamento (art. 34, comma 2, c.p.a.).

Incompetenza

- L'incompetenza attiene **al profilo soggettivo** in quanto è configurabile perché l'organizzazione amministrativa si articola in una pluralità di strutture. Essa presuppone il concetto di competenza come misura delle attribuzioni amministrative spettanti ad un organo dell'amministrazione e i criteri in base ai quali le competenze sono ripartite tra i vari organi.
- L'incompetenza può essere definita come «il vizio di legittimità proprio del provvedimento emanato da un organo diverso da quello che sarebbe stato competente ad adottarlo» (ROMANO, op. cit., 281). Si tratta del vizio di **incompetenza relativa**, caratterizzato dal fatto che il provvedimento è stato adottato da un organo non legittimato, ma operante in un settore di attività in relazione al quale l'ordinamento gli attribuisca comunque altre competenze.
- Incompetenza può aversi per materia, per territorio, per grado.

composizione organo collegiale

- Di solito viene rilevato che il vizio di incompetenza attiene al profilo soggettivo della fattispecie. Viene quindi a comprendere anche le norme relative alla formazione del soggetto (composizione organo collegiale, presenza del quorum, legittimità minima dei titolari).
- C. Stato, sez. VI, 22-06-2011, n. 3755.
- Il vizio nella composizione dell'organo collegiale chiamato ad adottare la determinazione amministrativa che ha dato luogo alla controversia è assimilabile al vizio di incompetenza e il riscontro della sua esistenza preclude l'esame degli altri profili di legittimità dell'atto in quanto emanato da un organo privo di titolarità e impone di restituire gli atti all'amministrazione, in modo che possa senz'altro riesaminare l'intera fattispecie sostanziale.
- T.a.r. Lazio, sez. III, 15-06-2011, n. 5299.
- L'atto viziato di incompetenza relativa può essere ratificato dall'organo competente, ma essendo la ratifica esplicazione del potere di convalida, deve esercitarsi secondo il modulo legale delineato dall'art. 21-nonies l. 241/91 ovvero per ragioni di interesse pubblico - che devono essere adeguatamente indicate nel provvedimento - e alla condizione che sia esercitata entro un termine ragionevole.

Violazione di legge

- La violazione di legge consiste nella violazione di una norma giuridica costituzionale, legislativa primaria, regolamentare o statutaria.
- Un tema importante attiene alla sorte dell'eventuale contrasto tra il provvedimento amministrativo e il diritto europeo. Secondo la giurisprudenza anche in questo caso si configura un vizio di legittimità del provvedimento amministrativo che deve essere impugnato entro il termine decadenziale di sessanta giorni (Cons. Stat., sez. VI, 23 luglio 2008 n. 3621; Cons. Stat., sez. VI, 21 settembre 2007 n. 4890; Cons. Stat., sez. IV, 21 febbraio 2005 n. 579).
- C. Stato, sez. VI, 31-03-2011, n. 1983.
- La violazione del diritto comunitario implica solo un vizio di legittimità, con conseguente annullabilità dell'atto amministrativo; l'art. 21 septies l. 7 agosto 1990 n. 241, introdotto dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, ha codificato in numero chiuso le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, e non vi rientra la violazione del diritto comunitario; da tanto consegue: a) (sul piano processuale) l'onere dell'impugnazione del provvedimento contrastante con il diritto comunitario, dinanzi al giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'inoppugnabilità; b) (sul piano sostanziale) l'obbligo per l'amministrazione di dar corso all'applicazione dell'atto, salva l'autotutela.

Eccesso di potere

- Il vizio dell'eccesso di potere attiene all'esercizio della discrezionalità dell'amministrazione.
- Nella sua configurazione tradizionale esso è qualificato come violazione di quei principi che «costituiscono la condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo». Il sindacato sull'eccesso di potere investe il rispetto dei principi di ragionevolezza, proporzionalità, eguaglianza ed il rispetto del dovere di imparzialità.
- L'eccesso di potere è impiegato per designare il cattivo uso del potere discrezionale da parte della P.A.
- È attraverso la figura dell'eccesso di potere che la giurisprudenza ha costruito la discrezionalità amministrativa.

