

Capitolo Quarto

Le fonti del diritto

1. NOZIONE DI FONTE DEL DIRITTO

A) Distinzioni

Fonti del diritto sono **tutti gli atti o fatti dai quali traggono origine le norme giuridiche**. Caratteristica fondamentale degli ordinamenti giuridici moderni è la pluralità delle fonti.

L'espressione *fonti del diritto* merita alcune precisazioni e distinzioni. Le fonti, infatti, possono essere classificate come:

- **fonti di produzione**: i soggetti competenti a creare le norme giuridiche;
- **fonti sulla produzione**, che, invece, disciplinano i procedimenti formativi delle fonti di produzione, indicando chi è competente ad adottarle e i modi della loro adozione. Tra le fonti sulla produzione si annoverano le «Disposizioni sulla legge in generale» premesse al Codice civile, con le quali si dettano disposizioni generali in materia di fonti (CUOCOLO), e la stessa Costituzione, che, oltre ad essere una fonte di produzione, costituisce anche una fonte sulla produzione, dal momento che disciplina i processi di produzione delle fonti del diritto (come ad esempio le leggi ordinarie e quelle costituzionali);
- **fonti di cognizione**: gli strumenti attraverso cui è possibile conoscere le fonti di produzione (ad es. la Gazzetta Ufficiale).

B) Testi unici e codici

Discussa è la natura dei cosiddetti **testi unici**, vale a dire di quegli *atti che raccolgono e riformulano disposizioni di molteplici testi normativi succedutisi nel tempo, accomunati dal fatto di disciplinare la stessa materia*.

A seconda della tipologia, infatti, a volte sono considerati delle vere e proprie fonti di produzione, mentre in altri casi vanno inquadrati nella categoria delle semplici fonti di cognizione.

Sicuramente normativi sono i **testi unici di coordinamento**, fra i quali possono essere annoverati i testi unici di leggi ordinarie adottati con legge del Parlamento, o dal Governo su delega parlamentare.

I **testi unici di mera compilazione**, invece, rappresentano una tipologia alquanto dubbia, dal momento che non hanno carattere normativo primario come gli altri. In tale categoria rientrano i testi unici la cui compilazione da parte del Governo è stata solo «autorizzata» dal Parlamento e non fatta oggetto di una delega *ex art. 76 Cost.*

Inoltre, nell'intento di fornire un riassetto di interi settori legislativi è stata quindi emanata la L. 29 luglio 2003, n. 229 che all'art. 1 ha sostituito l'art. 20 della legge 15 marzo 1997, n. 59 prevedendo la figura dei **codici di settore**, con i quali si intende dar luogo in singole materie a un complesso di norme stabili e armonizzate che garantiscano certezze di regole. In attuazione di tale disposizione sono stati emanati diversi provvedimenti fra cui il *Codice dei contratti pubbli-*

ci, il Codice in materia di protezione dei dati personali, il Codice delle comunicazioni elettroniche etc.

Se l'emanazione della L. 229/2003 poteva far pensare a un abbandono del *testo unico* in favore del *codice*, con l'adozione di due recenti disposizioni l'attuale esecutivo ha di fatto riportato in uso la forma di raccolta e coordinamento del testo unico.

In particolare, l'art. 5 della **L. 18 giugno 2009, n. 69 (Collegato alla manovra finanziaria 2009)** ha introdotto l'art. 17-bis alla L. 23 agosto 1988, n. 400 stabilendo che il Governo, mediante i *testi unici compilativi*, provvede a raccogliere le disposizioni aventi forza di legge regolanti materie e settori omogenei.

Infine, con l'art. 5 della **L. 7 luglio 2009, n. 88 (comunitaria 2008)** dispone che il Governo è delegato ad adottare, secondo le modalità, i principi e i criteri direttivi dell'art. 20 della L. 15 marzo 1997, n. 59, come modificata, *testi unici o codici di settore* delle disposizioni dettate in attuazione delle deleghe conferite per il recepimento di direttive comunitarie, al fine di coordinare le medesime con le altre norme legislative vigenti nelle stesse materie.

2. FONTI FATTO E FONTI ATTO

Le *fonti di produzione* si suddividono in:

- **fonti fatto**, ovvero fonti non scritte determinate da fatti sociali o naturali considerati idonei a produrre diritto;
- **fonti atto**, ossia atti normativi posti in essere da organi o enti nell'esercizio di poteri ad essi attribuiti dall'ordinamento.

