

25 OTTOBRE 2017

Sulla possibile configurazione di
un'autotutela doverosa
(anche alla luce del codice dei contratti
pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8
del 2017)

di Nicola Posteraro

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi Roma Tre

Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017) *

di Nicola Posteraro

Dottore di ricerca in Diritto amministrativo
Università degli Studi Roma Tre

Sommario: 1. Premessa. - 2. Precisazioni preliminari: sull'oggetto della doverosità e sulla correttezza del termine doverosità. - 3. I casi di annullamento doveroso nella manualistica tradizionale e le aperture della giurisprudenza amministrativa favorevole alla sua pericolosa estensione: il contrasto con i principi e le regole dell'attività amministrativa. - 4. La generalizzazione della doverosità: l'autoannullamento alla luce della modifica del 2014. - 5. L'intervento recente della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017: qualche perplessità. - 6. La deroga espressa all'articolo 21-*nomies* della legge 7 agosto 1990, n. 241: può il legislatore prevedere ipotesi di autoannullamento doveroso? Una possibile risposta alla luce del codice dei contratti pubblici.

1. Premessa.

In queste osservazioni, senza alcuna pretesa di esaustività, si cercherà di verificare se, all'interno del nostro ordinamento, sia possibile ammettere un'*autotutela doverosa* nel *quid*¹ (meglio, un autoannullamento doveroso nel *quid*²) e se il nuovo codice dei contratti pubblici, alla luce del correttivo che è su di esso recentemente intervenuto, valga in qualche modo a confermarne la plausibile configurazione³.

* Articolo sottoposto a referaggio. Lo scritto costituisce sviluppo del *paper* presentato in occasione del Convegno nazionale AIPDA ("Decisioni amministrative e processi deliberativi", 5-7 ottobre 2017, Università degli Studi di Bergamo), nell'ambito del panel "Decisioni amministrative e contratti pubblici" (chair and discussant: Proff. V. Caputi Jambrenghi; M. Dugato).

¹ In altra occasione, avevo parlato di doverosità dell'autoannullamento nel *quomodo* (N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *federalismi.it*, 2017); ritengo, però, che sia più corretto parlare di doverosità nel *quid*, da intendersi come doverosità rispetto al *come* decidere; di discrezionalità/vincolatività nel *quomodo*, invece, si può parlare nel caso in cui si intenda verificare quale libertà l'amministrazione abbia nell'apporre delle clausole accessorie o delle condizioni al provvedimento.

² Si tratta di quella trasformazione della facoltà di annullamento d'ufficio in atto dovuto, la cui mancata adozione, di fronte a vizi palesi del provvedimento, configura una condotta negligente e contraria alle fondamentali regole di correttezza e buon andamento della p.A. Cfr. A. GRECA, *A proposito del danno esistenziale provocato dal rifiuto della pubblica amministrazione di annullare d'ufficio i propri provvedimenti illegittimi – mancato rispetto delle regole di imparzialità, correttezza e buona amministrazione*, in *Giur. it.*, 2002, 537 e ss. Tra i contributi che affrontano questo argomento, si vedano, tra gli altri, P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 21 e ss.; E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. edil.*, 2015, 730 e ss.; si dà conto di questa nuova prospettiva, anche in M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi, intervento al seminario "La legge Madia e la riforma della pubblica amministrazione"*, in *federalismi.it*, 2015 oltre che in M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *giustamm.it*, 2016.

³ Sulle modifiche in genere apportate dal correttivo al codice dei contratti, si v. M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo al codice dei contratti pubblici: guida alle modifiche*, Giuffrè, Milano, 2017. La questione è

L'indagine verrà effettuata attraverso lo studio delle norme positive, oltre che tramite l'analisi della giurisprudenza e della dottrina che, generalmente, parevano (prima del 2005) e parrebbero (ancora oggi) ammetterla⁴.

Nella prima parte dello scritto, si darà conto dell'autotutela doverosa così come intesa da autori e giudici favorevoli alla sua configurazione. Lo scopo sarà quello di verificare come e se, in astratto, tali *annullamenti dovuti*, implicitamente derogatori delle regole positive di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990⁵, siano ammissibili nel nostro ordinamento e se, alla luce delle modifiche intervenute nel 2014, l'autoannullamento abbia perso del tutto il suo carattere tipico della discrezionalità. Si proporranno, in particolare, delle osservazioni a prima lettura della recente Adunanza Plenaria n. 8 del 2017.

Nella seconda parte, si cercherà di verificare se il legislatore possa, esso stesso, *ex ante*, prevedere casi di autoannullamento dovuto e se il D.Lgs. n. 50 del 2016 valga in qualche modo a fornire una risposta, indirettamente, a siffatto interrogativo; si terrà conto di quanto affermato a questo proposito dal Consiglio di Stato in sede consultiva nel recente parere rilasciato sullo schema di regolamento ANAC in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici, oltre che di quanto espressamente statuito dalle attuali versioni degli artt. 176 e 211, comma 2, dello stesso decreto (posto che erano questi i due articoli del

stata da sempre dibattuta. Nel 1939, da un lato, la monografia di Vincenzo Romanelli sosteneva che il potere in parola dovesse considerarsi connotato dalla obbligatorietà sulla base di “quella norma fondamentale, derivante dalla nozione stessa di Stato giuridico, e che si sintetizza nel principio di legalità a cui deve informarsi la pubblica amministrazione, nell'interesse imprescindibile della sua azione amministrativa” (V.M. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939 262); dall'altra, quella di Giuseppe Codacci Pisanelli, il quale giungeva al risultato opposto, affermando che, al di fuori delle ipotesi di controllo, “il potere ha natura senz'altro discrezionale” (G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Giuffrè, Milano, 1939, 151 e ss.). Sin dagli anni cinquanta del secolo scorso, questa seconda opinione è divenuta poi assolutamente prevalente, ed è stata recepita senz'altro nella sistemazione di Benvenuti sull'autotutela amministrativa (F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Giuffrè, Milano, IV, 1959, 537 e ss.), poi sostanzialmente ripresa anche nella codificazione della disciplina dell'annullamento d'ufficio operata dall'art. 21-novies introdotto nella legge n. 241/1990 dalla legge n. 15 del 2005 (B. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 480 e ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Giappichelli, Torino, 2005, 216).

⁴ Sull'autotutela in genere, *ex pluribus*, M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Il libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2015; M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*, 2015; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2011, 314 ss.; F. FRANCIOSI, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in A. CONTIERI, F. FRANCIOSI, M. IMMORDINO, A. ZITO (a cura di), *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, Napoli, 2010, II, 107 ss.; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in L. MAZZAROLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO, F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Il Mulino, Bologna, 2001, 1576 ss.

⁵ Nello scritto, si manterrà l'uso del numerale “*nonies*”, usato dalla legge, sebbene quello corretto sarebbe “*novies*”. Cfr. C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1177.

codice dei contratti sulla base dei quali, prima delle modifiche ad esso apportate dal correttivo, ci si poneva spesso a favore della ammissibilità legislativa di tale annullamento).

Resterà fuori dalla siffatta indagine, invece, lo studio (affrontato altrove⁶) relativo al se, in costanza di tali tipi di *autotutela doverosa*, sia possibile ravvedere *sempre* un *dovere di provvedere* della p.A. adita da *chiunque* richieda l'esercizio di tale potere dovuto, oppure no⁷.

Occorre infine precisare che l'idea di discutere di questa tematica è nata quando il codice dei contratti pubblici non era ancora stato "aggredito" (neppure officiosamente) dal correttivo *supra* menzionato.

Ora, alla luce degli interventi modificativi, lo scopo è quello di verificare:

- a) se davvero quelle norme del decreto che parevano confermare l'ammissibilità di tale normativizzata doverosità dell'autotutela fossero capaci di supportare la configurazione di questo riesame vincolato;
- b) se vi sia ancora lo spazio per rifarsi al codice dei contratti pubblici al fine di giustificare la sussistenza positivizzata di questo controverso e... pericoloso (per i motivi che si spiegheranno *infra*) potere.

2. Precisazioni preliminari: sull'oggetto della doverosità e sul corretto utilizzo del termine "doverosità".

Prima di entrare in *medias-res*, si ritiene opportuno fare alcune precisazioni:

- a) in primo luogo, si deve specificare che la doverosità di cui si discute in questo scritto è quella che attiene al *quid* del provvedimento e non, direttamente, all'*an* provvedere (dico direttamente perché, indirettamente, la doverosità nel *quid* provvedere comporta, inevitabilmente, una doverosità nell'*an* provvedere, visto che un'amministrazione costretta a provvedere in un modo determinato è, prima ancora, un'amministrazione costretta ad avviare officiosamente il procedimento prodromico alla emanazione del dovuto provvedimento a contenuto vincolato).

⁶ Cfr., se si vuole, N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, cit., in cui ho cercato di spiegare perché, nella mia prospettiva, la eventuale doverosità nel *quid* (la quale fa sorgere il dovere di avviare d'ufficio il procedimento prodromico alla menazione dell'atto finale, dovuto) non rilevi comunque al fine di ravvedere un obbligo di provvedere della p.A. adita da chi non sia legittimato a rivolgersi: reputo, infatti, che un procedimento, sebbene doverosamente avviabile d'ufficio, non possa comunque essere sollecitato da chiunque e che quindi resti valida la regola in base alla quale, nel caso di richiesta atta a sollecitare l'esercizio di un potere nato per legge come officioso, l'obbligo di provvedere sorga solo a fronte di quelle richieste avanzate da chi sia titolare di una posizione giuridico-soggettiva qualificata e differenziata (sulla distinzione tra richieste atte a richiedere l'esercizio di un potere ex lege a iniziativa privata -istanze- e richieste atte a sollecitare l'esercizio di un potere officioso, sia consentito rimandare a N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.A.*, in *Foro amm.*, 2015; sullo stesso tema, di recente, S. VERNILE, *Il provvedimento amministrativo, in forma semplificata*, Giappichelli, Torino, 2017).

⁷ Secondo alcuni autori, infatti, dalla configurazione d'un potere vincolato nel *quid* e quindi nell'*an*, deriva la consequenziale configurazione dell'obbligo di provvedere sempre. In verità, la prospettiva non convince (vd. nota 4). Si consideri, inoltre, che, se così fosse, allora il discorso dovrebbe valere per qualsiasi tipo di richiesta avanzata dal privato e atta a sollecitare l'esercizio di un potere sanzionatorio (il quale, di per sé, è doveroso -*rectius*, alla luce di quanto specificato alla lettera b) del testo di questo paragrafo, vincolato-).

La distinzione, apparentemente scontata, sembra sia invece trascurata, soprattutto in sede giurisprudenziale⁸; essa, al contrario, è fondamentale, in quanto: se è vero che, come detto, a fronte d'un provvedimento doveroso nel *quid* sussiste anche una inevitabile doverosità nell'*an*, non è altrettanto vero che, nel caso in cui rilevi un obbligo di avviare un dato procedimento (vincolatività nell'*an*), sussista pure, contestualmente, un obbligo di adottare un dato provvedimento. Ragionare della vincolatività nell'*an*, quindi, non aiuterebbe a indagare l'effettiva tematica oggetto di questa discussione.

La differenza, poi, è importante soprattutto laddove si studi il dovere di provvedere della p.A., a fronte d'una richiesta proveniente dall'amministrato: a parere di chi scrive, non è detto, infatti, che un provvedimento doveroso nel *quid* (da cui discende quindi un *dovere di procedere d'ufficio* da parte della p.A. titolare del potere) sia necessariamente doveroso nell'*an* anche a fronte d'una richiesta avanzata dal privato-amministrato: il dovere di provvedere in un modo determinato, non obbliga, comunque, la p.A. (tenuta officiosamente ad attivarsi) a rispondere alla domanda avanzata da qualsivoglia amministrato, sol perché atta a sollecitare l'esercizio di questo potere dovuto. Esclusivamente a fronte d'una richiesta presentata da un soggetto che sia titolare di una situazione giuridico-soggettiva qualificata e differenziata, infatti, l'amministrazione avrà un dovere di provvedere e di rispondere; negli altri casi, il suo silenzio non sarà in alcun modo stigmatizzabile dinanzi al giudice amministrativo, neppure nei casi in cui, officiosamente, essa debba aprire il procedimento al fine di emanare *quel* provvedimento dovuto (e coincidente con quello oggetto della richiesta avanzata da chi non sia legittimato a sollecitare l'esercizio del potere officioso). Ragionare in modo differente vorrebbe dire, altrimenti, riconoscere una *legittimazione generale* in capo ai generici amministrati, i quali, in quest'ottica, potrebbero sempre legittimamente sollecitare qualsiasi tipo di potere dovuto, pretendendone il relativo esercizio. Tuttavia, a quanto consta, neppure nel caso di poteri sanzionatori, *ex se* doverosi, si è mai riconosciuta una siffatta generalizzata legittimazione dei privati richiedenti⁹;

⁸ Soprattutto in tema di rapporti tra richiesta di intervenire in autotutela e dovere di provvedere, la giurisprudenza tende a confondere i due piani: in molte pronunce, infatti, essa legittima il silenzio inadempimento serbato dalla p.A. adita, affermando che il potere di riesame, essendo discrezionale, non può essere "preteso" dall'amministrato interessato (Cfr. l'appendice giurisprudenziale allo scritto di G. MARI, *L'obbligo di provvedere e i rimedi preventivi e successivi alla sua violazione*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017. Tuttavia, l'affermazione non è corretta: il fatto che un potere sia discrezionale nel *quid*, non esclude la possibilità che la richiesta diretta a sollecitarlo sia ammissibile, perché supportata da legittimazione dell'istante. La giurisprudenza, quindi, se proprio volesse giustificare il silenzio della p.A. adita dal richiedente l'esercizio del potere di riesame, rifacendosi alla discrezionalità, dovrebbe più esattamente parlare di *discrezionalità nell'an*, precisando che, a fronte di certe richieste di riesame (quelle inammissibili perché non supportate dalla legittimazione del richiedente -il quale abbia, ad esempio, lasciato spirare il termine decadenziale per impugnare il provvedimento di primo grado che reputa sia lesivo-), la p.A. resta comunque libera di considerare o meno la sollecitazione, non avendo alcun obbligo di "provvedere per soddisfare l'interesse del privato" (neppure qualora essa sia tenuta, per legge, officiosamente, a provvedere -vd. nota 1-).

