

MAURO PELLEGRINI *

*L'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo
nella legislazione e giurisprudenza più recenti ***

Sommario: 1. Il contesto e gli obiettivi della riforma; – 2. Gli attuali connotati dell'autotutela provvedimento di annullamento; – 3. Esiste un obbligo di provvedere sulle istanze di annullamento? – 4. “Discrezionalità” vs. “dove-rosità”? – 5. Il problematico coordinamento della tutela del terzo nella SCIA con la nuova disciplina dell'autotutela; – 6. La graduazione della decorrenza degli effetti dell'annullamento; – 7. L'annullamento nelle procedure di evidenza pubblica.

1. *Il contesto e gli obiettivi della riforma*

Secondo la ben nota definizione di Benvenuti, l'autotutela consiste nel potere dell'Amministrazione “di farsi ragione da sé”¹ per le vie amministrative ed è stata sempre generalmente riconosciuta come una delle manifestazioni della specialità del diritto amministrativo rispetto al diritto al comune. Sempre secondo il Benvenuti, l'autotutela ricomprende però anche tutti i casi in cui all'Amministrazione sia demandato il compito di risolvere situazioni conflittuali, attuali o potenziali, insorgenti con i soggetti che con essa vengano in contatto. Una tesi più estensiva invece, attenta all'insegnamento di Cammeo², ritiene che nell'autotutela si radichino non solo il potere di riesame e quello di esecuzione coattiva del

* *Avvocato del libero foro di Ancona; Dottore di ricerca in Diritto regionale e degli enti locali; professore a contratto in “Diritto pubblico” presso l'Università Politecnica delle Marche, Facoltà di Medicina e Chirurgia.*

** *Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del double blind peer-review.*

¹ F. BENVENUTI, voce *Autotutela* (dir. Amm.), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537; secondo l'Autore l'autotutela consiste nel potere dell'amministrazione di “farsi ragione da sé”, al fine di rimuovere gli ostacoli che si frappongono tra il provvedimento e la realizzazione dell'interesse pubblico. Si tratta di un indubbio privilegio che si sostanzia nell'esonero dalla necessità, a cui i privati cittadini devono invece soggiacere, di rivolgersi al giudice per veder soddisfatte le proprie pretese.

² F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol II, Padova, 1914, rist. Padova, 1992, 1448 ss.

provvedimento, ma anche quello di decisione dei ricorsi amministrativi, nonché i poteri sanzionatori e di controllo dei provvedimenti³.

Oggi l'autotutela si presenta come un sistema di guarentigie sostanziali nei confronti dei provvedimenti imperativi, mediante il quale l'Amministrazione, anche su sollecitazione degli stessi privati, cerca di adeguare la propria organizzazione e la propria azione alla trasformazione delle circostanze storiche e fattuali che hanno condotto all'emanazione di determinati provvedimenti amministrativi⁴. La tesi si ricollega all'idea che i moderni sistemi amministrativi chiedano per loro natura un'attività di organizzazione *in continuum*, con il conseguente corollario che l'esercizio dei poteri di autotutela debba essere strutturato in modo da rispondere a tale finalità. In quest'ottica, è proprio il mutare delle circostanze storico-fattuali che si identifica con lo specifico interesse pubblico al ritiro del provvedimento amministrativo.

Nell'ambito dell'autotutela, anche l'annullamento d'ufficio, nato come privilegio concesso all'autorità per il perseguimento dell'interesse pubblico, negli ultimi anni è stato sempre più frequentemente oggetto di interventi legislativi, interpretazioni giurisprudenziali e discussioni teoriche⁵. Una delle ragioni dell'attenzione rivolta all'istituto è la profonda evoluzione subita dal diritto amministrativo, tale da aver inciso significativamente sulle nozioni di pubblica amministrazione, interesse pubblico, autoritatività, sui rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, sul ruolo del soggetto privato nel procedimento amministrativo, nonché sull'annullamento d'ufficio. Altra ragione va invece ricercata nella necessità di raccordarsi con l'analogo potere conosciuto dal diritto europeo nonché nell'esigenza di garantire l'effettività del diritto europeo.

Non deve neppure trascurarsi la circostanza che l'esigenza di reagire alla crisi economica attraverso un'adeguata politica di incentivazione degli investimenti ha, coerentemente, indotto il legislatore a rivedere la disciplina dell'autotutela sugli atti amministrativi incidenti

³ A. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, XV, Napoli, 1989.

⁴ G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in *Dig. Disc. Pubbl.*, vol II, Torino, 1987, 80 ss.

⁵ Cfr. M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in SCOCA, F. G., a cura di, *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, 337 ss. Sulle problematiche sollevate dall'istituto dell'annullamento, cfr. da ultimo, per tutti, il volume di S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015. Sulle incongruenze della disciplina della revoca, P.L. PORTULARI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in M.A. SANDULLI, a cura di, *Gli effetti del decreto-legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in supplemento al fasc. n. 6/2015 della *Riv. giur. ed.*

sull'esercizio delle attività economiche spingendolo a prestare sempre maggiore attenzione alla tutela dell'affidamento.

Il legislatore nazionale è recentemente intervenuto sui cd. provvedimenti di secondo grado incidendo sui presupposti per l'esercizio del potere di autotutela decisoria: dapprima, con l'art. 25, del decreto-legge n. 133 del 2014, convertito nella legge n. 164/2014, ha modificato l'art. 21-*nonies* della l. 241/90 escludendo la possibilità di procedere ad annullamento d'ufficio nei casi di provvedimenti già non annullabili dal giudice amministrativo nella ricorrenza dei requisiti di cui all'art. 21-*octies*, comma 2; poi, con la successiva legge n. 124 del 2015 – nel segno di una tendenziale riduzione dei poteri discrezionali dell'amministrazione, al fine di garantire maggiore certezza e stabilità ai rapporti giuridici dei soggetti la cui azione risulta condizionata dalle decisioni amministrative – ha introdotto due importanti modifiche: la fissazione del termine massimo di diciotto mesi⁶ per la valida adozione dell'annullamento d'ufficio di atti autorizzatori e attributivi di vantaggi economici e la previsione, con il comma aggiunto 2-*bis*, della possibilità di annullare, anche dopo quel termine, i provvedimenti ottenuti sulla base di dichiarazioni false, ma solo quando la falsità è stata accertata in sede penale con sentenza passata in giudicato.