A) Le fonti fatto

Tra le fonti fatto annoveriamo vari tipi di **consuetudine** e il **rinvio a fonti di altri ordinamenti**.

In particolare, la **consuetudine** si compone di due elementi: 1) un comportamento costante e uniforme ripetuto nel tempo (*diuturnitas* — **elemento oggettivo o materiale**); 2) la convinzione di rispettare una norma giuridica (*opinio iuris ac necessitatis* — **elemento soggettivo o spirituale**).

L'art. 8 delle disp. prel. c.c. prevede che «nelle materie regolate dalle leggi e dai regolamenti gli usi hanno efficacia solo in quanto sono da essi richiamati».

Si parla, poi, di **consuetudine costituzionale** per indicare la prassi disciplinante i rapporti fra organi costituzionali o istituti costituzionali (MARTINES). Pertanto, il comportamento che rileva in tali situazioni riguarda unicamente i *soggetti* che operano nel campo costituzionale e *casi limitati*. Un esempio classico è costituito dalla consultazione da parte del Presidente della Repubblica dei segretari di partito in occasione della formazione del Governo. Ulteriore caratteristica riguarda l'*elemento psicologico* giacché possono aversi anche consuetudini *contra constitutionem* che derogano cioè a norme costituzionali scritte, come nel caso della controfirma di alcuni atti del Presidente della Repubblica da parte del ministro competente anziché del ministro proponente come prescritto dall'art. 89, comma 1, Cost.

Differenti dalle consuetudini sono le **convenzioni costituzionali**, definibili come quelle regole di comportamento che creano vincoli politici e che riguardano il modo di utilizzo della competenza e all'esercizio delle funzioni

attribuite agli organi fondamentali dello Stato (MEZZETTI). Un esempio è fornito dalle pratiche di concertazione fra governo e sindacati.

Se tale situazione si consolida, dando vita a comportamenti ripetuti nel tempo, si può formare una vera e propria consuetudine; fino a quel momento, si suole parlare di convenzioni costituzionali, termine che sembra suggerire la presenza di un *tacito accordo* fra parti contrapposte.

Nell'ambito delle fonti fatto, particolarmente importanti sono le **consuetudini internazionali**, che per lungo tempo hanno costituito la più importante fonte di disciplina dei rapporti tra gli Stati nell'ambito del diritto internazionale. Le consuetudini internazionali sono fonti di formazione spontanea che rappresentano il prodotto della coscienza giuridica della Comunità internazionale. Esse sono richiamate dalla nostra Carta costituzionale all'art. 10, laddove si precisa che «l'ordinamento giuridico italiano si conforma alle norme di diritto internazionale generalmente riconosciute», intendendosi con tale espressione le *norme consuetudinarie internazionali*.

B) Le fonti atto

Assai più importanti, a livello interno, risultano essere le fonti atto. Dal codice di Hammurabi alle attuali banche dati di legislazione, le fonti atto hanno segnato il cammino della scienza giuridica nel corso dei secoli. Esse si distinguono a seconda della forma che assumono. Tale forma si può ricondurre all'autorità emanante (Decreto del Presidente della Repubblica, Decreto ministeriale, legge etc.) o al *nomen juris* dell'atto (legge, decreto legge, legge regionale) (BIN-PITRUZZELLA).

3. RAPPORTI TRA LE FONTI

La pluralità di fonti esistenti negli ordinamenti giuridici presuppone l'esistenza di regole che ne disciplinino i *rapporti* per evitare l'insorgere di conflitti tra le disposizioni normative.

In generale, si può dire che, fuori dai casi in cui viene stabilita un'*equivalenza* fra due o più fonti, per cui hanno tutte la *medesima efficacia normativa*, i rapporti fra le fonti sono per lo più ordinati secondo i seguenti criteri:

a) **gerarchia**: per cui le fonti sono tra loro graduate in una scala gerarchica, in cui la fonte di grado superiore (*Costituzione*) condiziona la fonte di grado inferiore (*legge ordinaria*).

Il *rapporto di gerarchia* implica le seguenti *regole generali*:

- la norma di *grado inferiore* non può mai *modificare* la norma di *grado superiore* né *abrogarla*;
- la norma di *grado superiore* può sempre *modificare* o *abrogare* la norma di *grado inferiore*;

b) **competenza**: per cui viene demandata ad una specifica fonte la disciplina di *determinate materie*.

