

Giovanni Fàngani Nicastro

**CENNI SULLA LEGGE 21 LUGLIO 2000 N.205 “DISPOSIZIONI
IN MATERIA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA” CON
PARTICOLARE RIFERIMENTO ALL’INTERVENTO DELLA
PUBBLICA AMMINISTRAZIONE IN AUTOTUTELA.**

INDICE

1. Introduzione.....pag. 3
2. Cenni sulla legge 21 luglio 2000 nr.205 recante “Disposizioni in materia di giustizia amministrativa”.....pag. 5
3. L’autotutela della pubblica amministrazione: generalità.....pag. 10
4. L’annullamento e la revoca dell’atto amministrativo.....pag. 12
5. L’annullamento dell’atto viziato in pendenza di giudizio...pag. 15
6. I problemi sulla richiesta di risarcimento del danno.....pag. 18
7. Considerazioni conclusive.....pag. 20

1. INTRODUZIONE.

Dopo quasi trent'anni dall'entrata in vigore della legge 1034/1971 istitutiva dei Tribunali Amministrativi Regionali, il legislatore è intervenuto in maniera organica sul processo amministrativo, attraverso la legge 21 luglio 2000 n.205.

La riforma della giustizia amministrativa si è proposta, tra l'altro, il duplice obiettivo di regolare gli aspetti controversi della vecchia disciplina e di fornire un nuovo assetto organico al processo amministrativo.

Essa si è allineata alle trascorse incisive modifiche, avvenute durante l'ultimo ventennio, nel campo del diritto amministrativo sostanziale.

Mi riferisco alle grandi riforme che vanno dalle leggi 142 e 241 del 1990, sugli enti locali e sul procedimento amministrativo, alle disposizioni dei decreti legislativi 29 del 1993 e 80 del 1998.

Per quanto riguarda la tutela in sede giurisdizionale, poi, non possono non essere considerate rilevanti le illuminanti decisioni della giurisprudenza:

- la sentenza delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione n.500 del 1999, sulla estensibilità del risarcimento del danno nel caso in cui la posizione tutelata sia l'interesse legittimo;
- la sentenza della Corte Costituzionale n.292 del 2000, in materia di giurisdizione.

Legislazione e giurisprudenza che hanno inciso profondamente sul sistema amministrativo preesistente.

Quindi, negli ultimi cinquanta anni il quadro sistematico del diritto amministrativo ha subito profondi mutamenti, sia sotto l'aspetto processuale che sotto l'aspetto sostanziale e di conseguenza il rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione è stato completamente ridisegnato.

Nel corso delle pagine che seguono accennerò in generale alla novella sulla giustizia amministrativa.

Quindi, tratterò dell'esercizio dell'autotutela da parte della pubblica amministrazione sia genericamente che con specifico riferimento all'intervento durante la pendenza del giudizio.

Dopo aver accennato all'annullamento anche in relazione alla eventuale domanda di risarcimento del danno, concluderò menzionando qualche orientamento della giurisprudenza.

2. CENNI SULLA LEGGE 21 LUGLIO 2000 NR.205 RECANTE “DISPOSIZIONI IN MATERIA DI GIUSTIZIA AMMINISTRATIVA”.

Con l'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000 n.205 "La giustizia amministrativa cambia volto".

Questi sostanzialmente sono i commenti del "giorno dopo"!

A parte il travagliato iter legislativo e gli interventi giurisprudenziali della Corte Costituzionale in materia di giurisdizione esclusiva e di attribuzione di competenza da un lato, e della Corte di Cassazione in materia di risarcibilità del danno anche nel caso in cui la posizione tutelata sia di interesse legittimo e non di diritto soggettivo, dall'altro lato, il legislatore del 2000 ha operato una riforma intelligente e capace di fornire soluzioni di certezza e stabilità del diritto.

Con la novella, infatti, sono stati superati, in talune materie, i conflitti tra giurisdizione amministrativa e giurisdizione ordinaria e sono state ridisegnate le ormai superate disposizioni procedurali del 1971, risalenti alle norme sul giudizio innanzi al Consiglio di Stato e non più rispondenti alle esigenze del diritto amministrativo come innovato negli anni 90.

