

## BIBLIOTECA

### Patologia dell'atto amministrativo

#### Introduzione

In questa lezione parleremo dei difetti e dei vizi che possono inficiare l'atto amministrativo.

Analizzeremo, dunque, gli effetti di tali patologie, così come graduati e stabiliti nel nostro ordinamento.

#### Le categorie della patologia dell'atto amministrativo

Un atto amministrativo è affetto da una patologia quando non corrisponde alla fattispecie legale astratta tipizzata dal legislatore.

Nell'ambito della nozione di patologia degli atti amministrativi, parte della dottrina ritiene di poter distinguere tre categorie:

1. l'irregolarità
2. l'invalidità
3. l'inesistenza

Vediamole in dettaglio...

#### L'irregolarità

Si parla di **irregolarità** qualora l'atto presenti un'imperfezione minore, che non determina la lesione di interessi tutelati dalla norma d'azione.

Danno origine ad irregolarità, ad esempio:

- l'erronea indicazione di un testo di legge
- di una data
- oppure una sottoscrizione illeggibile

L'irregolarità non rende invalido il provvedimento che è suscettibile di regolarizzazione, attraverso la rettifica del provvedimento.

#### L'invalidità

L'atto amministrativo è **invalido**, invece, quando difetti o sia viziato in uno degli elementi o requisiti prescritti per atti di quel tipo e tale difformità risulti sanzionata dal legislatore.

La difformità di un atto dal suo modello legale può essere sanzionata, in funzione della gravità della violazione, secondo due modalità:

1. con la nullità dell'atto, ossia l'inidoneità dell'atto a produrre effetti giuridici tipici, cioè a creare diritti e obblighi o altre modificazioni nella sfera giuridica dei soggetti dell'ordinamento
2. con l'annullamento, nel caso in cui, pur affetto da vizi, l'atto possa produrre effetti in via precaria, cioè fintanto che non intervenga un giudice o un altro organo che, accertata l'invalidità, rimuova con efficacia retroattiva gli effetti prodotti medio tempore

Il regime dell'annullabilità costituisce il regime ordinario del provvedimento amministrativo invalido, mentre la nullità costituisce un fenomeno marginale, anche dopo l'inserimento nella L. 241/1990 di una disciplina organica.

Il provvedimento amministrativo può essere colpito da invalidità totale o parziale.

Questa evenienza si ha nel caso di provvedimenti con effetti scindibili, come nel caso degli atti plurimi (si pensi all'atto di nomina di una pluralità di vincitori di un concorso).

## L'invalidità derivata

Continuando sul tema dell'invalidità di un provvedimento, questa può essere:

- **propria**, nel quale assumono rilievo i vizi dei quali è affetto l'atto
- **derivata**, dove l'invalidità dell'atto discende per "propagazione" dall'invalidità di un atto presupposto

L'invalidità derivata può essere di due tipi:

- ad effetto caducante, nel senso che travolge in modo automatico l'atto assunto sulla base dell'atto invalido
- ad effetto invalidante, nel senso che l'atto affetto da invalidità derivata, per quanto a sua volta invalido, conserva i suoi effetti fintanto che non venga direttamente annullato

L'effetto caducante si verifica in presenza di un rapporto di stretta causalità (o consequenzialità diretta e necessaria) tra i due atti e cioè quando il secondo atto costituisce una mera esecuzione del primo.

Quando, invece, l'atto successivo non costituisce una conseguenza inevitabile del primo, ma presuppone nuovi ed ulteriori apprezzamenti, l'invalidità derivata ha soltanto un effetto viziante, con la conseguenza che tale invalidità deve essere fatta valere con una impugnazione autonoma.

Il concetto in astratto è un po' sfuggente, ma con un esempio si chiarisce. Immaginiamo una procedura di concorso. L'invalidità degli atti di ammissione dei singoli candidati ad una prova concorsuale si propaga agli atti successivi ed alla approvazione della relativa graduatoria, ma quest'ultima risulterà affetta da un'invalidità derivata viziante e non caducante. Viceversa, se ad essere viziato ed invalido sia il bando di concorso, la graduatoria risulterà automaticamente caducata.

## L'invalidità sopravvenuta

Sempre sul tema dell'invalidità, si distingue tra:

- invalidità originaria
- e invalidità sopravvenuta

In linea generale, nel diritto amministrativo, trova applicazione il principio del *tempus regit actum*, secondo il quale la validità di un provvedimento si determina con riguardo alle norme in vigore al momento della sua adozione.