Il criterio di competenza può presentarsi in due diverse forme:

- tra due fonti può esserci una **separazione di competenze**, fondata sulla **diversità di oggetti regolabili o di ambito territoriale**, oppure su entrambi gli elementi. Un esempio di tale separazione si rinviene nei rapporti fra *leggi ordinarie* e *regolamenti parlamentari*, ai quali la Costituzione **riserva** in via esclusiva la disciplina dell'organizzazione interna delle Camere e del procedimento di formazione delle stesse leggi;
 - in altri casi la Costituzione mostra di **preferire**, per la disciplina di una particolare materia, una fonte piuttosto che un'altra, senza impedire a quest'ultima, però, di regolarla fino a quando la fonte preferita non abbia provveduto ad introdurre la sua disciplina (**criterio della preferenza**). Di preferenza più che di riserva, ad esempio, deve parlarsi a proposito dei rapporti fra *legge regionale* e *legge statale*: la Corte costituzionale, infatti, ha sempre ammesso che il legislatore nazionale possa disciplinare le materie affidate alle Regioni fino a quando queste ultime non abbiano usato delle competenze ad esse costituzionalmente riconosciute. In tal caso, quindi, le norme di legge statale non sono subito invalide, ma lo divengono solo nel momento in cui le Regioni emanano le proprie leggi;
- c) **cronologico**: quando due norme confliggenti sono poste da fonti dello stesso tipo (ad esempio due leggi, o due regolamenti), il **criterio** applicato per eliminare le antinomie è quello **cronologico**, in base al quale non si applica (perché si ritiene *abrogata*) la norma precedente, ma quella successiva (*lex posterior derogat legi priori*).

4. CLASSIFICAZIONI DELLE FONTI

La più attuale classificazione delle fonti impone di seguire il criterio che fa riferimento ai centri di produzione delle fonti atto *del sistema costituzionale* od *operanti nel sistema costituzionale* (BARBERA-FUSARO). Sulla base di tale criterio è possibile distinguere tra:

- la **Costituzione e le leggi costituzionali e di revisione costituzionale**, che si pongono al vertice della piramide delle fonti del diritto riconosciute dal nostro ordinamento;
- le **fonti comunitarie**, vale a dire i trattati istitutivi, i regolamenti, le direttive e le decisioni. Si tratta di atti che, una volta immessi nel nostro ordinamento, occupano una posizione di preminenza rispetto alla legislazione ordinaria statale;
- le **fonti dell'ordinamento statale**. Vi rientrano le leggi ordinarie e gli atti aventi forza di legge (decreti legge e decreti legislativi), il referendum abrogativo e i regolamenti interni degli organi costituzionali; ad un gradino inferiore si pongono i regolamenti dell'esecutivo, che non possono essere in contrasto con le fonti legislative ordinarie;
- le **fonti regionali**. In questo caso il riferimento è agli Statuti regionali (per i quali, dopo la riforma della L. cost. 1/1999, si è parlato addirittura di «fonti paracostituzionali»), alle leggi regionali e ai regolamenti regionali;
- le **fonti locali**, vale a dire gli Statuti comunali e provinciali e i regolamenti approvati dagli stessi enti;
- le **fonti esterne all'ordinamento**, vale a dire quelle che vengono recepite nell'ordinamento costituzionale italiano in virtù dell'appartenenza del nostro Paese alla Comunità internazionale.

5. LE SINGOLE FONTI: LE FONTI DI RANGO COSTITUZIONALE

A) La Costituzione

Il termine «Costituzione» è usato con diversi significati e definisce:

- il *complesso di principi e norme* di comportamento *effettivamente regolanti* la società statale (cd. *Costituzione materiale*) in un dato momento storico;
- il *documento solenne* contenente i principi e le norme di organizzazione dello Stato (cd. *Costituzione formale*) a prescindere dall'effettiva applicazione degli stessi.

La Costituzione può essere:

- **scritta**, se si presenta come un documento redatto in forma solenne da un organismo appositamente convocato;
- **non scritta**, se non esiste un testo di riferimento, ma il funzionamento delle istituzioni si fonda su una serie di consuetudini e su testi che affrontano solamente alcuni aspetti;
- **ottriata**, se viene unilateralmente concessa dal sovrano, come è accaduto per la nostra previgente Costituzione, lo *Statuto Albertino*;
- **votata**, se viene adottata da un organo democraticamente eletto o viene comunque approvata dal corpo elettorale (ad esempio attraverso un plebiscito, come accadde per la Costituzione della Repubblica francese);
- **flessibile**, quando può essere modificata dagli ordinari strumenti legislativi senza che sia richiesto un procedimento particolare;
- **rigida**, quando è assolutamente imm modificabile oppure è modificabile solo attraverso un *procedimento aggravato* rispetto a quello ordinario, se non altro in quanto richiede una maggioranza più ampia;
- **breve o corta**, quando contiene soltanto le norme sull'organizzazione fondamentale dello Stato e alcuni diritti di libertà;
- **lunga**, quando riconosce, accanto alle libertà civili, i diritti politici ed economici ed enuncia i valori e principi cui deve ispirarsi l'azione dei pubblici poteri.

