

L'autotutela doverosa ^(*)

di Nicola Durante

Sommario: 1. L'autotutela amministrativa. – 2. L'annullamento d'ufficio. – 3. L'autoannullamento doveroso. – 4. L'autoannullamento totalmente doveroso. – 5.1. L'autoannullamento parzialmente doveroso: a) la dequotazione del termine finale per l'esercizio del potere ... – 5.2. ... b) l'interesse pubblico *in re ipsa*. – 6. L'annullamento del provvedimento in contrasto col diritto europeo.

1. L'autotutela amministrativa.

Autotutela significa “farsi giustizia da sé”, senza cioè ricorrere all'intervento del giudice.

L'ordinamento giuridico non vieta ai consociati di ottenere la produzione di effetti giuridici senza il ricorso ad un organo giurisdizionale, come avviene nelle ipotesi di autotutela contrattuale¹, purché questo non implichi violenza sulle cose o sulle persone, nel qual caso la condotta costituisce reato, ai sensi degli artt. 392 e 393 c.p.².

Il divieto di autotutela mediante l'uso della coercizione (c.d. autotutela *esecutoria*) non riguarda la P.A., giustificandosi ciò per la miglior cura dell'interesse pubblico affidato.

Tradizionalmente, il fondamento del potere di autotutela della P.A. è ravvisato nell'art. 97 Cost. ed in particolare nei principi di legalità e buon andamento dell'amministrazione³.

Per loro natura, i provvedimenti amministrativi sono immediatamente efficaci ed esecutivi⁴.

Alla regola dell'immediata efficacia ed esecutività si sottraggono i provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati non ancora comunicati (a meno che abbiano carattere cautelare ed urgente o siano muniti di una clausola di immediata esecutività)⁵, i provvedimenti sospesi⁶ ed i

^(*) Relazione svolta al corso di formazione sul tema “Il diritto amministrativo italiano tra diritto UE e CEDU”, organizzato dall'Ufficio Studi della Giustizia amministrativa, il 14 marzo 2022.

¹ C.M. BIANCA, voce *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 2000; L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela (dir. civ.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1989.

² S. ARDIZZONE, *I delitti di esercizio arbitrario delle proprie ragioni*, Milano, 1975.

³ F. BENVENUTI, voce *Autotutela (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, V, Milano, 1959; G. CORAGGIO, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. giur. Treccani*, IV, Roma, 1988.

⁴ L'art. 21-*quater*, comma 1, l. n. 241 del 1990, prevede che “*i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo*”.

⁵ Ai sensi dell'art. 21-*bis*, “*il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile... Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci*”.

⁶ L'art. 21-*quater*, comma 2, prevede che “*l'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge*”.

provvedimenti nulli⁷, i quali ultimi sono intrinsecamente inidonei ad alterare l'assetto delle situazioni giuridico-soggettive⁸.

Salvo che per gli atti nulli, l'efficacia e l'esecutività non è dunque collegata al requisito della validità.

Pertanto, nonostante la sua annullabilità ai sensi dell'art. 21-*octies* della l. n. 241 del 1990, il provvedimento amministrativo affetto da vizio non meramente formale di violazione di legge, eccesso di potere od incompetenza è perfettamente efficace.

Ne discende che l'annullamento dell'atto ad opera del giudice o della stessa P.A., pur avendo efficacia retroattiva, possiede natura costitutiva e non accertativa, e tanto a differenza della declaratoria di nullità⁹.

Si distinguono, ordinariamente, tre forme di autotutela amministrativa:

1) l'autotutela *sanzionatoria*, che consiste nel potere di irrogare unilateralmente pene amministrative per la trasgressione di obblighi o divieti generali, nonché delle regole che informano un determinato rapporto giuridico¹⁰;

2) l'autotutela *esecutoria*, che consiste nel potere di eseguire autoritativamente e coattivamente i provvedimenti efficaci¹¹;

3) l'autotutela *decisoria*, che consiste nel potere di riesaminare i propri atti e/o gli effetti prodotti dai medesimi, sul piano della legittimità e/o dell'opportunità, al fine di confermarli, modificarli, revocarli od annullarli.

2. L'annullamento d'ufficio.

L'annullamento d'ufficio consegue ad un procedimento c.d. "di secondo grado", disciplinato all'art. 21-*nonies*, dove vigono pienamente le garanzie di cui all'art. 7 e seguenti¹².

Esso comporta la rimozione definitiva dell'atto dall'ordinamento giuridico, con efficacia retrodatata

⁷ È nullo, ai sensi dell'art. 21-*septies*, il provvedimento che "manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge".

⁸ A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002; M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Milano, 2004.

⁹ G. CORSO, voce *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, XLVI, Milano, 1993.

¹⁰ La categoria giuridica della sanzione si differenzia nettamente da quella dell'autotutela decisoria, cui appartiene l'istituto della decadenza da un beneficio, in ragione del fatto che nell'autotutela: a) è irrilevante l'elemento soggettivo del dolo o della colpa; b) l'eventuale effetto ablatorio prodotto è al massimo coincidente con l'utilità concessa con il pregresso provvedimento ampliativo (Cons. Stato, ad. plen., 11 settembre 2020, n. 18, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹¹ In base all'art. 21-*ter*, comma 1, "nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge".