Sappiamo che l'esercizio del potere amministrativo avviene nella forma del procedimento, cioè di una pluralità di atti funzionalmente collegati e strumentali all'adozione del provvedimento finale. Si può porre, dunque, la questione delle conseguenze del mutamento delle norme sui procedimenti avviati, ma non ancora conclusi.

Gli esempi tipici di una tale circostanza e dei possibili esiti sono la domanda di concessione e l'esplicazione di un concorso per il quale sia stato già emanato il bando.

Nel primo caso, se successivamente alla presentazione di una domanda di concessione e all'avvio dell'istruttoria interviene una normativa più restrittiva, la concessione non potrà essere rilasciata.

Nel secondo caso, invece, il mutamento normativo non incide sulla procedura di concorso già avviata, poiché il bando costituisce *lex specialis* del procedimento.

## La disciplina dell'invalidità

Passiamo ora ad individuare la disciplina **dell'invalidità**, che è contenuta nella L. 241/1990 e nel codice del processo amministrativo (D.Lgs. 104/2010).

L'annullabilità è disciplinata dall'art. 21 octies della L. 241/1990 e dall'art. 29 c.p.a.

Entrambe le disposizioni riprendono la tripartizione dei vizi di legittimità:

1. **incompetenza**
2. **violazione di legge**
3. **eccesso di potere**

La nullità è disciplinata, invece, dall'art. 21 septies, che – come vedremo – individua quattro ipotesi tassative, e dall'art. 31, co. 4, c.p.a. che disciplina l'azione di nullità.

## L'annullabilità

Per tradizione, sono suscettibili di annullamento e vengono qualificati come illegittimi tutti gli atti amministrativi affetti da:

- incompetenza
- violazione di legge
- e eccesso di potere

Sentirete usare annullabilità e illegittimità come vocaboli intercambiabili.

Tuttavia, come diremo tra poco, l'art. 21 octies opera una dequotazione dei vizi formali dell'atto e, quindi, non si può più ritenere che tutti gli atti illegittimi siano annullabili.

Tenete presente però che l'atto affetto da vizi meramente formali non annullabile resta pur sempre illegittimo, cioè connotato da un disvalore maggiore rispetto alla semplice irregolarità.

## L'incompetenza

L'**incompetenza** è un vizio del provvedimento adottato da un organo o da un soggetto diverso da quello indicato dalla norma attributiva del potere. Si tratta, dunque, di un vizio che attiene all'elemento soggettivo del potere.

A ben vedere, anche l'incompetenza è una sottospecie della violazione di legge, poiché anche la distribuzione delle competenze tra i soggetti pubblici e tra gli organi interni è operata da leggi, regolamenti e altre fonti normative pubblicistiche (statuti).

Il rispetto di queste norme è funzionale all'ordinato svolgimento delle funzioni amministrative e costituisce una garanzia per i destinatari dei provvedimenti. Si spiega così perché l'incompetenza si connota tradizionalmente per un maggior disvalore rispetto ai vizi formali o procedurali.

Generalmente si distingue tra:

- **incompetenza relativa**, che si verifica quando l'atto è emanato da un organo che appartiene alla stessa branca, settore o plesso organizzativo dell'organo titolare del potere
- **incompetenza assoluta**, che si verifica quando sussiste una assoluta estraneità sotto il profilo soggettivo e funzionale tra l'organo che ha emanato l'atto e quello competente (in tal caso si determina, però, una nullità dell'atto o carenza di potere e si tratta di un fenomeno piuttosto raro)

Sul piano descrittivo, l'incompetenza si articola in tre fattispecie principali:

1. **incompetenza per materia**, che attiene alla titolarità della funzione
2. **incompetenza per grado**, che si riferisce all'articolazione interna degli organi degli apparati organizzati secondo il criterio gerarchico
3. **incompetenza per territorio**, che attiene agli ambiti nei quali gli Enti territoriali o le articolazioni periferiche degli organi statali possono operare

Talvolta, si fa anche riferimento all'**incompetenza per valore**, che assume rilievo per lo più all'interno di Enti pubblici con riguardo alla ripartizione tra i vari organi del potere di emanare provvedimenti che comportino esborsi di spesa.

## La violazione di legge

La seconda tipologia di vizi dell'atto amministrativo che possono dare origine alla sua annullabilità è la **violazione di legge**, che raggruppa tutte le ipotesi di contrasto tra il provvedimento e le disposizioni normative contenute in fonti di rango primario e secondario (leggi, regolamenti, statuti, ecc.), i quali definiscono i profili vincolati, formali e sostanziali del potere.

Tale categoria è considerata generalmente residuale, nel senso che vi confluiscono tutti i vizi che non sono rubricati come incompetenza o eccesso di potere.