La nostra Costituzione è **scritta, votata, rigida in senso forte e lunga**.

B) Le leggi costituzionali e di revisione costituzionale

Per *leggi di revisione* devono intendersi quelle leggi che incidono sul testo costituzionale, modificando, sostituendo o abrogando le disposizioni in esso contenute. Per *altre leggi costituzionali*, invece, si intendono:

- tutte quelle leggi che sono espressamente definite come tali dalla Costituzione (ad esempio negli articoli 132 e 137);
- tutte quelle leggi che si limitano soltanto a derogare una norma costituzionale, senza modificarla in via definitiva (ad esempio la legge 6 agosto 1993, n. 1);
- tutte le altre leggi che il Parlamento voglia approvare col procedimento aggravato previsto dall'articolo 138.

Le figure più rilevanti di eccesso di potere (cd. figure sintomatiche)

- a) **Travisamento ed erronea valutazione dei fatti**
Quando la P.A. abbia ritenuto esistente un fatto inesistente ovvero quando abbia dato ai fatti un significato erroneo, illogico o irrazionale.
- b) **Illogicità o contraddittorietà della motivazione**
Quando la motivazione dell'atto sia illogica o contrastante in varie parti, o quando la motivazione sia in contrasto col dispositivo.
- c) **Contraddittorietà tra più atti**
Quando più atti successivi siano contrastanti fra loro in modo da non far risultare quale sia la vera volontà della P.A. (così ad esempio, nel caso in cui, dopo aver collocato a riposo un impiegato, gli si affidi un nuovo incarico).
- d) **Inosservanza di circolari**
La violazione di una circolare (atto interno) non può dar luogo di per sé a vizio di legittimità; tuttavia l'inosservanza di circolari importa eccesso di potere per la contraddizione esistente fra la volontà manifestata col provvedimento nel singolo caso concreto e quella manifestata in via generale dalla P.A. con l'emanazione della circolare.
- e) **Disparità di trattamento**
Si verifica quando per identiche situazioni di fatto si adottino provvedimenti diversi: è il caso, ad esempio, in cui, dopo aver accertato la uguale responsabilità di due impiegati, l'uno è assolto e l'altro punito.
- f) **Ingiustizia manifesta**
Questa figura è *rarissima*, poiché in genere l'ingiustizia attiene piuttosto all'opportunità o alla convenienza dell'atto, e quindi al *merito*, non alla legittimità. Il Consiglio di Stato, tuttavia, ha individuato alcune ipotesi di ingiustizia manifesta che si concretano in vero e proprio eccesso di potere, quale ad esempio il caso in cui si infligga una pena per scarso rendimento ad un impiegato menomato da un infortunio subito sul lavoro. Si tratta, comunque, di una figura sintomatica che si sostanzia in atti espressione di grave iniquità.
- g) **Violazione e vizi del procedimento**
In linea di massima la violazione di una norma procedurale concreta una violazione di legge e non già un eccesso di potere. Vi sono tuttavia delle ipotesi di vere e proprie figure di eccesso di potere quali: l'atto emesso sul presupposto di un parere viziato da errore o travisamento di fatto; il difetto di istruttoria, che ricorre sia quando la P.A. abbia omesso del tutto di porre in essere una attività di tipo istruttorio, sia quando l'istruttoria ci sia stata ma presenti gravi vizi (ad es.: perché incompleta o poco approfondita).
- h) **Vizi della volontà**
Questa figura è presa in considerazione dai fautori della teoria negoziale, che riconducono all'attività della P.A. i vizi tipici del negozio giuridico, individuando l'eccesso di potere nel procedimento non corretto di formazione della volontà.
- i) **Mancanza di idonei parametri di riferimento**
Altra figura di *eccesso di potere* è stata elaborata in seguito alla considerazione giurisprudenziale secondo la quale la P.A. non può incidere sulle situazioni soggettive istituzionalmente libere dei cittadini, senza la guida di *idonei parametri generali di riferimento*. La loro mancanza, quindi, concreta un'ipotesi di eccesso di potere ogni qualvolta la pretesa tutelata del singolo sia in posizione di conflitto con quella analoga di altri soggetti.