¹² L'omissione delle garanzie procedurali non vizia il provvedimento finale se l'interessato è venuto comunque a conoscenza del procedimento, sì da poter intervenire e presentare le proprie controdeduzioni (Cons. Stato, sez. V, 22 luglio 2019, n. 5168, in www.giustizia-amministrativa.it), oppure se comunque l'atto non poteva essere diverso da quello emanato, ai sensi del comma 2 dell'art. 21-*octies*. In ordine alla violazione dell'art. 10-*bis*, si veda l'ultimo periodo della predetta norma.

al momento della sua adozione.

La retroattività degli effetti del ritiro trova un limite nelle materie di competenza euro-unitaria, dovendo essere bilanciata con gli opposti valori della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento e della proporzionalità dell'azione amministrativa¹³.

La giurisprudenza applica la disciplina dell'annullamento d'ufficio ad ogni atto di ritiro emanato con effetto *ex tunc* per vizi di legittimità, a prescindere dal *nomen iuris* occasionalmente utilizzato¹⁴.

La sussistenza di un vizio sostanziale di legittimità è un presupposto necessario, ma non sufficiente per l'annullamento: la scelta di incidere su una situazione giuridica ormai cristallizzata per l'inutile decorso del termine d'impugnazione è dunque il risultato di una valutazione discrezionale non soltanto nel *quid* e nel *quomodo*, ma anche nell'*an*¹⁵.

Ne consegue che, in presenza di un'istanza di parte, non è configurabile alcun obbligo di provvedere in capo alla P.A., la quale è titolare di un potere di merito, che si esercita previa valutazione di ragioni di pubblico interesse insindacabili da parte del giudice¹⁶. Donde, l'inesperibilità dell'azione avverso il silenzio-inadempimento, di cui all'art. 31 c.p.a.¹⁷.

Non solo, ma ove anche la P.A., nel suo libero atteggiarsi, divisi di dare inizio al procedimento, l'accertata sussistenza di un vizio di illegittimità sostanziale non determina necessariamente l'annullamento dell'atto.

Il comma 2 dell'art. 21-*nonies* indica infatti, come alternativa, la "*convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole*".

L'esito del procedimento dipende da una verifica circa la sussistenza, nella fattispecie data, di molteplici elementi in fatto ed in diritto, alcuni dei quali assurgono a presupposti rigidi e vincolanti ed altri a condizioni flessibili e discrezionali.

I presupposti rigidi e vincolanti sono:

1) l'illegittimità sostanziale dell'atto da riesaminare, che dev'essere affetto da uno o più vizi, non meramente formali, di incompetenza, violazione di legge od eccesso di potere;

2) il rispetto del termine massimo di 12 mesi dal momento dell'adozione, quando l'atto da riesaminare consiste in un'autorizzazione o nell'attribuzione di vantaggi economici e non siano ravvisabili falsità o mendaci dichiarativi¹⁸.

In tal modo, sono tra loro contemperati i beni costituzionali del rispetto della legalità (art. 97 Cost.)

¹³ Corte giust. CE, 24 gennaio 2002, C-500/99, *Conserve Italia Soc. Coop*, in www.eur-lex.europa.eu.

¹⁴ Cons. Stato, sez. V, 15 ottobre 2003, n. 6316, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁵ L'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio è il risultato di una scelta discrezionale dell'amministrazione, operata in assenza di precisi parametri normativi, poiché il legislatore si è astenuto dall'identificare le situazioni che costituiscono un interesse pubblico rilevante ai fini della rimozione dell'atto (T.a.r. Lazio, sez. II-*bis*, 20 giugno 2008, n. 6978, in www.giustizia-amministrativa.it).

¹⁶ Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2017, n. 611, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁷ Cons. Stato, sez. V, 3 ottobre 2012, n. 5199, in www.giustizia-amministrativa.it.

¹⁸ Poiché il termine vincolante (che attualmente è pari a 12 mesi, ma che inizialmente era di 18 mesi) è stato introdotto dall'art. 6, comma 1, lett. d), n. 1 della l. n. 124 del 2015, per i provvedimenti illegittimi precedentemente adottati esso comincia a decorrere dalla data di entrata in vigore della nuova disposizione (Cons. Stato, sez. IV, 18 ottobre 2019, n. 7080, in www.giustizia-amministrativa.it).

e della libertà di iniziativa economica privata (art. 41 Cost.), il quale ultimo si pone a fondamento della tutela dell'affidamento incolpevole del privato sulla validità dell'atto¹⁹.

Le tre condizioni flessibili e discrezionali sono:

- 4) la sussistenza di preminenti ragioni di interesse pubblico;
- 5) la valutazione comparata e bilanciata degli interessi dei destinatari e dei controinteressati²⁰;
- 6) il rispetto di un termine ragionevole, laddove non operi il vincolo dei 12 mesi.