La *ratio* della novità è riconducibile a un intento semplificatorio e più precisamente di tutela del privato dall'incoerenza nel tempo della pubblica amministrazione⁷. Per quanto attiene il potere di autotutela amministrativa, semplificare si traduce nel fornire certezza ai soggetti privati in ordine all'effettiva tenuta e conseguente spendibilità di un titolo che determina un effetto ampliativo, ottenuto con un provvedimento espresso oppure tacito.

Sul piano sistematico si assiste dunque ad un allontanamento dalla tradizionale ricostruzione dell'istituto fondata sull'immanenza ed inesauribilità del potere amministrativo e sull'idea che si tratti di una prerogativa a tutela del solo interesse pubblico ancorato a presupposti necessariamente elastici. È maturata infatti la consapevolezza che le relazioni tra pubblica amministrazione e privato debbano essere basate sul rispetto del principio di correttezza e leale collaborazione da parte di entrambi i soggetti del rapporto giuridico. Pertan-

⁶ Il termine di 18 mesi per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è già stato inteso come perentorio dalla giurisprudenza, né può essere validamente interrotto dalla doverosa comunicazione di avvio del procedimento nei confronti della parte.

⁷ Cfr. G.B. MATTARELLA, *La riforma della pubblica amministrazione. Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, 621 ss.

to l'Amministrazione è tenuta ad ispirare la sua azione non solo ai principi di legalità, imparzialità e buon andamento, ma anche al principio di comportamento secondo buona fede, cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli della propria condotta, la quale abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento. Il riconoscimento del principio di correttezza e leale collaborazione è importante proprio nel caso dell'autotutela, istituto che «si colloca allo snodo delicatissimo del rapporto tra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato dall'altra»⁸.

Il rafforzamento della tutela dell'affidamento si è manifestata anche nella direzione della ridefinizione dei rapporti fra autotutela e SCIA, con la più rigida perimetrazione dei poteri inibitori e conformativi attribuiti all'amministrazione destinataria della segnalazione.

2. *Gli attuali connotati dell'autotutela provvedimento di annullamento*

A seguito dei predetti interventi legislativi, i tratti essenziali dell'autotutela provvedimento di annullamento possono essere schematicamente delineati nei seguenti punti.

L'annullamento d'ufficio è sempre frutto di una valutazione comparativa degli interessi: è dunque ad attivazione ed esito discrezionali; a fronte di un atto illegittimo, la P.A. valuta discrezionalmente se attivarla o meno, e anche ove l'attivi, l'esito finale resta discrezionale. In aggiunta al mero interesse al ripristino della legalità, deve ricorrere un interesse pubblico tale da giustificare il sacrificio del contrapposto interesse del beneficiario. Dunque oltre alla illegittimità sostanziale dell'atto, deve ricorrere un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento, che va ponderato e ritenuto prevalente rispetto agli altri interessi in gioco (con particolare riguardo all'interesse dei destinatari e dei controinteressati). Pertanto l'annullamento d'ufficio non può essere fondato su vizi meramente formali, che, se dedotti in un giudizio, non potrebbero mai sfociare in un annullamento giurisdizionale del provvedimento (secondo i criteri indicati nell'art. 21- *octies*, l. n. 241/1990). Parimenti, anche a fronte di vizi sostanziali del provvedimento, l'autotutela non può mai fondarsi sul c.d.

⁸ Corte Cost., 9 marzo 2016, n. 49, che ha dichiarato l'illegittimità costituzionale dell'art. 84-bis, comma 2, lettera b), della legge della Regione Toscana 3 gennaio 2005, n. 1, per violazione dell'art. 117, terzo comma, Cost., in quanto consentirebbe all'amministrazione di esercitare poteri sanzionatori per la repressione degli abusi edilizi, anche oltre il termine di 30 giorni dalla presentazione della s.c.i.a., in un numero di ipotesi più ampio rispetto a quello previsto dai commi 3 e 4 dell'art. 19 della legge n. 241/1990.

interesse pubblico *in re ipsa* al ripristino della legalità violata, e neppure in materia edilizia, come ha da ultimo chiarito l'Adunanza Plenaria n. 8/2017.

Per quanto concerne invece il profilo temporale entro il quale va disposto l'annullamento, il “termine ragionevole”, viene predeterminato in 18 mesi per i provvedimenti di autorizzazione (in senso lato) e per quelli attributivi di benefici economici, decorrenti dalla relativa adozione. In ordine alla questione del regime intertemporale per autotutela esercitate dopo la l. n. 124/2015 in relazione a provvedimenti adottati in precedenza, si è ritenuto che il nuovo termine di 18 mesi si applica solo in relazione all'autotutela su provvedimenti successivi all'entrata in vigore della riforma, mentre per quelli anteriori il termine di 18 mesi è solo un parametro esegetico per valutare la ragionevolezza del termine⁹; La decorrenza del termine viene espressamente ancorata alla data di adozione dell'atto solo per il termine di 18 mesi per l'autotutela quanto ad autorizzazioni e atti attributivi di benefici economici: nulla si dice invece sulla decorrenza del termine ragionevole per gli altri provvedimenti. Questo ha consentito alla Adunanza plenaria n. 8/2017 di affermare, per vicende pregresse, che il termine decorresse dalla conoscenza dei vizi dell'atto e non dalla data della sua adozione; e il tema resta aperto anche dopo la l. n. 124/2015, perché la precisa decorrenza del termine di autotutela è formalmente previsto solo per autorizzazioni e atti attributivi di benefici economici.

⁹ Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la norma introdotta dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, è applicabile in ogni caso in cui il provvedimento di autotutela sia intervenuto successivamente alla novella legislativa, ancorché riguardi un titolo abilitativo rilasciato sotto il regime precedente (*ex plurimis*: T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 17.3.2016, n. 351; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 22.9.2016, n. 4373; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4.1.2017, n. 65; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 21.2.2017, n. 2670; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7.2.2017, n. 92). Secondo un indirizzo di segno opposto, ai fini dell'applicazione della regola del *tempus regit actum* (art. 11 delle preleggi), l'atto di autotutela dovrebbe considerarsi non un provvedimento autonomo bensì un atto rientrante nel procedimento aperto dall'atto di primo grado, con conseguente insensibilità del procedimento amministrativo alle norme giuridiche nel frattempo sopravvenute. Il Consiglio di Stato - in continuità all'impostazione ermeneutica inaugurata dal Consiglio di Stato, sez. V, sentenza 19 gennaio 2017, n. 250 - ritiene che il termine dei diciotto mesi non può applicarsi in via retroattiva, nel senso di computare anche il tempo decorso anteriormente all'entrata in vigore della legge n. 124 del 2015, «atteso che tale esegesi, oltre a porsi in contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (art. 11 preleggi), finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa. Si arriverebbe infatti all'irragionevole conseguenza per cui, con riguardo ai provvedimenti adottati diciotto mesi prima dell'entrata in vigore della nuova norma, l'annullamento d'ufficio sarebbe, per ciò solo, precluso. Ne consegue che, rispetto ai provvedimenti illegittimi (di primo grado) adottati anteriormente all'attuale versione dell'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990, il termine dei diciotto mesi non può che cominciare a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione. È fatta salva, comunque, l'operatività del “termine ragionevole” già previsto dall'originaria versione dell'art. 21-nonies legge n. 241 del 1990». (Consiglio di Stato, Sez. VI, 13.07.2017, n. 3462).

