

APPROFONDIMENTO 5

La nullità e l'annullabilità di un provvedimento amministrativo

È molto importante tenere conto in sede di scrutini ed esami delle specie di invalidità dell'atto amministrativo perché, se è vero che, in caso di contestazione del provvedimento di non ammissione alla classe successiva, la decisione costituisce manifestazione di discrezionalità tecnica, non sindacabile dal giudice amministrativo, si tratta pur sempre di atti che possono essere impugnati nel caso di gravi errori e vizi estrinseci o in presenza di evidenti illogicità¹.

L'atto amministrativo:

Anche se menzionato in leggi e testi normativi, non esiste una norma che definisca esattamente che cosa è un atto amministrativo. La sua definizione è il risultato di approfondimenti operati dalla dottrina e dalla giurisprudenza: l'atto amministrativo consiste in una manifestazione unilaterale di volontà posta in essere da un soggetto nell'esercizio di una funzione amministrativa. La più importante categoria di atti amministrativi è quella dei provvedimenti che posseggono la particolare capacità di costituire, modificare o estinguere rapporti giuridici.

Con la riforma della legge 241 del 1990, operata con la legge n. 15 del 2005, il legislatore ha dettato, per la prima volta, una disciplina generale della invalidità del provvedimento amministrativo. Un atto amministrativo si definisce invalido quando è difforme dal modello astratto delineato dalla legge. Tre sono le specie di invalidità riscontrabili nell'atto amministrativo: a) la nullità; b) l'annullabilità; c) la irregolarità.

La maggiore o minore gravità del vizio dell'atto determina il tipo di invalidità.

Le categorie della *nullità* e dell'*annullabilità* sono regolate, rispettivamente, dall'art. 21 *septies* e 21 *octies*. La nullità può essere fatta valere da chiunque e in qualunque tempo: l'impugnativa, quindi, non è soggetta ai limiti di tempo previsti per l'atto annullabile e può essere fatta valere da chiunque e non solo da chi abbia interesse, come avviene invece nel caso di un atto annullabile. La competenza in materia di nullità degli atti amministrativi appartiene al giudice ordinario, tranne nell'ipotesi relativa a violazione o elusione del giudicato; in questo caso appartiene al giudice amministrativo. L'annullabilità ha, invece, un limite di 60 giorni dalla conoscenza dell'atto per il ricorso al TAR. Si può dire che solo l'atto conforme al suo paradigma normativo, che esprime la volontà di conseguire un risultato conforme all'ordinamento, produce effetti giuridicamente riconosciuti e tutelati. La difformità dell'atto rispetto al diritto, invece, determina, a seconda della gravità, la sanzione della *nullità*, che opera automaticamente, o dell'*annullabilità*, che richiede, invece, un'apposita pronuncia giudiziale.

A proposito di esami, in genere, possono determinarsi fattispecie che rientrano nella categoria dell'annullabilità.

Annulabilità dell'atto amministrativo

Un atto amministrativo è annullabile quando, pur avendo tutti gli elementi essenziali per la sua esistenza, presenta un vizio relativamente ad uno dei suoi requisiti di legittimità. Sono requisiti di legittimità quelle componenti dell'atto, ulteriori rispetto agli elementi essenziali, previste dall'ordinamento e perciò necessarie ai fini della sua validità.

L'atto annullabile, pur essendo invalido, è idoneo a produrre i suoi effetti finché non sia stato annullato o sospeso dal giudice amministrativo, o dallo stesso soggetto che lo ha emanato (autotutela). Una volta annullato, esso perde efficacia sin dal momento della sua nascita, cioè si considera come se non fosse stato mai posto in essere. Ai sensi dell'art. 21 *octies* della legge n. 241/1990 e sue modificazioni e integrazioni, è annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

Incompetenza

Questo vizio si riscontra nel caso in cui il provvedimento sia stato adottato da un organo che ha esercitato un potere che la legge attribuisce ad un organo diverso. Si deve distinguere tra due tipi di incompetenza: quella assoluta e quella relativa. La prima è causa di nullità del provvedimento. Invece l'incompetenza relativa, che si realizza quando l'atto è stato emanato da un organo non competente, ma comunque appartenente allo stesso ramo di Amministrazione, è causa di annullabilità.

¹ Si veda, per un approfondimento, la Nota USR Toscana prot. n. 2764 del 21.02.2017 indirizzata ai Dirigenti scolastici avente per oggetto: *contenzioso riguardante gli esiti degli scrutini e degli esami di Stato-buona gestione dei processi e produzione della relativa documentazione*.

Violazione di legge

Si riscontra questo vizio ogni volta che l'amministrazione non abbia osservato, nell'emanare il provvedimento, le relative disposizioni di legge. In questo caso il termine legge viene interpretato in senso estensivo e perciò comprende sia gli atti di normazione primaria (legge, decreti- legge e decreti legislativi) che gli atti di normazione secondaria (regolamenti, ordinanze normative, ecc). Non costituiscono atti di normazione secondaria le semplici circolari, che sono norme interne, la cui violazione può dare luogo al vizio dell'eccesso di potere.