La motivazione deve perciò dar conto di un interesse pubblico, diverso dal mero ripristino della legalità violata²¹, la cui concretezza ed attualità è valutata in comparazione con le posizioni giuridiche soggettive esistenti ed in rapporto con il tempo trascorso dalla data di adozione dell'atto da rimuovere²².

Va pertanto escluso che l'affidamento incolpevole ingenerato nel privato rappresenti un ostacolo assoluto all'esercizio dell'autotutela²³, essendo ormai superata la tesi che conferisce rilevanza maggiore all'interesse dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore all'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, i cui effetti si sono ormai prodotti in via definitiva²⁴.

Resta la questione della possibile tutela patrimoniale risarcitoria in favore del privato già beneficiario del vantaggio, su cui si è recentemente soffermata l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato²⁵.

Essa si è espressa anzitutto in punto di giurisdizione, affermando la giurisdizione amministrativa, in adesione all'orientamento opposto a quello, costante, assunto (precedentemente ed anche successivamente) dalle sezioni unite della Corte di Cassazione²⁶, le quali sostengono la giurisdizione del giudice ordinario, anche nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, sul duplice rilievo che la lesione fatta valere riguarda il diritto soggettivo alla libertà di autodeterminazione negoziale e che essa è stata eventualmente cagionata da un comportamento scorretto, di natura meramente materiale e del tutto svincolato dall'esercizio del potere, da parte della P.A., la quale può aver suscitato un affidamento nel privato sulla legittimità del provvedimento favorevole poi annullato (in autotutela o in sede giurisdizionale), in contrasto con i doveri di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c.

L'adunanza plenaria, al contrario, muove dalla premessa che correttezza e tutela dell'altrui buona fede sono principi regolatori cui l'azione provvedimentale della P.A. deve conformarsi ai sensi dell'art. 1, comma 2-*bis*, della l. n. 241 del 1990, di tal che il sindacato, anche ai fini risarcitori, sulla violazione di tali regole di condotta resta devoluto al giudice amministrativo.

¹⁹ Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁰ Secondo F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 145, già prima della l. n. 241 del 1990, l'esercizio dell'autotutela "impone[va] all'amministrazione una necessaria ponderazione, regolata dal principio logico di proporzionalità, fra l'interesse dell'amministrazione all'annullamento ... e l'interesse rappresentato dalla situazione di vantaggio generatasi a favore del destinatario dell'atto".

²¹ Cons. Stato, sez. II, 16 dicembre 2019, n. 8500 e Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2019, n. 7989, in www.giustizia-amministrativa.it.

²² Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277, in www.giustizia-amministrativa.it.

²³ Cons. Stato, sez. VI, 8 agosto 2019, n. 5631, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁴ Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it, in tema di annullamento di una concessione edilizia in sanatoria.

²⁵ Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21, in www.giustizia-amministrativa.it.

²⁶ Cass. civ., sez. un., 20 gennaio 2022, n. 1778; 25 maggio 2021, n. 14324; 28 aprile 2020, n. 8236, in www.italgiureweb.it.

E' il potere autoritativo della P.A. che, nel suo dispiegarsi autoritativo e discrezionale, incontra il limite consistente nella tutela dei diritti soggettivi ed interessi legittimi del privato.

L'affidamento del privato nella correttezza dell'azione della P.A. non si qualifica, pertanto, in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, non rappresentando una situazione giuridica soggettiva autonoma e diversa rispetto alla posizione giuridica presupposta.

In particolare, l'affidamento del privato sulla stabilità di un provvedimento favorevole – e quindi sulla conservazione del bene della vita ottenuto tramite quel provvedimento – si ricollega ad un interesse legittimo che, da pretensivo che era nel momento in cui il privato ha chiesto il provvedimento a lui favorevole, nel momento in cui lo ha ottenuto, è diventato oppositivo, rispetto a comportamenti o provvedimenti che lo possono aggredire.

Ne consegue che la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato da un provvedimento favorevole annullato, in via di autotutela o in sede giurisdizionale, si sostanzia, sotto l'aspetto dell'elemento materiale, nella lesione di un interesse legittimo oppositivo, la cui risarcibilità va valutata anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo, spettando al privato dimostrare che sia insorto in lui un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto; ragionevole convincimento che va escluso in caso di illegittimità evidente, o quando il medesimo destinatario abbia avuto conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento e sia stato posto nella possibilità di difendersi.

3. L'autoannullamento doveroso.

Di regola, il potere di riesame degli atti amministrativi costituisce una tipica espressione di attività discrezionale mirata al conseguimento dell'interesse pubblico.

V'è da chiedersi, nondimeno, se siano configurabili ipotesi in cui tale potere perda i suoi naturali tratti di discrezionalità, diventando espressione di un'attività vincolata dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto.

Che ciò sia astrattamente possibile appare incontrovertibile.

Per vero, occupandosi dell'art. 6, comma 17, l. n. 127 del 1997, recante l'obbligo per gli enti locali di autoannullare provvedimenti di inquadramento del personale illegittimi, la Corte costituzionale si è espressa nel senso che *“in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale. Lo strumento dell'autotutela deve sempre essere valutato nel quadro dei principi di imparzialità, di efficienza e, soprattutto, di legalità dell'azione amministrativa, espressi dall'art. 97 Cost.”*.