La principale distinzione interna alla violazione di legge è quella tra:

- **vizi formali** (errores in procedendo)
- **vizi sostanziali** (errores in iudicando)

L'art. 21 octies, co. 2 della L. 241/1990 enuclea tra le ipotesi di violazione di legge la "violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti" che a certe condizioni non determinano l'annullabilità del provvedimento.

La disposizione pone le seguenti condizioni:

- che il provvedimento abbia natura vincolata
- che pertanto sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato

Il secondo periodo dell'art. 21 octies, co. 2 della L. 241/1990 individua un'ipotesi particolare, costituita dall'omessa comunicazione dell'avvio del procedimento disciplinata dagli artt. 7 e ss. della L. 241/1990. Per questa ipotesi non vi è il riferimento alla natura vincolata dell'atto e si richiede all'Amministrazione che ha emanato l'atto di dimostrare in giudizio che il vizio procedurale o formale accertato non ha avuto alcuna influenza sul contenuto del provvedimento.

## L'eccesso di potere

Veniamo ora all'**eccesso di potere**, che è il vizio di legittimità tipico dei provvedimenti discrezionali.

Questo vizio consente in sede giurisdizionale una valutazione che va oltre la verifica dei vincoli puntuali posti in modo esplicito dalla norma attributiva del potere e attinge all'aspetto funzionale del potere, cioè alla realizzazione dell'interesse pubblico affidato alla cura dell'Amministrazione.

L'eccesso di potere si concretizza nelle c.d. figure sintomatiche, che costituiscono una categoria aperta non tipizzata dal legislatore.

La figura originaria dell'eccesso di potere si rinviene nello sviamento di potere che sussiste allorché il provvedimento emanato persegue un fine diverso da quello in relazione al quale il potere è conferito dalla legge all'Amministrazione.

Un esempio può rendere più chiaro il concetto. Si pensi al trasferimento d'ufficio di un pubblico dipendente motivato da esigenze di servizio (riordino degli uffici), ma che in realtà ha una finalità sanzionatoria.

Altre figure sintomatiche ormai consolidate sono:

- errore o travisamento dei fatti
- difetto di istruttoria
- difetto di motivazione (oggi anche violazione dell'art. 3 della L. 241/1990)
- illogicità, irragionevolezza, contraddittorietà
- disparità di trattamento
- violazione delle circolari e delle norme interne, della prassi amministrativa
- ingiustizia grave e manifesta

## Regime processuale dell'annullabilità

Contro il provvedimento affetto da incompetenza, violazione di legge e eccesso di potere può essere proposta l'azione di annullamento davanti al giudice amministrativo nel termine di decadenza di 60 giorni.

L'annullabilità non può essere rilevata d'ufficio dal giudice.

L'art. 30 c.p.a. stabilisce, inoltre, che insieme all'azione di annullamento può essere proposta anche l'azione risarcitoria. Quest'ultima azione è anche esperibile in via autonoma nel termine di decadenza di 120 giorni.

## La nullità

La **nullità** è una categoria che è stata introdotta in via giurisprudenziale per inquadrare le patologie più gravi del provvedimento e trova oggi fondamento nel diritto positivo e, precisamente, nell'art. 21 septies della L. 241/1990.

Talvolta, la nullità è ritenuta contrapposta e distinta rispetto all'inesistenza dell'atto. Si tratta, tuttavia, di una distinzione controversa.

L'art. 21 septies della L. 241/1990 individua quattro ipotesi tassative di nullità:

1. la mancanza degli elementi essenziali (c.d. nullità strutturale)
2. il difetto assoluto di attribuzione (c.d. carenza di potere in astratto)
3. la violazione o l'elusione del giudicato (c.d. carenza di potere in concreto)
4. gli altri casi espressamente previsti dalla legge (c.d. nullità testuale)

Approfondiamo ciascuna di queste 4 ipotesi...

### La nullità strutturale

Per quanto riguarda la **nullità strutturale**, la mancanza degli elementi essenziali accomuna la nullità del provvedimento a quella del contratto di cui all'art. 1418, co. 2, c.c., anche se la L. 241/1990 non elenca tali elementi in modo preciso.

In via interpretativa, si ritiene, dunque, che la nullità strutturale ricorre qualora manchi uno dei seguenti elementi essenziali:

- difetto di qualità di elemento essenziale del soggetto
- volontà viziata da violenza fisica
- oggetto impossibile, illecito o indeterminato
- mancanza di forma essenziale
- mancanza del destinatario

Gli esempi che si possono fare per comprendere la nullità strutturale sono l'espropriazione di un bene distrutto o di un bene demaniale.