In estrema sintesi e per ciò che qui interessa, sono stati ridefiniti gli spazi della giurisdizione, è stata rafforzata la tutela cautelare, è stata data la possibilità al giudice amministrativo di decidere sulla domanda di risarcimento del danno cagionato dall'esistenza dell'atto impugnato, sono stati introdotti nuovi istituti volti

a rendere più snello e più celere il processo, sono stati attribuiti più poteri al Presidente del collegio.

Si collocano in tale contesto le disposizioni relative ai termini per le notificazioni del ricorso, ai soggetti cui il gravame deve essere notificato, alla disciplina della eventuale proposizione di motivi aggiunti, all'ordine di esibizione dei documenti all'amministrazione, alla decisione dei mezzi istruttori da parte del Presidente del collegio. Istituito tanto nuovo quanto necessario è, poi, quello dell'impugnazione incidentale per il denegato accesso ai documenti del procedimento amministrativo ex articolo 25, V comma, della legge 8 agosto 1990 n.241.

Viene inoltre disciplinato il gravame avverso il (generico) silenzio dell'amministrazione con uno speciale rito abbreviato.

Sul punto accese discussioni hanno interessato la dottrina dove alla fine è sembrata prevalere la tesi della corrispondenza della locuzione "silenzio" al cosiddetto "silenzio-inadempimento".

Le norme sul processo cautelare, a parte il fatto che hanno ottenuto una più specifica disciplina organica a livello legislativo, sono state concepite in maniera da adeguare la giustizia reale alla giustizia sostanziale nell'intento di assicurare una oggettiva parità di tutela, nel recente passato tanto anelata a causa della tutt'altro che univoca giurisprudenza.

Rientrano in tale ambito l'ingiunzione di pagamento, le cosiddette misure precautelari e l'estensione del giudizio di ottemperanza alle misure cautelari concesse.

Una innovazione importata, inoltre, è stata apportata in seno al ricorso straordinario al Presidente della Repubblica, ove al ricorrente che lo richieda allegando danni gravi e irreparabili derivanti dall'esecuzione dell'atto, può essere concessa la sospensione del provvedimento impugnato.

La portata di questa norma è notevole se si considera che in passato solo rarissime pronunce giurisdizionali avevano ritenuto esperibile tale rimedio.

La novella si occupa, quindi, della materia pensionistica civile, militare e di guerra, statuendo la giurisdizione esclusiva della Corte dei conti, giudice unico delle pensioni; e dispone la devoluzione di tutta una serie controversie, tassativamente indicate, alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.

Attribuisce, ancora, la facoltà di risolvere le contese che investono i diritti soggettivi mediante ricorso ad arbitrato rituale di diritto.

Ma le disposizioni che "de facto" hanno operato una vera e propria inversione di tendenza rispetto al trascorso sono state, come già accennato, nelle controversie devolute alla sua giurisdizione esclusiva:

- il dettato secondo il quale il giudice amministrativo dispone, anche attraverso la reintegrazione in forma specifica, il risarcimento del danno ingiusto, evitando l'annoso problema della doppia giurisdizione;
- il ricorso, da parte del giudice amministrativo, all'assunzione dei mezzi di prova ordinari, previsti dal codice di procedura civile nonché della consulenza tecnica d'ufficio, esclusi l'interrogatorio formale e il giuramento;
- l'applicabilità nelle cause aventi ad oggetto diritti soggettivi di natura patrimoniale, del procedimento ingiuntivo e della provvisionale di cui al codice di procedura civile.

Le esigenze di speditezza e la necessità di “sbloccare” una giustizia amministrativa intasata dalla lentezza delle procedure, hanno poi indotto il legislatore alle norme sulle decisioni in forma semplificata e alla perenzione dei ricorsi ultradecennali.

Le norme sulla procedura si concludono con le disposizioni sull'esecuzione delle sentenze non sospese del Consiglio di Stato e della Corte dei conti, sul rinvio delle controversie al tribunale amministrativo regionale e sui mezzi per l'effettuazione delle notifiche.