Al legislatore non è dunque preclusa la scelta che *“l'annullamento d'ufficio possa cessare di essere, secondo la visione consolidata di dottrina e giurisprudenza, un procedimento discrezionale, teso a soddisfare un interesse dell'amministrazione che sia valutato sussistente al momento in cui il provvedimento viene adottato, e possa essere riproposto, almeno nei casi in cui la legge lo preveda in questi termini, come atto totalmente vincolato”*.

Pertanto, *“la previsione d'un potere-dovere di annullamento dei provvedimenti che avevano disposto*

gli inquadramenti illegittimi ... si configura ... quale elemento fondante dell'azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di situazioni costituite contra legem”²⁷.

In tal guisa, la Corte ha riconosciuto al legislatore la facoltà di optare tra forme di autotutela a contenuto discrezionale e forme a contenuto doveroso, purché sia assicurato il rispetto dei canoni di ragionevolezza e di corretto bilanciamento tra i beni costituzionali in gioco²⁸.

Ne consegue che la dimensione dell'autotutela, nelle sue molteplici declinazioni, è destinata a variare, a seconda delle diverse fasi storiche e dei differenti contesti socio-giuridici²⁹.

Quanto alla presente fase storica, essa si caratterizza, da un lato, per la crescente richiesta da parte del privato e del mercato di certezza normativa e di stabilità nei rapporti con l'amministrazione; dall'altro, per la tendenziale crisi dell'amministrazione e della sua autorità, che s'innesta in un contesto giuridico nel quale conta più la disciplina del cattivo uso del potere che quella del suo corretto uso³⁰.

In questa cornice, s'inserisce l'art. 21-*nonies* (la cui della formulazione originaria risale alla l. n. 15 del 2005), che ha definitivamente orientato il sistema nel senso di attribuire carattere ordinariamente discrezionale al provvedimento di autotutela.

In altri termini, allo stato attuale, la natura discrezionale del provvedimento annullatorio costituisce la regola e la natura doverosa l'eccezione, come tale necessitante di un'apposita previsione legislativa in deroga.

A questo si aggiunga che la fissazione di un termine finale per l'esercizio del potere ha finito per conferire un'ulteriore salvaguardia alle richieste di certezza, quanto meno nei settori in cui l'interesse alla stabilità del mercato viene ritenuto dalla legge più prezioso rispetto alla tutela dell'interesse pubblico generale³¹.

Ma, a loro modo, anche i reliquati istituti dell'annullamento doveroso possono qualificarsi come fattori di certezza, rendendo manifesta, in uno specifico ambito, la sussistenza di una valutazione politica aprioristica di incondizionata prevalenza dell'interesse al ripristino della legalità violata rispetto all'interesse alla stabilità degli effetti del provvedimento.

Così facendo, si è passati da un assetto di potere di matrice autocratica, fondato sul dogma dell'inesauribilità della funzione amministrativa³² – atta a giustificare una autotutela provvedimento senza limiti temporali certi e sufficientemente motivata alla stregua del solo interesse pubblico –, ad un assetto di potere di stampo democratico, in cui emergono nuovi riferimenti assiologici, costituiti dalla certezza e dalla stabilità dell'azione amministrativa, dalla tutela dell'affidamento, dal principio del *clare*

²⁷ Corte cost., 22 marzo 2000, n. 75, in www.cortecostituzionale.it.

²⁸ *Contra*, N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in www.federalismi.it, 2017, secondo il quale il richiamo (invero apodittico) alla “*natura sempre discrezionale*” dell'assetto nazionale dell'autotutela provvedimento, inserito nel parere del Cons. Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, § 5.6.3 (in www.giustizia-amministrativa.it) conterrebbe un implicito avallo alla tesi che non possa esistere “*un tipo di annullamento doveroso nel quomodo*”.

²⁹ B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223 ss.

³⁰ S. TUCCILLO, *Autotutela amministrativa*, in *Treccani diritto on line*, 2019.

³¹ M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321 ss.

³² Cons. Stato, sez. II, 7 giugno 1995, n. 2917/94, in www.giustizia-amministrativa.it.

loqui, dalla libertà dell'iniziativa economica privata e dalla prevedibilità dei vantaggi di un investimento privato.

Da questa trasformazione, prima di tutto socio-culturale e solo dopo giuridica, escono ridimensionati non solamente l'autotutela, ma tutti gli strumenti dell'*agere publicum*: tra Stato ed individuo permane una situazione asimmetrica, ma le distanze si sono notevolmente accorciate³³.

Insomma, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa nella sua sede più autorevole, la teorica della perennità della potestà di annullare in autotutela gli atti invalidi, "*predicabile senza riserve in periodi caratterizzati dalla prevalenza del momento autoritativo nei rapporti fra amministrazione e cittadino e dal sostanziale privilegio riconosciuto all'amministrazione in sede di esercizio dell'autotutela*", è stata rimeditata, in ragione di "*una sempre maggiore attenzione al valore della certezza delle situazioni giuridiche e alla tendenziale attenuazione dei privilegi riconosciuti all'amministrazione, anche quando agisce con poteri squisitamente autoritativi e nel perseguimento di primarie finalità di interesse pubblico*"³⁴.