D) La violazione di legge

È una *figura residuale* comprensiva di tutti gli altri vizi di legittimità che non configurino né incompetenza relativa né eccesso di potere.

I casi di violazione di legge possono così raggrupparsi:

- a) *vizio di forma*: e cioè inosservanza delle regole prescritte per la manifestazione di volontà (la mancanza assoluta di forma è, invece, causa di nullità);

- b) *difetto di motivazione* o *motivazione insufficiente*. Quando rispettivamente si omette di prendere in considerazione qualcuna delle circostanze rilevanti o di ponderare eventuali interessi rilevanti o si motiva esclusivamente riferendosi ad elementi irrilevanti o insufficienti (ex art. 3 L. 241/1990). Si ricorda che la violazione di legge si configura solo quando vi è una mancanza totale o parziale della motivazione, mentre continua a configurarsi eccesso di potere in caso di motivazione perplessa e contraddittoria;
- c) *inosservanza delle disposizioni relative alla valida costituzione dei collegi*: quali le norme per la convocazione, le votazioni, i *quorum*, la verbalizzazione etc.;
- d) *contenuto illegittimo*;
- e) *difetto di presupposti legali*;
- f) violazione dei criteri di economicità, efficacia, imparzialità, pubblicità e trasparenza dell'azione amministrativa di cui all'art. 1 L. 241/1990.

L'espressione «*legge*» è da intendere in senso ampio, comprendendo tutti gli atti di *normazione* non solo *primaria* ma anche *secondaria*. Non rientrano in tale nozione le *circolari*, che sono *norme interne* e la cui *violazione*, come visto, concreta *eccesso di potere*.

E) Conseguenze dell'illegittimità

L'esistenza di un *vizio di legittimità* non impedisce che l'atto amministrativo produca egualmente i suoi effetti e possa perciò essere portato ad esecuzione, fino al suo eventuale annullamento. Il nostro ordinamento prevede comunque i seguenti rimedi contro gli atti illegittimi:

- a) una *sentenza del giudice amministrativo* (Tribunale amministrativo regionale e Consiglio di Stato) che *annulli* l'atto su *ricorso giurisdizionale* dell'interessato;
- b) una *decisione dell'autorità amministrativa* che annulli l'atto su *ricorso amministrativo* dell'interessato;
- c) un *atto amministrativo* adottato spontaneamente *d'ufficio* dalla P.A., che *ritiri* l'atto viziato (cc.dd. *atti di ritiro*);
- d) un atto o un procedimento della P.A. che anziché eliminare l'atto viziato lo *sani* o ne provochi la *conservazione* (cd. *sanatoria e conservazione dell'atto illegittimo*).

Ed infatti, a differenza dell'*atto inesistente*, l'**atto illegittimo**:

- è *giuridicamente esistente*;
- è *efficace*;
- è *esecutorio* (finché non venga annullato).

L'annullamento si verifica soltanto a seguito di un apposito *provvedimento* dell'autorità amministrativa o di una *sentenza* del giudice amministrativo; esso, inoltre, può essere richiesto solo dal soggetto nel cui interesse era posta la norma violata.

L'atto annullabile, infine, può essere *sanato*, *ratificato* o *convertito* in un atto valido.

6. L'INOPPORTUNITÀ DELL'ATTO AMMINISTRATIVO: I VIZI DI MERITO

A differenza dei vizi di legittimità, i *vizi di merito* non sono suscettibili di una vera e propria classificazione, data la mutevolezza dell'interesse pubblico

e quindi di quei *criteri di opportunità e di convenienza* cui deve ispirarsi la P.A. nell'esercizio dei propri poteri.

Il fondamento di tali vizi non risiede nella contrarietà dell'atto a norme giuridiche, ma nella violazione del principio di buona amministrazione (art. 97 Cost.), secondo cui l'attività amministrativa deve svolgersi nel modo più *idoneo* riguardo all'uso dei mezzi e al raggiungimento dei fini.

I vizi di merito *possono invalidare solo gli atti discrezionali* (atti per i quali è concesso alla P.A. di vagliare l'opportunità, la convenienza etc. dell'atto stesso).

