

Consiglio di Stato, sez. V., sentenza 18 dicembre 2012, n. 6507

Sul corretto inquadramento sistematico e sui limiti del potere di sospensione dei provvedimenti amministrativi.

Il potere di autotutela è preordinato all'emanazione di atti incidenti su precedenti determinazioni amministrative e mira ad assicurare costantemente la legittimità ovvero la rispondenza all'interesse pubblico dell'attività amministrativa stessa.

Particolarmente dibattuto in dottrina è stato il problema relativo all'esatto inquadramento dogmatico del potere di autotutela.

Secondo una parte della dottrina si tratta di un potere espressione di una potestà di secondo grado esercitata nell'ambito di un procedimento caratterizzato dall'aver ad oggetto una precedente determinazione amministrativa.

Una diversa impostazione critica la tesi sopra esposta perché meramente descrittiva del potere in questione e considera il potere di autotutela una forma di autoimpugnazione, ovvero l'impugnativa operata dalla Pubblica Amministrazione dei propri atti amministrativi di fronte a se stessa con un procedimento che differisce da quello giustiziale solo per il fatto che non è proposto da un privato.

A tale tesi si obietta, tuttavia, che è tipica di ogni impugnativa la previsione di termini decadenziali assenti in questo caso e che mentre l'impugnazione in sede giustiziale rende doveroso l'annullamento dell'atto illegittimo, in sede di autotutela l'annullamento del provvedimento illegittimo ha natura discrezionale. Sicché, un diverso orientamento ritiene che il potere di autotutela rientra nella generale attività di amministrazione attiva, nell'attività provvedimentale, che ricomprende anche il potere di "rivedere" le proprie precedenti determinazioni.

La suddetta impostazione viene criticata da quanti, al contrario, ritengono che il potere di autotutela non rientri nell'attività di amministrazione attiva (perché il potere di provvedere va distinto dal potere di ritiro), ma nell'attività amministrativa di controllo della legittimità e della convenienza degli atti amministrativi.

Tale ricostruzione, tuttavia, non sembra tener conto del fatto che i controlli amministrativi sono tipizzati dal legislatore, non implicano valutazioni discrezionali e sono affidati ad organi diversi da quelli che hanno emanato l'atto soggetto a controllo. Attualmente, quindi, sembra prevalere in dottrina la tesi del Benvenuti che considera il potere di autotutela un potere autonomo da ricondurre nella c.d. autotutela decisoria, intesa quale potere della pubblica Amministrazione di risolvere da sé le controversie ed i conflitti con i privati, anche mediante il sindacato (di legittimità e di merito) dei propri atti e comportamenti, la cui origine storica è da far risalire all'organizzazione propria dello Stato assoluto, in cui si assisteva alla concentrazione in capo agli organi amministrativi di funzioni legislative e giurisdizionali.

In quanto potere autonomo della pubblica amministrazione, lo stesso, come rilevato da dottrina e giurisprudenza, può essere legittimamente esercitato solo nel rispetto di determinati presupposti. Da un lato, non può tradursi in arbitrio ma deve essere esercitato nei modi e alle condizioni previste dalla legge. Dall'altro, pur essendo un potere irrinunciabile perché trova il proprio fondamento nel principio costituzionale di buon andamento, deve essere non solo giustificato dalla necessità di assicurare il soddisfacimento di un interesse di carattere generale, come tale prevalente sulle posizioni individuali, un interesse concreto ed attuale, diverso dal mero ripristino della legalità violata, ma deve anche essere accompagnato da un'apposita motivazione che dia contezza dell'interesse pubblico che si vuole perseguire tramite l'annullamento o la revoca dell'atto e della prevalenza di tale interesse sull'eventuale legittimo affidamento ingeneratosi in capo al privato in ordine alla legittimità del provvedimento annullato o revocato. Una motivazione che, dunque, consenta un controllo giurisdizionale sull'atto.