4. L'autoannullamento totalmente doveroso.

Occorre ora chiedersi se, tra le c.d. autotutele speciali, preesistenti all'art. 21-*nonies* e da questo non toccate, siano contemplate figure tipiche di autoannullamento doveroso.

Le ipotesi tradizionalmente prospettate³⁵ sono:

- l'ottemperanza al giudicato ordinario che abbia incidentalmente accertato l'illegittimità di un atto amministrativo³⁶;
- l'annullamento di un atto dipendente, come necessaria conseguenza dell'annullamento (giurisdizionale o amministrativo) dell'atto presupposto;
- la conformazione ad una decisione negativa resa in sede di controllo successivo, da un'autorità cui non compete il potere di annullare direttamente l'atto.

Le predette ipotesi si caratterizzano tutte per l'esistenza di un vincolo assoluto per la P.A. a dar luogo alla caducazione del provvedimento viziato.

Ciò significa che non occorre motivare né sulle preminenti ragioni di interesse pubblico che rendono recessivi gli interessi concomitanti, né sul tempo trascorso dall'azione del provvedimento da rimuovere.

Eguali caratteristiche di doverosità si rinvencono nell'annullamento dell'atto pronunciato in sede di *autodichia*, ossia in accoglimento di un ricorso in opposizione o di un ricorso gerarchico, ai sensi del d.P.R.

³³ R. DE NICTOLIS, *L'autotutela provvedimentoale di annullamento degli atti illegittimi tra principi costituzionali, regole e eccezioni*, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

³⁴ Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁵ A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 710 ss.; R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017; T.a.r. per la Campania, sez. II, 7 ottobre 2010, n. 18004, in www.giustizia-amministrativa.it.

³⁶ Cons. Stato, sez. V, 7 gennaio 2019, n. 130; T.a.r. per la Campania, sez. I, 25 giugno 2015, n. 3375, in www.giustizia-amministrativa.it.

n. 1199 del 1971³⁷.

A differenza dell'autotutela *decisoria*, che prescinde dall'esistenza di una controversia ed è finalizzata alla rivalutazione dell'interesse pubblico sottostante alla vicenda, l'*autodichia* è il potere della P.A. di decidere i procedimenti contenziosi, sicché la stessa presuppone la proposizione di un ricorso amministrativo ed è finalizzata alla verifica dei vizi dedotti³⁸.

Pertanto, se il ricorso riguarda vizi di legittimità, all'accertamento dei medesimi deve necessariamente seguire l'annullamento dell'atto, rimanendo preclusa alla P.A. la possibilità di una convalida per motivi d'interesse pubblico.

5.1. L'autoannullamento parzialmente doveroso: a) la dequotazione del termine finale per l'esercizio del potere ...

Accanto ad ipotesi di autoannullamento assolutamente vincolato, esistono fattispecie in cui la doverosità dell'autotutela è solo limitata o parziale, nel senso che l'amministrazione è affrancata dal termine decadenziale entro cui provvedere, ovvero è esentata dall'obbligo di motivare sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va rammentato che l'art. 21-*nonies*, comma 1, prevede, in via generale, che l'annullamento d'ufficio debba avvenire “*entro un termine ragionevole*”, il quale decorre dall'acquisita conoscenza del profilo di illegittimità dell'atto³⁹.

L'irragionevolezza del termine rappresenta, quindi, una causa ostativa legale all'adozione del provvedimento di annullamento.

Per gli atti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, è lo stesso comma 1 a stabilire quando il termine diventi irragionevole, e cioè una volta decorsi 12 mesi dalla loro adozione.

Tale regola, tuttavia, subisce un'eccezione al comma 2-*bis*, per “*i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*”, i quali “*possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di 12 mesi di cui al comma 1*”.

La disposizione viene inoltre interpretata dalla giurisprudenza a discapito del privato, dilatandosi la portata del requisito delle “*false rappresentazioni dei fatti*” – le quali possono essere integrate anche dal mero silenzio su circostanze rilevanti⁴⁰ – e, nel contempo, restringendosi la portata del requisito della “*sentenza passata in giudicato*”, fino a negarne la necessità, allorquando le attestazioni non veritiere, seppure penalmente irrilevanti, sono comunque imputabili a dolo o colpa grave⁴¹.

Comunque sia, in tutti i predetti casi, al venir meno del vincolo dei 12 mesi, dovrebbe tornare ad

³⁷ Viceversa, il ricorso straordinario al Capo dello Stato, pure disciplinato dal d.P.R. n. 1199 del 1971, è un procedimento oramai pacificamente assimilato all'esercizio della giurisdizione.

³⁸ A. TRAVI, voce *Decisione amministrativa*, in *Dig. dir. pubbl.*, IV, Torino, 1989.

³⁹ Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, cit.

⁴⁰ Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁴¹ Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940 e Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2019, n. 849, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

applicarsi la norma generale di cui al comma 1, sulla ragionevolezza del termine.