La seconda parte della legge è dedicata sostanzialmente all'organico dei magistrati amministrativi e alle norme finanziarie per le spese delle giurisdizioni amministrative.

3. L'AUTOTUTELA DELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE: GENERALITÀ.

La pubblica amministrazione nel caso di atti amministrativi illegittimi o inopportuni ha il potere di provvedere unilateralmente, in sede di riesame d'ufficio, alla loro eliminazione.

L'esercizio di tale potere che realizza i cosiddetti atti di ritiro rientra nell'ambito dello "jus poenitendi" ed è caratterizzato da ampia discrezionalità derivante dall'unilateralità dell'atto.

Infatti, in relazione alla manifestazione di volontà, l'intervento della pubblica amministrazione, avendo natura unilaterale, non incontra i limiti che sono previsti per i contratti di diritto privato e che rinviano al principio secondo il quale non è sufficiente, di massima, il recesso di una delle parti per rendere il negozio "tamquam non esset".

Il provvedimento amministrativo che promana dallo "Stato soggetto", può essere ritirato autonomamente dalla stessa autorità e, soprattutto, senza il consenso del destinatario.

Nel caso in cui, però, l'atto da ritirare abbia attribuito delle posizioni giuridiche all'interessato, sull'amministrazione incombe l'obbligo della comunicazione di avvio del procedimento¹. Ciò per consentire al soggetto destinatario dell'atto di

¹ Articolo 7 della legge 7 agosto 1990 n.241.

tutelare i propri interessi e comunque di partecipare al procedimento che lo vede coinvolto².

L'organo che ha emanato l'atto amministrativo, l'organo sovraordinato gerarchicamente a quello che ha emanato l'atto, il governo, tranne nel caso di competenza esclusiva dell'organo che ha emanato l'atto, possono esercitare il potere di ritiro, adottando le stesse forme e le stesse modalità procedurali previste per il provvedimento viziato o inopportuno.

La scelta dell'amministrazione di ritirare l'atto richiede una adeguata motivazione sia in ordine al vizio che inficia il provvedimento, sia in ordine alla prevalenza dell'interesse pubblico che si intende soddisfare.

Varie sono le classificazioni che la dottrina attribuisce agli atti di ritiro.

A titolo esemplificativo, la fondamentale bipartizione è quella tra atti che incidono sull'atto e atti che incidono sul rapporto.

Ma per ciò che qui interessa, gli atti tipici di ritiro possono distinguersi in annullamento, revoca, abrogazione e mero ritiro.

² Articolo 8 della legge 7 agosto 1990 n..241.

4. L'ANNULLAMENTO E LA REVOCA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO.

L'annullamento, che è stato autorevolmente definito il ritiro con efficacia retroattiva dell'atto inficiato da un vizio di legittimità, può essere in relazione all'organo che lo determina di tre tipi: auto-annullamento, annullamento gerarchico e annullamento governativo.

Nel primo caso il ritiro è adottato dalla stessa autorità che ha emesso l'atto³; nel secondo caso dall'organo sovraordinato a quello che ha emanato il provvedimento, salvo che l'atto è di competenza esclusiva dell'autorità che lo ha emesso⁴; nel terzo caso dal governo, mediante decreto del Presidente della Repubblica, su deliberazione del Consiglio dei Ministri, previo parere del Consiglio di Stato.

Presupposti per il legittimo esercizio del potere di annullamento sono – come già detto – l'illegittimità dell'atto e la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto agli altri interessi coinvolti.

Nella motivazione debbono essere indicati, in particolare, i vizi che inficiano il provvedimento che dovevano sussistere al momento della sua emanazione.

³ Nel caso dell'Amministrazione Militare in materia di documenti caratteristici, le stesse Autorità che hanno compilato il documento, possono discrezionalmente – ove riscontrino vizi di legittimità – annullarlo.

⁴ Analizzando lo stesso esempio sopra riportato, al ritiro potrà procedere, sempre in autotutela, il superiore gerarchico a quello che ha compilato il giudizio complessivo del documento ovvero il Ministero della Difesa.

Infatti non può farsi luogo ad annullamento per illegittimità sopravvenuta. In tal caso si ricorrerà al diverso potere di abrogazione o di revoca.