segue

- Le più recenti ricerche dimostrano che il vizio di eccesso di potere per il legislatore del 1889 indicava qualcosa di profondamente diverso da ciò che intendiamo oggi: un caso di incompetenza particolarmente grave: uno straripamento di potere (grosso modo l'attuale carenza di potere). Esprimeva a sua volta una forma di violazione di legge.
- La figura va quindi analizzata come quella attraverso la quale la giurisprudenza ha costruito la discrezionalità amministrativa.
- Le regole che la giurisprudenza ha applicato in concreto per stabilire se determinati atti fossero viziati per eccesso di potere sono le regole indicate come proprie dell'esercizio del potere discrezionale.
- Eccesso di potere come vizio del potere discrezionale.
- **Non può essere configurato in riferimento agli atti vincolati.**
- Poiché l'eccesso di potere è strettamente collegato al cattivo uso del potere discrezionale, è evidente che non sono viziati da eccesso di potere gli atti privi di discrezionalità, vale a dire gli atti vincolati, per questi ultimi sono configurabili come vizi di legittimità: l'incompetenza e la violazione di legge.

sviamento di potere

- Il cattivo uso della discrezionalità conduce a porre in essere l'atto per uno scopo diverso e l'eccesso di potere è configurato come uno sviamento dell'atto dal fine suo tipico.
- La giurisprudenza intende lo sviamento di potere come una figura sintomatica dell'eccesso di potere che ricorre «qualora la p.a. eserciti il potere per finalità diverse da quelle attribuitele dal legislatore con la norma attributiva dello stesso e, in particolare, quando l'atto posto in essere sia stato determinato da un interesse diverso da quello pubblico, ma personale dell'agente o di suoi congiunti, ovvero da un interesse di gruppo o di partito» (Cons. Stat., sez. V, 25 maggio 2010 n. 3321; Cons. Stato, sez. IV, 7 luglio 2008 n. 3376).

segue

- C. Stato, sez. V, 11-03-2010, n. 1418: La censura di eccesso di potere per sviamento deve essere supportata da precisi e concordanti elementi di prova, idonei a dar conto delle divergenze dell'atto dalla sua tipica funzione istituzionale, non essendo a tal fine sufficienti semplici supposizioni o indizi che non si traducano nella dimostrazione dell'illegittima finalità perseguita in concreto dall'organo amministrativo.

Figure sintomatiche

- contraddittorietà interna o intrinseca (tra motivazione e dispositivo);
- contraddittorietà esterna o estrinseca (tra atti distinti);
- C. Stato, sez. V, 06-10-2009, n. 6094: Il vizio di eccesso di potere per contraddittorietà sussiste in presenza di un provvedimento che presenti contraddizioni o incongruenze rispetto a precedenti valutazioni della stessa autorità emanante o di manifestazioni di volontà che si pongono in contrasto fra di loro; in sostanza la contraddittorietà deve intercorrere fra specifici atti dell'amministrazione, e non fra un metodo di lavoro ed una concreta scelta amministrativa, che è sindacabile solo per i vizi di manifesta illogicità, irrazionalità ed errore di fatto.
- C. Stato, sez. IV, 22-09-2005, n. 5000: Sussiste il vizio di eccesso di potere in caso di contraddizione con precedenti manifestazioni di volontà o con precedenti atti istruttori, in difetto di idonea motivazione sul punto; inoltre, è illegittimo per eccesso di potere per contraddittorietà il provvedimento che presenti contraddizioni od incongruenze rispetto a precedenti valutazioni della stessa amministrazione o quando sussistano più manifestazioni di volontà dello stesso ente che si pongano tra loro in contrasto.

Motivazione

- Mentre l'assenza di motivazione determina l'annullabilità del provvedimento per violazione di legge: violazione dell'art. 3 della legge 241/1990, la motivazione contraddittoria o carente determina l'eccesso di potere.
- T.a.r. Umbria, 30-01-2007, n. 63: È annullabile per eccesso di potere quell'atto la cui motivazione non sia tale da consentire la ricostruzione dell'iter logico seguito dalla p.a. nell'adottare il provvedimento.