Il limite temporale per l'autotutela non si applica invece nei casi di provvedimenti conseguiti dal beneficiario sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato: occorre però che il falso sia accertato in sede penale in via definitiva¹⁰.

Altro importante connotato dell'istituto è che, per effetto di una regola pretoria conosciuta per l'annullamento *ope iudicis*, non produce un effetto necessariamente retroattivo, potendosi modulare le conseguenze dell'atto di ritiro in autotutela.

Sul piano procedimentale, l'autotutela si atteggia quale procedimento di secondo grado che deve rispettare le regole previste per quello di primo grado su cui incide (teoria del “*contrarius actus*”): in primis, le regole in tema di avviso di avvio del procedimento e partecipazione dei destinatari, e inoltre l'acquisizione dei pareri e dei controlli previsti in relazione all'atto originario.

Per quanto concerne infine il profilo dell'onere motivazionale, la giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte precisato che la rimozione d'ufficio di un atto favorevole «esige una articolata esplicitazione delle ragioni, di interesse generale che impongono l'eliminazione dell'atto invalido, attraverso la chiara esemplificazione degli effetti concreti che si assumono contrastanti con i valori tutelati dall'ordine legale infranto, per come atteg-

¹⁰ Sul punto deve evidenziarsi che la giurisprudenza ritiene superabile il termine di 18 mesi per l'esercizio dell'autotutela, anche in assenza di “condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato”, laddove il provvedimento ampliativo della sfera privata del soggetto sia stato adottato in ragione di una falsa rappresentazione, indotta dal soggetto beneficiario, dei presupposti necessari al conseguimento del riconosciuto vantaggio. In tal caso infatti il vantato affidamento “colpevole” non potrebbe mai presentare i connotati della meritevolezza della tutela. Come affermato in una recente sentenza del Consiglio di Stato, «sulla scorta delle argomentate premesse, l'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 andrà interpretato nel senso che il superamento del rigido termine di diciotto mesi è consentito:

a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale;

b) sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso – non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco». (Consiglio di Stato, Sez. V, 27.06.2018, n. 3940).

In dottrina cfr. M.A. SANDULLI, “*Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?*”, in *Riv. Giur. Ed.*, 2018, 687 ss.

giantesi nello specifico contesto empirico e non per come astrattamente considerati dalla disciplina normativa» (Consiglio di Stato, Sezione VI, sentenza 13 luglio 2017 n. 3462).

3. *Esiste un obbligo di provvedere sulle istanze di annullamento?*

Secondo un tradizionale orientamento, l'esercizio del potere pubblicistico può configurarsi come doveroso esclusivamente nelle ipotesi di attività totalmente vincolata, con conseguente sussistenza in capo al privato di una vera e propria situazione giuridica di diritto soggettivo ad ottenere il provvedimento satisfattivo – ampliativo. Laddove, invece, residui un margine di discrezionalità nell'adozione o nella determinazione del contenuto del provvedimento, non sarebbe mai configurabile un vero e proprio obbligo, o meglio, dovere di provvedere in capo alla P.A.¹¹

Senonché più di recente si è sviluppato un orientamento meno restrittivo che, alla luce dei principi generali che regolano l'azione amministrativa (imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.), ritiene sussistente in capo alla P.A. l'obbligo di provvedere non solo in relazione ad istanze volte ad ottenere provvedimenti ampliativi vincolati ma anche nei casi in cui il legislatore abbia lasciato alla P.A. aspetti di discrezionalità in ordine all'esercizio del potere pubblicistico e tuttavia sia previsto dallo stesso legislatore che il procedimento inizi ad istanza di parte.

Si è posto, quindi, il problema se l'obbligo di provvedere sia configurabile a prescindere da un'espressa disposizione normativa che tipizzi il potere del privato di presentare un'istanza.

¹¹ E' noto che già anteriormente alla positivizzazione dell'istituto dell'annullamento d'ufficio l'elaborazione pretori da un lato e la scienza giuridica dall'altro, avessero sostanzialmente convenuto sulla natura discrezionale del potere di autotutela. Volgendo lo sguardo al passato non si possono che notare le numerose pronunce del giudice amministrativo che, in epoca risalente, avevano classificato tale potere come discrezionale, potendo l'amministrazione (in presenza di vizi di legittimità) disporlo o no, a seconda delle particolari esigenze di pubblico interesse, da valutarsi insindacabilmente. Accertato, infatti, un vizio giuridico nell'atto, l'amministrazione avrebbe potuto (ma non dovuto) annullarlo, potendo tuttavia non procedere al suo ritiro se motivi di pubblico interesse ne avessero consigliato la sua conservazione. Sul punto cfr. GIACOBELLI, *Sul fondamento e limiti del potere di annullamento e di revoca dell'atto legittimo*, in *Riv. di dir. pubbl.*, 1939, I, 111: «Lo stadio della valutazione discrezionale dell'esercizio del potere di annullamento, infatti, sta tutto e si esaurisce nell'accertare la convenienza e l'opportunità di dichiarare l'annullamento, ma questo accertamento e questa valutazione come un'estrinsecazione di una facoltà rimessa dalla legge alla discrezionalità dell'amministrazione, non possono formare oggetto di riesame nel sindacato giurisdizionale di legittimità da parte del Consiglio di Stato».

Facendo applicazione dei predetti principi generali, la giurisprudenza ha ritenuto che l'obbligo di provvedere si debba rinvenire anche nel caso in cui l'istanza del privato non sia prevista dalla legge, ma esigenze di ragionevolezza, correttezza, trasparenza dell'azione amministrativa ovvero la sussistenza di un'aspettativa qualificata in capo al privato impongano l'adozione di un provvedimento espresso.