I vizi di merito, dunque, consistono nella **violazione**, da parte della P.A., di **norme non giuridiche di opportunità, di equità, di eticità, di economicità.**

7. GLI ATTI DI RITIRO IN GENERALE

L'amministrazione pubblica, nel perseguimento del pubblico interesse, gode di una serie di poteri riconducibili, tutti, a quello, generale, di autotutela. Con il termine **autotutela amministrativa** si intende fare riferimento a quel potere dell'amministrazione di rimuovere unilateralmente ed autonomamente gli ostacoli che impediscono la realizzazione dell'interesse pubblico per il quale il legislatore ha conferito lo specifico potere. Nell'ambito di tale ampia nozione, rileva la distinzione tra *autotutela decisoria cd. spontanea*, in cui l'amministrazione ritorna sui propri atti — per eliminarli, confermarli o emendarli — senza che ciò consegua ad un'iniziativa di un terzo, e *autotutela decisoria cd. necessaria*, collegata alla funzione di controllo dell'amministrazione, posta in essere da un'autorità diversa da quella che ha adottato l'atto sottoposto a controllo. Nella autotutela decisoria cd. spontanea rientra il **potere di riesame**, consistente «nella rivalutazione delle situazioni di fatto e di diritto poste alla base di un dato provvedimento amministrativo ad opera della stessa autorità che ha adottato l'atto originario, o di autorità diversa» (GAROFOLI-FERRARI). Quello del riesame è un *potere discrezionale*, che si esplica mediante l'adozione, da parte della P.A., di atti di ritiro o cc.dd. *atti di secondo grado*.

Gli atti di ritiro, quindi, sono quei *provvedimenti amministrativi* a contenuto negativo, emanati in base ad un riesame dell'atto compiuto nell'esercizio del medesimo potere amministrativo esercitato con l'emanazione dell'atto al fine di eliminare l'atto viziato.

Gli atti di ritiro presentano i seguenti caratteri (VIRGA):

- a) sono **discrezionali**, quanto alla emanazione: la P.A. valuta di volta in volta se sussista un *interesse pubblico concreto ed attuale* a ritirare il provvedimento;
- b) sono *provvedimenti esecutori*: una volta intervenuti i requisiti di esecutività o di obbligatorietà per essi prescritti;
- c) sono *provvedimenti formali*: il procedimento e le forme sono, di solito, le medesime prescritte per l'atto ritirato (principio del *contrarius actus*);
- d) devono essere **motivati obbligatoriamente** (art. 3 L. 241/1990): si richiede per l'atto di ritiro la motivazione, anche quando non sia richiesta per l'atto ritirato;
- e) sono **provvedimenti recettizi**: devono, cioè, essere necessariamente portati *a conoscenza* dei destinatari;

- f) sono soggetti alle regole della L. 241/1990 in tema di **silenzio-rifiuto** e di obbligo di **comunicazione dell'avvio del procedimento**.

Gli atti di ritiro sono generalmente classificati in *cinque tipi* dalla dottrina (anche se non sempre vi è identità di terminologia):

- a) *l'annullamento d'ufficio*;
- b) *la revoca*;
- c) *l'abrogazione*;
- d) *la pronuncia di decadenza*;
- e) *il mero ritiro*.

A) L'annullamento d'ufficio

L'annullamento è un provvedimento amministrativo di 2° grado, con il quale viene ritirato, con **efficacia retroattiva** (*ex tunc*), ossia dalla data della sua emanazione, un atto amministrativo illegittimo, per la presenza di *vizi di legittimità originari* dell'atto (*invalidità originaria*).

L'art. 21onies della L. 241/1990, introdotto dalla **L. 11-2-2005, n. 15**, dispone che il provvedimento amministrativo illegittimo (perché adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza o, ancora, perché adottato in violazione di norme sostanziali sul procedimento o sulla forma degli atti, sempreché non si tratti di atti a natura vincolata) può essere annullato d'ufficio, *sussistendone le ragioni di pubblico interesse, 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'atto di annullamento ha *efficacia retroattiva*: fa, cioè, venir meno l'atto annullato dal *momento in cui fu emanato (ex tunc)*. Pertanto cadono anche gli effetti dell'atto annullato.

Il comma 2 dell'**art. 21onies** fa salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

B) La revoca

È un provvedimento di secondo grado, espressione del potere di *autotutela (motivato congruamente)* con cui la P.A. ritira, con efficacia *non retroattiva (ex nunc)*, un atto inficiato da *vizi di merito* (inopportuno, non conveniente, inadeguato), in base ad una *nuova valutazione* delle ragioni di *convenienza ed opportunità* per le quali l'atto fu emanato.