⁹ È per questo che, invece, alla luce dell'abrogato art. 211, comma 2, del codice dei contratti pubblici, faceva tanto discutere quella "strana" generalizzata legittimazione degli amministrati introdotta dalla norma (la quale pareva derivare, in verità, dal considerando 122 della direttiva 24/2014): la regola, infatti, è quella della legittimazione specifica e

b) in secondo luogo, in questo scritto si parlerà di *potere d'annullamento doveroso*, pur se si ritiene che, forse, sarebbe più corretto parlare di potere di autoannullamento vincolato/obbligatorio. Non è del tutto opportuno, infatti, usare la doverosità come sinonimo di vincolatività/obbligatorietà: tutti i poteri pubblici sono connotati da quella doverosità che, com'è noto, è un altro riflesso del principio di legalità, sia che essi siano vincolati, sia che essi siano discrezionali¹⁰.

Non si discute, qui, quindi, di doverosità del “contenitore”, potremmo dire (il provvedimento inteso quale manifestazione del potere diretto alla cura dell'interesse pubblico), bensì, di obbligatorietà del suo “contenuto” (e, quindi, della necessità che quel contenitore venga riempito con quel determinato, specifico, *quid*).

3. I casi di annullamento doveroso nella manualistica tradizionale e le aperture della giurisprudenza amministrativa favorevole alla sua pericolosa estensione: il contrasto con i principi e le regole dell'attività amministrativa.

La manualistica ha tradizionalmente rinvenuto delle ipotesi di annullamento doveroso nei casi di: a) invalidità dichiarata dal giudice ordinario con sentenza passata in giudicato; b) annullamento in sede giurisdizionale o in sede amministrativa di atti presupposti; c) invalidità rilevata in sede di procedimento di controllo cd. successivo¹¹.

circoscritta ai casi in cui sussista un interesse legittimo del richiedente a ottenere un provvedimento. Oggi, alla luce dell'abrogazione intervenuta con il correttivo e delle nuove norme introdotte dalla l. 21 giugno 2017, n. 96, ci si deve chiedere se sia ancora possibile parlare di siffatta generalizzata legittimazione. Certo è che, se questa possibilità non si ravviserà e le nuove norme verranno interpretate nel senso di escludere la correlazione con il considerando 122, ci sarà forse il rischio di possibili contestazioni di illegittimità eurounitaria (cfr., se si vuole, N. POSTERARO, *La nuova legittimazione ad agire dell'ANAC (e la soppressione della raccomandazione vincolante all'esercizio dell'autotutela)*, in M.A. SANDULLI, M. LIPARI, F. CARDARELLI (a cura di), *Il correttivo*, cit., 493 e ss.).

¹⁰ F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005. Sul tema della doverosità, di recente, S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016).

¹¹ Cfr. A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Jovene, Napoli, 1989, 710 (classificazione ripresa, tra gli altri, di recente, da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017). Tuttavia, s'è detto che, in verità, alla luce dell'art. 21-*nonies*, in questi casi, sussiste, in capo alla p.A., un *dovere di procedere all'annullamento d'ufficio* che non fa comunque venir meno il carattere discrezionale dell'annullamento: cambia solo il carattere dell'interesse pubblico all'annullamento, che non è di segno positivo (all'annullamento dell'atto), ma di segno negativo (sussistenza di ragioni di interesse pubblico che impediscano nel caso concreto di procedere all'annullamento): V. CERULLI IRELLI, *Principii di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2005, vol. II, 261. Esattamente, si escludeva, invece, l'applicabilità dei principi e dei limiti dell'autoannullamento discrezionale, a prescindere dalle ipotesi suddette, in quei casi in cui, prima che si fosse compiuto l'iter di un procedimento amministrativo, l'autorità competente alla emanazione dell'atto conclusivo, avvedutasi di un errore nella procedura, eliminasse (e, se necessario, sostituisse) gli atti posti in essere erroneamente. In simili casi, non era indispensabile né un particolare interesse pubblico, né una motivazione (Cfr. Cons. St., sez. IV, 24 aprile 1972, n. 336; in dottrina, A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 505, nota 189).

Tuttavia, nel corso del tempo, la giurisprudenza amministrativa ha riconosciuto l'esistenza di altre ipotesi di... "pericolosa" doverosità¹²; ipotesi in cui, risultando l'interesse all'eliminazione dell'atto *in re ipsa* nell'esigenza di ripristinare la legalità violata, non vi sarebbe, stando a quanto affermato dai giudici, la necessità:

- a) di esplicitare le ragioni di pubblico interesse sottese alla emanazione del provvedimento di secondo grado;
- b) di effettuare un'adeguata valutazione dell'interesse privato coinvolto e destinato ad essere inciso negativamente dall'esercizio del potere officioso;
- c) di motivare, quindi, la scelta assunta, non sussistendo alcun momento di discrezionalità da dovere giustificare;
- d) di tener conto del tempo trascorso dal momento dell'azione del provvedimento originario.

Fin dall'introduzione dell'articolo 21-*nonies* nella legge n. 241 del 1990, avvenuto nel 2005 ad opera dell'articolo 14 della legge n. 15, la dottrina ha in verità iniziato a porsi il problema della compatibilità di tali ultimi orientamenti con il nostro ordinamento¹³.

La norma, infatti, anche alla luce delle recenti modifiche normative, segna il completo superamento del principio della "perennità della potestà amministrativa di annullare in via di autotutela gli atti invalidi"¹⁴ e conferma chiaramente la struttura dell'autoannullamento quale "provvedimento misto", in parte discrezionale e in

¹² Per una disamina dei casi in cui la giurisprudenza ha ritenuto doveroso l'annullamento prima della introduzione dell'art. 21-*novies* alla legge n. 241 del 1990, si veda S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, 1247 ss., la quale, sottolineava come questo tipo di annullamento rispondesse alla logica "ripristinazione della legalità - doverosità del ritiro dell'atto", classificandolo come "quel tipo di annullamento d'ufficio la cui validità è esclusivamente legata al riscontro dell'illegittimità". Cfr., pure, A. GRECA, *A proposito del danno esistenza provocato dal rifiuto della pubblica amministrazione di annullare d'ufficio i propri provvedimenti illegittimi, nota a giudice di pace di Bologna, 8 febbraio 2001*, in *Giur. it.*, 2002, III, 537 e ss., la quale evidenziava che, in tale prospettiva, a proposito dell'attivazione del potere di annullamento d'ufficio, "la ricostruzione deve altresì evidenziare la possibilità di una trasformazione della facoltà di annullamento d'ufficio in un atto dovuto, la cui mancata adozione, di fronte a vizi palesi del provvedimento, configurando una condotta negligente e contraria alle fondamentali regole di correttezza e buon andamento della p.a., comporta il risarcimento del danno subito dal cittadino". Per i casi più recenti, si veda *infra*, alla fine di questo paragrafo, oltre che R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, cit.

¹³ Cfr. D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, in V. CERULLI IRELLI, *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006, 397, la quale precisava che "vi [era] da domandarsi a questo punto se la previsione del 21-*nonies* non [avesse] inciso sulla possibilità riconosciuta dalla giurisprudenza richiamata di prescindere, nella ricorrenza di specifiche fattispecie, da una valutazione puntuale sull'interesse pubblico perché *in re ipsa*. La citata norma, infatti, oltre a porre la sussistenza delle ragioni di interesse pubblico come presupposto stesso del potere di annullamento, aggiunge altresì l'esigenza di tenere conto degli interessi dei privati e dei controinteressati". L'a. affermava infatti la possibilità di applicare l'istituto dell'annullamento d'ufficio così come previsto dalla norma anche a queste specifiche ipotesi di annullamento dovuto (come poi rilevato anche da R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2006, 557, secondo cui, alla luce della norma, "(...) non vi sono più margini per ritenere, a differenza di quanto affermato in passato da una parte minoritaria della dottrina, che, ogni qual volta l'amministrazione verifichi l'illegittimità di un precedente provvedimento, simile accertamento costituisca ragione da sola sufficiente per disporre l'annullamento").

¹⁴ Cfr. Cons. St., sez. II, 7 giugno 1995, n. 2917.

parte vincolato: dei 4 elementi su cui l'autoannullamento deve fondarsi, infatti, soltanto uno è vincolato (l'illegittimità dell'atto da rimuovere); gli altri (la sussistenza di un interesse pubblico al ritiro dell'atto, la considerazione "degli interessi dei destinatari e dei controinteressati" -ossia, la tutela dell'affidamento ingenerato nel privato¹⁵-, la valutazione della ragionevolezza del termine) richiedono, invece, senza alcun dubbio, una valutazione prettamente discrezionale dell'amministrazione titolare della funzione¹⁶.

Tuttavia, pure a fronte di siffatti palesati (e plausibili) dubbi, la giurisprudenza amministrativa, anche di recente, ha comunque continuato a perseverare nell'utilizzo di tale ambigua figura, in ciò supportata (oltre che, nel tempo, forse in modo non del tutto corretto, dal concetto di *doverosità* relativo al caso di atti amministrativi non conformi al diritto eurounitario¹⁷), anche dalle modifiche recentemente apportate, nel 2014, dal cd. decreto Sblocca-Italia, all'articolo 21-*novies* della legge n. 241/1990 (su cui, meglio, *infra*).

Ad esempio, la giurisprudenza ha proceduto con siffatto tipo di autoannullamento nei casi di illegittimo inquadramento di pubblici dipendenti, a proposito dei quali, poiché "*l'atto oggetto di autotutela produce un danno per l'amministrazione consistente nell'esborso di denaro pubblico senza titolo, con vantaggio ingiustificato per il dipendente*"¹⁸, essa ha evidenziato che a) non occorre una specifica *motivazione* sull'interesse pubblico all'intervento in autotutela, in quanto l'interesse atto a giustificare l'adozione dell'atto (quello a risparmiare e ad evitare spese non giustificate in base alla normativa) è *in re ipsa* ed è sufficiente, perciò, *l'esigenza di*

¹⁵ In dottrina, sulla riforma risultante dall'art. 21-*novies* e dai relativi decreti di attuazione, F. COSTANTINO nel volume a cura di A. ROMANO (*L'azione amministrativa*, Napoli, 2015), F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in federalismi.it, n. 20/2015; Id., *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in Diritto-amministrativo.org, 2016; A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, in A. RALLO, A. SCOGNAMIGLIO (a cura di) *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, Napoli, 2016, 75 ss.; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in federalismi.it, n. 16/2016.

¹⁶ Proprio alla luce della discrezionalità insita in siffatti elementi, si può ritenere escluso, in relazione alla scia, l'obbligo dell'amministrazione competente di adottare, ex art. 19 della legge 241 del 1990, i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3: è vero che il legislatore ha usato un indicativo presente ("adotta") che sembra obbligare l'esercizio del potere; ma è anche vero che proprio il richiamo alle condizioni previste dall'articolo 21-*novies* consente di superare questa prospettiva, dovendo invece essere correttamente inteso come comprensivo anche dell'apprezzamento discrezionale della consistenza e della rilevanza di tutti gli interessi pubblici e privati coinvolti.

¹⁷ *Ex pluribus*, sul tema, G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità tra gli ordinamenti*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, II, 2000, 505 e ss.; M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, II, 2008, 477 e ss.; N. PIGNATELLI, *L'illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo*, in *Giur. Cost.*, 2008, IV, 3635; C. DI SERI, *L'annullamento d'ufficio doveroso. Recenti sviluppi della giurisprudenza nazionale e comunitaria in tema di autotutela "vincolata"*, in giustizia-amministrativa.it. In verità, la dottrina maggioritaria ha ritenuto che, in siffatte ipotesi, si tratti di autotutela obbligatoria e non vincolata: le amministrazioni, cioè, devono avviare una procedura di riesame dell'atto contrastante, ma tuttavia l'esito della procedura resta legato alla loro valutazione (D. DE PRETIS, *Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 725 e ss.; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1245 ss.; D.U. GALETTA, *I procedimenti di riesame*, cit., 398; V. CERULLI IRELLI, F. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno, tra Stato e regioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2007, 859 e ss.).

¹⁸ Cfr. Cons. St., sez. III, 20 giugno 2012, n. 3603; nello stesso senso, Cons. St., sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4007.

ripristinare la legalità violata¹⁹; b) l'esercizio dell'autotutela non incontra nemmeno alcun limite temporale (cd. termine ragionevole), posto che, in questa prospettiva, non sussisterebbe, in capo al privato, nessun affidamento, avendo egli beneficiato di un *vantaggio ingiusto*²⁰.

Ancora, ha fatto applicazione della regola nei casi di illegittima concessione di finanziamenti: qui, i giudici equiparano questi casi all'ipotesi generale di esborso senza titolo di denaro pubblico, ribadendo che l'interesse pubblico all'annullamento del finanziamento rileva comunque *in re ipsa* e non richiede nessuna specifica motivazione²¹.

I casi più frequenti di annullamento dovuto, però, hanno riguardato e riguardano l'esercizio del potere di autotutela nei confronti delle concessioni edilizie illegittime. In queste ipotesi, i giudici ritengono che l'annullamento d'ufficio non necessiti di un'espressa e specifica motivazione, perché *“la concessione rilasciata in violazione delle norme urbanistiche pregiudica di per sé gli interessi alla cui salvaguardia è preordinata la stessa normativa”*: *“a fronte di un'attività edilizia palesemente illegittima”*, essi specificano, *“la concomitanza di una specifica esigenza di ripristino della legalità non lascia adito a dubbi sul rispetto delle condizioni basiche per l'adozione dell'atto autoannullativo”*²². Ancora più chiaramente, viene affermato che *“l'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia (ora permesso di costruire) non necessita di una espressa e specifica motivazione sul pubblico interesse al ritiro, configurandosi questo nell'interesse della collettività al rispetto della normativa urbanistica”*²³.

Di recente, la giurisprudenza ha poi fatto applicazione di tale figura nel caso di ritiro della assegnazione in locazione di immobile comunale: anche qui, essa ha affermato, *“l'interesse patrimoniale sotteso dalla determinazione dell'ente, finalizzata all'adeguamento del canone di locazione ai parametri di legge, costituisce ex se, senza necessità di ulteriori dissertazioni argomentative, una valida attestazione della sussistenza dell'interesse pubblico prevalente ai sensi dell'art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990, n. 241; l'interesse dell'amministrazione al ripristino della legalità con riguardo ad un profilo di particolare rilevanza pubblica, e cioè l'utilizzazione del patrimonio immobiliare secondo modalità*

¹⁹ Cfr. Cons. St., sez. III, 15 aprile 2013, n. 2022.