Nella motivazione dovranno parimenti essere indicate le esigenze per le quali l'amministrazione ha operato la scelta del ritiro, la prevalenza dell'interesse pubblico rispetto agli altri interessi coinvolti, l'attualità e la concretezza dell'interesse pubblico.

Autorevole dottrina sostiene, al proposito, che non è sufficiente un generico interesse al ripristino della legalità violata.

L'esercizio del potere di annullamento non è sottoposto a termini prescrizionali e non si configura come atto dovuto. L'atto con il quale tale potere si estrinseca ha efficacia retroattiva e, pertanto, il provvedimento annullato perde efficacia ex tunc.

Ciò si spiega con la detta illegittimità originaria.

Il potere di annullamento ovviamente può essere esercitato su atti per i quali l'autorità sia ancora investita della potestà di provvedere.

La revoca pur rientrando tra gli atti di ritiro si differenzia dall'annullamento innanzitutto in relazione al momento in cui spiega i suoi effetti. La prima, infatti, ha efficacia "ex nunc", il secondo "ex tunc". Ulteriore elemento distintivo, ma dal punto di vista sostanziale, è che alla revoca si ricorre quando l'atto da ritirare è stato riconosciuto non opportuno o non conveniente rispetto all'interesse pubblico

concreto ed attuale, e sulla base di una diversa valutazione delle circostanze che ne avevano determinato l'emanazione.

Può procedere alla revoca sia la stessa autorità che ha emesso il provvedimento da ritirare, e in tal caso si sarà in presenza della cosiddetta auto-revoca; sia l'autorità gerarchicamente sovraordinata a quella che ha emanato l'atto da ritirare, e in tal caso si sarà in presenza della cosiddetta revoca gerarchica.

Non è riconosciuto, contrariamente a quanto avviene per l'annullamento, un potere di revoca al governo.

La revoca, poi, è caratterizzata dal fatto che non deve essere necessariamente espressa, può anche essere tacita, potendosi rilevare implicitamente che il provvedimento successivo è incompatibile con quello precedente.

Tra gli atti non soggetti a revoca rientrano, come autorevolmente sostenuto, quelli relativi a diritti acquisiti e quelli costitutivi di "status".

Rientra nella prima fattispecie l'impiegato che ha raggiunto un livello economico stipendiale. In caso di modifica del rapporto che comporti una riduzione dello stipendio, verrà a lui attribuito un assegno personale sì da evitare "reformatio in pejus".⁵

⁵Si cita il caso dell'ufficiale dei Carabinieri con il grado di sottotenente, proveniente dalla categoria degli ispettori con il grado di maresciallo capo. Questi viene inquadrato inizialmente, ai fini del trattamento economico, in un livello retributivo inferiore a quello della precedente carriera. Al fine di non far perdere il diritto acquisito allo

Rientra nel novero degli atti costitutivi di “status” il decreto presidenziale di concessione della cittadinanza.

stipendio gli verrà attribuito un assegno “ad personam” corrispondente alla differenza tra l’importo percepito nel maggior livello retributivo e quello percepito nel minore.

5. L' ANNULLAMENTO DELL' ATTO VIZIATO IN PENDENZA DI GIUDIZIO.

La pubblica amministrazione può sempre intervenire in autotutela, anche in pendenza di giudizio, salvo il caso in cui la sentenza sia passata in giudicato.

Infatti l'amministrazione non perde, a seguito della presentazione del ricorso con il quale si contesta la legittimità dell'atto, il potere di ritirare l'atto stesso.

Detta potestà può essere esercitata in due modi:

- con l'annullamento, laddove si riscontri l'illegittimità dell'atto ovvero l'illegittimità del procedimento attuato per emettere l'atto stesso nonché la prevalenza dell'interesse pubblico sugli altri interessi coinvolti;
- mediante la revoca, quando si ritiene che circostanze sopravvenute impongano di considerare diversamente l'interesse pubblico, rispetto al momento in cui l'atto è venuto ad esistenza.

L'esercizio del potere di autotutela non è obbligatorio, ma rappresenta una scelta squisitamente discrezionale che comporta una valutazione sulla prevalenza dell'interesse pubblico al ritiro dell'atto rispetto altri interessi coinvolti al suo mantenimento.