Eccesso di potere

Questo vizio si determina quando l'amministrazione abbia fatto cattivo uso del potere, emanando l'atto per un fine diverso rispetto a quello per il quale il potere stesso è stato conferito dalla legge. Questo vizio può rilevarsi esclusivamente nel campo degli atti discrezionali, per i quali vi è un margine di apprezzamento da parte dell'amministrazione e non può determinarsi negli atti vincolati.

In proposito sono state elaborate dalla giurisprudenza delle fattispecie tipiche, chiamate figure sintomatiche: dalla presenza di queste ultime si può ricavare l'indizio di una deviazione e quindi l'esistenza del vizio dell' "eccesso di potere":

- *Sviamento dall'interesse pubblico*. Si ha quando l'atto non soddisfa ragioni generali di interesse pubblico, ma interessi privati di chi lo ha posto in essere, o di un gruppo o di un partito;

- *Sviamento dalla causa tipica*. Si ha quando l'atto persegue un fine diverso da quello per il quale è stato conferito il potere (es: adozione di un provvedimento di trasferimento per motivi di servizio, anziché di un provvedimento disciplinare, perché il primo raggiunge più facilmente lo scopo di allontanare il dipendente)

- *Travisamento dei fatti*. Si ha quando il provvedimento sia fondato sull'esistenza di fatti incontrovertibilmente smentiti dagli atti o viceversa si suppongono inesistenti fatti che risultano provati negli atti.

- *Contraddittorietà della motivazione*. Si ha quando manca un nesso logico tra la decisione assunta e la sua motivazione, per cui in sostanza il presupposto dell'azione amministrativa e la decisione ad esso conseguente sono tra loro in antitesi

- *Carenza della motivazione*. Si ha quando la motivazione sia talmente ridotta da non consentire di ripercorrere l'iter logico seguito dall'amministrazione. La totale assenza di motivazione configura invece, a seguito dell'entrata in vigore l'articolo 3 della legge 241/90, il vizio di violazione di legge. Carenza della motivazione si può riscontrare, ad esempio, quando un provvedimento di non promozione dell'alunno alla classe successiva o di non ammissione all'esame viene assunto senza una motivazione congrua e dettagliata tale da esaminare specificamente la situazione scolastica e comportamentale dell'alunno, affinché il giudizio finale sia supportato da analisi approfondite delle risultanze delle attività svolte dall'alunno¹.

- *Disparità di trattamento*. Si ha quando, a parità di condizioni, l'autorità amministrativa adotta provvedimenti contrastanti.

Ai sensi dell'art 21-nonies della legge n. 241/1990 e sue modificazioni e integrazioni il provvedimento illegittimo, in quanto viziato da incompetenza, violazione di legge o eccesso di potere, può anche essere annullato d'ufficio dallo stesso organo che lo ha emanato o da un altro organo previsto dalla legge.

Perché ciò sia possibile sono necessarie tre condizioni:

- a. l'esistenza di ragioni di interesse pubblico;
- b. un termine "ragionevole" per l'esercizio di tale potere;
- c. la debita considerazione degli interessi coinvolti.

¹ TAR Emilia-Romagna, Sentenza n. 204/2007 «...Venendo alle doglianze formulate avverso l'originaria decisione di non ammissione del... alla classe successiva, appare assorbente di ogni altra la censura fondata sul difetto di motivazione, per non avere il Consiglio di Classe effettuato una puntuale analisi dell'andamento scolastico dell'alunno, né sufficientemente specificato le ragioni ostative alla promozione; è stato, invero, rilevato in giurisprudenza che il provvedimento di non promozione dell'alunno alla classe successiva è atto gravemente lesivo, che non solo incide sfavorevolmente nella sfera giuridica del destinatario, ma comporta una serie di conseguenze soprattutto sul piano psicologico e comportamentale dello stesso, onde la gravità dei possibili effetti del giudizio negativo comporta la necessità di una motivazione dettagliata e congrua, che esamini specificamente la situazione scolastica e comportamentale dell'alunno, affinché il giudizio finale sia ampiamente sorretto da analisi approfondite delle risultanze delle attività svolte dall'allievo...».

La convalida

L'atto annullato - a differenza di quello nullo - può essere convalidato dall'amministrazione, cioè corretto in modo da eliminarne i vizi, entro un termine ragionevole e quando sussistano le ragioni di interesse pubblico. La convalida comporta quindi l'emanazione di un provvedimento nuovo ed autonomo di carattere costitutivo che si ricollega all'atto convalidato al fine di mantenerne fermi gli effetti sin dal momento in cui esso venne emanato.