La L. 15/2005 ha introdotto, nell'ambito della L. 241/1990, l'**art. 21quies**, il quale prevede che il provvedimento amministrativo ad efficacia *durabile* (concessione, autorizzazione o altro atto che instauri rapporti a durata prolungata) può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge nel caso di sopravvenuti motivi di pubblico interesse, di mutamento della situazione di fatto ovvero a seguito di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario.

La revoca determina l'inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti e l'obbligo di provvedere **all'indennizzo** degli eventuali pre-

giudizi verificatisi in danno dei soggetti direttamente interessati (previsto dalla L. 241/1990 *ante* riforma solo per gli accordi). Le controversie relative alla determinazione e corresponsione del suddetto indennizzo sono devolute alla giurisdizione esclusiva del G.A.

Il comma 1bis dell'art. 21 quinquies prevede infatti che ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, gli eventuali rimborsi ed indennizzi corrisposti dalle amministrazioni devono riguardare solo il cd. **danno emergente** e non anche il lucro cessante.

Esistono due specie di revoca: *l'autorevoca* e *la revoca gerarchica*, in relazione all'autorità amministrativa che la pone in essere: nel primo caso, da parte dell'autorità che ha emanato l'atto, e nel secondo, da parte dell'autorità gerarchicamente superiore.

Sono **irrevocabili**:

- gli atti *vincolati*, perché questi sono sottratti al potere della P.A. di valutare le ragioni concernenti il merito;
- gli atti la cui *efficacia* si è già *esaurita* (ad es.: per scadenza del termine, o per raggiungimento dello scopo);
- gli atti costitutivi di *status*;
- gli atti costitutivi di *diritti quesiti*;
- i provvedimenti *contenziosi* (ad es.: le decisioni su ricorsi amministrativi);
- gli atti di *mera esecuzione* (QUARANTA) e gli atti *imperfetti*.

La revoca ha efficacia *ex nunc*: gli effetti dell'atto revocato cessano solo dal momento dell'operatività della revoca, mentre restano in piedi gli effetti già prodotti in precedenza.

C) L'abrogazione

Secondo VIRGA, è un atto di ritiro che si attua per il *sopravvenire di nuove circostanze di fatto* che rendono *l'atto non più rispondente al pubblico interesse*; si differenzia dalla revoca in quanto quest'ultima si concreta nella rivalutazione delle stesse circostanze originarie.

SANDULLI osserva invece che anche in tale ipotesi ricorre la revoca.

D) La pronuncia di decadenza (VIRGA)

È un atto di ritiro, con efficacia *ex nunc* (cioè della sua adozione) che la P.A. utilizza nei confronti di *precedenti atti ampliativi* delle facoltà dei privati, in caso di:

- *inadempimento degli obblighi* o degli *oneri* incombenti sui destinatari;
- *mancato esercizio* da parte dei medesimi delle *facoltà* derivanti dall'atto amministrativo;
- *venir meno di requisiti* di idoneità *necessari* sia per la *costituzione* che per la *continuazione* del rapporto.

E) Il mero ritiro (VIRGA)

È un atto di *ritiro* che si esplica, anche per *fatti concludenti*, nei confronti di **atti non ancora efficaci** come, per esempio, per gli *atti del procedimento non ancora perfezionatosi*, gli atti privi di un requisito di esecutività o di obbligatorietà, ovvero gli atti per loro natura inefficaci (es.: atti nulli).

Perché possa farsi luogo al *ritiro* è condizione *sufficiente* l'*accertamento* della *illegittimità* o *inopportunità dell'atto*, non essendo richiesto l'apprezzamento di un interesse pubblico, concreto ed attuale al suo ritiro. Del resto, poiché esso attiene ad un atto inefficace, non vi è alcun affidamento nei destinatari meritevole di essere tutelato (VIRGA).

8. IMPUGNATIVA DEGLI ATTI DI RITIRO

L'atto di ritiro affetto da vizi di legittimità è suscettibile di impugnazione ad opera del privato. Laddove il vizio denunciato risulti poi sussistente, farà seguito all'impugnazione l'**annullamento** dell'atto in parola, che, di regola, determinerà la riacquisizione di efficacia dell'atto ritirato.

Laddove ciò non possa avvenire, a causa di un mutamento della situazione preesistente intervenuto *medio tempore*, il privato godrà della **tutela risarcitoria**, attuabile anche nell'ipotesi in cui l'atto ritirato fosse ampliativo della sfera del destinatario, e il danno riportato si sia, pertanto, concretato nella preclusione di esercizio delle posizioni di vantaggio che dall'atto stesso scaturivano.