²⁰ Tra le altre, cfr. Cons. St., sez. III, 20 giugno 2012, n. 3625. Mi sembra che l'orientamento riprenda quella radicale impostazione che negava in radice la possibilità di servirsi del concetto di affidamento come limite al potere di annullamento di provvedimenti illegittimi ritenendo che l'affidamento non potesse nascere che da un provvedimento legittimo e ribadiva (secondo le più antiche e rigorose posizioni) che i provvedimenti illegittimi non potessero far nascere posizioni tutelate e che non vi potesse essere affidamento a conservare situazioni sostanziali difformi dalla legge.

²¹ Cfr. Cons. St., sez. III, 4 giugno 2012, n. 3290. Contra, Tar Sardegna, sez. I, 7 febbraio 2017, n. 92, secondo cui, *“Ai sensi dell'art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990, n. 241, l'annullamento d'ufficio della concessione di finanziamenti pubblici deve essere motivato con puntuale riferimento non soltanto alla violazione di legge inficiante il provvedimento ma anche a concreti motivi di interesse pubblico attuale che giustificano il ritiro, nonché agli interessi dei destinatari e degli eventuali controinteressati”*. Ha chiarito il Tar che l'amministrazione che interviene in autotutela deve farsi carico di spiegare quali concrete ragioni, sussistenti al momento del ritiro e prevalenti sull'affidamento ingenerato nel destinatario del provvedimento favorevole, ne rendano necessario l'annullamento (nello stesso senso, Cons. St., sez. IV, 24 ottobre 2016, n. 4411; id., sez. V, 20 settembre 2016, n. 3910). Non è a tal fine sufficiente il riferimento all'illegittimità dell'atto annullato senza la ponderazione dei vari interessi che vengono in rilievo, anche alla luce del tempo decorso dal rilascio del provvedimento favorevole.

²² Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, sez. II, 29 maggio 2014, n. 386; Cons. St., sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915.

²³ Cfr. TAR Sardegna, Cagliari, 386/2014.

*remunerative per le casse comunali, ben può ritenersi prevalente rispetto all'interesse dell'occupante a permanere nell'immobile in questione nel quale opera stabilmente da anni sulla base di un contratto di locazione*²⁴.

Non può non rilevarsi l'evidente contrasto che sussiste tra la configurazione di tale figura dell'annullamento doveroso e quei principi generali (consolidati) in materia, che, affermati costantemente dalla giurisprudenza amministrativa, com'è noto, hanno anche trovato una espressa codificazione, nel 2005, proprio nell'articolo 21-*nonies* della legge n. 241/1990.

Sulla base di essi, come si sa:

a) non basta l'illegittimità del provvedimento, per far sì che la p.A. possa legittimamente intervenire per annullare un atto di primo grado illegittimo; l'eliminazione del provvedimento, cioè, non può trovare la propria giustificazione nella mera esigenza di ripristinare la legalità violata, come invece sarebbe nei casi di annullamento doveroso: è necessario, infatti, che sussistano specifiche "ragioni di interesse pubblico", le quali, non coincidenti con la suddetta necessità di ristabilire la legalità (essendo un qualcosa di più, rispetto ad essa), vanno individuate nel caso concreto, dalla p.A. procedente, tramite un'indagine della realtà fattuale²⁵.

L'amministrazione non può più essere considerata come titolare di un potere semplicemente "esecutivo" rispetto alla legge²⁶. Dopotutto, se davvero così fosse, verrebbero anche meno, altrimenti, proprio quegli aspetti che differenziano l'annullamento che l'amministrazione pronuncia al termine di un procedimento di riesame, dall'annullamento contenzioso e dall'annullamento giurisdizionale²⁷.

Se compito dell'amministrazione è quello di perseguire sempre il soddisfacimento di un pubblico interesse, l'invalidità del provvedimento non è sufficiente a giustificare la caducazione, perché il provvedimento, pur illegittimo, può aver tuttavia conseguito quell'obiettivo e, soprattutto, la sua

²⁴ Tar Sardegna, sez. II, 12 aprile 2017, n. 255.

²⁵ Avallare la legittimità di tali annullamenti vorrebbe dire accettare una concezione astratta dell'interesse pubblico che, a priori, ne esaurirebbe la definizione nella norma (quando invece proprio tale interesse deve essere concretamente identificato a posteriori dopo l'acquisizione dei fatti e l'apprezzamento degli interessi; sul punto, E. ZAMPETTI, *Motivazione in re ipsa e autotutela decisoria*, in *Libro dell'anno del diritto*, Treccani, Roma, 2015). Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, cit., 284, secondo cui: "a prescindere dalla sua esatta collocazione tra gli elementi dell'azione amministrativa (presupposto, fine, motivo) l'interesse pubblico concreto non può apparire infatti, se non a posteriori, immanente nella situazione reale considerata, rappresentando invece, nel fieri del procedimento amministrativo, il risultato di una sintesi tutt'altro che prevedibile ed a priori scontata".

²⁶ Il riferimento è a G. ZANOBINI, *L'attività amministrativa e la legge*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, I, 281 ss., ora anche in *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 203 ss.

²⁷ Sul punto, già, G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 316. Come rilevato da M.A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa. Il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in ID. (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., 11, i limiti tracciati dall'art 21-*nonies* della l. 241, lungi dal derogare al principio di legalità, ne costituiscono logica espressione, in coerenza con la sua operatività per l'esercizio di qualsiasi potere amministrativo.

eliminazione può comportare inconvenienti maggiori, sempre sul piano dell'interesse pubblico, alla sua conservazione²⁸;

b) inoltre, sempre ai sensi della norma positiva, è necessario che la p.A., prima di decidere se annullare oppure no, tenga in debito conto, oltre che del tempo intercorso tra momento dell'eventuale ritiro e momento dell'adozione del provvedimento di primo grado adottato, anche degli "interessi dei destinatari e dei controinteressati", prendendo atto, tra le altre cose, della sussistenza di un potenziale conflitto tra l'interesse (pubblico) all'annullamento e quello (dell'amministrato) al mantenimento del provvedimento illegittimo²⁹: ciò al fine di non sacrificare, ingiustamente, l'affidamento riposto dai privati (sulle cui situazioni giuridico-soggettive il disposto annullamento officioso andrebbe negativamente ad incidere)³⁰. Al contrario, un annullamento doveroso, quindi vincolato, non attribuisce alcuna rilevanza all'interesse privato e all'affidamento da questi maturato (e, prima ancora, al tempo intanto intercorso), facendo sì che

²⁸ Le ragioni di interesse pubblico devono inerire alla competenza dell'organo amministrativo e devono essere della stessa specie di interesse che "era stato curato o avrebbe dovuto essere curato dall'atto originario" (G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 263; nello stesso senso, A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce*, cit., 218).

²⁹ Non necessariamente coloro che hanno un interesse alla conservazione dell'atto originario sono i destinatari del medesimo, come pur non necessariamente coloro che hanno un interesse all'eliminazione dell'atto sono i controinteressati. Come rilevato, nonostante l'art. 21-*nonies* sembri porre sul medesimo piano gli interessi dei soggetti privati coinvolti, è da ritenersi che l'amministrazione dovrà tributare particolare attenzione agli interessi di coloro che hanno tratto vantaggio dal provvedimento illegittimo e hanno fatto affidamento sulla sua stabilità. Infatti, i titolari di interessi opposti al provvedimento hanno, a loro disposizione, a tutela del proprio interesse, la sua diretta impugnazione, e se non utilizzano tale possibilità "non possono certo contare su un ipotetico futuro annullamento d'ufficio a tutela dell'interesse pubblico": G. FALCON, *Lezioni*, cit., 179.

³⁰ Sebbene non abbia avuto fortuna la proposta -Senato della Repubblica, d.d.l. n. 1281 presentato il 21 marzo 2002- di esplicitare nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, fra i principi da cui è retta l'attività amministrativa, anche quello di legittimo affidamento, va comunque ricordato che il riferimento, comprensivo e dinamico, aggiunto dalla legge n. 15 del 2005 nello stesso art. 1 della legge n. 241, fra i criteri che reggono l'attività amministrativa, ai "principi dell'ordinamento comunitario", comporta il richiamo anche del principio di affidamento. L'affidamento è quel criterio regolativo del rapporto fra due contrapposti interessi: da un lato l'interesse individuale del singolo alla persistenza di un quadro giuridico sul quale ha contato e che ha assunto a base delle sue valutazioni e delle sue scelte, e, dall'altro, la necessità di mantenere flessibilità e adattabilità all'azione dell'organo amministrativo. Le relazioni tra pubblica amministrazione e privato devono sempre essere basate sul rispetto del principio di correttezza e di leale collaborazione da parte di entrambi i soggetti del rapporto giuridico. Così 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 (l'autotutela come colto dalla recente sentenza n. 49 del 2016 della Corte costituzionale, "*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*"). Cfr. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016. Per lungo tempo, per lo meno fino agli anni settanta del secolo scorso, dottrina e giurisprudenza hanno usato, in tema di annullamento d'ufficio, argomentazioni nelle quali l'affidamento restava estraneo: il Consiglio di Stato, ad esempio, assorbiva l'interesse del privato alla conservazione del provvedimento nell'interesse pubblico alla certezza delle situazioni giuridiche, mancando il riconoscimento di una posizione soggettiva del privato (F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., 75 e ss.). Solo negli anni ottanta la giurisprudenza ha iniziato ad accogliere la razionalizzazione dottrinale del decennio precedente sul principio di tutela dell'affidamento del cittadino (R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, cit., 568).

esso sia destinato ad essere sacrificato, *in toto*, anche laddove sia stato riposto incolpevolmente (e meriti, quindi, al contrario, di essere tutelato)³¹.

Anche il legislatore del 2015, dopotutto, intervenendo sulla norma che disciplina l'annullamento d'ufficio, ha esplicitamente tenuto conto di tale principio, limitando temporalmente il potere di annullamento, nel caso di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, al fine di parametrare, nel massimo dei diciotto mesi, il tempo ragionevole entro cui l'amministrazione possa aggredire il provvedimento già esistente³².

Siffatta nuova 'regola generale', che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati, è una regola di certezza dei rapporti, che, rendendo imm modificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, fa evidentemente prevalere l'affidamento³³, il quale viene così concepito come "posizione soggettiva fondamentale" e non più solo come posizione indirettamente protetta in caso di non corretto esercizio del potere di autotutela³⁴.

Allora, è sicuramente contraddittorio pensare al fatto che l'affidamento non rilevi al fine di legittimare l'esercizio di un potere di annullamento: la recente modifica, che costituisce un vero e proprio 'nuovo paradigma' nei rapporti Stato-cittadino, in questo senso, depone anzi proprio a sfavore della

³¹ "L'interesse del privato, anche se in ipotesi incolpevole e consolidato, perde tuttavia, di rilevanza e diviene irrimediabilmente recessivo rispetto all'interesse pubblico, laddove il potere di autotutela incida su una concessione edilizia relativa ad un'area soggetta a vincolo paesaggistico che comporti penetranti limitazioni della possibilità di edificazione": TAR Sardegna, Cagliari, II, 29.5.2014, n. 386; si veda anche Cons. St., VI, 14.4.2015, n. 1915. Sui rapporti tra affidamento e annullamento, tra tanti, si v. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss. La dottrina ha precisamente individuato il fondamento della tutela riconosciuta all'affidamento nel principio di buona fede inteso quale obbligo di correttezza (F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Giuffrè, Milano, 2001).

³² Come rilevato da M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio*, cit., "si tratta di un tassello importante nella ricostruzione della relazione tra pubblica Amministrazione e privato all'insegna non più del privilegio amministrativo, bensì della leale collaborazione e del riequilibrio tra le parti del rapporto. Il fattore temporale è nevralgico nella dialettica tra le ragioni di interesse pubblico sottostanti al potere d'annullamento d'ufficio e le esigenze di certezza nei rapporti tra amministrazioni e privati". Cfr., di recente, TAR Campania, Napoli, sez. II, 9 febbraio 2016, n. 698, con la quale è stato anche ribadito che "l'annullamento è stato, pertanto, connotato dall'art.21-*nonies*, come modificato da ultimo dalla Legge 7/8/2015, n.124, in termini di rinnovata manifestazione, entro un termine ragionevole, della funzione amministrativa. In tale ambito rilevano, oltre all'attualità di un interesse pubblico distinto ed ulteriore rispetto al mero ripristino della legalità violata, anche gli interessi di tutte le parti coinvolte e il tempo trascorso dalla determinazione viziata. Per effetto dell'art. 21-*nonies*, l'esercizio della potestà di autotutela decisoria richiede non solo l'esistenza di un vizio dell'atto da rimuovere, ma anche la sussistenza di un interesse pubblico e la sua comparazione con gli interessi dei destinatari e dei controinteressati, quando, per effetto del provvedimento illegittimo, siano sorte posizioni giuridiche qualificate e consolidate nel provvedimento reputato illegittimo, siano sorte posizioni giuridiche qualificate e consolidate nel tempo".

³³ Cons. Stato, Comm. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, sullo schema di decreto legislativo recante "Attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività" (cd. 'SCIA 1'), punto 8.1.

³⁴ Sull'affidamento nel caso di annullamento d'ufficio del provvedimento di primo grado, di recente, cfr. F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, 462 e ss. (in particolare, 466).

riconoscibilità di questa figura dell'annullamento doveroso, inteso come potere sempre esercitabile, quando dovuto, anche a prescindere dai tempi trascorsi³⁵⁻³⁶.

È ancor più necessario, quindi, oggi, quel complesso bilanciamento “tra l'esigenza di assicurare il rispetto della legalità e quella di garantire gli operatori e, soprattutto, gli investitori, della stabilità dei titoli di abilitazione all'esercizio di attività economiche e, in termini più generali, al godimento di benefici”³⁷.