Vi sono poi discipline speciali che incidono *in pejus* sulla garanzia di un termine finale per l'esercizio del potere.

In alcuni istituti, di cui si tratterà anche appresso, il termine per l'esercizio del potere di autotutela è individuato in un lasso di tempo particolarmente lungo: si tratta dell'annullamento regionale degli provvedimenti comunali difformi dalla normativa urbanistica (dieci anni⁴²) e dell'(ormai abrogato) annullamento dei provvedimenti di esborso di denaro pubblico (tre anni).

In altri, il termine finale è addirittura assente.

Ci si riferisce agli artt. 2, comma 3, lett. p), l. n. 400 del 1988 e 138, d.P.R. n. 267 del 2000, i quali prevedono che, "*a tutela dell'unità dell'ordinamento*", il Governo, previo parere del Consiglio di Stato, possa disporre l'annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi "*in qualunque tempo*".

Ovvero agli artt. 108 e 176 del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016) che, nel facultare la stazione appaltante a risolvere il contratto di appalto o la concessione per violazione delle regole euro-unitarie in tema di affidamento, stabiliscono espressamente che "*non si applicano i termini previsti dall'art. 21-nonies*"⁴³.

5.2. ... b) l'interesse pubblico *in re ipsa*.

Si parla di interesse pubblico *in re ipsa* ogni qualvolta l'interesse pubblico al ritiro del provvedimento illegittimo prevale *juris et de jure* sugli altri interessi, i quali sono pretermessi e destinati a rimanere insoddisfatti.

A fungere da ostacolo all'annullamento resta quindi il decorso del tempo dall'adozione dell'atto da rimuovere o qualche altra circostanza, diversa all'interesse pubblico, specificamente indicata dalla legge.

Un'ipotesi di tal fatta è rappresentata dall'art. 1, comma 136, l. n. 311 del 2004⁴⁴, abrogato dall'art. 6, comma 2, l. n. 124 del 2015, che fa obbligo alla P.A. di annullare i provvedimenti illegittimi comportanti oneri finanziari, fatta eccezione per quelli incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali efficaci da più di tre anni⁴⁵.

Di conseguenza, nelle materie del pubblico impiego o dei contributi e finanziamenti pubblici, si è affermato che non necessita di specifica motivazione sull'interesse generale l'intervento in autotutela su un atto produttivo di esborso indebito di denaro pubblico, con correlativo ingiustificato vantaggio per il

⁴² Nel contesto attuale, occorrerebbe forse interrogarsi sulla legittimità costituzionale di un termine così ampio.

⁴³ Per una ricostruzione di genesi e sviluppo delle due norme: M. SANTISE, *Coordinate ermeneutiche di diritto amministrativo*, Torino, 2018, 360 ss.

⁴⁴ "*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*".

⁴⁵ T.a.r. per la Calabria, sez. II, 6 novembre 2009, n. 1210, in www.giustizia-amministrativa.it.

privato⁴⁶.

Ancora, ai sensi dell'art. 94 del codice antimafia (d.lgs. n. 159 del 2011), se, successivamente alla stipula del contratto, siano accertati tentativi di infiltrazione mafiosa, oppure emergano cause correlate di decadenza, di sospensione o di divieto, le stazioni appaltanti *“revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”*.

In tal caso, la prosecuzione del rapporto è consentita esclusivamente ove *“l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi”*.

Poiché, in base all'art. 21-*nonies*, l'annullamento d'ufficio può essere adottato, oltre che dall'organo emanante, anche *“da altro organo previsto dalla legge”*, costituisce annullamento *in re ipsa* anche il c.d. annullamento tutorio, operato cioè dall'autorità che esercita il controllo di legittimità.

Si pensi all'autorizzazione paesaggistica, rilasciata dalla regione o da altro ente locale da essa delegato, che può essere annullata dalla soprintendenza, nei 60 giorni successivi alla sua ricezione, *ex art. 159, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2004*⁴⁷.

E lo stesso dicasi per *“le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione”*⁴⁸, i quali possono essere annullati dalla regione, *ex art. 39, d.P.R. n. 380 del 2001*, entro dieci anni dalla loro adozione.

L'esercizio del potere dipende, dunque, dall'accertamento della difformità del titolo edilizio con la disciplina urbanistica all'epoca vigente, restando avulso ogni bilanciamento tra i contrapposti interessi, pubblici e privati, di cui al generale procedimento *ex art. 21-nonies*⁴⁹.

Tuttavia, è opinione di chi scrive che una simile impostazione vada rimeditata alla luce delle conclusioni cui è giunta la giurisprudenza sulla *vextata quaestio* della configurazione, discrezionale o doverosa, dell'annullamento del titolo edilizio in sanatoria illegittimo, laddove è prevalsa la prima opzione, riconoscendosi l'obbligo per la P.A. di motivare l'atto in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale, tenuto conto degli interessi dei privati, pur non potendo costoro vantare un particolare affidamento, posto che hanno realizzato un abuso edilizio insanabile⁵⁰.