Costituiscono espressione di detto potere: gli atti di annullamento di precedenti provvedimenti amministrativi che eliminano con effetto *ex tunc* un atto inficiato da uno o da più vizi di legittimità; i provvedimenti di revoca che, diversamente dai primi, producono effetti *ex nunc* e presuppongono una diversa valutazione di opportunità dell'emanazione del provvedimento dettata dal mutamento delle circostanze o dell'interesse pubblico rispetto al momento dell'adozione del

provvedimento di primo grado (c.d. revoca per sopravvenienza) ovvero da una diversa valutazione soggettiva delle circostanze di adozione senza che queste abbiano subito alcun cambiamento (revoca per *ius poenitendi*); gli atti di decadenza con cui l'amministrazione rimuove un precedente provvedimento per l'accertato inadempimento di obblighi da parte del destinatario ovvero per il mancato esercizio di diritti o per il venir meno delle condizioni necessarie per la costituzione e la permanenza del rapporto; gli atti di mero ritiro, con cui l'Amministrazione dichiara un atto già non produttivo di effetti, caducato per illegittimità o inopportunità; gli atti di convalida (come rilevato dalla recente sentenza della sez. IV del Consiglio di Stato, 14 ottobre 2011, n. 5538) con cui l'amministrazione sana il vizio (generalmente di forma, di procedura o di competenza) che inficia un provvedimento amministrativo e vi restituisce efficacia.

Costituisce espressione del potere di autotutela decisoria anche il potere amministrativo di sospensione dei provvedimenti emanati. Il provvedimento di sospensione, a differenza da quello di annullamento e di revoca, non cancella il provvedimento dal mondo giuridico, ma si limita a togliere efficacia al provvedimento amministrativo soltanto per il tempo della sospensione. Il potere in esame non ha trovato, per molto tempo, disciplina né in sede normativa, né in sede giurisprudenziale in ragione dell'efficacia interinale e provvisoria del potere stesso. Purtroppo, l'assenza di qualsivoglia parametro di legittimità della potestà in questione aveva indotto le Amministrazioni ad utilizzare detto strumento in modo del tutto improprio e spropositato in quanto l'Amministrazione ricorreva allo strumento della sospensione, ed in particolare alla sospensione *sine die*, tutte le volte in cui mancavano i presupposti per procedere all'annullamento o alla revoca del provvedimento. A fronte dell'uso distorto di tale potere, il legislatore, con la L. n. 15/2005 ha inserito nella L. n. 241/1990 l'articolo 21-*quater* che espressamente dispone "*L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze*".

La sentenza indicata in epigrafe conferma la possibilità di considerare il potere di sospensione espressione del potere di autotutela amministrativa. Al contempo, rileva come l'esercizio di detto potere possa considerarsi legittimo solo se ricorrono tre condizioni: che sussistano gravi ragioni, ovvero circostanze che rendano inopportuno che uno specifico provvedimento continui a produrre effetti, alterando definitivamente e in maniera irreversibile la situazione di fatto su cui incide, che la misura della sospensione del provvedimento sia proporzionata rispetto all'obiettivo da raggiungere e che il provvedimento medesimo sia adeguatamente motivato al riguardo. Rileva il Collegio: *“Non vi è dubbio che l'amministrazione non solo possa nell'esercizio del potere di autotutela, di cui è titolare e che trova fondamento nei principi di legalità, imparzialità e buon andamento, postulati dall'articolo 97 della Costituzione, rivedere i propri precedenti provvedimenti amministrativi e ritirarli, allorché essi siano viziati o inopportuni, ma possa altresì medio tempore sospenderne, cautelativamente e temporaneamente, gli effetti, qualora ciò sia necessario proprio per consentire lo svolgimento dell'attività istruttoria e delle verifiche indispensabili per la corretta assunzione della determinazione finale di riesame. Tuttavia, affinché tale potere cautelare possa ritenersi correttamente esercitato, come del resto previsto anche dal secondo comma dell'art. 21 quater della legge 7 agosto 1990, n. 241, è indispensabile che sussistano gravi ragioni, cioè circostanze tali da rendere quanto meno inopportuno che un provvedimento emanato, non inficiato da vizi macroscopici o facilmente riconoscibili, continui a svolgere i propri effetti per evitare che questi possano definitivamente alterare e compromettere il substrato fattuale sul quale incide. Proprio il richiamo ai gravi motivi, che soli possono legittimare la sospensione degli effetti di un provvedimento, implica peraltro che il provvedimento di sospensione debba essere altresì adeguato e proporzionato rispetto al fine concreto che con esso l'amministrazione intende perseguire, con puntuale motivazione al riguardo”*.