Si è, quindi, ritenuto sussistente l'obbligo di provvedere dinanzi ad istanze (non tipizzate) volte ad ottenere: a) l'ampliamento della sfera giuridica del privato, salvo il caso della manifesta infondatezza dell'istanza medesima; b) l'esercizio di poteri di tipo sanzionatorio, inibitorio o repressivo nei confronti di terzi, sempreché l'istante si trovi in una posizione di interesse concreto e differenziato rispetto alla collettività ad ottenere tale provvedimento nei confronti del terzo.

Venendo ora alla tematica qui di interesse, vi è da dire che l'obbligo di provvedere è stato tradizionalmente e pacificamente escluso nel caso di istanza volta a far esercitare alla P.A. il potere di riesame.

Gli argomenti a sostegno del suesposto orientamento sono da rinvenirsi da un lato nella "discrezionalità" connaturata al potere di annullamento in autotutela, dall'altro nel principio generale di certezza delle situazioni giuridiche a cui si collega - nel caso di istanza di riesame di provvedimenti non impugnati - l'inoppugnabilità del provvedimento oltre il termine decadenziale previsto dalla legge.

In particolare il Consiglio di Stato ha ritenuto che, stante l'attribuzione in via esclusiva alla P.A. della decisione di esercitare il potere di autotutela (tanto da assurgere a valutazione di merito insindacabile anche in sede giudiziale), l'atto di diffida o messa in mora del privato volto ad ottenere provvedimenti di revoca o annullamento di precedenti atti amministrativi non impugnati debba considerarsi come "*mera sollecitazione*" del potere amministrativo, non essendovi quindi alcun obbligo giuridico di provvedere sull'istanza, coercibile con il rito del silenzio rifiuto di cui agli artt. 31 e 117 c.p.a.

D'altra parte, ad opinare diversamente, verrebbe ad essere conculcata «la condizione di inoppugnabilità del provvedimento amministrativo (...) che non sia stato contestato nei modi ed entro i termini di legge, vanificando in questo modo una garanzia di certezza dei rapporti giuridici che vedono coinvolta una P. A. (certezza che è essa stessa un bene irri-

nunciabile posto a tutela anche dei cittadini), e avvilendo lo stesso principio di economicità dell'azione amministrativa, che verrebbe posto nel nulla ove si imponesse, a semplice richiesta dell'interessato, l'obbligo di riesame di provvedimenti restati in oppugnati» (Consiglio di Stato, Sezione V, sentenza 3 ottobre 2012 n. 5199).

Tuttavia il corollario secondo il quale la “discrezionalità” del potere di annullamento d'ufficio escluda “ontologicamente” un obbligo di provvedere su istanza di terzi, sembrerebbe essere revocato in dubbio o quanto meno scalfito dalla intervenuta modifica dell'art. 2 della l. 241/90. Infatti la legge “anticorruzione” (l. 190/2012) è intervenuta aggiungendo al primo periodo della predetta norma («Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso») la seguente disposizione: «Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo».

Tale novella aveva certamente come scopo quello di garantire una maggiore trasparenza e creare le condizioni per un coinvolgimento di tutti i cittadini nella denuncia, anche in sede amministrativa, di fenomeni corruttivi e siffatta finalità doveva essere facilitata dalla previsione normativa di un obbligo per la P.A. di rispondere in forma espressa e motivata a qualsiasi richiesta dei cittadini che non fosse manifestamente infondata. In tal modo l'eventuale mancata risposta entro i termini di cui all'art. 2 avrebbe consentito l'esperibilità del ricorso avverso il silenzio.

Accedendo alla tesi secondo la quale la *ratio* della disposizione è quella di imporre un obbligo generalizzato di risposta, ne potrebbe risultare quale logica conseguenza una notevole compressione degli spazi discrezionali dell'*an* del potere di autotutela.

Tuttavia allo stato attuale tale innovativa linea ermeneutica non sembra aver riscontro nel diritto vivente. Se vi sono autori che hanno lamentato la sostanziale (e colpevole) «inattuazione della riforma del 2012 sull'obbligo di provvedere»¹², altra parte della dottrina si è

¹² Cfr. P.L. PORTULARI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della P.A.; l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in www.federalismi.it.

invece mostrata più scettica sulla prospettiva che a fronte di ogni denuncia di qualsiasi soggetto sia configurabile un dovere di provvedere in capo alla P.A. Si è sostenuto infatti che il secondo periodo del novellato comma 1 vada letto comunque alla luce del primo periodo¹³, sicché le domande affette da manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità e infondatezza, che dovranno essere riscontrate con un provvedimento in forma semplificata, sono solo le istanze a cui *ex lege* fa seguito il dovere di provvedere, dovere che però non sussiste a fronte delle domande di annullamento.

Vi è però da dire che negli ultimi anni è emerso in dottrina e in giurisprudenza un orientamento che afferma che l'obbligo di provvedere può comunque nascere dai principi generali in tema di correttezza, ragionevolezza, buona fede. Pertanto non è da escludere che dai principi costituzionali e dai principi generali del diritto amministrativo possa farsi strada un dovere di provvedere all'annullamento in esito a una domanda privata anche al di fuori dei casi previsti da singole norme.

Allo stato attuale pare però potersi ragionevolmente affermare che in base al novellato art. 2 della l. 241/1990 vi sarebbe un dovere di procedere sull'istanza di annullamento, ma non un vero e proprio dovere di annullare. In parole più piane, se anche la P.A. è tenuta e vincolata a iniziare un procedimento, la scelta se concluderlo o meno nel senso dell'annullamento resterebbe comunque discrezionale.

4. “Discrezionalità” vs. “doverosità”?

L'art. 21-*quater* della l. 164/2014, di conversione del d.l. 133 del 2014, ha aggiunto alla fine del primo comma dell'art. 21-*nonies* della l. 241/90 il periodo «Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

Se è chiara la salvezza della responsabilità connessa all'adozione del provvedimento illegittimo, meno chiara è la possibile responsabilità per il “mancato annullamento del provvedimento illegittimo”. Premesso che si può trattare di responsabilità penale, civile, contabile, ognuna ancorata ai rispettivi presupposti e accertamenti, suscita perplessità la prevista possibile “responsabilità da mancato esercizio dell'autotutela”.

¹³ G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *Persona e Amministrazione*, fascicolo n. 1/2017.

