

ISSN 1127-8579

Publicato dal 03/07/2013

All'indirizzo <http://www.diritto.it/docs/35224-caratteristiche-e-presupposti-dell-annullamento-d-ufficio-del-provvedimento-amministrativo>

Autori: Morici Elisa, Mauro Petracca

Caratteristiche e presupposti dell'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo

Caratteristiche e presupposti dell'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo.

Autori: Elisa Morici – Mauro Petracca

1. Riferimento normativo dell'annullamento d'ufficio - 2. Vizi di legittimità del provvedimento – 3. Interesse pubblico concreto e attuale – 4. La necessaria comparazione fra l'interesse pubblico e gli interessi dei privati – 5. L'annullamento doveroso - 6. Efficacia *ex nunc* o *ex tunc*.

1. Riferimento normativo dell'annullamento d'ufficio.

L'esercizio del potere di riesame degli atti amministrativi è tradizionalmente considerato espressione di un'attività discrezionale dell'amministrazione, finalizzata a consentire il perseguimento dell'interesse pubblico.

La disciplina dell'istituto dell'annullamento d'ufficio trova il suo fondamento nell'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990, come modificata dalla L. n. 15/2005 e s.m.i., che individua, quali presupposti per un legittimo esercizio, da parte della Pubblica Amministrazione, del potere di annullamento d'ufficio, l'accertamento dell'invalidità dell'atto, la sussistenza di un interesse pubblico specifico, concreto ed attuale, che prevalga sull'interesse del destinatario, ovvero dei controinteressati, alla conservazione dell'atto ed il decorso di un ragionevole lasso di tempo tra la data di emissione del provvedimento ed il suo annullamento.

2. Vizi di legittimità del provvedimento.

Passando ad una specifica disamina dei presupposti dell'istituto, perché possa procedersi all'annullamento d'ufficio, il provvedimento deve, innanzitutto, essere inficiato da una delle cause di illegittimità di cui all'articolo 21-*octies* della citata Legge, e precisamente: incompetenza del soggetto che lo ha adottato, violazione di legge ed eccesso di potere.

Sinteticamente, appare utile procedere ad una sia pur breve disamina di ciascuna delle ipotesi come sopra previste.

L'incompetenza presuppone la ripartizione del potere pubblico tra una pluralità di organi, cosicché, se un organo esercita un potere attribuito ad un altro organo, il relativo provvedimento è invalido.

È importante considerare che affinché si realizzi la fattispecie dell'incompetenza è necessario che il potere, sebbene illegittimamente esercitato, sia comunque attribuito dalla legge ad un altro organo.

Infatti, in caso di assenza di alcuna attribuzione, la fattispecie che si realizza non è quella dell'incompetenza ma quella della carenza assoluta di potere, con conseguente nullità del provvedimento adottato.

La violazione di legge, invece, si realizza quando l'azione amministrativa non è conforme a quanto disposto dalla normativa, non solo in relazione alla forma o agli effetti del provvedimento adottato, ma anche in relazione alle fasi precedenti del procedimento, quali quella dell'istruttoria o della decisione i cui relativi atti non sono suscettibili di autonoma impugnazione, ad eccezione di rari casi

L'eccesso di potere viene definito come l'uso del potere amministrativo per perseguire un fine differente da quello per cui la Legge lo ha attribuito.

Il tipico esempio dell'eccesso di potere nella dottrina amministrativa è rappresentato dall'emanazione di un ordine di demolizione di un fabbricato ubicato in una zona destinata ad area pubblica in forza di un nuovo piano regolatore.

In questo caso con l'ordine di demolizione, il cui scopo è quello di assicurare l'osservanza delle norme urbanistico-edilizie, viene perseguito il fine di trasferire un immobile coattivamente a favore del Comune: tale finalità, invece, può essere perseguita soltanto con un provvedimento di espropriazione mediante indennizzo.

La Giurisprudenza, nel corso degli anni, ed in particolare il Consiglio di Stato, hanno individuato delle fattispecie sintomatiche che, in qualche misura, agevolano il compito dell'interprete perché forniscono una sorta di catalogo delle situazioni in cui l'atto può risultare viziato per eccesso di potere.

Tra queste si citano la manifesta ingiustizia, la contraddittorietà con precedenti provvedimenti, il travisamento dei fatti, l'illogicità manifesta del provvedimento.

La manifesta ingiustizia si realizza quando la Pubblica Amministrazione infligge una sanzione pecuniaria sproporzionata rispetto al fatto.