³⁵ Per F. MERUSI, *Il sogno di Diocleziano. Il diritto nelle crisi economiche*, Giappichelli, Torino, 2013, 47, la tutela dell'affidamento costituisce corollario della certezza del diritto e sua applicazione concreta (a questo proposito, si veda M. LUCIANI, *Il dissolvimento della retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica (Parte Prima)*, in *Giur. it.*, 2007, 15-16, il quale precisa, invece, che certezza del diritto e protezione del legittimo affidamento vanno tenuti distinti, perché la certezza evoca “un plesso di caratteristiche oggettive dell'ordinamento”, mentre l'affidamento involge diritti fondamentali del cittadino e tutela la sfera di libertà. La giurisprudenza distingue spesso tra certezza e affidamento per negare tutela del privato: essa ritiene infatti necessario “distinguere l'affidamento dal principio di certezza del diritto, che si raggiunge nel momento in cui il trascorrere del tempo ha raggiunto il suo massimo fattore di potenziamento dell'affidamento”; con la conseguenza di ritenere che l'annullamento poco tempo dopo l'emanazione di un'aggiudicazione rende l'affidamento del privato “debole e recessivo” (Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440).

³⁶ È chiaro, quindi, che la legge sul procedimento ha contribuito a fornire l'affermarsi di una nuova legalità: non una legalità-legittimità, ma una legalità-giustizia; non si tratta soltanto più di controllare e assicurare a conformità dell'attività amministrativa all'ordine normativo preesistente, ma di dare vita, proprio attraverso il confronto di tutti gli interessi coinvolti, ad un giusto e originale assetto di tali interessi: M. NIGRO, *Procedimento amministrativo*, cit., 33 e ss. Proprio a proposito dei rapporti tra affidamento e tempo, si può dire che il primo è anzi così tanto importante da prevalere, pure, sul breve lasso del secondo che sia intercorso tra momento dell'adozione del provvedimento di primo grado e momento dell'annullamento. Come si è osservato, “il pieno sfruttamento dell'atto amministrativo, anche se avvenuto in tempi brevi, ma con grande impiego di mezzi economici e con l'avviamento dell'attività imprenditoriale conseguente, determina un consolidamento della situazione e un affidamento del privato di certo maggiore di quelli che potrebbero ipotizzarsi quando il privato, pur avendo ottenuto da molto tempo i provvedimenti favorevoli richiesti, non li utilizza”. Se ne è esattamente ricavato che non è quindi (solo) il tempo a determinare il consolidamento delle situazioni, ma gli elementi di cui quel tempo si è riempito ossia, in conclusione, che non è tanto il tempo ad avere importanza quanto l'uso che il privato ha fatto del provvedimento. Si è anche puntualizzato che “è il principio di buona fede sub specie di tutela dell'affidamento che legalizza il tempo della illegittimità ed impedisce che il tempo naturale, quello dell'accertamento della illegittimità, possa avere conseguenze. Il tempo dell'affidamento rende certa la conservazione dell'atto ed annulla il tempo naturale che imporrebbe il ripristino della legalità”. Ne risulta la contrapposizione fra “il tempo della buona fede e il tempo della legge”, e fra la certezza nel tempo dell'azione amministrativa, imposta dal legislatore per rispondere alle esigenze del mercato, e la “certezza senza tempo con la quale un principio di diritto romano comune ha corretto e corregge ogni ordinamento codificato sostituendo al tempo naturale della legge il tempo del diritto quando il tempo della legge non dà risultati coerenti con la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini” (G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di Varenna 2002 Giuffrè, Milano, 2003, 209 ss. ; F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, cit.).

³⁷ M. A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in federalismi.it, n. 17/2015. V. anche dello stesso A., la *Postilla*, *ivi*, n. 20/2015. Proprio tenuto conto della rilevanza assunta dal principio dell'affidamento nell'ordinamento giuridico attuale, il Consiglio di Stato ha di recente rimesso all'Adunanza Plenaria, con ordinanza collegiale n. 1337 del 2017, la questione “se l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (nella specie, trasferito *mortis causa*) debba essere congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio”. L'Adunanza Plenaria, con sentenza n. 9/2017, ha precisato che “il provvedimento con cui viene ingiunta, sia pure tardivamente, la demolizione di un immobile abusivo e giammai assistito da alcun titolo, per la sua natura vincolata e rigidamente ancorata al ricorrere dei relativi presupposti in fatto e in diritto, non richiede motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse (diverse da quelle inerenti al ripristino della legittimità violata) che impongono la rimozione dell'abuso. Il principio in questione non ammette deroghe neppure nell'ipotesi in cui l'ingiunzione di demolizione intervenga a distanza di tempo dalla realizzazione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti

Diverso, si può dire, è vero, il caso in cui sussista la malafede dell'amministrato e quindi non rilevi la componente soggettiva dell'affidamento del privato, intesa come buona fede del soggetto che pone fiducia nello stato di cose esistente: in questo caso, è esclusa la necessità che l'amministrazione prenda in considerazione l'interesse dell'amministrato, nel valutare la rilevanza dell'interesse pubblico³⁸. Si potrebbe quindi affermare che, in queste ipotesi di malafede, l'annullamento doveroso non contrasti, in astratto, con la norma suddetta, nella parte in cui questa richiede il contemperamento di interessi di cui s'è detto. Tuttavia, se è vero che nel caso di malafede del destinatario del provvedimento da annullare non sia da considerare il di lui interesse privato alla stabilità del titolo, a voler esser rigorosi, resta comunque valido quanto stabilito dalla norma in relazione agli altri elementi, dunque:

- 1) affinché si configuri la possibilità di procedere all'annullamento, è comunque necessario sussista un interesse pubblico diverso da quello al mero ripristino della legalità, il quale deve essere debitamente "spiegato" nella motivazione finale (la quale si configura, così, quale espressione necessaria dei principi di imparzialità e di trasparenza, quale strumento per legittimare l'esercizio del potere agli occhi della collettività)³⁹;
- 2) resta sempre comunque necessario il contemperamento di questo necessario interesse pubblico ulteriore con gli altri interessi privati (diversi da quelli del titolare del provvedimento, in concreto assenti) comunque rinvenibili nel caso concreto⁴⁰.
- 3) resta valida la regola del termine ragionevole, che, laddove il riesame vada a incidere su provvedimenti di primo grado autorizzatori o attributivi di vantaggi economici, non deve comunque superare i 18 mesi, salvo che la malafede non sia stata connessa a comportamenti penalmente perseguibili e oggetto di sentenze definitive di condanna;

c) infine, com'è noto, le ragioni di interesse pubblico ravvisate nel concreto e quelle che inducano la p.A. a farlo prevalere sugli altri interessi privati coinvolti, anche alla luce dei tempi trascorsi, devono

intenti elusivi dell'onere di ripristino".

³⁸ Talvolta, per escludere la rilevanza dell'interesse privato ai fini dell'esercizio del potere di autotutela, alcune pronunce richiamano il concetto di autoresponsabilità rilevando che se "è pur vero che l'adozione di provvedimenti autorizzativi garantisce il destinatario degli stessi circa la presumibile legalità del suo agire", residua pur sempre "un vasto margine accertativo, presidiato dallo statuto dell'autoresponsabilità: canone di diretta proiezione sia dei principi della solidarietà sociale sia dell'articolo 27 Cost., posto che tale ultima norma (trascendendo la materia penalistica) affianca al rilievo della colpevolezza quale presidio dagli addebiti non imputabili anche quello di stimolo a condotte comunque non intrinsecamente connotate da colpevoli illegalità" (TAR Campania, Napoli, VIII, 7 gennaio 2015, n. 32; in tema, si veda anche Cons. St., V, 30 luglio 2012, n. 4300; Cons. St., V, 8 novembre 2012, n. 5691; TAR Puglia, Lecce, III, 18 marzo 2015, n. 923; TAR Lazio, Latina, I, 20 marzo 2013, n. 249).

³⁹ Cfr. A. ROMANO TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, 3744.

⁴⁰ Asserzione supportata, mi pare, indirettamente, dalla ordinanza di rimessione all'Adunanza Plenaria da parte del Consiglio di Stato (vd. paragrafo 58): essa, ponendo il quesito relativo alla necessità che la scelta assunta dopo molto tempo venga motivata e dunque dia conto del potere discrezionale esercitato, specifica che la risposta va fornita "indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo".

necessariamente essere esplicitate nel provvedimento finale di secondo grado, in una motivazione approfondita che sia atta a giustificare l'attività di valutazione svolta dall'amministrazione, oltre che, contestualmente, a rendere edotto l'amministrato circa il perché di certe decisioni che lo riguardano⁴¹.

Al contrario, come s'è visto, dalla doverosità del potere officioso discende una vera e propria dequotazione della motivazione (il dovere di motivazione viene assorbito dal dovere di provvedere - rectius, dall'obbligo di provvedere in un modo determinato-), la quale, rendendo ancora più evidente la frizione di siffatte ipotesi giurisprudenziali con la disciplina dell'autotutela, si pone, inoltre, in chiaro contrasto con la funzione di garanzia riconosciuta all'istituto: l'assenza di motivazione impedisce al privato di conoscere sotto quali specifici profili, anche in rapporto alla concreta situazione di fatto, l'annullamento sia opportuno⁴².

Appare chiaro, quindi, che le suddette ipotesi di annullamento doveroso, in costanza delle norme che attualmente lo regolano, contrastano apertamente coi principi cardine posti a base delle regole stesse⁴³: pertanto, si può affermare che la prassi giurisprudenziale atta a ravvisare ipotesi di annullamento vincolato, tenuto conto del sistema attualmente in vigore, non è affatto condivisibile.

⁴¹ Continua a essere necessaria, per l'autoannullamento, una motivazione *ad hoc* sulla attualità dell'interesse pubblico alla rimozione, non essendo sufficiente una motivazione che si limiti a invocare la mera esigenza di ripristino della legalità (la questione è stata trattata in maniera molto convincente dalla recente sentenza (Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341).

⁴² Sul problema della dequotazione della motivazione, M. RAMAJOLI, *Lo statuto del provvedimento amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 459 ss.; F. CARDARELLI, *La motivazione del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017, 300 ss.

⁴³ Addirittura, la discrezionalità si è mantenuta nei casi di atto viziato per incostituzionalità derivata (come scriveva, già all'inizio degli anni '60, A. CERVATI, *Gli effetti della pronuncia di incostituzionalità delle leggi sull'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 1963, 1231). Diversamente, dottrina e giurisprudenza maggioritarie hanno riconosciuto il carattere della vincolatività all'autotutela tributaria: in questi casi, infatti, la Corte di cassazione, sez. III, 19 gennaio 2010, n. 698, si è pronunciata in modo affermativo sulla domanda circa la possibilità che l'amministrazione risponda *ex art.* 2043 c.c. per il mancato o ritardato annullamento in autotutela di un atto illegittimo. La Corte si è pronunciata su un caso di illegittima pretesa tributaria, ricordando di avere già affermato (Cass., sez. I, 23 luglio 2004, n. 13801) la possibilità di riconoscere il risarcimento del danno sopportato per ottenere l'annullamento in autotutela di un provvedimento (danno rappresentato dalle spese legali sostenute per ricorrere contro l'atto illegittimo). La pronuncia chiarisce la responsabilità della p.A. che, omettendo di adottare tempestivamente il provvedimento in autotutela, costringe il privato alle spese necessarie per proporre ricorso e prevenire, per questa via, all'annullamento dell'atto. Il giudice ordinario, quindi, tenuto conto del danno derivante dall'atto illegittimo, essendo l'autotutela il mezzo che avrebbe comportato da solo di evitare l'esplicazione degli effetti dell'atto medesimo, non si ritiene indebitamente interferente sulle modalità di esercizio del potere amministrativo, trattandosi di accertare che il danno derivante dall'atto illegittimo abbia sviluppato tutti i suoi effetti, per non essere l'amministrazione tempestivamente intervenuta ad evitarli. Più recentemente, la Corte di cassazione, sez. II, 20 aprile 2012, n. 6283 ha escluso che la semplice richiesta di tributo non dovuto possa autonomamente configurare la responsabilità dell'amministrazione, a tal fine dovendosi altresì accertare che quest'ultima non ha osservato criteri di imparzialità, correttezza e buona amministrazione. Secondo il giudice ordinario, dette regole impongono all'amministrazione, informata dell'errore commesso, di attivare le necessarie verifiche e, riconosciuto l'errore, di annullare il provvedimento viziato senza spazi di discrezionalità. La Corte riferisce questo principio anche nell'ipotesi in cui il privato abbia lasciato scadere il termine per impugnare il provvedimento innanzi al giudice competente ad accertarne la illegittimità, risultando pertanto costretto ad affidarsi all'autotutela della p.A.

La precisa regola positiva, in forza del generalissimo principio di legalità, non mi pare consenta deroghe implicite di sorta. L'annullamento, per usare una espressione non troppo recente, ma assolutamente attuale, esige una forma che dia garanzie non minori di quelle dell'atto sul quale è destinato ad operare⁴⁴. Tuttavia, il rischio è che la complessiva disciplina tracciata dall'art. 21-*nonies*, a causa di questi orientamenti giurisprudenziali meno garantisti dell'attuale previsione positiva, venga interpretata come mera norma manifesto e svuotata dall'interno, nonostante i recenti interventi atti a scongiurare siffatto pericolo, con tutto ciò che ne consegue: la mancanza di stabilità del rapporto giuridico amministrativo, infatti, mina la sicurezza e la certezza delle relazioni sociali, valori oggettivi determinanti dello Stato di diritto e ineliminabili per un'ordinata convivenza.

Se nei rari casi in cui il legislatore è chiaro, la giurisprudenza individua regole autonome *in peius*, l'attività economica non avrà davvero alcuna speranza di ripresa⁴⁵. In questo modo, persistendo l'effetto di precarietà, i privati non sono disposti ad entrare in relazione con l'amministrazione di cui non si fidano; si genera, inevitabilmente, una perdita per il benessere collettivo⁴⁶.

Mi sembra che, in tal modo, si torni a riconoscere la sussistenza delle tradizionali barriere protettive dell'autoritarismo e i connessi privilegi della pubblica amministrazione: l'annullamento d'ufficio sembra essere nuovamente espressione di sovranità. Esso, invece, deve necessariamente passare, come è stato, attraverso il principio di legalità, al pari di ogni altro potere amministrativo. In uno Stato di diritto, cioè, il potere di interferire in modo autoritativo sulla sfera giuridica altrui deve essere evidentemente definito e delimitato da un contesto normativo chiaro e certo: l'esigenza di certezza dovrebbe prevalere su quella di legittimità⁴⁷.