Con riguardo, in particolare, alla *violazione di legge*, a proposito degli scrutini e degli esami possono verificarsi i casi seguenti:

a. La seduta di scrutinio viene presieduta dal Vicario su delega del Dirigente scolastico nel caso in cui il Vicario non faccia parte del consiglio di classe e non sostituisca a tutti gli effetti il Dirigente scolastico effettivamente "assente" e non solamente "impossibilitato" a partecipare alla riunione).

b. Un componente della commissione esamina un candidato a cui ha impartito lezioni private¹. In tal caso spetta al Dirigente scolastico adottare il provvedimento di annullamento².

c. Una scuola paritaria svolge esami di idoneità o esami di Stato per alunni che hanno frequentato scuole non statali e non paritarie che dipendono dallo stesso gestore o da altro con cui il gestore ha comunque comunanza d'interessi oppure per candidati che hanno effettuato la preparazione in corsi che dipendano dallo stesso gestore della scuola paritaria o da altro avente comunanza di interessi. Si ricorda che il gestore o il legale rappresentante ed il coordinatore delle attività educative e didattiche della scuola paritaria devono dichiarare l'inesistenza di tali situazioni per ciascun candidato. La dichiarazione è inserita nel fascicolo personale del candidato stesso; la mancanza o falsità di tali dichiarazioni comporta la nullità degli esami sostenuti e dei titoli rilasciati, fatte salve le conseguenti responsabilità civili e penali³.

d. Sostiene gli esami un candidato esterno al quale sia stata irrogata, nel medesimo anno scolastico, la sanzione disciplinare costituita dall'allontanamento dalla comunità scolastica con l'esclusione dallo scrutinio finale o la non ammissione all'esame di Stato (art. 4, comma 9-*bis*, D.P.R. 24 giugno 1998, n. 249).

e. Il trasferimento in corso d'anno, in assenza di regolare nulla osta, rende annullabile l'iscrizione medesima e, conseguentemente, l'eventuale ammissione alla classe successiva ed all'esame di Stato, nonché l'esame di Stato medesimo (artt. 95 e 96 R.D. n. 653/1925).

f. Il colloquio viene sostenuto con la sottocommissione non al completo.

¹ DPR 9 maggio 1994 n. 487 art. 11 c. 1 «Art. 1 Adempimenti della commissione - . Prima dell'inizio delle prove concorsuali la commissione, considerato il numero dei concorrenti, stabilisce il termine del procedimento concorsuale e lo rende pubblico. I componenti, presa visione dell'elenco dei partecipanti, sottoscrivono la dichiarazione che non sussistono situazioni di incompatibilità tra essi ed i concorrenti, ai sensi degli articoli 51 e 52 del codice di procedura civile».

D.Lgs. 16 aprile 1994 n. 297 art. 508 c. 5 «Nessun alunno può essere giudicato dal docente dal quale abbia ricevuto lezioni private; sono nulli gli scrutini o le prove di esame svoltisi in contravvenzione a tale divieto.

² RD 4 maggio 1925 n. 653, art. 95 «Spetta al preside annullare singole prove di esami d'ammissione, promozione, idoneità e licenza per irregolarità nella iscrizione o dichiararne la nullità per risoluzione negativa della ammissione condizionata di cui all'art. 131 o per contravvenzione al divieto fatto ai professori di giudicare candidati da essi privatamente istruiti. Tale facoltà spetta, invece, al Ministero, quando si tratti di esami di maturità o abilitazione. L'annullamento di singole prove di qualsiasi esame, per frode o per infrazione disciplinare, è pronunciato, durante la sessione, dalla Commissione esaminatrice; dopo la chiusura della sessione, dal preside o, qualora si tratti di esami di maturità o abilitazione, dal Ministero. Contro i provvedimenti di cui nei commi precedenti è ammesso il ricorso entro dieci giorni al Provveditore agli studi. L'annullamento di esami, nei casi in cui tale provvedimento è di competenza del preside o della Commissione esaminatrice, può anche essere pronunciato definitivamente dal Provveditore».

³ Legge 03 febbraio 2006, n. 27: Conversione in legge, con modificazioni, del decreto-legge 5 dicembre 2005, n. 250, recante misure urgenti in materia di università, beni culturali ed in favore di soggetti affetti da gravi patologie, nonché in tema di rinegoziazione di mutui, art. 1bis, c. 3 «Le scuole paritarie non possono svolgere esami di idoneità per alunni che abbiano frequentato scuole non paritarie che dipendano dallo stesso gestore o da altro con cui il gestore abbia comunque comunanza d'interessi. Il gestore o il legale rappresentante ed il coordinatore delle attività educative e didattiche della scuola paritaria devono dichiarare l'inesistenza di tale situazione per ciascun candidato ai predetti esami. La dichiarazione è inserita nel fascicolo personale del candidato stesso. La mancanza o falsità delle predette dichiarazioni comporta la nullità degli esami sostenuti e dei titoli rilasciati, fatte salve le conseguenti responsabilità civili e penali».

DM 10 ottobre 2008 n. 83 art. 7 c. 7 «Ai candidati che abbiano effettuato la preparazione in scuole o corsi di preparazione è fatto divieto di sostenere gli esami conclusivi presso scuole paritarie che dipendono dallo stesso gestore o da altro avente comunanza di interessi. A tal proposito il gestore (o il rappresentante legale) e il coordinatore rilasceranno apposita dichiarazione (da inserire nel fascicolo personale del candidato)».