Questo richiamo può avere effetti distorsivi mettendo il pubblico funzionario davanti a un bivio che può in concreto essere a percorso prevedibile e obbligato: il funzionario valuterà se sia preferibile spendere la discrezionalità per non esercitare l'autotutela e così incorrere nel rischio di responsabilità personale da mancata autotutela, ovvero sia preferibile esercitare l'autotutela con il solo concreto rischio di un annullamento giurisdizionale, ma rischio ben più remoto di responsabilità personale. Ed è prevedibile che quasi sempre seguirà la seconda opzione.

Secondo un primo orientamento¹⁴ espresso nell'imminenza della modifica dell'art. 21- *nonies* della l. 241/90, la clausola generale per la quale «rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo» avrebbe introdotto «il dovere dell'Amministrazione di agire in autotutela, verosimilmente al fine di ripristinare la legalità, pena le responsabilità connesse». A questa stregua dunque l'annullamento avrebbe assunto in via generale un carattere doveroso.

In verità l'operazione interpretativa che muove dal riferimento alla responsabilità per incidere sulla questione della natura (discrezionale o meno) del potere appare alquanto discutibile. Pare piuttosto preferibile dare una lettura restrittiva e costituzionalmente orientata della fattispecie di responsabilità da mancato esercizio dell'autotutela nel senso che questa possa ricorrere solo quando siano sussistenti e manifesti i presupposti temporali, di legittimità e di bilanciamento dei valori, che giustificano l'autotutela¹⁵.

¹⁴ Cfr. G. LA ROSA, *Il Nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Giustamm.it*, n. 5/2015.

¹⁵ Cfr. Consiglio di Stato, sez. V, 20.09.2016, n. 3910: «E' stato affermato al riguardo che l'interesse pubblico alla base del legittimo esercizio del potere di autotutela da parte della pubblica amministrazione non può identificarsi nel mero ripristino della legalità violata ma richiede una valutazione comparativa sulla qualità e concretezza degli interessi in gioco. Nel procedere a distanza di anni all'annullamento di un atto ritenuto illegittimo per un errore commesso dalla stessa amministrazione, questa è tenuta ad indicare espressamente le ragioni di pubblico interesse che, nonostante il notevole decorso del tempo e il consolidamento della situazione, giustificavano il provvedimento di autotutela (in tal senso - *ex multis* -: Cons. Stato, IV, 21 settembre 2015, n. 4379; id., VI, 20 settembre 2012, n. 4997; id., VI, 14 gennaio 2009, n. 136). L'orientamento in questione risulta sostanzialmente trasfuso nel testo del comma 1 dell'articolo 21-*nonies* della l. 7 agosto 1990, n. 241 (nella formulazione, che qui rileva, anteriore alle modifiche introdotte dalla l. 7 agosto 2015, n. 124), secondo cui "il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, 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. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo».

5. *Il problematico coordinamento della tutela del terzo nella SCIA con la nuova disciplina dell'autotutela*

L'istituto della SCIA è stato interessato dagli interventi normativi ad opera della legge n. 124/2015 (c.d. legge Madia) recante "Deleghe al governo in materia di riorganizzazione delle Amministrazioni pubbliche". Gli strumenti normativi utilizzati risultano diversificati. Si predilige la tecnica della delega al Governo, ma si prevedono altresì importanti innovazioni alla l. 241/1990.

Tra di esse, l'art. 6 ha apportato modifiche direttamente all'art. 19 della l. 241/90, prevedendo la riformulazione integrale dei commi 3 e 4 di tale articolo.

La riforma Madia - che consolida la qualificazione della SCIA quale strumento di liberalizzazione, confermando la sua natura di atto privato - lascia invariati i poteri esercitabili entro i 30 giorni (nel caso in cui si verta in materia edilizia) ovvero di 60 (in tutti gli altri casi) dalla data di deposito della SCIA, regolati dal comma terzo dell'art. 19. Il suddetto articolo infatti, in caso di riscontrata carenza dei requisiti di legge, attribuisce all'Amministrazione competente il potere di adottare «motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa», salva la possibilità di conformarsi alla normativa vigente, nel qual caso l'Amministrazione «invita il privato a provvedere, prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure da parte del privato, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata».

In seguito alla modifica da parte dell'art. 3, comma 1, lettera b), del d.lgs. n. 126 del 2016, inoltre, la P.A. dispone ora la sospensione dell'attività intrapresa anche nel caso di «attestazioni non veritiere o di pericolo per la tutela dell'interesse pubblico in materia di ambiente, paesaggio, beni culturali, salute, sicurezza pubblica o difesa nazionale».

Le novità legislative più significative riguardano invece i poteri di autotutela, esercitabili dall'Amministrazione *ex post*, decorsi i suddetti termini, quando l'attività prevista dalla SCIA si presume oramai da tempo essere in atto, se non addirittura già completamente esaurita. Nello specifico, con l'introduzione del comma 4 all'articolo 19 della l. 241/90, la legge Madia ha esteso alla SCIA la disciplina sostanziale dell'autotutela di cui all'art.21-

nonies, anch'essa al contempo modificata con la previsione di un termine finale di 18 mesi per l'esercizio del potere di autotutela.

Dunque, decorsi i 60 o i 30 giorni senza che l'Amministrazione abbia inibito la prosecuzione dell'attività o invitato alla conformazione dell'attività intrapresa, contestualmente sospendendola, la P.A. può intervenire in autotutela, ove sussistano le condizioni di cui al riformato art. 21-*nonies*, entro il termine massimo di 18 mesi.

Resta tuttavia il nodo problematico del difficile coordinamento del termine di 18 mesi con la tutela dei terzi che si ritengano lesi dalla SCIA. Sul punto, si è osservato che il combinato disposto tra l'art.19, comma 4, e l'art. 21-*nonies* della l. 241/90, non consente di identificare con precisione il termine ultimo entro il quale l'Amministrazione è autorizzata a contestare la legittimità delle opere edilizie oggetto di SCIA.

La legge 124 del 2015, infatti, prevede solo che l'Amministrazione possa intervenire entro 18 mesi «dal momento dell'azione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici». Anzitutto, si era posto il problema dell'identificazione del *dies a quo* del termine di diciotto mesi per l'esercizio dei poteri di autotutela nella SCIA. Secondo il vecchio tenore letterale della norma citata, sembrava infatti che il termine iniziasse a decorrere dal giorno di presentazione della SCIA, considerato che è in quel momento che l'interessato matura il vantaggio economico di poter legittimamente avviare i lavori. Tuttavia, si era evidenziato come la soluzione più logica sarebbe stata invece quella di far decorrere detto termine dal momento in cui gli effetti della SCIA si fossero consolidati, ossia una volta trascorso il periodo di 30 o di 60 giorni dalla presentazione della stessa, senza che la P.A. avesse adottato motivate determinazioni di inibizione o conformazione.