Violazione di circolari

- violazione di circolari (una circolare viene sempre applicata e poi, in un caso singolo, non viene applicata); illogicità manifesta (violazione del principio di ragionevolezza).
- C. Stato, sez. IV, 01-07-1992, n. 654: È illogica una scelta amministrativa che, con riguardo alla concreta situazione di fatto, non è ragionevole attendersi in alcun caso, non già una scelta che sia opinabile nel merito, ma alla quale si possa nondimeno pervenire con un grado di ragionevolezza non dissimile da quella che sorregge la scelta di contenuto opposto.

disparità di trattamento

- disparità di trattamento in situazioni uguali (violazione del principio di eguaglianza);

  La giurisprudenza controlla l'esercizio del potere discrezionale dal punto di vista del rispetto del principio di eguaglianza attraverso il sindacato sulla disparità di trattamento. Per giurisprudenza costante la censura di eccesso di potere per disparità di trattamento «a fronte di scelte discrezionali dell'amministrazione è riscontrabile soltanto in caso di assoluta identità di situazioni di fatto e di conseguente assoluta irragionevole diversità del trattamento riservato, situazioni la cui prova rigorosa deve essere fornita dall'interessato, con la precisazione che la legittimità dell'operato della p.a. non può comunque essere inficiata dall'eventuale illegittimità compiuta in altra situazione» (Cons. Stat., sez. V, 11 gennaio 2011 n. 79; Cons. Stat., sez. VI, 17 gennaio 2011 n. 236).

travisamento dei fatti

- travisamento dei fatti;
- C. Stato, sez. VI, 01-10-2002, n. 5156: La figura sintomatica dell'eccesso di potere per travisamento dei fatti ed errore nei presupposti concerne l'erronea ed inesatta considerazione dei fatti storici che l'amministrazione pone a base del proprio provvedimento, ed essa è considerata sintomatica dell'eccesso di potere proprio perché l'erronea considerazione dei presupposti di fatto della valutazione si proietta su di essa ed appare, normalmente idonea a falsarla.
- carenza di istruttoria procedimentale;
- C. Stato, sez. VI, 13-06-1995, n. 567: Sussiste il vizio di eccesso di potere per travisamento dei fatti nei casi in cui il provvedimento impugnato sia stato emanato nel presupposto dell'esistenza e inesistenza di fatti che, al contrario, risultano rispettivamente insussistenti o sussistenti.

Violazione clausole generali

- Da ultimo la dottrina ha sottoposto a critica l'eccesso di potere proponendone un confronto più attento con alcuni modelli mutuati dal diritto privato fino a prospettare l'utilizzo di un sindacato sulle determinazioni unilaterali dell'amministrazione condotto con riferimento alla violazione delle clausole generali di correttezza e buona fede.

L’annullabilità: 21-octies, comma 2

- Rispetto all’art. 21-octies (introdotto dall’art. 14 l.n. 15/2005), la discussione si è incentrata sulla previsione del secondo comma secondo cui:
- *non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento qualora l’amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato*

segue

- scissione tra il concetto di illegittimità e quello di annullabilità
- *ratio*?
- Soprattutto nella ricostruzione giurisprudenziale, la categoria delle difformità che non sfociano nell'annullamento viene ritenuta fondata sul principio generale di cui all'art. 156, comma 3, cpc che contiene la regola del cd. "raggiungimento dello scopo".
- La maggior parte degli autori, invece, ha sostenuto che la disposizione in esame – con ogni probabilità prendendo spunto dal filone teorico che ha inaugurato il concetto di amministrazione di risultato – tende a valorizzare il risultato (ovviamente quando questo è "sostanzialmente" in linea con la legge), facendo recedere le garanzie procedurali e formali
- Altri hanno invece ritenuto che la soluzione legislativa sarebbe rispettosa del principio di ragionevolezza/proporzionalità che verrebbe violato se si annullasse un provvedimento in grado di fornire un adeguato bilanciamento agli interessi in gioco

segue

- La disposizione non fa riferimento solo ai vizi formali, essa può trovare un'applicazione molto ampia
- in questo senso la giurisprudenza ha affermato che "i generali principi di conservazione dell'atto e di strumentalità delle forme inducono a generalizzare la portata dell'istituto dell'illegittimità non invalidante di cui all'art. 21-octies, comma 2, l.n. 241/90: Cons. St., sez. VI, 27 febbraio 2012, n. 1081