Riguardo, invece, alla contraddittorietà con precedenti provvedimenti, questa si realizza quando la Pubblica Amministrazione adotta un provvedimento che si pone in palese contrasto con un altro adottato in precedenza.

Il travisamento dei fatti suppone, invece, che la Pubblica Amministrazione ritenga esistenti fatti inesistenti o, al contrario, inesistenti fatti esistenti o attribuisca ai fatti una consistenza diversa da quella reale.

L'illogicità manifesta del provvedimento si realizza quando tra la motivazione e il dispositivo del provvedimento vi è una rilevante discordanza o, ancora, quando il provvedimento contiene due motivazioni in palese contrasto tra loro.

3. Interesse pubblico concreto e attuale.

Il primo presupposto dell'annullamento d'ufficio è dunque l'accertamento dell'invalidità di un provvedimento amministrativo.

E siccome la forma generale di siffatta invalidità sappiamo essere costituita dall'illegittimità, primo presupposto del potere in esame è la constatazione da parte della P.A. che un proprio precedente provvedimento risulta illegittimo.

La giurisprudenza ha in punto precisato che il potere di annullamento d'ufficio ha, come caratteristica costante, il fatto che l'area di operatività in cui può essere esercitato si estende a tutti i possibili vizi di legittimità dell'atto soggetto all'annullamento; nessuna norma o principio logico consente di ritenere che il detto rimedio sia limitato a taluni e non ad altri vizi .

Nei limiti in cui si configura, anche un'invalidità per inopportunità può giustificare l'annullamento d'ufficio, così come ritenuto da larga parte della dottrina.

L'invalidità del provvedimento non è però, da sola, sufficiente per giustificare l'annullamento d'ufficio.

In astratto, una volta ammessa l'esistenza in capo all'amministrazione del potere in esame, ci si sarebbe potuti orientare, e tra gli studiosi vi è chi ha sostenuto l'esattezza di siffatta soluzione, nel senso di ritenere che ogni qual volta la P.A. verifichi l'illegittimità di un provvedimento pregresso, simile accertamento costituisca ragione da sola sufficiente per disporre l'annullamento.

Così non è stato: la giurisprudenza e la dottrina di gran lunga prevalenti ritengono che il potere d'annullamento d'ufficio sia discrezionale, sicché l'amministrazione deve altresì compiere un'ulteriore indagine: valutare se l'eliminazione del provvedimento invalido sia conforme all'assetto complessivo dell'interesse pubblico.

Pertanto, secondo presupposto per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio è la sussistenza di un interesse pubblico specifico, concreto ed attuale, che prevalga sull'interesse del destinatario alla conservazione dell'atto.

Anche la giurisprudenza amministrativa successiva alla codificazione della disciplina dell'istituto dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241/1990 cit., ha ribadito la necessaria presenza, a sostegno della legittimità del provvedimento di autotutela, di un interesse pubblico "ulteriore" rispetto al mero ripristino della legalità violata¹.

¹ Si veda, TAR Lazio, Roma, Sez. II bis, 20 giugno 2008, n. 6978 in cui si precisa che, non essendo specificate nella citata disposizione le ragioni di pubblico interesse sottese all'esercizio del potere di autotutela, "si richiede, quindi, alla p.a. una comparazione tra l'interesse pubblico e gli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Ciò significa che l'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio è il risultato di una scelta discrezionale dell'amministrazione operata in assenza di precisi parametri normativi, poiché il legislatore si è astenuto dall'identificare le situazioni che costituiscono un interesse pubblico rilevante ai fini della rimozione dell'atto". V. anche Tar Campania, Napoli, Sez. V, 6 novembre 2012, n. 4412; Tar Veneto, Venezia n. 197/2012; Cons. Stato, Sez. IV, 31.10.2006, n.6465

L'atto illegittimo, cioè, può essere annullato solo e soltanto se l'interesse pubblico, così come è valutato nel momento in cui si procede all'annullamento e rispetto al quale bisogna proporzionare il precedente assetto di interessi, non si opponga a tale annullamento.

Tale interesse è della stessa natura di quello perseguito con il provvedimento di primo grado, corrisponde, cioè, a quello per la cui cura il potere è stato attribuito originariamente alla competenza dell'amministrazione agente.

Quanto affermato sopra, giustifica la natura di atto discrezionale attribuita al provvedimento di annullamento, diretto a dare un nuovo e differente assetto ad una situazione che, in quanto destinata a durare nel tempo, è suscettibile di continui adeguamenti.