4. La generalizzazione della doverosità: l'autoannullamento alla luce della modifica del 2014.

Come sommariamente rilevato *supra*, nel 2014, il legislatore è intervenuto sulla disciplina generale dell'annullamento d'ufficio, aggiungendo, alla fine del primo comma dell'art. 21-*nonies*, una clausola secondo cui “rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione o al mancato annullamento dell'atto illegittimo”⁴⁸.

⁴⁴ A.M. SANDULLI, *Manuale*, cit., 507.

⁴⁵ Cfr. G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 249, secondo cui, una situazione del genere, “può causare un pregiudizio anche per l'interesse pubblico, disincentivando gli operatori privati a entrare in relazione con l'amministrazione con possibili perdite per il benessere collettivo”.

⁴⁶ Se questo “nuovo paradigma” viene meno, inoltre, allora viene messa in forse anche la tanto importante semplificazione, in quanto non si favorisce la chiarezza dei rapporti e la possibilità di svolgere attività private senza incertezze.

⁴⁷ B.G. MATTARELLA, *Le difficoltà della semplificazione*, cit. 360.

⁴⁸ Decreto Legge 12 settembre 2014, n. 133, recante “*Misure urgenti per l'apertura dei cantieri, la realizzazione delle opere pubbliche, la digitalizzazione del Paese, la semplificazione burocratica, l'emergenza del dissesto idrogeologico e per la ripresa delle attività produttive*”,

Tale espressione, secondo alcuni autori, non solo ha legittimato la sussistenza di alcune ipotesi di doverosità, come quelle di cui s'è detto nei paragrafi precedenti, ma, per come è lessicalmente strutturata (ogni fattispecie di responsabilità implica, prima ancora, la violazione di un obbligo), ha addirittura riconosciuto la *generale doverosità dell'annullamento d'ufficio*, facendo perdere, a tale potere, il suo carattere tipico della discrezionalità⁴⁹.

La prospettiva non appare affatto plausibile, in quanto, se il legislatore avesse voluto davvero riconoscere siffatta generale doverosità, avrebbe dovuto quantomeno eliminare il riferimento agli elementi discrezionali contemplati dalla disposizione (di cui s'è detto) e che invece permangono, anche in questa attuale versione della norma.

Anzi, come s'è visto, nel 2015, esso, nuovamente intervenendo sulla norma, non solo non ha corretto il tiro, ma ha addirittura valorizzato l'elemento discrezionale correlato all'affidamento del privato, incidendo sui tempi dell'azione in modo da renderli coerenti con la tutela degli amministrati.

Si consideri, infine, che se il legislatore avesse voluto optare per un annullamento vincolato, non solo avrebbe imposto un unico termine decadenziale, valevole per tutti i tipi di provvedimenti, ma avrebbe anche disancorato l'amministrazione da una valutazione comunque legata al parametro della ragionevolezza, che resta ancora, invece, fondamentale nell'esplicazione del potere in commento⁵⁰.

Certo è che la locuzione è senza dubbio ambigua e che, quindi, seppure non atta, da sola, a sovvertire l'ordine delle cose, necessita di essere interpretata in un modo coerente col sistema. Essa, cioè, non potendo essere letta come introduttiva dell'obbligatorietà dell'atto di autoannullamento, può più semplicemente essere interpretata come significativa della responsabilità di chi abbia adottato quell'atto illegittimo di primo grado, che, in sede di autotutela, correttamente, in esito alla valutazione discrezionale operata dalla p.A., non sia poi stato annullato (con la conferma quindi del carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio)⁵¹.

pubblicata in G.U., serie Generale n. 212 del 12 settembre 2014.

⁴⁹ Cfr. M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., 435 e la bibliografia ivi citata a questo proposito.

⁵⁰ Il termine dei diciotto mesi, infatti, è posto solo come ultimo sbarramento, costituendo una delimitazione al parametro della ragionevolezza posta a presidio delle posizioni dei privati a fronte di provvedimenti autorizzativi e di attribuzione di vantaggi economici (il termine ragionevole può essere anche più breve -M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, 2015, 15-).

⁵¹ C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione*, cit.; Id., *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *federalismi.it*, 2017. Nello stesso senso, reputano che il potere resti discrezionale, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio*, ; G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, cit., 150; A. GUALDANI, *Il tempo*, cit.; M. SINISI, *La nuova azione*, cit.

L'alternativa potrebbe essere quella di rilevare una responsabilità della p.A. per non avere annullato il provvedimento illegittimo, quando, all'esito delle sue valutazioni discrezionali, avrebbe dovuto facilmente capire di non potere fare altrimenti (perché era evidentemente sussistente un interesse pubblico – ulteriore – concreto e attuale, alla eliminazione del provvedimento e non v'erano altri interessi da considerare, ovvero, non vi erano altri interessi da considerare come prevalenti su quello pubblico): ebbene, qui, l'annullamento resterebbe sempre, comunque, discrezionale, quindi da motivare, in quanto resterebbe viva la fase valutativa attualmente richiesta dalla norma. In questo modo, allora, non si contesterebbe il mancato adempimento all'obbligo di annullare, ma il cattivo esercizio del potere discrezionale, per non avere la p.A. saputo esattamente valutare, concretamente, gli elementi richiesti dalla norma.

Infine, a sostegno di questa regola della discrezionalità nel *quid*, depongono, a parere di chi scrive, altri esemplificativi motivi; si tenga conto, tra l'altro, del fatto che:

- a) l'art. 6, co. 2, della legge Madia ha espressamente abrogato quella norma del 2004 che veniva interpretata proprio come indirettamente atta a riconoscere la possibile configurazione di tale figura di riesame, in quanto introduttiva di fattispecie di annullamento sicuramente doveroso (l'art. 1, co. 136, della legge n. 311/2004 - finanziaria 2005 – sull'annullamento d'ufficio per motivi finanziari)⁵²;
- b) il legislatore ha addirittura tenuto ferma la discrezionalità dell'annullamento d'ufficio quando, al comma 2 *bis* dell'art. 21-*nonies*, ha specificato che la p.a. *può* superare il termine massimo dei diciotto mesi nei casi in cui i provvedimenti amministrativi siano stati conseguiti sulla base di false

⁵² Cfr. G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno. L'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 2016. Riteneva si trattasse di autotutela doverosa, *ex pluribus*, T.A.R. Calabria, Catanzaro, 6 novembre 2009, n. 1210. La norma disponeva che: “*Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante*”. F. GOISIS, *Principi in tema di evidenza pubblica e di rinegoziazione successiva del contratto: conseguenze della loro violazione sulla serie pubblicistica e privatistica, autotutela e riparto di giurisdizione, nota a Cons. St., sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, II, 815 e ss. non attribuiva all'avverbio sempre un mero significato temporale, bensì, con l'argomento che il primo periodo disciplinasse anche la fattispecie del secondo periodo, e quest'ultimo consentiva l'annullamento entro tre anni dall'emanazione dell'atto, riferiva l'avverbio ai presupposti oggettivi della potestà di annullamento d'ufficio, dunque, evidenziava, ai fini dell'applicazione della norma speciale, la non necessità di specifiche ragioni di interesse pubblico. La disposizione limitava la sua operatività a provvedimenti “*incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati*”, ma la dizione utilizzata era talmente ampia che poteva essere estesa ai provvedimenti in genere. In verità, il Consiglio di Stato aveva invece sottolineato come la presenza del termine “*può*”, che precedeva la scelta di disporre dell'annullamento d'ufficio, fondasse la natura ampiamente discrezionale anche di detta potestà (*ex multis*, Cons. Stato, sez. IV, 14 gennaio 2013, n. 156). Inoltre, prima ancora, la direttiva del 17 ottobre 2005 del Ministero della Funzione pubblica aveva chiarito che anche a tale fattispecie andavano applicati i presupposti di cui all'art. 21-*nonies*). Cfr., A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Giappichelli, Torino, 2016, 86 e ID., *Il tempo nell'autotutela*, in *federalismi.it*, 2017.

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. Anche qui, usando il verbo potere, il legislatore ha volutamente precisato che resta comunque vivo l'onere ponderativo a valle⁵³.

Spesse volte, si richiama, a sostegno di questa generalizzata doverosità, il nuovo articolo 2 della legge n. 241 del 1990, così come modificato dalla legge 190 del 2012 (a mente del quale, la p.A. ha un obbligo di provvedere, oggi, sebbene in forma semplificata, anche a fronte di domande manifestamente inammissibili, improcedibili, irricevibili e infondate): il richiamo evidenzia quella confusione alla quale facevo prima riferimento, tra discrezionalità nel *quid* e discrezionalità nell'*an*; il fatto che, alla stregua di tale disposizione oggi la p.A. avrebbe, in astratto, un dovere di provvedere generalizzato a fronte di qualsiasi richiesta avanzata dal privato (e, quindi, anche a fronte di sollecitazioni di poteri officiosi manifestamente inammissibili - prospettiva che peraltro, chi scrive, non condivide⁵⁴-) non rileva ai fini della possibile configurazione dell'annullamento come potere doveroso nel *quid*.

5. L'intervento recente della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017: qualche perplessità.

Rilevato il problema e il contrasto giurisprudenziale sorto sul punto, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato ha rimesso all'Adunanza Plenaria la questione “*se, nella vigenza dell'art. 21-nonies, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, sub specie di concessione in sanatoria, intervenuta ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivata in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, (...)*”. Nel quesito, il Consiglio di Stato ha chiesto di “*considerare anche la valenza – sia pure solo a fini interpretativi – della ulteriore novella apportata nel 2015, la quale appare richiedere la valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di 18 mesi, individuato come ragionevole, e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato*”⁵⁵.

⁵³ M. LIPARI, *La scia e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, cit., secondo il quale anche dopo l'accertamento definitivo del reato, rimane fermo il carattere discrezionale del potere di autotutela e non è previsto alcun automatismo tra l'accertamento della falsità e l'annullamento d'ufficio per falsità e discrezionalità. Nello stesso senso, M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il “tempo” dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *federalismi.it*, 2015.

⁵⁴ Come evidenziato in N. POSTERARO, *Considerazioni critiche*, cit.

⁵⁵ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, ord. 19 aprile 2017, n. 1830. Nella specie, il caso riguardava la riforma di una sentenza di primo grado che aveva respinto l'impugnativa di un provvedimento di annullamento d'ufficio di una concessione edilizia rilasciata in sanatoria (che disponeva altresì non solo l'annullamento degli atti a essa consequenziali, ma anche la demolizione del manufatto abusivamente realizzato), intervenuto a distanza di un apprezzabile lasso di tempo

L'Adunanza Plenaria ha risposto al quesito con la sentenza n. 8, pubblicata lo scorso 18 ottobre.

Senza alcuna pretesa di esaustività, si proverà a fornire qualche spunto di riflessione a prima lettura della decisione.

L'Adunanza plenaria osserva in via preliminare – e pienamente condivisibile - che *“le generali categorie in tema di annullamento ex officio di atti amministrativi illegittimi”* trovino applicazione anche nel caso di ritiro di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati, *“non potendosi postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico in re ipsa alla rimozione di tali atti”*.

Conseguentemente, essa afferma che *“grava in via di principio sull'amministrazione l'onere di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti”*.

Più precisamente, la sentenza, dichiaratamente riferendosi, si ricorda, al regime dell'annullamento d'ufficio nel testo originario dell'art. 21-*nonies*, quale introdotto dalla legge 15 del 2005 e non ancora novellato dalla legge 124 del 2015 (ante legge 124), ha affermato il seguente principio di diritto:

1. *“nella vigenza dell'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990 – per come introdotto dalla l. 15 del 2005 - l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'adozione dell'atto di ritiro anche tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento sfavorevole.*
2. *In tali ipotesi, tuttavia, deve ritenersi:*
 - i) *che il mero decorso del tempo, di per sé solo, non consumi il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio e che, in ogni caso, il termine 'ragionevole' per la sua adozione decorra soltanto dal momento della scoperta, da parte dell'amministrazione, dei fatti e delle circostanze posti a fondamento dell'atto di ritiro;*
 - ii) *che l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione risulterà attenuato in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati (al punto che, nelle ipotesi di maggior rilievo, esso potrà essere soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate, che normalmente possano integrare, ove necessario, le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del ius poenitendi);*
 - iii) *che la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte”*⁵⁶.

dall'adozione del provvedimento originario, e alla cui fattispecie non poteva applicarsi *ratione temporis* la versione attuale dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, così come modificato dalla l. n. 124 del 2015.

⁵⁶ La sentenza afferma che *“l'incondizionata adesione alla (pur suggestiva) formula dell'interesse pubblico in re ipsa può produrre effetti distorsivi, consentendo in ipotesi-limite all'amministrazione- la quale abbia comunque errato nel rilascio di una sanatoria illegittima –*

Nella prima parte, l'Adunanza Plenaria, escludendo la plausibile configurazione di un'autotutela doverosa⁵⁷, sembra offrire concreta rilevanza agli elementi cd. *discrezionali*, sopra considerati, espressamente richiesti dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990: essa afferma, cioè, che, oltre alla mera illegittimità del provvedimento di primo grado da annullare, sia necessario che la p.A. a) rintracci in concreto uno specifico ed *ulteriore* interesse pubblico, non coincidente con quello al ripristino della legalità violata; b) tenga, inoltre (“*altresì*”, “*anche*”), conto degli interessi dei privati coinvolti in concreto e li bilanci con quello pubblico da tutelare che ha previamente rintracciato e che la induce a ritenere opportuno procedere con l'annullamento del provvedimento illegittimo⁵⁸.

dapprima di restare inerte anche per un lungo lasso di tempo e poi di adottare un provvedimento di ritiro privo di alcuna motivazione, in tal modo restando pienamente de-responsabilizzata nonostante una tripla violazione dei principi di corretta gestione della cosa pubblica”; essa osserva inoltre che, nel corso del tempo, “*la richiamata formula dell'interesse pubblico in re ipsa ha assunto talora una connotazione assiologica, inducendo ad annettere un valore in sé all'annullamento del titolo in sanatoria illegittimo, perfino se fondato su profili di illegittimità di carattere meramente formale o procedimentale. Ma il punto è che, in siffatte ipotesi, non è predicabile un effettivo ed immanente interesse pubblico alla rimozione di un atto (la sanatoria illegittima) che non si pone in contrasto in termini sostanziali con la pertinente disciplina edilizia e urbanistica (e quindi con il complesso di valori cui tale disciplina presiede), ma risulta viziato soltanto in relazione ad aspetti formali o procedimentali, non giustificando in definitiva – e pure in presenza di un atto illegittimo – il riconoscimento di un interesse pubblico in re ipsa all'adozione dell'atto di ritiro. Si tratta, del resto, di un aspetto che è stato in tempi recenti puntualmente preso in considerazione dal Legislatore il quale ha escluso che l'annullamento ex officio di un atto illegittimo possa essere disposto nel caso delle illegittimità cc.dd. non invalidanti di cui al comma 2 dell'articolo 21-octies della l. 241 del 1990 (in tal senso la modifica al comma 2 dell'articolo 21-*nonies*, cit., disposta dall'articolo 25, comma 2, lettera b-*quater* del decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133)*”.