difetto di motivazione

- La giurisprudenza ha escluso che tra le ipotesi di violazione di norme procedimentali o di vizi di forma possa rientrare il difetto di motivazione del provvedimento impugnato
- in ragione del fatto che la motivazione rappresenta un “presidio di legalità sostanziale insostituibile”: Cons. St., sez. III, 30 aprile 2014, n. 2247 che ha ritenuto inammissibile la motivazione postuma in sede giudiziale

il preavviso di rigetto

- alcune pronunce hanno ritenuto che la portata del secondo periodo del secondo comma, che non incontra il limite dell'attività vincolata, si estenda analogicamente al c.d. preavviso di rigetto di cui all'art. 10-bis l.n. 241/90, nonostante il riferimento testuale alla comunicazione di avvio del procedimento: Cons. St., sez. III, 20 settembre 2016, n. 3913: sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3667
- il recente c.d. decreto Semplificazione (d.l. n. 76/2020, convertito in l.n. 120/2020) ha espressamente previsto che "la disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis".

Dubbi di legittimità costituzionale

- Una parte della dottrina ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale in ordine alla compatibilità di questa disposizione con l'art. 113, comma 2, Cost., che impedisce di circoscrivere la tutela giurisdizionale in relazione alla tipologia dei vizi fatta valere in giudizio
- altre tesi hanno privilegiato letture diverse: norma sugli atti irregolari; norma sulla sanatoria degli atti; norma sul raggiungimento dello scopo ai sensi dell'art. 156, comma 3, c.p.c.:Cons. St., sez. VI, 28 gennaio 2016, n. 283
- si tratta di tesi di ordine sostanziale

Natura processuale dell'art. 21-octies, comma 2

- La giurisprudenza, invece, è orientata a favore della natura processuale dell'art. 21-octies, comma 2: Cons. St., sez. III, 4 giugno 2013, n. 3048
- si tratterebbe in particolare di una norma sull'interesse al ricorso: Cons. St., sez. VI, 18 febbraio 2011, n. 1040
- il soggetto che ricorre non avrebbe interesse all'annullamento di quell'atto perchè l'amministrazione potrebbe adottare un nuovo provvedimento con contenuto identico
- secondo la giurisprudenza, dunque, in questi casi il giudice amministrativo deve pronunciarsi per l'inammissibilità o per l'improcedibilità del ricorso

Disapplicazione del provvedimento invalido?

- Consiglio di Stato, sez. IV, 27 febbraio 2020, n.1439
- **Il provvedimento illegittimo non può essere disapplicato**
- L'illegittimità di un provvedimento non ne consente la disapplicazione, essendo nel nostro sistema necessaria ed imprescindibile la tempestiva iniziativa annullatoria dell'interessato, in assenza della quale il provvedimento si consolida ed è idoneo a disciplinare il rapporto amministrativo, eventualmente anche contra legem; unica eccezione a tale conseguenza è rappresentata dai casi di nullità come individuati dall'art. 21-septies, l. n. 241 del 1990.

interesse ai fini risarcitori

- Secondo alcuni il giudice amministrativo potrebbe accertare incidentalmente l'illegittimità del provvedimento se sussiste l'interesse a fini risarcitori
- in altri termini, nei casi di cui all'art. 21-octies, comma 2, l.n. 241/90, non sarebbe ammessa la tutela costitutiva (l'annullamento dell'atto), ma rimarrebbe ferma la tutela risarcitoria, in presenza di un danno patrimoniale

Provvedimenti di secondo grado

- Presupposto di tutti i provvedimenti di secondo grado:
- Il potere non deve essersi esaurito
- Si tratta del potere nel cui esercizio è stato emanato il provvedimento di primo grado o l'accordo
- Inesauribilità del potere
- l'amministrazione può riesercitare il potere quando il provvedimento di primo grado è illegittimo o inopportuno - dunque non più adeguato alla cura dell'interesse pubblico in concerto perseguito

L’interesse pubblico

- **Aspetto importante**: l’invalidità non giustifica da sola il riesercizio del potere - l’autorità competente deve sempre valutare se sussistano esigenze di cura dell’interesse pubblico che richiedano il riesercizio del potere
- Questo principio trova oggi fondamento nella disciplina della l.n. 241/90:
- logica di risultato
- **attenzione alla efficacia dell’azione amministrativa**
- la presenza di invalidità da sola non giustifica il riesercizio del potere
- il provvedimento è **espressione del principio di buon andamento teso alla soddisfazione dell’interesse pubblico costante**
- **buon andamento inteso come adeguatezza: corrispondenza all’assetto degli interessi realizzato con il provvedimento di primo grado alla soddisfazione perenne dell’interesse pubblico - il venir meno di tale adeguatezza giustifica i provvedimenti di secondo grado**
- annullamento d’ufficio 21-nonies, comma 1