Si tratta, in altri termini, di una funzionalizzazione del provvedimento di annullamento alla tutela dell'interesse pubblico cui l'amministrazione è preposta, attraverso un riesercizio del potere, nelle stesse forme e con lo stesso procedimento seguito per l'emanazione dell'atto annullando.

4. **La necessaria comparazione fra l'interesse pubblico e gli interessi dei privati.**

Come già accennato e come l'art 21-*nonies* prevede espressamente, l'altro principio cui la attività provvedimentale di secondo grado è sottoposta, è la necessaria comparazione dell'interesse pubblico che si intende curare, con l'interesse del privato che venga danneggiato dal provvedimento di annullamento.

Non v'è dubbio che tanto maggiore è il pregiudizio che il destinatario dell'atto subisce, tanto più rilevante deve essere l'interesse pubblico che si intende curare con l'adozione della misura di autotutela.

In punto, anche sotto l'influenza di principi formulati dalla Corte di Giustizia per l'annullamento da parte delle istituzioni comunitarie di propri atti illegittimi, è stato affermato che deve sussistere un rapporto di equa proporzione fra l'interesse pubblico che viene curato e l'interesse privato che viene sacrificato, considerato il principio generale della certezza del diritto e quello connesso della tutela del legittimo affidamento².

Di contro, nei casi in cui il sacrificio imposto al privato è di minima entità o addirittura inesistente, perché l'atto illegittimo non ha ancora prodotto nessun effetto vantaggioso per il terzo, l'interesse pubblico da curare può essere anch'esso di scarsa entità ed avvicinarsi al mero ripristino della legalità³.

² Corte Ue, 24 gennaio 2002, C-500/99, *Conserve Italia Soc. Coop*, in cui afferma che il ritiro retroattivo dell'atto non può comunque violare il principio della certezza del diritto, né il principio della tutela del legittimo affidamento, e deve inoltre rispettare il principio di proporzionalità dell'azione amministrativa.

³ Sul punto v. Merusi F., *L'affidamento del cittadino*, p. 145, che afferma che si "impone all'amministrazione una necessaria ponderazione, regolata dal principio logico di proporzionalità, fra l'interesse dell'amministrazione all'annullamento...e l'interesse rappresentato dalla situazione di vantaggio generatasi a favore del destinatario

5. L'annullamento doveroso.

In limitate ipotesi, la giurisprudenza ha ritenuto che anche il mero riscontro dell'illegittimità possa giustificare l'annullamento d'ufficio, così introducendo alcune eccezioni alla richiamata regola della necessaria valutazione di un interesse pubblico "ulteriore".

Trattasi del c.d. annullamento "doveroso", fattispecie questa in cui il provvedimento di riesame comporta "*in re ipsa*" la soddisfazione di un interesse pubblico "non ponderabile", consistente, appunto, nel ripristino della legalità violata.

La giurisprudenza amministrativa ha stigmatizzato alcune ipotesi di annullamento "doveroso" inizialmente prospettate dalla dottrina⁴, come ad esempio: a) l'annullamento d'ufficio disposto in ottemperanza ad una decisione del giudice ordinario passata in giudicato che abbia ritenuto illegittimo un atto amministrativo; b) l'annullamento d'ufficio a seguito di una decisione di un'autorità di controllo cui non compete direttamente il potere di annullare l'atto; c) l'annullamento di un atto dipendente, come necessaria conseguenza dello annullamento (giurisdizionale o amministrativo) dell'atto presupposto.

Accanto alle ipotesi tradizionali, la giurisprudenza ne poi ha individuate altre, valorizzando il principio di conservazione degli atti giuridici.

Quest'ultimo, imporrebbe la prevalenza della conservazione dello *status quo*, "sfavorendo" l'annullamento d'ufficio qualora sia trascorso un lasso temporale consistente dall'adozione dell'atto; al contrario, il detto principio non osterebbe all'eliminazione del provvedimento riesaminato, qualora ciò avvenga in un momento vicino a quello della sua adozione.

La regola secondo cui occorre che l'annullamento d'ufficio di un provvedimento sia sorretto da autonome ed "ulteriori" ragioni di interesse pubblico, varrebbe dunque solo ove gli effetti del provvedimento di autotutela vadano ad incidere su interessi consolidati dei privati, con conseguente formazione di un legittimo affidamento.

Muovendo da questa impostazione, il giudice amministrativo ha ritenuto legittimo l'annullamento "doveroso" motivato in relazione all'illegittimità del provvedimento riesaminato, qualora esso espliciti un effetto "caducatorio" nei confronti di provvedimenti non ancora efficaci

dell'atto". In argomento Sandulli A.M., *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998.