⁵⁷ In un punto, espressamente, la sentenza afferma che “*laddove si aderisse senza riserve alla tesi dell'interesse pubblico in re ipsa (e conseguentemente alla teorica dell'inconsumabilità del relativo potere), si finirebbe per legittimare nel settore che qui rileva – e in assenza di un solido fondamento normativo – un assetto in tema di presupposti per l'esercizio dell'autotutela decisoria tale da espungere in via ermeneutica due elementi normativamente indefettibili quali la ragionevolezza del termine e la motivata valutazione dei diversi interessi in gioco*”. Ancora, l'Adunanza Plenaria precisa: “*Si osserva infine che, a ben vedere, la teorica dell'interesse in re ipsa all'annullamento in autotutela del titolo edilizio illegittimo, laddove condivisa, finirebbe per rendere nei fatti vincolato l'esercizio del potere di autotutela che un consolidato orientamento giurisprudenziale (prima) e un'espressa previsione di legge (poi) hanno delineato come tipico potere discrezionale dell'amministrazione. Ed infatti, una volta affermata la sussistenza di un interesse pubblico in re ipsa al ripristino della legittimità violata, non residuerebbero in alcun caso effettivi spazi per l'amministrazione per non esercitare il proprio ius poenitendi attraverso l'annullamento d'ufficio. L'amministrazione non potrebbe valutare a tal fine né il decorso del tempo (inidoneo, nell'ottica in esame, ad attenuare la prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino), né la sussistenza di un interesse pubblico in senso contrario (il quale sarebbe per definizione insussistente, a meno di voler determinare un vero e proprio ossimoro), né – infine – l'interesse del privato destinatario dell'atto, che non potrebbe in alcun caso essere valorizzato neppure nell'ottica del legittimo affidamento*”.

⁵⁸ I giudici specificano che “*non si tratta qui di negare l'evidente esigenza di un deciso contrasto al grave e diffuso fenomeno dell'abusivismo edilizio, che deve essere fronteggiato con strumenti efficaci e tempestivi e con la piena consapevolezza delle gravi implicazioni che esso presenta in relazione a svariati interessi di rilievo costituzionale (quali la salvaguardia del territorio e del paesaggio, nonché la tutela della pubblica incolumità). Occorre tuttavia responsabilizzare le amministrazioni all'adozione di un contegno chiaro e lineare, tendenzialmente fondato sullo scrupoloso esame delle pratiche di sanatoria o comunque di permesso di costruire già rilasciato, e sul diniego ex ante di istanze che si rivelino infondate, nonché sull'obbligo di serbare – in caso di provvedimenti di sanatoria già rilasciati – un atteggiamento basato sul generale principio di clare loqui. Se infatti è certamente condivisibile l'intento di agevolare le amministrazioni nel contrastare anche ex post l'abusivismo edilizio (consentendo loro di motivare anche in modo sintetico in ordine alla prevalenza delle ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento dei provvedimenti di sanatoria illegittimamente concessi), non emergono invece argomenti che legittimino la sostanziale de-responsabilizzazione delle amministrazioni stesse attraverso una radicale e indistinta esenzione dal generale obbligo di motivazione*”.

Tuttavia, in alcuni punti, sembra il Collegio finisca poi per fare corrispondere l'interesse pubblico richiesto dall'art. 21-*nonies* con quello al mero ripristino della legalità violata.

Ad esempio, quando tratta dei casi in cui l'affidamento del privato non sia rintracciabile (su cui *infra*), il Collegio afferma che “(...) *non sussist[e] un interesse privato meritevole di tutela da porre in comparazione con quello pubblico (comunque sussistente) al ripristino della legalità violata*”.

In verità, come visto, l'esigenza di ripristinare la legalità violata (leggasi: l'illegittimità del provvedimento di primo grado) è, sì, uno degli elementi (vincolati) richiesti dalla disposizione, per far sì che la p.A. possa adottare un atto di annullamento legittimo, ma non è un elemento bastevole, e, soprattutto, non coincide con quell'interesse pubblico attuale contrapposto a (e da bilanciare con) posizioni ormai “consolidate”.

Per quanto attiene al primo punto (i) della seconda parte, si condivide l'affermazione che il mero decorso del tempo, di per sé solo (ovviamente, si ribadisce, nel regime ante legge Madia e, vigente questa, nei soli casi sottratti al limite temporale ivi rigorosamente stabilito – vuoi perché si tratti di provvedimenti non autorizzatori, ovvero non attributivi di vantaggi economici, vuoi perché si rientri nelle eccezioni previste dal comma 2-*bis* –) *non consuma* il potere di adozione dell'annullamento d'ufficio: esso, infatti, com'è noto, condiziona in modo rilevante le modalità di esercizio del potere di autotutela, ma non lo inibisce; piuttosto, impone una valutazione via via più accorta fra l'interesse pubblico e il complesso delle altre circostanze e interessi rilevanti (e, *in primis*, quello del destinatario del provvedimento illegittimo).

A parere di chi scrive, desta invece forti perplessità la successiva affermazione che il termine ragionevole decorrerebbe soltanto dal momento della “scoperta” della illegittimità del provvedimento. Anzitutto, perché la ragionevolezza del termine è strettamente correlata all'affidamento riposto dal privato: essa serve proprio a far sì che la valutazione discrezionale della p.A. non trasmodi nel libero arbitrio (tanto è che, come riconosciuto dalla giurisprudenza -vd. *supra*-, anche laddove il tempo trascorso dall'adozione del provvedimento sia breve, essa andrà comunque valutata, non potendosi ritenere per ciò solo esistente, ben potendo l'affidamento essersi creato anche nel breve lasso di tempo intercorso tra momento dell'adozione dell'atto viziato e momento del suo ritiro). E l'affidamento riposto dal privato, com'è noto, il quale quindi *riempie* la valutazione circa la ragionevolezza del tempo trascorso, si correla al tempo intercorso tra il momento dell'adozione del provvedimento di primo grado (da cui deriva l'affidamento) e quello dell'eventuale annullamento del provvedimento di primo grado, non tra il momento in cui la p.A., pur disponendo degli elementi necessari per farlo in sede di prima (e prescritta) istruttoria, ne scopre (*recte*, ne rileva in ritardo) la illegittimità e quello in cui poi, concretamente, annulla.

In secondo luogo, perché l'articolo 21-*nonies*, così come introdotto nel 2005, ha recepito i principi generali che, già prima della codificazione del potere di annullamento, concretamente regolavano l'esercizio del

potere: si tenga conto, ad esempio, del fatto che lo stesso suddetto abrogato articolo 1, comma 136, della legge finanziaria del 2004, antecedente al 21-*nonies*, legittimando l'annullamento doveroso, precisava che esso “*comunque non [poteva] essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento (...)*” (e non certo dalla scoperta della sua illegittimità).

A conferma della fondatezza della tesi qui sostenuta, si pone del resto la modifica intervenuta, nel 2015, con la legge Madia: il legislatore, individuando (nei noti diciotto mesi) il termine “massimo” entro il quale il tempo occorso alla p.A. per rimuovere in autotutela i propri provvedimenti (esplicito o implicito) autorizzativi o attributivi di vantaggi economici per vizi originari possa ritenersi “ragionevole”, ne ha coerentemente indicato la decorrenza “*dall'adozione del provvedimento stesso*”: la novella, cui giustamente le prime applicazioni giurisprudenziali e i pareri resi dal Consiglio di Stato sui decreti SCIA 1 e SCIA 2 avevano riconosciuto valenza “interpretativa” anche quanto alla suddetta durata massima⁵⁹, ribadisce, quindi, indirettamente, la regola generalmente applicabile (e preclude, comunque, la suddetta - pericolosa - interpretazione fornita dalla Plenaria ai casi cui la norma del 2015, invece, concretamente si applica)⁶⁰.

Occorrerà dunque grandissima prudenza nella lettura della (per quanto detto, discutibile) *regula iuris*, innanzitutto escludendo dalla “scoperta” tutti i casi in cui l'Amministrazione aveva già a disposizione (diretta o indiretta) tutti gli elementi fattuali per rilevare l'illegittimità (si pensi al caso delle caratteristiche dell'opera rilevabili dal progetto allegato a un'istanza di concessione edilizia o, per la sanatoria di opere abusive, dalla documentazione fotografica allegata alla richiesta o da un rilievo aerofotogrammetrico eseguito sul territorio o ancora, per rimanere al settore edilizio, rilevante nella questione portata all'esame dell'Adunanza Plenaria, all'ipotesi dell'esistenza di un vincolo di inedificabilità o di tutela).

Massima prudenza e attenzione dovrà farsi anche alle ipotesi, indicate peraltro dalla sentenza in via meramente esemplificativa, in cui l'illegittimità dipenda da dichiarazioni oggettivamente non veritiere del privato: la sentenza afferma che, in quei casi, “*a prescindere dagli eventuali risvolti penali?*”, il termine ragionevole inizia a decorrere “*solo dal momento in cui l'amministrazione ha appreso della richiamata non veridicità*”: fermo quanto già rilevato sul momento della “*apprensione*”, che non può che farsi decorrere dal momento in cui l'Amministrazione aveva a disposizione gli elementi per effettuarla, la non veridicità non deve essere evidentemente mai correlata a una “valutazione” del contesto giuridico e/o fattuale di riferimento, dovendo risultare da dati rigorosamente oggettivi (erronea indicazione delle altezze o delle distanze,

⁵⁹ Cfr. C. DEODATO, *L'annullamento*, cit.; M. SINISI, *La nuova azione*, cit., e ID., *L'autotutela caducatoria*, in M.A. SANDULLI, *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Giuffrè, Milano, 2017.

⁶⁰ Sarebbe paradossale, altrimenti, pensare al fatto che, nei casi in cui sussista il termine massimo ragionevole dei diciotto mesi, questo inizi a decorrere da quando il provvedimento è stato adottato, mentre, nelle altre ipotesi, esso decorra dalla scoperta della illegittimità.

sempre che l'errore non dipenda da una valutazione di quelle computabili; dichiarazione dell'esistenza in vita di un defunto, ecc.).

Occorre peraltro rilevare che, nel fare l'esempio, la sentenza, al fine di dimostrare la coerenza di tale impostazione, con riferimento ai casi di dichiarazioni non veritiere, richiama il comma 2-*bis*, dell'art. 21-*nonies*, così come introdotto dal legislatore del 2015: dopo avere riportato il testo della disposizione, il Collegio precisa che *"(...) la nuova disposizione neppure richiama per tali ipotesi la nozione di ragionevolezza del termine, limitandosi a stabilire che in tali casi l'annullamento possa essere disposto dopo la scadenza del generale termine di diciotto mesi"*.

In verità, la novella, limitandosi a legittimare la p.A. a superare il massimo termine dei diciotto mesi (comunque, soltanto nei casi in cui la condotta non solo sia penalmente rilevante, ma sia stata anche accertata come tale con sentenza passata in giudicato), lascia viva la sua discrezionalità (e, quindi, per essa, l'onere ponderativo): l'amministrazione, cioè, dovrà comunque valutare l'incidenza del fattore temporale sulla decisione relativa all'annullamento d'ufficio, *"tornando ad espandersi, in questo caso, l'operatività della condizione generale della ragionevolezza del termine"*⁶¹.

Quanto al punto (ii) della seconda parte del principio di diritto, sussiste probabilmente il pericolo che, così ragionando, anche alla luce dell'*iter* seguito dalla sentenza per addivenire a simile asserzione, l'apprezzamento del presupposto relativo alla sussistenza dell'interesse pubblico si possa risolvere nella tautologica ed astratta ripetizione degli interessi sottesi alla normativa la cui violazione ha integrato l'illegittimità del provvedimento. Potrà mancare, cioè, in costanza di siffatta motivazione, la verifica delle esigenze, di ordine generale, che l'atto viziato cessi di produrre i suoi effetti, in quanto *concretamente* contrastanti con i valori protetti dalla norma infranta⁶².

Al contrario, come già si ha avuto modo di rilevare, la verifica concreta è necessaria, in quanto il provvedimento, pur illegittimo, può aver conseguito un obiettivo (e, soprattutto, la sua eliminazione può comportare inconvenienti maggiori, sempre sul piano dell'interesse pubblico, alla sua conservazione).

Inoltre, leggendo le ragioni che hanno indotto la Plenaria all'enunciazione di siffatto principio, sorgono ulteriori perplessità anche per un diverso motivo: essa non solo afferma che tale circostanza vale a semplificare l'onere di motivazione in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico da soddisfare, ma

⁶¹ Cfr. C. DEODATO, cit., 1186.

⁶² Sul punto, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341. Sebbene in una parte del testo il Collegio faccia espresso riferimento al *"alle pertinenti circostanze in fatto"*, specificando che queste debbano essere richiamate per soddisfare onere motivazionale, così lasciando intendere che non basta il riferimento alle *"disposizioni di tutela che risultano in concreto violate"*, in un altro passo della decisione, esso specifica che, *"nel caso esemplificativo di titolo edilizio illegittimamente rilasciato in area interessata da un vincolo di inedificabilità assoluta o caratterizzata da un grave rischio sismico, la motivazione dell'atto di ritiro potrà essere legittimamente fondata sul (mero, ndr) richiamo all'inderogabile disciplina vincolistica oggetto di violazione"*.

sembra pure specifici che, in questi casi, tale interesse pubblico autoevidente, richiamato in motivazione, sarà *sicuramente preminente* su quegli altri coinvolti nella fattispecie concreta.