- Questi provvedimenti sono dunque **espressione di amministrazione attiva, di buona amministrazione**
- non come ritenuto in passato di autotutela: amministrazione si fa giustizia da se
- non tutela se stessa ma cura sempre un interesse pubblico

Fondamento giuridico e tassatività dei provvedimenti di secondo grado

- Principio di autotutela: posizione di vantaggio della p.a. nei confronti amministrati
- imperatività come predicato dell'atto amministrativo
- specialità della p.a. e del suo diritto
- Più recentemente è stato criticato il riferimento all'autotutela in considerazione del fatto che l'amministrazione quando adotta un provvedimento di secondo grado non tutela sé stessa, non si fa giustizia
- Oggi attenzione a rendere tali poteri compatibili con il principio di legalità
- **in questo senso si sottolinea che sono espressione dello stesso potere che ha portato alla emanazione del provvedimento di primo grado**
- **il fondamento giuridico è nella stessa norma attributiva del potere di primo grado**
- **i poteri di secondo grado costituiscono un ulteriore esercizio di un potere normalmente connotato dalla inesauribilità che ne consente il riesercizio ricorrendo determinati presupposti**
- Tassatività dei provvedimenti di secondo grado
- - dovrebbero essere ammessi solo nei casi previsti dalla legge - ribaltamento dell'ottica dell'autotutela
- La l.n. 241/90 ha codificato (modifiche l. 15/2015) alcuni tra i più problematici provvedimenti di secondo grado:
- **revoca: 21-quinquies**
- **convalida e annullamento di ufficio: 21-nonies**

La questione del legittimo affidamento in relazione ai provvedimenti di secondo grado con esito eliminatorio

- in particolare gli atti ad esiti eliminatorio per la natura del loro potere hanno sempre posto il problema di una **effettiva tutela del cittadino e del suo affidamento nella stabilità e certezza delle determinazioni del pubblico potere**
- le situazioni giuridiche soggettive non rappresentano un limite all'esistenza dei poteri di secondo grado ma necessitano di regole di bilanciamento che ne legittimano l'esercizio
- valutazione di tutti gli interessi in gioco quindi anche degli interessi dei privati

- **La certezza dei rapporti giuridici rappresenta un principio fondante dell'ordinamento giuridico al pari del principio di legalità e di quello di buon andamento**
- le istanze di certezza e stabilità dell'assetto di interessi in concreto stabilito dal provvedimento di primo grado devono essere contemperate con le esigenze di interesse pubblico e con quelle di legalità e di efficacia dell'azione amministrative alla luce dei principi di ragionevolezza e di proporzionalità
- la legge a fronte della revoca e del recesso prevede in questo senso **un obbligo di indennizzo per il privato a motivo del pregiudizio subito a causa del recesso unilaterale della p.a.**
- il tema della tutela delle situazioni favorevoli ha trovato attenzione anche nella disciplina dell'annullamento d'ufficio come vedremo tra breve

L’annullamento d’ufficio: illegittimità dell’atto

- Eliminazione del **provvedimento illegittimo** e in **contrasto con l’interesse pubblico**
- L’art. 21 *nonies* ha accentuato il profilo discrezionale dell’annullamento di ufficio, rafforzandone il carattere di strumento correlato al perseguimento dell’interesse pubblico (torna l’originaria assimilazione con la revoca)
- Si deve trattare (storicamente questa è la ragione principale) di un atto illegittimo, affetto cioè dai vizi di legittimità (art. 21 *octies*)
- all’annullamento d’ufficio non è però applicabile il 21 *octies*, comma 2
- anzi proprio in queste ipotesi l’atto rimanendo non annullabile sul piano giurisdizionale lo è invece sul piano amministrativo all’esito di un procedimento di riesame: oggi principio espresso nella modifica introdotta all’art. 21 *nonies*
- accanto all’annullamento giurisdizionale e all’annullamento in sede di ricorso amministrativo