In tema di annullamento del provvedimento illegittimo di sanatoria edilizia, l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato ha infatti affermato che *“il riconoscimento di un interesse pubblico al ripristino della legalità violata (la cui sussistenza è di intuitiva evidenza, anche a notevole distanza di tempo dall'originaria adozione dell'atto) non sta necessariamente a significare che tale interesse sia l'unico fattore idoneo a orientare le scelte discrezionali dell'amministrazione in caso di risalenti violazioni in materia*

⁴⁶ Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2013, n. 2022; Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4007; Cons. Stato, sez. III, 20 giugno 2012, n. 3603; Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2012, n. 3290, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁷ T.a.r. per la Campania, sez. VI, 17 maggio 2013, n. 2554, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴⁸ Deve trattarsi di violazioni non meramente formali, perché diversamente non sarebbero invalidanti, ai sensi del comma 2 dell'art. 21-*octies*.

⁴⁹ Cons. Stato, sez. IV, 16 agosto 2017, n. 4008, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁵⁰ Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, cit.

urbanistica, si da esonerare in radice l'amministrazione da qualunque motivata valutazione in ordine ad ulteriori fattori e circostanze rilevanti ... Una cosa è infatti la tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico rispetto agli altri interessi rilevanti; ben altra cosa è la radicale pretermissione, anche ai fini motivazionali, di tali ulteriori circostanze attraverso una loro innaturale espunzione dalla fattispecie".

Sempre nel paradigma della doverosità, si collocano talune ipotesi di recesso unilaterale dal vincolo contrattuale, previste dal d.lgs. n. 50 del 2016 a seguito della decadenza dell'attestazione di qualificazione per la produzione di documentazione falsa o di dichiarazioni mendaci, dell'adozione di una misura di prevenzione antimafia con effetto interdittivo, o del passaggio in giudicato di una sentenza di condanna per gravi reati⁵¹.

La giurisprudenza ha infine elaborato, in via interpretativa, ulteriori ipotesi nelle quali non è necessaria una penetrante motivazione in tema d'interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo od una particolare considerazione dell'affidamento del beneficiario.

Si pensi, ad esempio all'annullamento del provvedimento:

– la cui illegittimità sia emersa a seguito di verifica compiuta dall'autorità prefettizia, ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 267 del 2000⁵²;

– rilasciato per effetto di una falsa, infedele, erronea od inesatta rappresentazione della realtà, dolosa o gravemente colposa, da parte dell'interessato⁵³;

– non ancora efficace o dotato di stabilità provvisoria⁵⁴, non essendo necessaria una motivazione sull'interesse pubblico prevalente, fino a che l'atto non acquisti definitività.

6. L'annullamento del provvedimento in contrasto col diritto europeo.

Sulla natura tendenzialmente discrezionale dell'annullamento dell'atto assunto in violazione del diritto dell'Unione europea convergono i più recenti arresti della Corte di giustizia.

Questa, partendo dal rilievo che *“la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario”* e che *“il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza”*, ha escluso che il contrasto col diritto euro-unitario faccia sorgere, in capo all'amministrazione, l'obbligo di riesaminare una decisione definitiva.

Un'ipotesi in cui l'amministrazione è obbligata a rivalutare un proprio atto, anche se non necessariamente a doverlo annullare, è stata tuttavia individuata nei riguardi della decisione amministrativa confermata da giudicato, in presenza delle seguenti condizioni:

⁵¹ Cons. Stato, ad. plen., 2 aprile 2020, n. 10, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵² Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 2014, n. 2047, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵³ Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920; T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. II, 30 novembre 2020, n. 1822 e 28 luglio 2020, n. 954, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

⁵⁴ Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2013, n. 2602; T.a.r. per la Lombardia, sez. III, 11 marzo 2003, n. 435, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

1) che la decisione sia divenuta definitiva in seguito alla sentenza di un giudice nazionale di ultima istanza;

2) che, alla luce della successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, tale sentenza risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto europeo;

3) che l'interessato, immediatamente dopo essere stato informato di tale nuova giurisprudenza, si sia rivolto all'organo amministrativo competente;

4) che l'amministrazione disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di tornare su tale decisione e che tenga comunque conto degli interessi dei terzi⁵⁵.

Ricorrendo tutte le predette circostanze, l'obbligo di riesame sussiste anche se l'istante non abbia fatto valere la violazione del diritto dell'Unione europea come motivo di censura dell'atto impugnato⁵⁶.

Con altra decisione, è stato precisato che *“l'art. 267 TFUE deve essere interpretato nel senso che, dopo aver ricevuto la risposta della Corte di giustizia dell'Unione europea ad una questione vertente sull'interpretazione del diritto dell'Unione da essa sottoposta, o allorché la giurisprudenza della Corte di giustizia abbia già fornito una risposta chiara alla suddetta questione, un organo giurisdizionale nazionale di ultima istanza deve fare tutto il necessario affinché sia applicata tale interpretazione”*⁵⁷.

Ma, in questo caso (risposta chiara della Corte ad un dubbio interpretativo), l'obbligo di conformazione alle regole unionali sorge in capo all'autorità giurisdizionale (per altro, di ultima istanza) e non in capo alla P.A.