Quindi le condizioni perchè l'amministrazione possa operare l'annullamento del provvedimento – come già accennato precedentemente - sono individuabili:

- nell'esistenza di vizi di legittimità dell'atto o del procedimento mediante il quale è stato emesso;
- nella valutazione, adeguatamente motivata, della prevalenza dell'interesse pubblico rispetto agli altri interessi coinvolti.⁶

Se l'amministrazione interverrà in autotutela mediante l'annullamento del provvedimento impugnato, che tra l'altro potrà essere adottato anche sulla base delle censure addotte dall'attore nel ricorso, seguirà una sentenza di estinzione del giudizio per cessazione della materia del contendere; mentre se interverrà mediante la revoca dell'atto, bisognerà valutare, nella considerazione che l'atto ha già prodotto degli effetti, se il ricorrente abbia interesse a rimuoverli o meno.

Problema ampiamente dibattuto, infine, è quello relativo all'intervento in autotutela durante la fase cautelare del giudizio.

Nel caso che la tutela riguardi interessi pretensivi si profilano due ipotesi:

- il giudice impone all'amministrazione di provvedere. L'ulteriore attività posta in essere dall'amministrazione stessa costituirà mera esecuzione dell'ordinanza cautelare, i cui effetti cesseranno soltanto con la pronuncia di

⁶ In particolare: sulla sussistenza di uno specifico interesse pubblico che giustifichi il sacrificio imposto al privato cfr. Consiglio di Stato – Sezione V – decisione 13 marzo 2000 n.1311.

merito. Quindi l'attività della pubblica amministrazione sarà considerata mera esecuzione del provvedimento giudiziale;⁷

- gli atti sono adottati dall'amministrazione, non quale mera esecuzione dell'ordinanza cautelare del giudice, ma vengono emessi nell'esercizio autonomo del potere di autotutela. Il provvedimento del giudice, in tal caso, si porrà come presupposto per la manifestazione di volontà della pubblica amministrazione, con la conseguenza che gli atti così emanati potranno incidere sul giudizio determinandone l'estinzione per cessazione della materia del contendere.

⁷cfr. T.A.R. Sicilia – Sezione I di Palermo – Sentenza 22 marzo 2001 n. 437 e T.A.R. Sicilia – Sezione II di Palermo – Sentenza 18 gennaio 2001 n.46. In dottrina cfr Oberdan Forlenza in “Il Sole 24 Ore”, Dossier 10, novembre 2002, pag. 76, “Autotutela: strada aperta per l'amministrazione”.

6. I PROBLEMI SULLA RICHIESTA DI RISARCIMENTO DEL DANNO.

Si è posta la questione del giudizio in cui il ricorrente impugna l'atto e propone la domanda per il risarcimento del danno.

Il problema notevolmente complesso è stato dibattuto in dottrina e giurisprudenza e, in quest'ultimo ambito, ha dato luogo a due ipotesi:

- La domanda di risarcimento sembra esperibile separatamente, qualora il provvedimento sia stato annullato dalla pubblica amministrazione in autotutela prima dell'instaurazione del giudizio.⁸
- Quando l'annullamento, invece, sia stato adottato in pendenza della lite, il ricorso sembra potersi dichiarare improcedibile per sopravvenuta carenza d'interesse, in relazione alla richiesta di annullamento dell'atto; mentre prosegue in ordine alla domanda risarcitoria. Il sindacato giurisdizionale, in sostanza, dovrebbe limitarsi a valutare la sussistenza del danno derivante dal provvedimento illegittimo, tralasciando quest'ultimo la cui efficacia, frattanto, è venuta meno "ex tunc".

La questione è tutt'altro che semplice .

⁸ Cfr. Consiglio di Stato – Sezione IV – decisione 15 febbraio 2002 n. 952; Consiglio di Stato – Sezione VI – decisione 18 giugno 2002 n.3338.

