

Con sentenza n. 11307 del 29 dicembre 2023, la quinta sezione del Consiglio di Stato è intervenuta in tema di annullamento di ufficio.

La disciplina legislativa è stata introdotta nel nostro ordinamento dall'art. 1, comma 136, legge finanziaria per il 2005 (L. 30 dicembre 2004, n. 311) e dalla L. 11 febbraio 2005, n. 15, che ha inserito nella legge 7 agosto 1990, n. 241, l'art. 21-*novies*, in seguito più volte modificato. Con tale norma sono stati legificati i principi ricostruiti in passato soltanto in via dottrinarie e giurisprudenziale, fornendo un quadro compiuto della materia, al fine di assicurare stabilità ad un istituto di particolare rilevanza per la cura degli interessi dei cittadini. Anche in epoca antecedente la sua codifica, tuttavia, si riconosceva tale prerogativa della pubblica amministrazione, ravvisandone il fondamento nella titolarità della potestà inizialmente esercitata, quale sua facoltà implicita o per meglio dire potenziale sviluppo. Si è sempre parlato, cioè, di una sorta di *ius poenitendi* di natura pubblica, consistente nella possibilità per l'amministrazione di tornare sui suoi passi ripristinando la legalità (dalla stessa) lesa ovvero valutando diversamente le circostanze di contesto. Il legame tra titolarità del potere originario e possibilità di riesercizio dello stesso è stato riconosciuto così inscindibile dal comportarne il trasferimento ogni qualvolta venga trasferita la competenza primaria da un'autorità ad un'altra (Cons. Stato, sez. V, 30 giugno 1995, n. 955). L'art. 21-*novies*, L. n. 241 del 1990, dispone dunque che il provvedimento illegittimo possa essere annullato d'ufficio dallo stesso organo che lo ha emanato, demandandone la facoltà ad un altro solo ove previsto dalla legge. Ciò avviene attraverso l'adozione di un provvedimento amministrativo di secondo grado che comporta la perdita di efficacia, con effetto retroattivo, di quello originario, inficiato dalla presenza di uno o più vizi di legittimità, dei quali l'amministrazione si avvede successivamente. In pratica, oggetto dell'annullamento d'ufficio è un provvedimento che, pur constando di tutti gli elementi essenziali per la sua giuridica esistenza, presenta uno dei tradizionali vizi di legittimità delineati dall'art. 26 del Testo Unico 26 giugno 1924, n. 1054 sul Consiglio di Stato. La L. n. 15 del 2005, infatti, ha ovviamente inteso conformarsi a tale norma e all'unanime dottrina e giurisprudenza dell'epoca, specificando all'art. 21-*octies* della medesima legge n. 241/1990 che è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge, viziato da eccesso di potere o, per quanto qui di interesse, da incompetenza. La disposizione ha altresì codificato la tipologia di valutazione richiesta alla pubblica amministrazione che decide di autoemendarsi, ovvero l'individuazione di un interesse pubblico che in comparazione con l'affidamento riposto dal privato sulla correttezza dell'operato della p.a., risulti comunque prevalente. Esso non si identifica nel mero ripristino della legalità lesa, ma richiede una approfondita analisi di contesto costituzionalmente orientata secondo i canoni dell'imparzialità e del buon andamento (art. 97 Cost.), retta altresì dai principi generali dell'azione amministrativa sanciti dall'art. 1 della medesima legge n. 241/1990, non a caso di recente modificato mediante l'introduzione di un comma espressamente consacrato al rispetto della leale collaborazione e della buona fede nei rapporti reciproci (comma 2-bis, introdotto dall'art. 12, D.L. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni, dalla L. 11 settembre 2020, n. 120). Di fatto, dunque, occorre tenere conto in particolare della necessaria "proporzionalità" dell'azione amministrativa, intesa quest'ultima come dovere di non comprimere le situazioni giuridiche soggettive dei privati, se non nei casi di stretta necessità ovvero di indispensabilità, procedendo all'annullamento d'ufficio quando ciò sia necessario al fine di evitare un danno non proporzionato agli interessi dei privati coinvolti nel procedimento (v. direttiva del Ministro della Funzione pubblica del 17 ottobre 2005, emanata nell'immediatezza dell'entrata in vigore della novella). La discrezionalità valutativa sottesa all'esercizio del potere di autotutela implica per regola quella sottesa anche all'adozione del provvedimento che si intende rimuovere. L'eliminazione dalla realtà giuridica di un atto, cioè, non può che spettare allo stesso soggetto pubblico che lo ha adottato, così da assicurare la costante aderenza dell'attività amministrativa al principio di legalità che deve conformarla. Di regola, cioè, solo all'organo che ha adottato un atto, in quanto titolare della competenza c.d. primaria, è riconosciuta la capacità di rivalutarlo, rivedendo lo stesso ordine di questioni di cui il provvedimento annullato costituiva espressione. In sintesi, è la stretta connessione che sussiste tra il provvedimento illegittimo e quello di secondo grado finalizzato al suo annullamento a richiedere l'attribuzione congiunta dei relativi poteri al medesimo organo amministrativo. In tal modo, infatti, si salvaguarda anche la pienezza e esclusività della potestà amministrativa di base, preordinata al perseguimento dell'interesse pubblico affidato all'organo di amministrazione attiva tenendo conto pure dell'eventuale riesercizio del potere, una volta che ne sia stata caducata la

manifestazione provvedimento originaria, in via giurisdizionale o auto emendandosi (sul punto, cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 aprile 2023, n. 3431). Da qui l'utilizzo della felice espressione latina del *contrarius actus*, che sintetizza proprio l'azione intesa ad annullare gli effetti della propria azione precedente (*actus primus*). Il legislatore non ha fatto distinzioni tra tipologie dei vizi tradizionali che si vanno ad emendare. In tutti i casi previsti dall'art. 21-*octies*, tra i quali rientra anche l'incompetenza non destinata a tradursi in un vero e proprio difetto di attribuzione (causa di nullità assoluta ex art. 21-*septies*), il provvedimento illegittimo può essere annullato d'ufficio solo «*dall'organo che lo ha emanato [...]»*.

Riferimenti Normativi:

- art. 97 Cost.
- art. 21-*octies*, L. 7 agosto 1990, n. 241
- art. 21-*nonies*, L. 7 agosto 1990, n. 241