Se così fosse, pare a chi scrive che vengano ingiustamente confusi due distinti piani: un conto, è affermare che la p.A. potrà essere agevolata nello spiegare perché ritenga che vi sia un interesse pubblico ulteriore che, in concreto, la induca a volere annullare; altro conto è affermare che, a fronte della sussistenza di siffatto “autoevidente” (comunque in concreto verificato) interesse pubblico, essa non debba poi motivare in ordine alla sua eventuale preminenza sugli altri interessi coinvolti nel caso concreto: il fatto che un interesse pubblico alla eliminazione dell’atto sia astrattamente sicuramente rinvenibile, non legittima, comunque, la p.A., a intervenire sempre e in ogni modo, a prescindere dall’affidamento (incolpevole) riposto dai privati nella situazione che il provvedimento di primo grado, benché viziato, ha concretamente creato.

In relazione alla lettera (iii), appare condivisibile la prima parte: è vero, infatti, che non si può “*affermare (...) la sussistenza di un affidamento legittimo e incolpevole al mantenimento dello status quo ante in capo al soggetto il quale abbia determinato, attraverso la non veritiera prospettazione delle circostanze rilevanti, l’adozione di un atto illegittimo a lui favorevole (...)*”⁶³.

Lascia tuttavia, perplessi l’assunto che l’onere motivazionale gravante sull’amministrazione potrà dirsi in siffatte ipotesi soddisfatto mediante “*un semplice riferimento al mero dato dell’originaria, non veritiera prospettazione*” e che “*l’amministrazione potrà legittimamente fondare l’annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato (...)*”. In forza della disposizione che la Plenaria è stata chiamata ad interpretare (ma non a riscrivere), invero, la p.A., pur non essendo tenuta a motivare, come rilevato *supra*, circa il perché l’interesse pubblico rintracciato (si badi, ulteriore) sia preminente rispetto a quello del privato (che è inesistente – *recte*, non tutelabile -), deve comunque motivare in ordine al perché voglia annullare (e, quindi, in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico ulteriore, appunto, che abbia rintracciato e la induca a ritenere sia necessario eliminare dal mondo reale un provvedimento viziato *ab origine*).

Occorre poi specificare che il supremo Consesso si è trovato a dovere decidere dell’autoannullamento di provvedimento edilizio intervenuto “*ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato*”; tuttavia, alla luce di quanto specificato nei paragrafi *supra* riportati, la necessità di motivare e di rispettare

⁶³ La giurisprudenza ha stabilito al riguardo che non sussiste l’esigenza di tutelare l’affidamento di chi abbia ottenuto un titolo edilizio – anche in sanatoria – rappresentando elementi non veritieri, e ciò anche qualora intercorra un considerevole lasso di tempo fra l’abuso e l’intervento repressivo dell’amministrazione (in tal senso: Cons. Stato, IV, 12 dicembre 2016, n. 5198; *id.*, V, 13 maggio 2014, n. 2451).

le regole di cui alla 241 vale, a parere di chi scrive, anche per i casi di annullamento intervenuto a breve distanza di tempo, posto che, come rilevato, in quei casi: a) serve comunque una spiegazione atta a rappresentare quale sia l'interesse pubblico da tutelare con l'annullamento da disporre; b) non è detto che quest'ultimo interesse pubblico ulteriore prevalga sull'affidamento incolpevole riposto dal privato, tenuto conto del fatto che è ben possibile tale affidamento sia sorto e sia perciò tutelabile, anche laddove sia trascorso un tempo breve dalla emanazione del provvedimento di primo grado.

Probabilmente, la sentenza avrebbe potuto affermare qualcosa a questo proposito, al fine di scongiurare l'emarginazione del principio della *“non ammissibilità di un autoannullamento non motivato”* ai casi di provvedimento intervenuto a distanza di tempo considerevole.

Rilevante, in conclusione, il fatto che il Collegio, in premessa, *“al fine di sgombrare preventivamente il campo da possibili profili di confusione”*, abbia osservato che la decisione, in particolare, attenesse alla determinazione del *quantum* di onere motivazionale che *“grava sull'amministrazione al fine di rappresentare correttamente la sussistenza dei presupposti e delle condizioni per il legittimo esercizio del potere di autotutela”* e che non venisse affatto in rilievo l'ipotesi in cui l'amministrazione *“adotti (doverosamente, sia pure tardivamente) un ordine di demolizione di fabbricati privi ab origine di un qualunque titolo legittimante e giammai ammessi a sanatoria”*.

La precisazione si è resa opportuna tenuto conto del fatto che il Consiglio di Stato, nell'ordinanza di rimessione, al fine di giustificare il coinvolgimento dell'Adunanza Plenaria, aveva espressamente richiamato l'ordinanza di rimessione del Consiglio di Stato n. 1337 del 2017, attinente a *quaestio* diversa *“se l'ordinanza di demolizione di immobile abusivo (nella specie, trasferito mortis causa) debba essere congruamente motivata sulla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale al ripristino della legalità violata quando il provvedimento sanzionatorio intervenga a una distanza temporale straordinariamente lunga dalla commissione dell'abuso, il titolare attuale non sia responsabile dell'abuso e il trasferimento non denoti intenti elusivi del provvedimento sanzionatorio”*⁶⁴.

La sentenza, inoltre, sempre prima di addentrarsi nel vivo della questione, ha immediatamente spiegato che non avrebbe operato alcun riferimento alle modifiche apportate alla norma nel 2015, in quanto, disponendo la norma così modificata solo per il futuro, da essa *“non [potevano] essere tratti elementi o spunti interpretativi ai fini della soluzione di questioni ricadenti sotto la disciplina del previgente quadro normativo”*.

⁶⁴ La stessa distinzione tra casi è stata operata dall'Adunanza Plenaria n. 9 del 2017, la quale ha proprio risposto al quesito posto da quella ordinanza del Consiglio di Stato (n. 1337 del 2017), che è stata richiamata dal Consiglio di Stato nella ordinanza di rimessione n. 1830/2017.

Tuttavia, alla luce di quanto suddetto, l'affermazione non è forse del tutto pienamente condivisibile: capire quale sia stato l'intento del legislatore che ha modificato una norma aiuta anche a capire quale sia la giusta interpretazione da offrire, in concreto, a quelle norme positive che, sebbene antecedenti alla emanazione delle modifiche, vanno poi effettivamente applicate al caso concreto⁶⁵.

6. La deroga espressa all'articolo 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990, n. 241: può il legislatore prevedere ipotesi di autoannullamento doveroso? Una possibile risposta alla luce del codice dei contratti pubblici.

Probabilmente, il discorso sarebbe diverso se il legislatore, *a priori*, rintracciasse esso stesso delle deroghe alla norma generale di cui all'art. 21-*nonies*, rilevando espressamente casi specifici di annullamento dovuto. Qui, la p.A., al ricorrere di quei presupposti di cui alla norma, si limiterebbe a esercitare un potere espressamente riconosciute, a monte, dal sistema.

Tuttavia, resta da capire se davvero il legislatore possa prevedere ipotesi di annullamento dovuto definendo a priori ed *ex ante* quali siano i casi in cui sia plausibile legittimare una deroga alla regola generale (e, quindi, quali siano i casi in cui a) non sia rilevante rintracciare un interesse pubblico ulteriore, ben potendo quest'ultimo coincidere con quello al ripristino della legalità; b) non sussistano altri eventuali interessi privati da considerare).

In altre parole, lo scopo è quello di verificare se, pur escludendo la generale implicita deroga alla regola della discrezionalità, possa in qualche modo ammettersi qualche ipotesi di annullamento doveroso positivizzato.

L'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017, nella parte in cui specifica che il legislatore non ha, per ora, approntato una disciplina specifica per l'adozione dell'annullamento d'ufficio di titoli edilizi, mi sembra abbia anch'essa deposto a favore della astratta possibilità, per il legislatore, di intervenire *ex ante* per prevedere casi in cui si possa *a priori* derogare alle regole di cui all'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990⁶⁶.

⁶⁵ Inoltre, la sentenza afferma ciò in relazione a questo aspetto, ma poi al contrario, come si è visto nel testo, ha richiamato espressamente la norma del 2015 al fine di suffragare la propria interpretazione fornita in tema di *dies a quo* del termine ragionevole.

⁶⁶ Anche se, in un'altra parte della decisione, essa sembra forse affermare il contrario: in un passaggio, infatti, la pronuncia, per evidenziare l'inadeguatezza della motivazione *in re ipsa* (e, quindi, dell'autoannullamento doveroso) si riferisce espressamente all'avvenuta espunzione, dall'ordinamento, della disposizione che “*rappresentava il più evidente richiamo alla nozione di interesse pubblico in re ipsa*” (il comma 136 dell'articolo 1 della l. 30 dicembre 2004, n. 311). Mi sembra, quindi, che il riferimento sia diretto a significare che, avendo così il legislatore dato indirettamente prova del fatto che neppure legislativamente possano esser previste ipotesi di annullamento doveroso, men che meno possano ritenersi sussistenti ipotesi di deroga implicita alle regole di cui all'art. 21-*nonies*. Altrimenti, non è chiaro perché si debba richiamare l'abrogazione di una disposizione positiva, esplicitamente derogatoria, al fine di valutare l'opportunità della diversa ipotesi di deroga implicita alle regole normative.

In verità, al quesito sembrava avere indirettamente offerto una risposta positiva la prima versione del codice dei contratti pubblici: in particolare, a questo proposito, venivano richiamate due norme del decreto n. 50 del 2016, oggi modificate dal correttivo, le quali parevano espressamente prevedere casi di intervento obbligatorio dal contenuto vincolato: gli artt. 176 e 211, comma 2.

Quanto all'art. 211 comma 2, in verità, a parere di chi scrive, la norma non era del tutto correttamente richiamata nello studio di siffatto tema: è vero che lo stesso Consiglio di Stato, nel parere sul regolamento di vigilanza citato, aveva espressamente qualificato il potere di raccomandazione vincolante dell'ANAC di cui alla citata disposizione quale caso di *annullamento doveroso*⁶⁷.

Tuttavia, tale annullamento doveroso non coincideva del tutto con quello, egualmente denominato, di cui si discute in questo scritto: nel caso della raccomandazione vincolante, infatti, l'annullamento era doveroso, per la p.A. di esso titolare, perché imposto da altra amministrazione, non perché in concreto sorgessero delle circostanze atte a far venir meno, *in toto*, la sua discrezionalità; il momento valutativo, lì, sebbene non più riservato alla stazione appaltante, che concretamente doveva annullare, a differenza di quanto avviene nelle ipotesi di autoannullamento vincolato di cui si discute in queste osservazioni, non andava perduto, perché veniva recuperato nel momento in cui si spostava in capo ad altra p.A. (l'ANAC): questa, infatti, prima di raccomandare (e quindi, indirettamente, di disporre) l'annullamento, doveva previamente valutare, ai sensi dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies*, l'opportunità di (far) annullare⁶⁸.

⁶⁷ In base a tale disposizione, *“Qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara inviata mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250,00 e il limite massimo di euro 25.000,00, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente decreto. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo.* La disposizione, che invero poneva più di qualche problema applicativo, era stata formulata nel senso descritto malgrado il Consiglio di Stato in sede di parere, 1 aprile 2016, n. 855, ne avesse suggerito la riformulazione evidenziando che: *“la formulazione attuale presenta significative criticità: a) sul piano della compatibilità con il sistema delle autonomie, in quanto introduce un potere di sospensione immediata e uno di annullamento mascherato che esorbitano dai meccanismi collaborativi ammessi dalla Consulta con la sentenza 14 febbraio 2013, 20, pronunciatasi sull'art. 21 bis della legge n. 287/1990; b) sul crinale della ragionevolezza e della presunzione di legittimità degli atti amministrativi, in quanto la sanzione colpisce il rifiuto di autotutela, ossia un provvedimento amministrativo di cui è da presumere la legittimità fino a prova contraria. Si crea in questo modo una sorta di responsabilità da atto legittimo. È da preferire allora una riformulazione in chiave di controllo collaborativo, ispirata alla disciplina dettata dall'art. 21-bis della legge n. 287/1990, compatibile con i principi costituzionali e con i limiti della legge delega, che parla di “controllo” al fine di giustificare il potere dell'ANAC, usando una locuzione coincidente con la qualificazione usata dalla Consulta con riguardo alla legittimazione processuale conferita dall'art. 21 bis cit. all'Autorità garante della concorrenza e del mercato [Corte cost., 14 febbraio 2013, n. 20]”*. Sul punto, se si vuole, N. POSTERARO, *La nuova legittimazione ad agire dell'ANAC*, cit.;

⁶⁸ Vi era una separazione tra un sostanziale ordine di revisione degli atti di gara attribuito all'ANAC e la formale titolarità della rimozione di tali atti in capo alla stazione appaltante. Alla stregua di tale meccanismo 'bifasico', la raccomandazione vincolante si connotava quale provvedimento amministrativo a contenuto decisorio e a carattere autoritativo, che obbligava la stazione appaltante a esercitare formalmente il potere di autotutela, annullando l'atto ritenuto illegittimo e rimuovendone gli eventuali effetti. In questo stesso senso, E. FOLLIERI, *Le novità sui ricorsi giurisdizionali amministrativi nel*

Non era corretto, pertanto, richiamare questo controverso comma, al fine di affermare che da esso potesse desumersi una indiretta risposta al quesito suddetto.

Lo stesso Consiglio di Stato, a questo proposito, nel suddetto parere, aveva proprio sottolineato che l'ANAC, valutando, doveva decidere se fosse il caso di (raccomandare per far) annullare, oppure no, secondo i principi generali dell'art. 21-*nonies* della legge 241 del 1990 (alludendo esplicitamente, quindi al “tempo ragionevole”⁶⁹ e “alle ragioni di interesse pubblico da contemperare con gli interessi dei destinatari e dei controinteressati”⁷⁰).