⁴ Si vedano, per tutti, le ricostruzioni delle ipotesi tradizionali di annullamento "doveroso" di Sandulli A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989 p.437.

ovvero dotati di stabilità provvisoria⁵. Vi sono poi casi in cui è la stessa legge ad “imporre” all’amministrazione l’annullamento d’ufficio di atti in precedenza adottati⁶.

In proposito, ha avuto modo di esprimersi anche la Corte costituzionale che ha riconosciuto la piena compatibilità dell’annullamento d’ufficio *ex lege* con il dettato costituzionale ed, in particolare, con l’art. 97 Cost.

Il giudice costituzionale ha, infatti, affermato che *“in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale”*, precisando inoltre, con specifico riferimento alla norma oggetto del giudizio, che *“la previsione d’un potere-dovere di annullamento dei provvedimenti che avevano disposto gli inquadramenti illegittimi (...) si configura (...) quale elemento fondante dell’azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di situazioni costituite contra legem”*.

Come è stato acutamente osservato in dottrina, secondo l’interpretazione proposta dalla Corte, non vi sono impedimenti a che *“l’annullamento d’ufficio possa cessare di essere, secondo la visione consolidata di dottrina e giurisprudenza, un procedimento discrezionale, teso a soddisfare un interesse dell’Amministrazione che sia valutato sussistente al momento in cui il provvedimento viene adottato, e possa essere riproposto, almeno nei casi in cui la legge lo preveda in questi termini, come atto totalmente vincolato”*⁷.

⁵ Il Consiglio di Stato ha recentemente affermato la legittimità dell’annullamento d’ufficio “doveroso” di un’aggiudicazione di un’unità immobiliare, non essendo stato stipulato il contratto definitivo e non essendosi pertanto formato un legittimo affidamento da parte dell’aggiudicatario (Cons. di Stato, Sez V, 14 maggio 2013, n. 2602). V. , tra le altre, anche TAR Lombardia, Milano, Sez. III, 11 marzo 2003, n. 435, in *Foro Amm. Tar*, 2003, 839).

⁶ Tra le ipotesi autotutela “normativamente obbligatoria”, va innanzitutto richiamata, a titolo esemplificativo, la disciplina in materia di ritiro degli atti da parte degli organi dell’amministrazione finanziaria. In proposito, la Circolare 5 agosto 1998, n. 198, relativa all’applicazione delle disposizioni del D.M. 11 febbraio 1997, n. 37, sottolinea come *“se è vero, a stretto rigore, che l’ufficio ha il potere ma non il dovere giuridico di ritirare l’atto viziato (mentre è certo che il contribuente, a sua volta, non ha un diritto soggettivo a che l’ufficio eserciti tale potere), è tuttavia indubbio che l’ufficio stesso non possiede una potestà discrezionale di decidere a suo piacimento se correggere o no i propri errori. Infatti da un lato il mancato esercizio dell’autotutela nei confronti di un atto patentemente illegittimo, nel caso sia ancora aperto o comunque esperibile il giudizio, può portare alla condanna alle spese dell’amministrazione con conseguente danno erariale (la cui responsabilità potrebbe essere fatta ricadere sul dirigente responsabile del mancato annullamento dell’atto); dall’altro, essendo previsto che in caso di “grave inerzia” dell’ufficio che ha emanato l’atto può intervenire in via sostitutiva l’organo sovraordinato, è evidente che l’esercizio corretto e tempestivo dell’autotutela viene considerato dall’amministrazione non certo come una specie di “optional” che si può attuare o non attuare a propria discrezione ma come una componente del corretto comportamento dei dirigenti degli uffici e, quindi, come un elemento di valutazione della loro attività dal punto di vista disciplinare e professionale”*. Anche la disciplina dell’autotutela introdotta, limitatamente ai provvedimenti che comportino oneri finanziari, dall’art. 1, 136° comma, della L. n. 311 del 2004 è stata qualificata dalla giurisprudenza come un’ipotesi di autotutela “doverosa” (si veda TAR Calabria, Catanzaro, Sez. II, 6 novembre 2009, n. 1210, che ha ritenuto applicabile l’art. 21-*octies*, con conseguente esclusione dell’annullamento giurisdizionale per mancata comunicazione dell’avvio del procedimento).

⁷ Corte Cost., n. 75/2000, in *Giur. cost.*, 2000, p. 810 ss.