### Carenza di potere in astratto o incompetenza assoluta

Invece, si ha **incompetenza assoluta** ogniqualvolta l'organo amministrativo:

- emana un atto in una materia del tutto sottratta alla competenza amministrativa e riservata ad un altro potere dello Stato (c.d. straripamento di potere)
- ovvero emana un atto riservato alla competenza di un settore amministrativo completamente diverso, ad esempio, un titolo di studio rilasciato dal Sindaco (difetto di attribuzione)

L'incompetenza assoluta si differenzia da quella relativa, che - come abbiamo visto - si verifica tra organi appartenenti allo stesso ramo di Amministrazione e dà luogo ad annullabilità e non a nullità.

### Violazione o elusione del giudicato

Si ha invece **carezza di potere in concreto** o elusione del giudicato, qualora l'Amministrazione in sede di nuovo esercizio del potere, in seguito all'annullamento pronunciato dal giudice con sentenza passata in giudicato, emani un nuovo atto che si pone in contrasto con la sentenza che abbia posto un vincolo puntuale e non lasci all'Amministrazione alcuno spazio di valutazione.

### Nullità prevista dalla legge

La quarta ipotesi di nullità (**nullità testuale**) consiste in un rinvio alle disposizioni di legge che qualificano come nullo un atto amministrativo.

Un esempio di nullità di questo tipo è quella che riguarda gli atti adottati da organi collegiali scaduti (art. 3, D.L. 293/1994, convertito in L. 444/1994).

### Regime processuale della nullità

Sul versante processuale, l'art. 31, co. 4, c.p.a. prevede che l'azione per la declaratoria di nullità (azione di accertamento) può essere proposta davanti al giudice amministrativo entro il termine di decadenza di 180 giorni.

A differenza di quanto accade per l'annullabilità, la nullità può essere sempre rilevata d'ufficio dal giudice o essere opposta dalla parte resistente in giudizio.

Inoltre, l'art. 133, co. 1, lett. a), n. 5, c.p.a. attribuisce alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo le controversie relative alla nullità dell'atto adottato in violazione o elusione del giudicato. In tal caso il vizio deve essere fatto valere con il ricorso in ottemperanza che può essere proposto entro il termine di 10 anni dal passaggio in giudicato della sentenza.

### L'inesistenza

L'ultima patologia dell'atto amministrativo è rappresentata dall'**inesistenza** dell'atto. Questa caratteristica ricorre nei casi in cui mancano gli elementi minimi per identificare l'atto come atto amministrativo.

### Procedimenti e provvedimenti di riesame

L'invalidità degli atti amministrativi può essere rilevata non solo dagli interessati, la cui sfera sia stata lesa dal singolo provvedimento, ma anche dall'Amministrazione stessa.

A questo proposito, analizziamo dunque i c.d. procedimenti e provvedimenti di secondo grado, anche detti procedimenti di autotutela.

Tali procedimenti hanno ad oggetto atti già emanati che l'Amministrazione riprende in esame, al fine di valutare se e quali misure correttive adottare.

Si iscrivono in questa categoria:

- l'annullamento d'ufficio
- la revoca
- la convalida
- la ratifica
- la sanatoria
- la conferma
- la conversione
- il recesso

Approfondiamo anche questi provvedimenti di secondo grado...

### L'annullamento d'ufficio

Cominciamo dall'**annullamento d'ufficio**.

L'art. 21 nonies L. 241/1990 (come novellato da ultimo dalla L. 124/2015) dispone che il provvedimento amministrativo illegittimo, esclusi i casi di vizi formali di cui al comma 2 dell'art. 21 octies della L. 241/90, può essere annullato d'ufficio:

- se sussistono le ragioni di pubblico interesse
- entro un tempo ragionevole, comunque non superiore a 18 mesi dal momento dell'adozione del provvedimento di autorizzazione o di attribuzione dei vantaggi economici (inclusi i casi in cui il provvedimento sia formato con il silenzio assenso)
- e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge

In caso di dichiarazioni mendaci o di false attestazioni, in base all'articolo 21 nonies, co. 2 bis, l'Amministrazione può esercitare il potere di autotutela anche dopo i 18 mesi

L'atto di annullamento ha efficacia retroattiva: fa, cioè, venir meno l'atto annullato dal momento in cui fu emanato (ex tunc), cosicché vengono meno tutti gli effetti prodottisi fino al provvedimento di annullamento.