Quanto all'art 176, esso, espressamente elencando dei casi al sostanzarsi dei quali la concessione “cessava” (la norma usava ovviamente il presente indicativo del verbo: “cessa”), poteva davvero essere letta quale positivizzazione di siffatta figura controversa di dovuto riesame, in quanto non lasciava alla p.A. alcun margine di scelta, rispetto alla decisione da assumere. In costanza di questa disposizione, l'amministrazione, al ricorrere dei presupposti di legge, doveva necessariamente annullare la concessione. Proprio alla luce della derogatoria suddetta disposizione, il Consiglio di Stato, nell'esprimere il proprio parere sullo schema di regolamento ANAC in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici⁷¹, tassativamente escludendo l'esistenza di annullamento doveroso nel *quid*⁷² (e precisando che la discrezionalità connota *sempre* il potere di autoannullamento –vd. paragrafo 5.6.3-), aveva rilevato che la norma costituiva “un *goldplating* non consentito” e che, proprio per questo, andava concretamente modificata: le parole «La concessione cessa», esso aveva precisato, vanno sostituite con «La concessione può essere annullata»⁷³. In altre parole, esso aveva indirettamente escluso la possibilità che il legislatore potesse derogare alle regole di cui all'art. 21-*nonies*.

codice dei contratti pubblici, in *Urb. e app.*, 2016, 874 e ss.

⁶⁹ Nel parere n. 839 del 30 marzo 2016, reso sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'art. 5 della l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), il Consiglio di Stato ha affermato (v., in particolare, § 8.1.1.) che il principio del termine ragionevole, cristallizzato e reso ancor più pregnante con il limite massimo dei 18 mesi, introduce un *nuovo paradigma* nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione. Si è di fronte a termini decadenziali di valenza nuova, “*non più volti a determinare l'impugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni giuridiche soggettive dei privati*”.

⁷⁰ L'individuazione “*delle ragioni di interesse pubblico [...] tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*”, ad avviso del Consiglio di Stato, doveva trovare la sua collocazione ‘a monte’, nel corso del procedimento di interlocuzione preventiva che conduceva alla emanazione della raccomandazione vincolante, e doveva estendersi non solo alla stazione appaltante, ma anche a tutti i soggetti comunque coinvolti. La Commissione speciale condivideva quindi l'obiettivo, perseguito dall'Autorità, di “*assicurare la massima garanzia di partecipazione al procedimento ai soggetti coinvolti*” e, nel contempo, di “*garantire la massima possibile celerità del procedimento presso l'Autorità*” (p. 1 della relazione illustrativa).

⁷¹ Cfr. Cons. St., comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777.

⁷² Esso precisava, infatti, che è sempre comunque necessario, oltre al presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza di un *interesse pubblico concreto e attuale* all'annullamento.

⁷³ Rilevava questa pericolosità della norma, prima che il Consiglio di Stato intervenisse come suddetto, M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti alla tutela giurisdizionale in materia di contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016 (in particolare, p. 5, in cui l'a.

Il correttivo dei contratti pubblici ha, invero, recepito queste critiche: esso, infatti, ha direttamente inciso sulla norma, la quale, oggi, prevede espressamente che, al sostanzarsi di quelle stesse condizioni, la concessione, semplicemente, “può” cessare.

Si può quindi affermare che il legislatore, con il correttivo, abbia indirettamente risposto negativamente al quesito riferito (se la norma positiva possa *ex ante* derogare alle regole di cui all’art. 21-*nonies*).

Né reputo che possa sussistere qualche spiraglio di risposta positiva alla luce dell’art. 108 dello stesso codice (norma che, invece, per i motivi che si diranno, potrebbe in astratto essere chiamata in causa nello studio del tema in oggetto).

Testualmente, la disposizione parla di “risoluzione” di un contratto pubblico, indicando, al comma 1, delle ipotesi al ricorrere delle quali questa possa sostanzarsi.

Tuttavia, la dottrina ha rilevato che la norma, nella sostanza, configura, di fatto, casi di autotutela riconducibili all’annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione⁷⁴.

In questo modo, si hanno, cioè, al comma 1, dei casi di annullamento officioso tradizionale, a carattere discrezionale, i quali, come già rilevato dal Consiglio di Stato nel suddetto parere più volte citato, non creano problemi di sorta nel contesto ordinamentale.

Il legislatore, allora, riferendosi alla risoluzione del contratto, si è semplicemente limitato a descrivere le conseguenze dell’annullamento, prendendo atto che dal ritiro in autotutela dell’aggiudicazione non può che seguire lo scioglimento del contratto medio tempore stipulato⁷⁵.

Effettivamente, la prospettiva appare condivisibile, ciò soprattutto in considerazione del fatto che, seguendo quanto rilevato dal Consiglio di Stato nel più volte citato parere rilasciato sullo schema di regolamento ANAC in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all’art. 211, comma 2, e 213 del D.Lgs. n. 50 del 2016, il correttivo ha aggiunto, alla norma, un comma 1-bis, al fine di scongiurare l’applicazione dell’art. 21-*nonies* nella parte in cui esso limita il potere nel termine massimo ragionevole

espressamente rilevava che “l’uso dell’espressione “*la concessione cessa*” (in luogo di quella “*le stazioni appaltanti possono risolvere il contratto*” utilizzata nell’art. 108) dovrebbe indicare un automatismo incompatibile con la natura discrezionale dell’annullamento d’ufficio, l’art. 176, comma 2).

⁷⁴ M.A. SANDULLI, *Nuovi limiti al diritto di difesa introdotti dal d.lgs. n. 50 del 2016 in contrasto con il diritto eurounitario e la Costituzione*, in *laministrativista.it*; M. LIPARI, *La tutela giurisdizionale e “precontenziosa” nel nuovo Codice dei contratti pubblici*, in *federalismi.it*, 2016).

⁷⁵ Questa impostazione si porrebbe in linea con quelle ricostruzioni dottrinarie che, già in precedenza, avevano individuato nella risoluzione *ex art.* 1458 c.c. la sorte del contratto in caso di annullamento officioso dell’aggiudicazione.

dei 18 mesi: la non applicazione di una parte della disposizione presuppone, chiaramente, prima ancora, l'applicazione *in toto* della norma stessa.

Inoltre, se per le concessioni, come visto, il fenomeno della “cessazione” è certamente conseguente all’annullamento d’ufficio, allora non si capirebbe perché, in tema di appalti, per casi sostanzialmente identici, dovrebbe giungersi a conclusioni diverse.

Venendo al nodo della questione, cui prima mi riferivo, al comma 2, la stessa disposizione elenca le ipotesi al sostanzarsi delle quali la risoluzione non è più facoltativa, bensì dovuta (la norma espressamente afferma che, in quei casi, il contratto “deve essere risolto”).

A questo punto, se si usasse lo stesso principio *supra* riferito e correlato al comma 1, allora, si arriverebbe ad affermare che, al secondo comma, la norma prevede e positivizza espressamente casi di annullamento officioso vincolato. La disposizione potrebbe essere usata per affermare che il codice riconosce, quindi, indirettamente, la possibilità che il legislatore deroghi espressamente alle regole di cui all’art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990.

Tuttavia, a parere di chi scrive, non si può ritenere che il codice riconosca, anche in tale parte della disposizione, casi di annullamento officioso.

Quelli indicati, infatti, non sono casi di illegittimità originaria dell’aggiudicazione, ma casi che, intervenendo successivamente, quando concretizzatisi, non legittimano (e impongono) l’esercizio di un potere di annullamento (doveroso), ma, semmai, per riprendere le categorie della manualistica tradizionale, fanno sorgere, in capo alla p.A. di esso titolare, il potere/dovere di *rimozione* (abrogazione) dell’atto di primo grado⁷⁶.

⁷⁶ L’atto, ad efficacia prolungata, resta legittimo, ma viene meno uno dei presupposti specifici sul fondamento dei quali era stato emanato (e, quindi, deve essere fatta cessare la sua permanenza; cfr. E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2006, 540 e ss.). In questo caso, la doverosità sarebbe compatibile con siffatta figura di ritiro: il potere di rimozione, infatti, è di per se stesso doveroso, come rilevato da A.M. Sandulli nel suo manuale (vd. *infra* citazione). La rimozione (la quale viene impropriamente spesse volte definita quale revoca sia in giurisprudenza, sia dal legislatore -si v., a questo proposito, se si vuole, N. POSTERARO, *Riflessioni sulla giurisdizione del g.o. nel caso di sospensione e decadenza dalla carica elettiva*, in *Foro amm.*, 2016, 953 e ss., in particolare, 960, nota 14-) è “un’altra figura di ritiro degli atti ad efficacia prolungata (..)”: così, A. M. SANDULLI, *Manuale di Diritto Amministrativo*, Napoli, 1989, 722); l’a. precisa infatti che gli atti a efficacia prolungata “*in tanto possono legittimamente esser mantenuti in vigore -e cioè in tanto è legittimo che l’assetto dei rapporti da essi determinati continui a durare-, in quanto perdurino le condizioni, di fatto e di diritto, in presenza delle quali furono posti in essere. Ove tali condizioni siano venute meno, il permanere della loro vigenza non sarà più conforme al diritto, e questa dovrà esser fatta cessare. La loro eliminazione (o, più esattamente, il far venir meno la loro capacità operativa) è quindi, per l’Amministrazione, un dovere giuridico*” (722). La rimozione si distingue dalla revoca perché essa non è giustificata da ragioni inerenti a valutazioni dell’interesse pubblico, bensì da ragioni di legittimità. Diversamente dall’annullamento, poi, non inerte ad uno stato di patologia

Resterà tuttavia da verificare come siffatta disposizione sarà interpretata e applicata dalle amministrazioni, prima, e dai giudici che di tali atti di ritiro si troveranno a dovere decidere, poi, in costanza di processi amministrativi su di essi imperniati.

A questo punto, pur escludendo il codice dei contratti pubblici abbia introdotto e positivizzato ipotesi di annullamento dovuto, per tornare al quesito iniziale, occorre precisare che, pur volendo ammettere sia possibile che il legislatore, positivizzando casi di annullamento doveroso, escluda, a priori, la necessità d'un interesse pubblico ulteriore da ricercare, risulta assai difficile immaginare che esso possa già in astratto rilevare delle ipotesi in cui sia altrettanto possibile stabilire l'insussistenza e/o l'irrilevanza di interessi ulteriori da bilanciare/bilanciati (del destinatario, ovvero dei controinteressati): soltanto la p.A., infatti, preso atto del contesto *concreto*, può, nell'esercizio del potere, eventualmente rilevare la irrilevanza d'un bilanciamento alla luce della mancanza di interessi ulteriori da considerare.

Procedere in questo modo, inoltre, vorrebbe dire escludere a priori la considerazione di un eventuale affidamento incolpevole riposto dal destinatario e/o dal controinteressato sull'assetto delineato dal provvedimento annullato. È pur vero che la Consulta, nella sentenza n. 75/2000, ha ritenuto esente da vizi di costituzionalità il già citato articolo 6 della legge n. 127 del 1997 (classificandolo, quindi, come annullamento doveroso) in base alla considerazione che in via di principio, "*il momento discrezionale del potere della p.a. di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale*"; ma è anche vero che l'affidamento, come rilevato sommariamente *supra*, è ormai un valore di cui la Consulta stessa ha riconosciuto la rilevanza costituzionale⁷⁷.

dell'atto, bensì all'antigiuridicità del perdurare della vigenza di esso (o, più esattamente, del perdurare dell'assetto da esso fatto nascere). Inoltre, il comma 1-*bis*, inserito dal correttivo, quando si riferisce all'art. 21-*nonies*, al fine di derogarvi, specifica che tale deroga (e, quindi, prima ancora, l'applicazione della norma tutta) vale, però, solo per le ipotesi di cui al comma 1 (classificabili, direi, quali fattispecie di annullamento tipicamente discrezionale): si potrebbe quindi affermare che se anche quelle di cui al comma 2 fossero state ipotesi di annullamento, allora la deroga (e, prima ancora, la norma di cui alla legge 241) si sarebbe dovuta riferire pure ad esse (anche se in questo caso mi si potrebbe obiettare che il comma, introducendo una deroga, si riferisce ai soli casi di annullamento facoltativo proprio perché, quelli di cui al secondo comma, essendo doverosi, alla luce di quanto finora deciso dalla giurisprudenza in costanza di siffatte ipotesi di riesame dovuto, non soggiacciono ad alcun limite temporale).

⁷⁷ *Ex pluribus*, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, ESI, Napoli, 1995.

Sarebbe dunque costituzionalmente legittima una norma di questo tipo⁷⁸? Occorre sempre riservare speciale attenzione ai “principi”, che, prima ancora di essere tradotti in regole, presiedono al corretto esercizio del potere amministrativo e, a monte, alla costruzione e alla interpretazione delle stesse regole⁷⁹. La legittimità di questa soluzione, quindi, mi pare si possa ipotizzare nei soli casi in cui l’affidamento sia, di per se stesso, escludibile *a priori*, perché, ad esempio, *colpevole* a causa della malafede dell’amministrato (casi che, come visto *supra*, al contrario, oggi restano ancora “imbrigliati” nella discrezionalità); sempre che, però, la insussistenza in concreto di tale affidamento sia rilevabile e accertata *prima* dell’avvio del procedimento di secondo grado dovuto (e si configuri, così, perché espressamente previsto dalla norma introduttiva dell’annullamento vincolato, assieme alla mera illegittimità del provvedimento da annullare, quale *presupposto* per il sorgere dell’obbligo, positivizzato, di ritirare l’atto di primo grado viziato)⁸⁰.

⁷⁸ Dubbio che potrebbe porsi, ad esempio, per l’art. 14, comma 10, del d.l. n. 78 del 2010. La norma, che si riferisce specificatamente alla violazione del patto di stabilità, stabilisce che “*Gli atti adottati dalla Giunta regionale o dal Consiglio regionale durante i dieci mesi antecedenti alla data di svolgimento delle elezioni regionali, con i quali è stata assunta la decisione di violare il patto di stabilità interno, sono annullati senza indugio dallo stesso organo*”.

⁷⁹ M.A. SANDULLI, *Il codice dell’azione amministrativa. Il valore dei suoi principi e l’evoluzione delle sue regole*, in ID. (a cura di), *Codice dell’azione amministrativa*, cit., 3.

⁸⁰ In queste ipotesi, cioè, la norma potrebbe prevedere esplicitamente casi in cui, non essendoci la necessità di ricercare interessi pubblici ulteriori ed avendo la p.A., al di fuori del procedimento di secondo grado e prima del suo avvio, rilevato la insussistenza di un incolpevole affidamento riposto dal privato nella situazione in concreto consolidatasi a seguito della emanazione del provvedimento illegittimo di primo grado, l’amministrazione debba necessariamente non solo attivarsi al fine di valutare se annullare, ma, concretamente, annullare l’atto viziato.