9. LA SANATORIA DELL'ATTO AMMINISTRATIVO VIZIATO: LA CONVALESCENZA E LA CONSERVAZIONE

L'atto amministrativo che non sia radicalmente inesistente ma solo **annullabile** può essere, anziché ritirato, **sanato** con una successiva manifestazione di volontà da parte della P.A. Si distinguono al riguardo ipotesi di:

- a) *convalescenza*, che tende direttamente a *eliminare il vizio* che inficia l'atto;
- b) *conservazione*, che tende a rendere l'atto, nonostante la sua invalidità, *intattabile* da parte dei soggetti destinatari con i ricorsi amministrativi o giurisdizionali.

A) La convalescenza

Rientrano nella categoria della *convalescenza* le seguenti figure:

- **convalida**: è un provvedimento *nuovo, autonomo, costitutivo*, con cui vengono *eliminati i vizi di legittimità* di un *atto invalido precedentemente emanato dalla stessa autorità*.

Il provvedimento di convalida deve contemplare:

- *l'atto che si intende convalidare*;
- *l'individuazione del vizio da cui l'atto è affetto*;
- *la volontà di rimuovere il vizio invalidante* (cd. «*animus convalidandi*»).

Naturalmente, come tutti i provvedimenti *discrezionali*, anche la convalida deve essere disposta solo quando vi sia un *interesse pubblico a sanare* l'atto viziato. La convalida opera *ex nunc*, ma poiché si collega ad un atto precedentemente emanato conservandone gli effetti anche nel tempo intermedio, di fatto opera *ex tunc*. L'art. 21nonies della L. 241/1990, introdotto dalla L. 15/2005, dispone che la convalida è sempre possibile a fronte di un provvedimento annullabile, in presenza di un interesse pubblico ed entro un termine ragionevole;

- **ratifica**: è un provvedimento nuovo, autonomo, costitutivo, con cui *viene eliminato il vizio di incompetenza relativa* da parte dell'*autorità astrattamente competente* la quale si *appropria* di un atto emesso da *autorità incompetente dello stesso ramo*.

Si differenzia dalla convalida solo per *l'autorità che pone in essere l'atto* (che non è la *stessa autorità emanante*), e per il *vizio sanabile* (che è *solo di incompetenza relativa*);

- **sanatoria**: è una forma di convalescenza propria di quegli atti che sono invalidi o per *manca* di un *presupposto di legittimità* o per il *mancato compimento di un atto preparatorio* del procedimento. L'autorità provvede a sanare *ex post* l'atto, facendo verificare il presupposto o compiendo l'atto omesso, sempre che, in questo caso, ciò sia possibile.

B) La conservazione

A differenza della convalida la *conservazione* mira solo a rendere l'atto *invalido inattaccabile*, dai ricorsi amministrativi o giurisdizionali. Vengono qui prese in esame le seguenti ipotesi:

- **consolidazione:** è una causa di *conservazione oggettiva* dell'atto amministrativo che dipende dal *decorso del termine perentorio* entro il quale l'interessato avrebbe potuto proporre ricorso contro l'atto *invalido*.

Trascorso tale termine, infatti, l'atto amministrativo diviene *inoppugnabile e, pur restando invalido*, non può essere più impugnato «*ab externo*».

Trattasi di una *figura processualistica* che si avvicina a quella che si determina col passaggio in giudicato di una sentenza;

- **acquiescenza:** è una causa di *conservazione soggettiva* dell'atto amministrativo, che dipende da un *comportamento con cui il soggetto privato, dimostrando con manifestazioni espresse o per fatti concludenti, di essere d'accordo con l'operato della P.A., si preclude* la possibilità di impugnare l'atto amministrativo;
- **conversione:** consiste nel considerare un *atto invalido* (non solo *annullabile*, ma anche *inesistente*) come appartenente ad un *altro tipo* (valido), di cui esso presenta i requisiti di *forma* e di *sostanza*. Essa costituisce applicazione del principio di conservazione dell'atto;
- **conferma:** è una manifestazione di volontà *non innovativa* con cui l'autorità *ribadisce* una sua *precedente determinazione*, eventualmente *ripetendone* il contenuto.

L'atto di conferma assolve ad una funzione *meramente conservativa* degli effetti che si considerano, pertanto, sempre causalmente connessi al provvedimento confermato.

Per aversi conferma debbono ricorrere *i seguenti elementi*: identità di *soggetti*, identità di *oggetto*, identità di *procedura* e di *forma*.