Il Consiglio di Stato, nei pareri sui d.lgs. "SCIA-1" e "SCIA-2", rilevando che sul punto sussistesse una lacuna normativa, ha suggerito al legislatore delegato di intervenire. Tale suggerimento ha avuto un riscontro e la questione è ora risolta mediante la previsione, all'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 222 del 25 novembre 2016, della decorrenza del termine di 18 mesi, nei casi di autotutela sulla SCIA, «dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente». Diversamente, il legislatore non ha ancora provveduto a dirimere i dubbi relativi ai

termini e alla decorrenza con cui i terzi controinteressati possano far valere la propria pretesa all'attivazione dei poteri di controllo della P.A.

Al riguardo, il Consiglio di Stato, nel proprio parere n. 839/2016, ha evidenziato come sia ancora irrisolta la questione della tutela del terzo che affermi di subire una lesione nella propria sfera giuridica per effetto dell'avvio dell'attività «con particolare riguardo all'utilizzabilità dell'azione di accertamento, anche atipica, volta a far dichiarare che l'attività avviata non è conforme alle norme amministrative, ovvero dell'azione contro il silenzio amministrativo, conformemente a quanto previsto dal comma 6-ter dell'articolo 19 della legge n. 241».

Nel precedente quadro normativo, si assicurava infatti al terzo la possibilità di ottenere sempre tutela, o mediante l'esercizio dei poteri inibitori dell'Amministrazione, qualora non fosse ancora decorso il termine dei 30 o 60 giorni di “tendenziale” stabilizzazione del titolo edilizio, ovvero, oltre tale termine, invocando il riscontro della sussistenza dei presupposti normativamente previsti per l'intervento in autotutela, senza limiti temporali. La nuova previsione del “termine ragionevole” per l'esercizio del potere di annullamento di ufficio che non può superare i 18 mesi, pone dunque una serie di problemi, che necessitano un ulteriore intervento del legislatore, in particolare in merito al necessario coordinamento, finora mancante, con la disciplina dell'art. 19, comma 6-ter, che non prevede, invece, un termine per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche spettanti alla amministrazione.

Si tratta di capire se l'art. 19, c. 6-ter, laddove afferma che il terzo può sollecitare le verifiche spettanti all'amministrazione, intenda riferirsi alle sole verifiche ordinarie di cui all'art. 19, comma 3, o anche ai poteri di cui al comma 4, e se dunque l'azione avverso l'inerzia sia esperibile o meno anche in caso di inerzia su una istanza di autotutela.

In parole più piane occorre domandarsi se i poteri, il cui esercizio il terzo può richiedere, siano i poteri inibitori e repressivi di cui al comma 3 dell'art. 19, L. 241/1990¹⁶ ovvero i poteri di autotutela¹⁷.

¹⁶ Cfr. T.A.R. Piemonte Torino Sez. II, 1. 7.2015, n. 1114, secondo il quale «L'attuale sistema in materia di DIA o di SCIA si regge sulla tassatività dei casi in cui all'Amministrazione è consentito di intervenire dopo la scadenza dei termini di cui al 3° comma e comma 6-bis dell'art. 19, L. n. 241/1990: pertanto, fuori dalle situazioni individuate al 3° comma (falsità nelle dichiarazioni) ed al 4° comma (pericolo di danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente e la salute, per la sicurezza pubblica e la difesa nazionale), le Amministrazioni comunali possono intervenire su attività denunciate con DIA o SCIA solo nel caso in cui un tale inter-

Ove si aderisse alla prima soluzione, si avrebbe, per la sola SCIA, una deroga alla regola generale sull'autotutela, che è ad attivazione discrezionale, perché in tal caso sarebbe ad attivazione doverosa, ma pur sempre ad esito non vincolato.

La tesi secondo cui invece il terzo potrebbe sollecitare anche il potere di autotutela della P.A. e questa ha l'obbligo di attivarsi, è stata affermata dalla VI Sezione del Consiglio di Stato.¹⁸

Entrambe le interpretazioni non sono però esenti da aspetti problematici di non poco rilievo.

Aderendo alla prima tesi vi è da osservare che i poteri inibitori e repressivi si esaurirebbero decorsi 60 ovvero 30 giorni dalla presentazione della SCIA e dunque il terzo avrebbe un tempo molto breve per sollecitare l'esercizio di tali poteri e talvolta potrebbe venire a conoscenza della SCIA a termine già decorso.

La seconda tesi invece consentirebbe al terzo una tutela troppo attenuata in quanto l'esercizio di poteri in autotutela è discrezionale e non vincolato come, invece, l'esercizio di poteri repressivi e inibitori. Inoltre, secondo l'autorevole opinione di Greco¹⁹, una siffatta traiettoria ermeneutica contrasterebbe con l'art. 24 Cost., privando di tutela giurisdizionale l'interesse legittimo del terzo correlato al potere repressivo/inibitorio, interesse legittimo che sorge al momento della presentazione della SCIA.

Peraltro, la modifica introdotta all'art. 19, L. 241/1990 ad opera della L. 124/2015, con riguardo ai poteri di autotutela, non ha superato la problematica sopra descritta. L'art. 19, comma 4, L. 241/1990, prevede, infatti, che «Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*». Si tratta di un potere da esercitarsi non in autotutela su atti (intervento di secondo grado) ma di un potere inibi-

vento risulti sollecitato appositamente da un terzo al quale possa riconoscersi la titolarità di un interesse qualificato, in difetto di che il provvedimento inibitorio o ripristinatorio deve ritenersi illegittimo».

¹⁷ Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.11.2016, n. 4610, secondo il quale «L'amministrazione, di fronte a una denuncia da parte di un terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo, verificando, oltre alla legittimità dell'attività posta in essere dal privato, anche la sussistenza degli ulteriori presupposti necessari per l'esercizio del potere di autotutela».

¹⁸ Consiglio di Stato, Sez. VI, 3.11.2016, n. 4610.

