

**L'ESERCIZIO DELL'AUTOTUTELA DA PARTE DELLA PUBBLICA
AMMINISTRAZIONE: RIFLESSI SULLA RESPONSABILITÀ
AMMINISTRATIVA DEI PUBBLICI FUNZIONARI.**

La Sezione giurisdizionale della Corte dei conti per la Sardegna, con la recente sentenza n. 303/2011, ha ravvisato nella fattispecie esaminata una manifesta violazione degli obblighi di servizio per il mancato esercizio dell'autotutela da parte della pubblica amministrazione, con conseguente danno erariale posto a carico del funzionario responsabile.

In particolare, la Sezione ha osservato che “il danno sopportato dall'amministrazione regionale è consistito nel risarcimento che la stessa ha dovuto corrispondere ad un privato per il danno a costui inferito in conseguenza del ritardato rilascio dell'autorizzazione all'apertura di un'agenzia di viaggi”, sulla base di una sentenza del TAR di Cagliari, che ha riconosciuto il diritto dell'interessato. ... Il TAR Sardegna, con sentenza n. 582/2000, ha accolto il ricorso del privato, con motivazione particolarmente netta nell'escludere che il Piano regionale contenesse alcuna specifica previsione in ordine ad un tetto massimo inerente le agenzie autorizzabili. ... Non solo il Piano adottato nel 1990 non prevedeva limiti, ma addirittura escludeva espressamente di poterli introdurre, alla luce dei principi di diritto comunitario. ... In definitiva, la condotta del convenuto deve essere valutata come contraria ai suoi obblighi di servizio per non avere egli provveduto all'annullamento dell'atto illegittimo” (la negata autorizzazione), “considerato l'evidente interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione, in presenza di un contenzioso dal prevedibile esito negativo per la Regione, pur avendo o dovendo avere la chiara consapevolezza delle ragioni di illegittimità dell'atto e tenuta presente l'inesistenza di direttive interpretative ostative, che in ogni caso avrebbe avuto il dovere di contrastare, con atto di motivato dissenso. ... A connotare di gravità la condotta del convenuto, concorre anche la facile prevedibilità del danno che sarebbe derivato all'amministrazione dalla negata autorizzazione. Occorre all'uopo ricordare che, in epoca di poco precedente a quella dei fatti di causa, e precisamente il 22 luglio 1999, era stata pubblicata la famosa sentenza n. 500 della Corte di cassazione che, innovando ad una giurisprudenza “monolitica”, aveva ammesso

la risarcibilità dei danni provocati dalla lesione anche degli interessi legittimi cd. pretensivi”.

Ciò premesso, la sentenza citata induce ad alcune riflessioni sull’istituto dell’autotutela e sui correlativi obblighi di servizio.

1) A differenza dei soggetti privati, che possono esercitare l’autotutela solo in casi eccezionali, normativamente contemplati (es. il diritto di ritenzione), la pubblica amministrazione può, in via generale, utilizzare tale istituto, sempre che agisca in veste di autorità.

Peraltro l’autotutela, pur essendo inquadrabile fra i provvedimenti discrezionali, può essere esercitata solo osservando particolari cautele, per garantire un equo contemperamento fra gli interessi pubblici e quelli privati confliggenti.

Gli artt. 21 octies, comma 1 e nonies, comma 1, della legge n. 241/1990 statuiscono, rispettivamente, che “è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza” e che “il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge”.

L’art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004 stabilisce che, “al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l’annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l’esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L’annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall’eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall’acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante”.

L’autotutela può anche essere sollecitata con apposita informativa, come previsto dall’art. 243 bis del codice degli appalti (d.lgl. n. 163/2010), introdotto dall’art. 6 del d.lgl. n. 53/2010 e, ai sensi del comma 4, “la stazione appaltante, entro quindici giorni dalla comunicazione di cui al comma 1, comunica le proprie determinazioni in ordine ai motivi indicati dall’interessato, stabilendo se intervenire o meno in autotutela”.

2)La materia dell'autotutela è stata esaminata dal giudice amministrativo in numerose sentenze, fra le quali vanno citate le sentenze del Consiglio di Stato n. 6656/04, 7284/04, 4962/06, 5074/07, 6552/07 e 1946/10. E' sufficiente un cenno ad una significativa, recente sentenza che si riferisce ai "titoli edilizi", illustrando però principi di carattere generale:

Consiglio di Stato, sentenza n. 8291/2010: "Giova premettere una breve sintesi dei principi che governano l'esercizio del potere di auto annullamento dei titoli edilizi, enucleati dalla giurisprudenza di questo Consiglio e sostanzialmente confluiti nell'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990: a) presupposti dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio con effetti *ex tunc* sono l'illegittimità originaria del provvedimento, l'interesse pubblico concreto ed attuale alla sua rimozione diverso dal mero ripristino della legalità, l'assenza di posizioni consolidate in capo ai destinatari; b) l'esercizio del potere di autotutela è espressione di rilevante discrezionalità che non esime, tuttavia, l'amministrazione dal dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza dei su menzionati presupposti; c) l'ambito della motivazione esigibile è integrato dalla allegazione del vizio che inficia il titolo edilizio dovendosi tenere conto, per il resto: I) del particolare atteggiarsi dell'interesse pubblico in materia di tutela del territorio e dei valori che su di esso insistono (ambiente, paesaggio, salute, sicurezza, beni storici e culturali) che quasi sempre sono prevalenti rispetto a quelli contrapposti dei privati; II) della eventuale negligenza o della malafede del privato che ha indotto in errore l'amministrazione o ha approfittato di un suo errore; d) rimane ferma l'esigenza di assicurare che la tutela del governo del territorio avvenga senza imporre sacrifici inutili al privato; e) pur non riscontrandosi un termine di decadenza del potere di auto annullamento del titolo edilizio, la caducazione che intervenga ad una notevole distanza di tempo e dopo che le opere sono state completate, esige una più puntuale e convincente motivazione a tutela del legittimo affidamento".

3)Nella sentenza della Sezione sarda della Corte dei conti viene posto in evidenza che la disposizione regionale, la quale secondo il convenuto poneva limiti numerici ostativi al rilascio dell'autorizzazione all'apertura di una nuova agenzia di viaggi, veniva comunque a contrastare con la normativa europea.

Sul punto, si pone il problema relativo all'eventuale obbligo della p.a. di disapplicare tale disposizione, in ossequio alla norma comunitaria.

A) Si premette che, secondo la Corte di giustizia, in linea di principio, le norme comunitarie vanno comunque applicate, anche in presenza di difformi norme interne. Infatti, i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione hanno l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno (sentenze 22.3.1989 C-103/88, 5.3.96 C-46/93, 11.1.2007 C-208/05).

In particolare, nella sentenza della Corte di giustizia 29.4.1999 n. C-224/97, è stato affrontato il problema "se vada disapplicato un divieto posto anteriormente all'adesione di uno Stato membro all'Unione europea non attraverso una norma generale ed astratta, ma attraverso un provvedimento amministrativo individuale e concreto divenuto definitivo, che sia in contrasto con la libera prestazione dei servizi," ed è stata statuita la disapplicazione di tale divieto "poiché le norme del Trattato CE sono direttamente efficaci nell'ordinamento giuridico di ciascuno Stato membro e il diritto comunitario prevale sul diritto nazionale, e quindi, ogni disposizione contraria di diritto interno diviene inapplicabile (v. sentenza 4 aprile 1974, causa 177/73)" e "sono soggetti a tale principio di preminenza tutti gli organi dell'amministrazione, compresi quelli degli enti territoriali, nei confronti dei quali i singoli sono pertanto legittimati a far valere tale disposizione comunitaria (sentenza 22 giugno 1989, causa 103/88)".

Con la sentenza 13.1.2004 n. C-453/00, la Corte ha mitigato il principio della inapplicabilità di qualsiasi disposizione interna agli Stati membri che risulti in contrasto con le norme comunitarie, pur confermando che "una norma di diritto comunitario interpretata dalla Corte di giustizia deve essere applicata da un organo amministrativo nell'ambito delle sue competenze anche a rapporti giuridici sorti e costituiti prima del momento in cui è sopravvenuta la sentenza in cui la Corte si pronuncia sulla richiesta di interpretazione. La Corte ha aggiunto, infatti che "la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario. 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 e da ciò deriva che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo". Tuttavia, nella fattispecie ha rilevato che "in primo luogo, il diritto nazionale riconosce all'organo amministrativo la possibilità di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, divenuta definitiva. In secondo luogo,

tale decisione ha acquisito il suo carattere definitivo solo in seguito alla sentenza di un giudice nazionale le cui decisioni non sono suscettibili di un ricorso giurisdizionale. In terzo luogo, tale sentenza era fondata su un'interpretazione del diritto comunitario che, alla luce di una sentenza successiva della Corte, si rivelava errata ed era stata adottata senza che la Corte stessa fosse adita in via pregiudiziale, alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE. In quarto luogo, l'interessata si è rivolta all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stata informata di tale sentenza della Corte. In tali circostanze, l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte. Il detto organo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione”.

Nella sentenza 12.2.2008 n. C-2/06, la Corte ha confermato la linea interpretativa della sentenza 13.1.2004 n. C-453/00, concludendo nel senso che “in circostanze particolari, un organo amministrativo nazionale può essere tenuto - in applicazione del principio di cooperazione derivante dall’art. 10 CE («Gli Stati membri adottano tutte le misure di carattere generale e particolare atte ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dal presente trattato ovvero determinati dagli atti delle istituzioni della Comunità. ...»- a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva in seguito all’esaurimento dei rimedi giurisdizionali interni, al fine di tener conto dell’interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte”.