La Corte, dunque, non esclude l'esistenza nel nostro ordinamento positivo di due specie di autoannullamento, l'uno discrezionale, l'altro vincolato (o doveroso), l'uno generale, l'altro speciale (in presenza di norme ad hoc), l'uno finalizzato alla cura di un interesse pubblico, l'altro finalizzato al ripristino della legalità.

Di conseguenza, trova consenso nel nostro ordinamento quell'orientamento che considera "doveroso" l'annullamento del provvedimento per violazione di norme comunitarie, in funzione del ripristino della legalità violata.

L'Italia, infatti, aderendo ai Trattati, si è obbligata al rispetto di quanto previsto dal diritto comunitario, con la conseguenza che, in caso di violazione di quest'ultimo, manca in capo all'Amministrazione la possibilità di valutare aspetti e profili diversi dall'esigenza del mero ripristino della legalità⁸.

6. Efficacia ex nunc o ex tunc.

Per quanto concerne la decorrenza temporale degli effetti del provvedimento di riesame, in considerazione del fatto che l'illegittimità colpisce l'atto sin dalla sua emanazione, si è affermato che l'annullamento travolge l'atto con effetti retroattivi, con effetti cioè che retroagiscono al momento in cui l'atto stesso è stato emanato.

L'unico limite alla retroattività è costituito dal principio *factum infectum fieri nequit*, con la conseguenza che non potranno essere disattesi quegli effetti irreversibili che si sono già concretizzati alla caducazione dell'atto.

In considerazione, però, della circostanza che l'art. 21-*nonies* non fa alcun riferimento all'effetto retroattivo ed in considerazione del principio di proporzionalità per il quale l'amministrazione deve limitare gli effetti sfavorevoli al destinatario dell'atto allo stretto necessario per la soddisfazione dell'interesse pubblico perseguito, principio questo che si collega alla regola

⁸ La necessaria - e "sostanzialmente vincolata" - attivazione di tale procedimento risulta tuttavia "condizionata" ad una verifica della sussistenza degli elementi individuati nella sentenza Kühne & Heitz (Corte di giustizia delle Comunità Europee, 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kühne & Heitz NV c. Productschap*). In tale sentenza: il giudice comunitario, ricordando che "la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario" e che "il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza", ha escluso che il diritto comunitario esiga che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo, se non in presenza di una serie di condizioni: 1) che l'amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; 2) che la decisione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; 3) che tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario; 4) che l'interessato, immediatamente dopo essere stato informato di tale giurisprudenza, sia rivolto all'organo amministrativo, il quale dovrà tener conto degli interessi di terzi. Successivamente, con la sentenza Corte di giustizia delle Comunità Europee, 12 febbraio 2008, in causa C-2/06, *Kempter*, il giudice comunitario si è espresso nel senso della sussistenza di un obbligo di riesame anche laddove il ricorrente non abbia fatto valere tra i motivi di censura dell'atto impugnato la violazione del diritto comunitario.

secondo la quale, al momento di procedere all'annullamento d'ufficio, l'amministrazione deve valutare tutti gli interessi presenti nella fattispecie e comparare l'interesse pubblico con gli interessi dei cittadini toccati dal provvedimento di autotutela, bisogna chiedersi se esistano ragioni tali da escludere la decorrenza temporale degli effetti dell'annullamento soltanto per il futuro⁹, ovvero se l'amministrazione possa procedere all'annullamento d'ufficio di un atto illegittimo e contemporaneamente limitare gli effetti retroattivi dell'annullamento stesso.

Con riferimento alla limitazione dell'effetto retroattivo, bisogna anche ricordare che l'annullamento d'ufficio deve essere sorretto da un interesse attuale e concreto, che si intende soddisfare con l'atto di annullamento.

Alla luce, quindi, sia del principio di proporzionalità che del principio della attualità dell'interesse, in linea generale, potrebbe affermarsi che l'amministrazione può ritenere che l'interesse pubblico, al quale tende l'esercizio del potere di autotutela, possa essere adeguatamente curato tramite un annullamento che essa stessa limiti quanto alla decorrenza dei suoi effetti.

Si tratterebbe di una scelta discrezionale nella quale entra, da un lato, la cura dell'interesse pubblico e dall'altro una "*misura*" che l'autorità impone a questa cura a tutela delle situazioni soggettive coinvolte.

⁹ Falcon G., *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in Dir. Amm., Milano, 2003, p. 38; Contieri A., *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15/2005*, in Nuove autonomie. Rivista di diritto pubblico, Napoli, 2005.