¹⁹ G. GRECO, *SCIA e tutela del terzo al vaglio della Corte Costituzionale: è troppo auspicare un ritorno al passato (o quasi)?*, in *Giustamm.it*, 2018, n. 3940.

torio e ripristinatorio da esercitarsi in presenza dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* ossia per ragioni di interesse pubblico, tenuto conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati ed entro un termine ragionevole (18 mesi), dunque di un potere discrezionale.

Donde la carenza di tutela del terzo, così come rilevato, da ultimo, dal TAR Toscana, sez. III, con l'ordinanza n. 667/2017, laddove afferma che «la tesi che riconduce l'intervento dell'amministrazione su istanza del terzo al mero potere di autotutela è incompatibile col suddetto principio, poiché subordina integralmente la tutela del terzo stesso ad una valutazione discrezionale dell'Amministrazione in ordine alla sussistenza o meno di un interesse pubblico alla rimozione degli effetti della SCIA contestata». Sotto diverso profilo, il potere sollecitatorio del terzo previsto dall'art. 19, comma 6 *ter*, L. 241/1990, se attiene ai poteri di cui al comma 3 del medesimo articolo, come sopra accennato, rischia di poter sollecitare unicamente l'esercizio di poteri già esauriti e, dunque, di essere vano.

Secondo il TAR Toscana tale profilo sarebbe superabile in quanto la sollecitazione del terzo alla pubblica amministrazione darebbe avvio ad un nuovo ed autonomo procedimento che consentirebbe alla medesima P.A. di esercitare poteri repressivi/inibitori («il controinteressato ha onere di attivare un procedimento di verifica dei presupposti della SCIA separato ed autonomo rispetto a quello ufficioso disciplinato dal comma 3 dell'art. 19»). Anche tale tesi, tuttavia, presenta aspetti problematici in quanto consentirebbe al terzo e alla P.A., di conseguenza, di poter attivare *sine die* l'esercizio di poteri che, nel disegno di liberalizzazione e semplificazione del Legislatore, avrebbero dovuto certamente essere circoscritti.

Il TAR Toscana ha rimesso allora alla Corte Costituzionale la questione di costituzionalità dell'art. 19, comma 6-*ter*, l. 7 agosto 1990, n. 241 nella parte in cui non prevede un termine per la sollecitazione da parte del terzo delle verifiche sulla SCIA e ciò sul presupposto che «l'assoluta illogicità e sproporzione del meccanismo di tutela *sine die* apprestato dall'art. 19 comma 6-*ter* alla posizione del soggetto leso dall'altrui SCIA nonché, in definitiva, un'illegittima compressione dei livelli essenziali delle prestazioni riconosciute al segnalante dalla norma nazionale».

Invero, secondo altro orientamento giurisprudenziale, la tutela effettiva del terzo potrebbe essere perseguita non solo attraverso gli strumenti di cui al comma 6-*ter* dell'art. 8,

ma altresì anche con una autonoma azione di accertamento da esperirsi nell'ordinario termine decadenziale dall'avvenuta conoscenza della SCIA²⁰. Tale interpretazione, seppur ben concilierebbe le esigenze di tutela del terzo con quelle di certezza giuridica del segnalante, tuttavia sembra non essere compatibile con l'art. 29, c.p.a., laddove il termine decadenziale di 60 giorni è previsto per l'impugnazione di atti amministrativi e non già per l'azione di accertamento.

6. *La graduazione della decorrenza degli effetti dell'annullamento*

Secondo una tradizionale impostazione l'annullamento d'ufficio ha effetti retroattivi. Tuttavia, questo non è esplicitato né nell'art. 21-*novies*, né nell'art. 21-*octies* l. 241/1990, né negli artt. 29 e 34 c.p.a. sugli effetti dell'annullamento giurisdizionale, ed è piuttosto frutto delle teorie generali in tema di nullità e annullamento dell'atto illegittimo.

Non si tratta però di un dogma imm modificabile: già in materia di contratti pubblici, ad esempio, gli effetti dell'annullamento dell'aggiudicazione in ordine alla sorte del contratto possono essere regolati in modo flessibile e variabile, *ex tunc*, *ex nunc*, o anche *de futuro*, con riferimento a un momento successivo alla data dell'annullamento, sia con riferimento all'annullamento giurisdizionale che a quello in autotutela. Talora la giurisprudenza, anche in ambiti diversi dalla sorte del contratto, ha ritenuto di poter graduare gli effetti dell'annullamento giurisdizionale, laddove l'annullamento *ex tunc* possa sortire un danno e non un vantaggio per l'interesse pubblico. Il giudice amministrativo, alla luce di una lettura dell'art. 34, comma 3 c.p.a., può legittimamente adottare una sentenza che «si limiti ad affermare l'illegittimità dell'atto impugnato, senza disporre l'annullamento, anche se il ricorrente non abbia esplicitato una domanda risarcitoria, quando, dall'esame della complessiva situazione venutasi a creare, il giudice ritenga che l'annullamento medesimo – lungi dal dare una vera e piena tutela al ricorrente – in realtà non sia altro che una fonte di danno

²⁰ Cfr. Consiglio di Stato, Sez. IV, 12.11.2015, n. 5161, secondo il quale «In materia edilizia, a fronte della denuncia di inizio attività è ammessa la tutela dei controinteressati configurandosi uno strumento di tutela compatibile con la natura privatistica della D.I.A. costituito, in particolare, da un'azione di accertamento autonomo che il terzo può esperire per veder acclarata la insussistenza dei presupposti che legittimano lo svolgimento dell'attività sulla scorta di una semplice denuncia».

sproporzionato per controinteressati che non abbiano determinato l'illegittimità degli atti»²¹.

La pronuncia pilota del Consiglio di Stato sul tema risale al 2011²² ed ha, in termini generali, affermato che il principio di effettività della tutela impone di verificare se la retroattività dell'annullamento sia effettivamente la misura più soddisfacente, o se invece l'annullamento debba operare *ex nunc*, o addirittura da un momento successivo alla sentenza.

Osserva la predetta decisione che la legislazione ordinaria non preclude al giudice amministrativo l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento. Da un lato, la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21-*novies*, l. n. 241/1990 e l'art. 34, c. 1, lett. a), c.p.a.). D'altro lato, dagli artt. 121 e 122 c.p.a. emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia.