E inopportunità dell'atto

- l'illegittimità non è da sola sufficiente a determinare l'annullabilità
- l'annullamento d'ufficio postula oltre alla illegittimità **anche l'inopportunità dell'atto**, ovvero che il suo contenuto non sia più idoneo a soddisfare l'interesse pubblico in concreto perseguito
- occorre anche un interesse pubblico **concreto ed attuale** del quale l'amministrazione deve dare conto in motivazione - **presente cioè al momento dell'annullamento di ufficio**
- **non basta il mero ripristino della legalità violata**
- **stesso interesse perseguito con l'atto di primo grado**
- **Si tratta dunque di un atto discrezionale - funzionalizzato al perseguimento dell'interesse pubblico**
- **riesercizio del potere nelle stesse forme e con la ripetizione dello stesso procedimento seguito per l'atto da annullare (*contrarius actus*)**
- Il potere ampiamente discrezionale dell'annullamento **in presenza di interesse pubblico deve essere adeguatamente bilanciato** anche in considerazione del **legittimo affidamento dei privati sia dei destinatari che dei controinteressati - certezza del diritto**
- **importanza della motivazione ampia e puntuale**

Tipologia di atti sottoposti ad annullamento di ufficio e tempo

- Qualunque tipo di provvedimento può essere sottoposto ad annullamento d'ufficio
- tranne gli atti rispetto ai quali si sia consumato il potere per cui sono stati emanati: atti di controllo, consultivi, decisioni di ricorsi amministrativi
- La formulazione originaria prevedeva la possibilità di procedere ad annullamento d'ufficio "entro un termine ragionevole"
- Nella nuova formulazione dell'art. 21 nonies in relazione ai provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici e nei casi di silenzio assenso l'annullamento d'ufficio può essere esercitato entro il termine massimo di diciotto mesi
- Il limite dei diciotto mesi può essere superato solo nelle ipotesi in cui i provvedimenti di primo grado siano conseguiti a dichiarazioni mendaci: comma 2 bis
- Decorrenza: effetto retroattivo
- ma questione legittimo affidamento ha fatto pensare a possibilità di gradazione degli effetti
- la competenza spetta allo stesso organo per previsione di legge - escluso l'annullamento del superiore gerarchico

Annullamento di ufficio

- Consiglio di Stato sez. VI, 18/06/2021, n.4745
- **Le ipotesi di annullamento d'ufficio in cui è consentito il superamento del termine ex art. 21-nonies, legge n. 241 del 1990, sono tassative.**
- In tema di annullamento d'ufficio, il superamento del rigido termine di 18 \[oggi 12, ndr\] mesi è consentito: a) nel caso in cui la falsa attestazione, inerente ai presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive), nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione ma esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte, nel qual caso si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco

La revoca

- Cessazione degli effetti di un provvedimento che, pur essendo legittimo, non è più idoneo alla cura dell'interesse pubblico in concreto perseguito
- La revoca è una decisione unilaterale della pubblica amministrazione che **elimina solo per il futuro (efficacia ex nunc) un provvedimento i cui effetti sono considerati inopportuni** perchè non più adeguati alla cura dell'interesse pubblico
- strumento **finalizzato a garantire l'adeguatezza costante della scelta amministrativa con l'interesse pubblico**
- può essere disposta dall'organo che ha emanato l'atto o da altro indicato per legge
- revoca per legge: concessioni rilasciate alla TAV Spa (l. n. 40/2007)
- l'esercizio del potere di revoca è ammesso in tre ipotesi:
- sopravvenuti motivi di interesse pubblico
- mutamento della situazione di fatto che rende il provvedimento incompatibile con l'assetto di interessi stabilito dal im provvedimento
- per una diversa valutazione delle ragioni di pubblico interesse in base alle quali l'amministrazione aveva adottato il provvedimento

Art. 21 *quinquies*

- 1. Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo.
- 1-bis. Ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico.