B)Il Consiglio di Stato, con sentenza n. 918/1998, ha statuito che il contrasto tra la normativa nazionale o regionale e l'ordinamento comunitario andava risolto con la disapplicazione della disciplina interna e la conseguente invalidità degli eventuali atti applicativi; all'obbligo di disapplicazione erano giuridicamente tenuti tutti i soggetti competenti nel nostro ordinamento a dare esecuzione alle leggi, tanto se dotati di poteri di dichiarazione del diritto, come gli organi giurisdizionali, quanto se privi di tali poteri, come gli organi amministrativi (Corte Cost. n. 389/1989).

Successivamente, però, ha mutato indirizzo, con sentenza n. 2566/2005, (nello stesso senso la sentenza n. 1023/2006) secondo cui il contrasto di un atto amministrativo con una disposizione comunitaria implica un vizio di illegittimità dell'atto interno (e non di nullità dello stesso), il quale comporta, alla stregua degli ordinari canoni di valutazione

della patologia dell'atto amministrativo, l'annullabilità di quest'ultimo, che può conseguirsi solo attraverso la sua impugnazione dinanzi al giudice amministrativo ovvero attraverso l'esercizio degli ordinari poteri di autotutela, onde in assenza dell'adozione di tali strumenti, l'atto medesimo non può essere considerato tamquam non esset e, quindi, disapplicato dall'Autorità amministrativa, ma esplica i suoi effetti, salva, eventualmente, la responsabilità di chi lo abbia posto in essere.

Esaurita la disamina sulle citate disposizioni e sentenze riguardanti l'autotutela, occorre valutare i riflessi del suo esercizio sulla responsabilità del pubblico funzionario, prendendo spunto dalla fattispecie esaminata dalla Sezione sarda nella sentenza n. 313/2011.

Il primo problema riguarda la configurabilità di un potenziale obbligo di servizio nell'emanazione di un atto, quale l'annullamento d'ufficio nell'ambito dell'autotutela, caratterizzato da natura discrezionale.

Al quesito va data risposta affermativa, in quanto la discrezionalità non va confusa con una libertà illimitata, che si tramuta in arbitrio quando non si provvede all'emanazione di un atto che, pur di natura discrezionale, in particolari circostanze acquisisce connotati di doverosità alla luce dei principi cogenti di buona amministrazione sanciti dall'art. 97 della Costituzione. Ciò è avvenuto nel caso in esame, nel quale l'esercizio dell'autotutela avrebbe limitato gli effetti negativi sul pubblico erario del persistere di un atto illegittimo, lesivo dei diritti del richiedente l'autorizzazione.

D'altra parte, il citato art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004 prevede espressamente che "al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi".

In più, anche nell'ipotesi, peraltro smentita dal competente T.A.R., che la normativa regionale prescrivesse effettivamente limitazioni numeriche al rilascio delle autorizzazioni in questione, tale normativa doveva comunque essere disapplicata dall'Amministrazione, per manifesto contrasto con le norme comunitarie. Si richiama in proposito l'insegnamento della Corte di giustizia, secondo cui "i giudici nazionali e gli organi dell'amministrazione hanno l'obbligo di applicare integralmente il diritto dell'Unione e di tutelare i diritti che quest'ultimo attribuisce ai singoli, disapplicando, se necessario, qualsiasi contraria disposizione del diritto interno". D'altra parte non

sussisteva alcun problema riguardo alla “certezza del diritto inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario”, in assenza del carattere definitivo del provvedimento amministrativo negatorio, tempestivamente impugnato dinanzi al giudice amministrativo.

Inoltre l'autotutela sarebbe stata esercitata in linea con i presupposti richiesti dal Consiglio di Stato nella citata giurisprudenza.

In particolare:

A)Risulta comprovata “l’illegittimità originaria del provvedimento”, secondo la sentenza del T.A.R. di Cagliari.

B)E’ sussistente “l’interesse pubblico, concreto ed attuale, alla rimozione dell’atto, diverso dal mero ripristino della legalità” e consistente nella finalità “di conseguire minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche” (art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004).

C)Dal fatto indicato in sentenza non risulta che la rimozione del diniego di autorizzazione avrebbe pregiudicato interessi di terzi.

Una osservazione conclusiva: il risarcimento dei danni conseguenti alla violazione degli interessi legittimi, specie nel settore delle gare pubbliche, come risulta dalle numerosissime sentenze di condanna della p.a. da parte dei giudici competenti, ha raggiunto livelli impressionanti, tanto più lesivi del pubblico erario in un momento di estrema difficoltà per l’attuale crisi economico-finanziaria. In tale situazione occorre dimostrare il massimo rigore nei confronti dei pubblici funzionari cui sia imputabile il mancato, puntuale rispetto di tutte le prescrizioni normativamente previste in materia, anche ai fini dissuasivi di condotte improntate a negligenza o, peggio, volte ad illeciti favoritismi.

Roma 16 gennaio 2012

Antonio VETRO

(Presidente on. Corte dei conti)