Anche la giurisprudenza comunitaria ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia *ex tunc* dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto *ex nunc* o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione comunitaria modifichi o sostituisca l'atto impugnato. Tale giurisprudenza ha ormai trovato un fondamento testuale nel c. 2 dell'art. 264 del Trattato di Lisbona sul funzionamento della Unione Europea, che non contiene più il riferimento delimitativo alla categoria dei regolamenti («Se il ricorso è fondato, la Corte di giustizia dell'Unione europea dichiara nullo e non avvenuto l'atto impugnato. Tuttavia la Corte, ove lo reputi necessario, precisa gli effetti dell'atto annullato che devono essere considerati definitivi»).

Se questo è il quadro quanto al potere del giudice di graduare gli effetti dell'annullamento giurisdizionale, analoga riflessione andrebbe svolta in riferimento al potere di autotutela di annullamento della P.A. Nel giudizio di bilanciamento degli interessi

²¹ Consiglio di Stato, Sez. V, 22.01.2015, n. 284.

²² Consiglio di Stato, Sez. VI, 10.05.2011, n. 2775; Id., Sez. V, 26.01.2012, n. 340.

pubblici e privati in gioco, pertanto, l'annullamento in autotutela potrebbe, oltre che essere parziale, anche essere graduato quanto ai suoi effetti.

Già da tempo l'efficacia retroattiva dell'annullamento d'ufficio è stata messa in discussione per i provvedimenti amministrativi favorevoli, i soli rispetto ai quali si pone la questione della tutela delle situazioni giuridiche soggettive nel frattempo consolidate. Dunque, il fattore che sembra suscettibile di condizionare gli effetti nel tempo del provvedimento d'annullamento d'ufficio è dato dall'intangibilità dei diritti soggettivi dei terzi in buona fede. Vi è da dire tuttavia che il riconoscimento della non necessaria retroattività degli effetti dell'annullamento non tutela solamente le situazioni giuridiche soggettive del privato, «ma soddisfa altresì l'esigenza di non sacrificare quei fondamentali valori ordinali, come la sicurezza dei traffici giuridici e la certezza del diritto, che sono posti alla base dell'antitetico principio di irretroattività che vige per gli atti normativi, legislativi e non, nonché per i provvedimenti amministrativi di primo grado»²³.

7. *L'annullamento nelle procedure di evidenza pubblica*

Alla luce del nuovo codice sugli appalti si ripropone la questione della possibilità dell'esercizio dell'annullamento officioso dopo che l'affidamento dell'aggiudicatario sia stato consolidato dalla stipula del contratto impegnativo ed efficace. Si ripropone insomma la *vexata quaestio* se il perfezionamento del contratto costringa l'Amministrazione ad agire solo *iure privatorum*, oppure se permanga comunque la potestà pubblicistica di compiere atti di ritiro degli atti della procedura amministrativa d'evidenza pubblica.

Il *punctum crucis* della vicenda è dunque quello degli effetti che derivano al contratto medio tempore stipulato, nella considerazione che la disciplina dell'inefficacia del contratto, di cui agli artt. 121 e 122 c.p.a. riguarda l'annullamento pronunciato in sede giurisdizionale. Nell'attribuire siffatto potere all'autorità giudiziaria, tuttavia il legislatore ha ommesso di precisare se residui comunque in capo alla P.A. procedente il potere di intervenire in autotutela sugli atti di gara e quali effetti si producano sul contratto.

In considerazione del fatto che il d.lgs. n. 50 del 2016 si limita a fare salvo l'esercizio dei poteri di autotutela una volta divenuta efficace l'aggiudicazione, pare condivisibile la te-

²³ M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Giustamm*, n. 6/2016.

si prevalente in dottrina e in giurisprudenza secondo la quale l'annullamento in autotutela dell'aggiudicazione comporti la caducazione o la privazione degli effetti del contratto successivamente stipulato in considerazione della stretta consequenzialità funzionale tra aggiudicazione e stipulazione del contratto.

Sul punto si evidenzia che il Consiglio di Stato, in una recente pronuncia, ha affermato che un simile potere di annullamento in autotutela anche dopo la stipulazione del contratto - e con conseguente inefficacia di quest'ultimo - «trova ora un solido fondamento normativo, dopo le recenti riforme della l. n. 124 del 2015, anche nella previsione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241 del 1990, laddove esso si riferisce anche ai provvedimenti attributivi di vantaggi economici, che non possono non ritenersi comprensivi anche dell'affidamento di una pubblica commessa»²⁴.

Deve però valutarsi se il potere di annullamento sia sottratto all'applicazione del termine previsto dall'art. 21-*nonies*, l. 241/1990. L'espressa previsione contenuta nel codice degli appalti negli artt. 108, commi 1 e 1-*bis* e 176, commi 1 e 2, seppur riferita a specifiche ipotesi di risoluzione, del contratto e di cessazione della concessione, potrebbe in realtà aver introdotto un principio generale in materia di contratti pubblici, consentendo di estendere l'inapplicabilità del termine dei 18 mesi ad ipotesi ulteriori rispetto a quelle previste e, quindi, anche all'annullamento degli atti di gara, al fine di preservare il primato del diritto europeo. In questo senso è stato sostenuto che «le previsioni citate, nel disporre l'inapplicabilità del termine di 18 mesi, non costituiscono una deroga alla disciplina generale, quanto piuttosto un principio generale in materia di appalti dove le violazioni sono sempre riconducibili ad elusione della normativa europea e del principio della concorrenza»²⁵.

Abstract

The “automatic revocation” born as a privilege granted to the authority for the pursuit of the public interest, in recent years has increasingly been the subject of legislative interventions and jurisprudential interpretations. One of the reasons for the attention paid to the legal arrangement, is the profound evolution undergone by administrative law, such

²⁴ Consiglio di Stato, Sez. III, 23.03.2017, n. 1320.

²⁵ B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017, 58.

as to have significantly affected the concepts of public administration, public interest, authoritativeness, the relationship between public law and private law and the role of private individuals in administrative procedure; another reason is to link up with the similar power known by European law as well as in the need to ensure the effectiveness of European law. More generally, it can be said that the awareness has matured that relations between public administration and private should be based on respect for the principle of fairness and loyal cooperation on the part of both subjects of the legal relationship. Therefore the Administration is required to inspire its action not only on the principles of legality, impartiality and good performance, but also on the principle of behavior according to good faith and fair dealing. The recognition of the principle of fairness and loyal cooperation is particularly important in the case of self-protection which, as stated by the Constitutional Court, “is at the very delicate junction of the relationship between the administrative power and its re-exercise, on the one hand, and the protection of entrusting the private to the other”.

Ancona, febbraio 2019.