### La convalida

In alternativa all'annullamento d'ufficio, l'art. 21 nonies, co. 2, L. 241/1990 prevede che l'Amministrazione possa procedere alla **convalida** del provvedimento, qualora sussistano ragioni di interesse pubblico e entro un termine ragionevole.



La convalida consiste nell'eliminazione del vizio dal quale è affetto il provvedimento amministrativo.

Il potere di convalida è espressione del generale principio di conservazione dei valori giuridici che permea l'intero ordinamento.

### La ratifica

Se la convalida riguarda il vizio di incompetenza, è frequente nell'uso l'espressione **ratifica**.

Quest'ultima più propriamente riguarda le ipotesi nelle quali all'interno di un'Amministrazione Pubblica un organo può esercitare in caso di urgenza una competenza attribuita in via ordinaria a un altro organo, che poi è chiamato a far proprio l'atto emanato.

### La sanatoria e la conversione

Per quanto riguarda la **sanatoria** e la **conversione**, va anticipato che si tratta di due istituti controversi!

Si parla di **sanatoria** nei casi in cui l'atto:

- è emanato in carenza di un presupposto e quest'ultimo si materializza in un momento successivo
- oppure nei casi in cui un atto della sequenza procedimentale viene posto in essere dopo il provvedimento conclusivo

Con riferimento ai provvedimenti affetti da annullabilità e da nullità si ritiene generalmente applicabile la **conversione**, sulla falsariga del modello civilistico, anche se in ambito amministrativo non vi è una disposizione legislativa espressa.

### La conferma

Per quanto riguarda la **conferma**, si ha quando, in seguito al procedimento di riesame aperto su sollecitazione del privato o anche d'ufficio, l'Amministrazione perviene alla conclusione che il provvedimento, nonostante i dubbi iniziali, non è affetto da alcun vizio.

### La revoca

Trattiamo, infine, la **revoca**.

Fin qui abbiamo parlato di procedimenti di secondo grado che avevano ad oggetto provvedimenti affetti da invalidità. Ma anche i provvedimenti perfettamente validi ed efficaci possono essere assoggettati a un riesame.

È il caso della revoca che ha per oggetto il merito (opportunità), cioè la conformità all'interesse pubblico dell'assetto degli interessi risultante dall'atto emanato.

A differenza dell'annullamento d'ufficio, che ha efficacia retroattiva, la revoca opera invece ex nunc, cioè determina l'inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti.

Una novità introdotta dall'art. 21 quinquies è la generalizzazione dell'obbligo di indennizzo, qualora la revoca comporti pregiudizi in danno dei soggetti interessati. La norma pone alcuni criteri per la quantificazione dell'indennizzo, che è limitato al danno emergente ed è suscettibile di un'ulteriore riduzione.

Sotto il profilo procedimentale, la revoca richiede l'espletamento di un procedimento che si apre con la comunicazione di avvio del procedimento e si chiude con un provvedimento che deve essere adeguatamente motivato.

Sempre l'art. 21 quinquies della L. 241/1990 detta una disciplina generale della revoca, precisandone i presupposti e gli effetti.

Il primo comma della norma distingue due fattispecie:

- la **revoca per sopravvenienza**
- la revoca espressione dello **jus poenitendi**

Analizziamo ciascuna di queste due fattispecie...

### La revoca per sopravvenienza

Alla fattispecie della **revoca per sopravvenienza** sono riconducibili due ipotesi tipizzate dalla stessa norma:

1. la revoca per "sopravvenuti motivi di pubblico interesse", che interviene allorché l'Amministrazione opera una rivalutazione dell'assetto degli interessi alla luce di nuovi fattori ed esigenze non presenti al momento in cui l'atto era stato emanato
2. la revoca per "mutamento della situazione di fatto", che costituisce un caso pressoché sovrapponibile a quello precedente, considerando che l'esigenza di rivalutare l'interesse pubblico spesso dipende da mutamenti della situazione di fatto

### La revoca per jus poenitendi

La revoca espressione dello jus poenitendi riguarda l'ipotesi di "una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario", che si ha nei casi in cui l'Amministrazione matura successivamente la consapevolezza di aver compiuto una ponderazione errata degli interessi nel momento in cui ha emanato l'atto.

### Conclusioni

Bene, siamo giunti alla fine.

In questa lezione abbiamo analizzato la patologia dell'atto amministrativo. In particolare, abbiamo analizzato l'invalidità dell'atto nullo e annullabile.



Abbiamo poi esaminato i procedimenti di riesame, quale altro strumento per emendare il provvedimento dai vizi.

Grazie per l'attenzione e buon lavoro!