La giurisprudenza, investita di casi relativi all'annullamento in autotutela di gare d'appalto, ha ritenuto sussistente il risarcimento del danno nei confronti dell'ipotetico aggiudicatario, per l'annullamento della gara operato dall'amministrazione in autotutela.⁹

Ciò nonostante, in precedenti pronunce, è stato riconosciuto alla pubblica amministrazione, a fronte dell'obbligo di stipulare un contratto o con una stipula già effettuata, il potere di non concludere la stipulazione, per ragioni di interesse pubblico, mediante annullamento della gara o mediante recesso dal contratto già stipulato.¹⁰

Altre questioni sono state poste, infine, con riferimento alla condanna dell'amministrazione al pagamento delle spese di giudizio, nelle sentenze che dichiarano l'improcedibilità del ricorso, per cessazione della materia del contendere, a seguito dell'annullamento in autotutela.

Recenti decisioni giurisprudenziali hanno affermato che la pronuncia sul governo delle spese di giudizio va assunta soprattutto in ragione del principio della soccombenza virtuale.¹¹

⁹ Cfr. T.A.R. Lombardia - Sezione III - Sentenza 9 marzo 2000 n.1869.

¹⁰ Cfr. Consiglio di Stato – Sezione VI – decisione 19 ottobre 1995 n.1188; Consiglio di Stato – Sezione V – decisione 24 ottobre 1996 n.1263.

¹¹ Cfr. Consiglio di Stato – Sezione VI – decisione 25 giugno 2002 n. 3427; cfr. anche T.A.R. Lazio – Sezione Latina – Decreto 15 novembre 2002, n.1156 ove il giudice, preso atto della richiesta di parte di dichiararsi cessata la materia del contendere a seguito dell'intervenuto annullamento del documento caratteristico impugnato con ricorso gerarchico - operato dal Ministero della Difesa – decreta la

7. CONSIDERAZIONI CONCLUSIVE.

Ho accennato, anche se in maniera molto sintetica, ad alcuni aspetti salienti del processo amministrativo novellato, dopo l'entrata in vigore della legge 21 luglio 2000 n. 205.

Ho trattato dell'esercizio del potere di autotutela riconosciuto dall'ordinamento giuridico alla pubblica amministrazione e delle principali espressioni dello "jus poenitendi" dello "Stato - soggetto" individuabili dell'annullamento e nella revoca.

Mi sono, poi, soffermato sugli aspetti delle predette due scelte discrezionali della pubblica amministrazione, operate in due momenti differenti, ossia prima dell'instaurazione del giudizio e durante la pendenza di questo; ho poi fatto brevi cenni alla fase cautelare del processo e alla domanda di risarcimento del danno cagionato dall'atto illegittimo ritirato, con qualche riferimento giurisprudenziale.

Certo, la portata delle innovazioni introdotte con la legge in commento è stata indubbiamente notevole, anche se ha comportato considerevoli difficoltà, specialmente per gli operatori del settore, nella quotidiana applicazione della teoria alla pratica. E ancora più arduo può definirsi il "raccordo" tra le nuove norme e l'esercizio del potere di autotutela della pubblica amministrazione, specie laddove

cessazione della materia del contendere e condanna, nel contempo, l'amministrazione al pagamento in solido in favore del ricorrente delle spese di giudizio.

permangono i timori della condanna per il risarcimento del danno o, quantomeno, per le spese di giudizio.

Concludendo, è sicuramente indubbio il contributo apportato all'attuazione della tutela giurisdizionale e – per taluni aspetti amministrativa - accordata al cittadino e tendente ad assicurare lo svolgimento dell'attività dei competenti organi, da un lato, e dei principi di imparzialità, efficacia, efficienza ed economicità dell'azione amministrativa, dall'altro lato. Ciò allo scopo di raggiungere l'obiettivo di quel “giusto processo” e di quell'altrettanto “giusto procedimento” che dovrebbero rappresentare il fondamento di ogni rapporto tra “Stato – comunità” e “Stato – soggetto” e che si concretizzano nei tempi di risposta all'utenza e nell'assicurazione del buon funzionamento del sistema giudiziario.¹²

¹² Secondo recenti statistiche l'arretrato del contenzioso giurisdizionale contava nel novembre 2002 circa novecentomila ricorsi.