Per quest'ultima, vale infatti la regola secondo cui, *“quando un atto è viziato da illegittimità, l'istituzione da cui esso emana ha il diritto di revocarlo entro un termine ragionevole, con effetto retroattivo”*⁵⁸. Detto termine ragionevole decorre dalla data di notifica dell'atto all'interessato e non da quella di adozione⁵⁹, giacché *“il legittimo affidamento non può esistere, laddove il ricorrente medesimo ignori l'esistenza dell'atto che si suppone ne sia all'origine”*.

D'altronde, che l'autotutela amministrativa nei confronti dell'atto in contrasto col diritto unionale abbia natura discrezionale è una conseguenza del superamento della tesi dell'obbligo di disapplicazione del provvedimento difforme, in un primo momento sostenuta dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, allo scopo di affermare la primazia dell'ordinamento europeo rispetto a quello interno⁶⁰.

Più recentemente, infatti, la stessa Corte ha affermato che, sebbene nell'ordinamento europeo viga l'obbligo della leale collaborazione tra gli Stati membri nell'assicurare il raggiungimento degli obiettivi comunitari, questo non può spingersi fino al punto di sottrarre loro la libertà di scelta degli strumenti ritenuti più opportuni a salvaguardia dello stesso⁶¹.

⁵⁵ Corte giust. CE, 13 gennaio 2004, C-453/00, *Kühne & Heitz*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁶ Corte giust. CE, 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁷ Corte giust. UE, Grande sez., 5 aprile 2016, C-689/13, *Puligienica Facility Esco*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁵⁸ Corte giust. CE, 26 febbraio 1987, C-15/85, *Bui Van*, in www.eur-lex.europa.eu, che ha ritenuto ragionevole il termine di tre mesi ed un giorno.

⁵⁹ Corte giust. CE, 7 aprile 1997, C-90/95, *De Compte*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁶⁰ Per tutte: Corte giust. CE, 15 luglio 1964, C-6/64, *Costa*; Corte giust. CE, 9 marzo 1978, C-106/77, *Simmenthal* e Corte giust. CE, 22 giugno 1989, C-103/88, *Costanzo*, in www.eur-lex.europa.eu.

⁶¹ Corte giust. CE, 14 dicembre 1995, C-312/93, *Peterbroeck, Van Campenhout & Cie SCS* e Corte giust. CE, 1° settembre 1999, C-126/97, *Echo Swiss Time Ltd c/ Benetton International NV*, in www.eur-lex.europa.eu.

Pertanto, l'istituto della disapplicazione, nato per gli atti normativi difformi, può prospettarsi esclusivamente in relazione alle ipotesi di violazione "indiretta" del diritto dell'Unione europea, ad opera di un "*provvedimento nazionale ... adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere), incompatibile con il diritto comunitario (e quindi disapplicabile)*"⁶².

Ma se la violazione del diritto unionale è "diretta", ossia ascrivibile al provvedimento e non alla legge attributiva del potere, essa va trattata in forma "equivalente" alla violazione delle norme di diritto interno, potendo quindi farsi valere o attraverso l'impugnazione giurisdizionale nel termine di decadenza prescritto dalla legge, o attraverso il ricorso all'autotutela amministrativa, secondo le regole per questa previste dal diritto interno⁶³.

Tale principio è stato da ultimo applicato agli atti di proroga delle concessioni demaniali marittime con finalità turistico-ricreative, rilasciati dalla P.A. in forza di norme legislative nazionali in contrasto con il diritto eurounitario, segnatamente con l'art. 49 del T.F.U.E. e con l'art. 12 della direttiva n. 2006/123/CE.

In tali ipotesi, si è affermato non solo che tali norme non devono essere applicate, sia dai giudici sia dalla P.A., ma che deve escludersi ogni diritto alla prosecuzione del rapporto in capo gli attuali concessionari, anche quando le proroghe sono state rilasciate in seguito ad un giudicato favorevole o hanno comunque formato oggetto di un giudicato favorevole.

D'altronde, la questione non postula l'esercizio di un potere di autotutela decisoria da parte della P.A., giacché l'effetto da rimuovere è direttamente disposto dalla legge, che ha nella sostanza legificato i provvedimenti di concessione, prorogandone i termini di durata.

La non applicazione della legge implica, quindi, che gli effetti sulle concessioni già rilasciate debbano ritenersi *tamquam non esset*, senza che rilevi la presenza o meno di un atto amministrativo dichiarativo della proroga o di un giudicato, il quale ultimo, nell'ambito di un rapporto di durata, è comunque esposto all'incidenza delle sopravvenienze, non potendo perciò attribuire al privato il diritto incondizionato alla prosecuzione del rapporto⁶⁴.

⁶² Cons. Stato, sez. V, 19 maggio 2009, n. 3072, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶³ Cons. Stato, 8 settembre 2008, n. 4263 e 10 gennaio 2003, n. 35; Cons. Stato, sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁶⁴ Cons. Stato, ad. plen., 9 novembre 2020, nn. 17 e 18, in www.giustizia-amministrativa.it.