Ipotesi e provvedimenti soggetti a revoca

- **Revoca per sopravvenienza**: comprende sia le ipotesi di sopravvenuti motivi di interesse pubblico, sia di mutamento della situazione di fatto che la rende incompatibile con l'assetto di interessi stabilito in fase di procedimento
- sono ipotesi coerenti con la valutazione dell'interesse pubblico che doverosamente deve essere valutato in presenza di sopravvenienze muta l'assetto di interessi
- più delicata e complessa è l'ipotesi della **revoca per una nuova valutazione degli interessi**
- l'ipotesi configura il ripensamento della pubblica amministrazione: confligge con la certezza del diritto e il legittimo affidamento del cittadino
- **La revoca può avere ad oggetto solo provvedimenti ad efficacia durevole**
- **irrevocabili provvedimenti i cui effetti si siano esauriti o i cui effetti siano divenuti irreversibili**
- **non sono revocabili gli atti ad efficacia istantanea**
- **poichè si tratta di un provvedimento a carattere discrezionale, si escludono dall'ambito di applicazione della revoca i provvedimenti a carattere vincolato , le valutazioni tecniche, gli accertamenti, i pareri, le decisioni su ricorso amministrativo**

Tempo della revoca e indennizzo

- Il **potere di revoca è esercitabile in ogni tempo**, fermo restando che deve esservi **attualità dell'interesse pubblico** perseguito dalla revoca
- l'assetto di interessi risultante dal provvedimento di primo grado deve risultato **inopportuno**, non più adeguato alla cura dell'interesse pubblico in concreto perseguito, nel momento in cui si procede alla revoca
- art. 21 *quinquies*: la revoca determina l'**inidoneità alla produzione di ulteriori effetti: effetto *ex nunc***
- fino al 2014 le situazioni giuridiche soggettive favorevoli al privato non costituivano un limite all'esercizio del potere di revoca - andava motivato specificamente il bilanciamento, anche in ragione del tempo trascorso tra il provvedimento di primo grado e il provvedimento di revoca
- a differenza della ipotesi di annullamento d'ufficio **per la revoca non è previsto un limite temporale di esercizio del potere di riesame - ragionevole per il caso di revoca per sopravvenienza, più discutibile in ordine alla revoca che si fonda su nuove valutazioni soggettive della P.A.**

Indennizzo

- con la novella del 2015 è stato riconosciuto un indennizzo per le conseguenze patrimoniali determinate in capo al privato dalla revoca - **indennizzo in funzione compensativa**
- competente sulle controversie in ordine alla determinazione e corresponsione dell'indennizzo è il g.a. in sede di giurisdizione esclusiva
- sulla commisurazione del *quantum*:
- o ritenere che esso comprenda **solo il c.d. danno emergente: cioè la perdita subita e** l'esclusione del **c.d lucro cessante: mancato guadagno** - tesi volta a differenziare l'indennizzo per revoca legittima dal risarcimento del danno per revoca illegittima in ipotesi (non possono concorrere - no cumulo)
- **danno emergente criterio tipico a fronte della lesione del principio di buona fede**
- altra ipotesi (giurisprudenza oscillante) considera oltre al danno emergente anche il 10% del lucro cessante
- prevale la prima anche in relazione alla disposizione del comma 1-bis
- disposizione particolare (comma 1-bis) riguarda la revoca incidente su rapporti negoziali: in particolare revoche relative alla concessione di lavori pubblici (ricostruita come contratto dal codice dei contratti pubblici): indennizzo parametrato al solo danno emergente:
- devono essere indennizzate le spese sostenute dall'interessato che ha fatto affidamento sul provvedimento di concessione oggetto di revoca
- riduzione dell'indennizzo: eventuale conoscenza o conoscibilità della contrarietà dell'atto all'interesse pubblico e eventuale concorso di altri nell'erronea valutazione di compatibilità dell'atto con interesse pubblico - dubbi ridimensionamento del legittimo affidamento

Presupposti del potere di revoca del provvedimento amministrativo

- Consiglio di Stato sez. IV, 12 aprile 2021, n.2945
- **Presupposti del potere di revoca**
- Presupposti del valido esercizio del potere di revoca sono definiti dall'art. 21-quinquies, l. 7 agosto 1990, n. 241 (come modificato dall'art. 25, comma 1, lett. b-ter, d.l. 12 settembre 2014, n. 133 convertito, con modificazioni, dalla l. 11 novembre 2014 n. 164) con formule lessicali (volutamente) generiche e consistono nella sopravvenienza di motivi di interesse pubblico, nel mutamento della situazione di fatto (imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento) e in una rinnovata (e diversa) valutazione dell'interesse pubblico originario (tranne che per i provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici)