

La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*

1. Autotutela, tentazioni e sfide

Quando ho accettato il titolo di questa relazione ho avuto una tentazione, alla quale poi non ho ceduto: inserire, alla fine del titolo, un punto interrogativo.

Forse, anche alla luce di certa giurisprudenza più recente, sarebbe stato più saggio.

Invece, mi sono fatto prendere dall'entusiasmo e forse anche dal primo parere del Consiglio di Stato successivo alla riforma (il n. 839 del 30 marzo 2016, parere da cui si trae anche questa locuzione del “nuovo paradigma”, che sembra stia diventando abbastanza diffusa); ho fatto trionfare l'ottimismo sull'esperienza (come si dice anche per i secondi matrimoni¹); non ho ceduto alla tentazione ed ecco qui un titolo assertivo e non dubitativo.

Prendiamola allora così, questa affermazione non dubitativa: non come una certezza, ma come un obiettivo da conseguire. Come una sfida. Anche perché nel nostro ordinamento i principi, gli istituti, i rapporti in gioco non sono mai certi, scontati; sono quasi sempre dinamici e quasi mai statici (il presidente Pajno nella sua relazione annuale² ci ha ricordato della necessità che i giuristi imparino a lavorare su un sistema “*caratterizzato dalla fluidità*”).

Le innovazioni, anche epocali – ivi compresa quella di un “nuovo paradigma” tra pubblica amministrazione e cittadino – sono sempre il risultato (dinamico) di un

* Relazione al Convegno “*La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadino e p.a.*” – Roma, Palazzo Spada, 20 marzo 2017.

¹ Il celebre aforisma del 1721 di Samuel Johnson (1709-1784) è in realtà: “*Un secondo matrimonio è il trionfo della speranza sull'esperienza*”.

² A. PAJNO, *Relazione di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017*, sul sito www.giustizia-amministrativa.it

confronto, sono sempre pervase da una *Spannung*, da una *tensione* tra valori opposti, come quella del mito di Ἔρως di Platone.

2. Autotutela ed Ἔρως platonico: tre somiglianze

E, se vogliamo, la nuova autotutela assomiglia all'Ἔρως del Simposio. Per almeno tre ragioni.

In primo luogo, l'autotutela è un istituto sempre affascinante, come lo è Ἔρως, che viene concepito durante il banchetto per la nascita di Afrodite e ne diventa un seguace. Continuiamo a seguirla e a studiarla da anni; forse perché – come Ἔρως è il simbolo della filosofia³ – l'autotutela acquista una valenza emblematica della relazione tra autorità e cittadino⁴.

In secondo luogo, anche l'autotutela, come Ἔρως, è figlia di due genitori molto diversi. Ἔρως nasce dall'unione tra Πόρος e Πενία, dove come è noto Πόρος (la personificazione dell'Ingegno), ubriaco per aver bevuto troppo nettare al banchetto per la nascita di Afrodite, si addormenta ebbro sul prato e viene visto da Πενία (la Povertà), che approfitta del suo stato per unirsi a lui. L'autotutela nasce dall'accostamento di Potere e Libertà, di autorità pubblica e affidamento del cittadino. Lascio a voi decidere chi è Πόρος e chi è Πενία.

In terzo luogo, anche l'autotutela, come Ἔρως, vive di un *equilibrio dinamico*, si muove sempre tra le sue due origini senza mai potersi identificare completamente né con l'una né con l'altra, ma risultando comunque una combinazione tra le due (ecco la *Spannung*, la tensione di cui si diceva prima). Se Amore – come dice Platone – «non è nato né immortale né mortale, ... non è mai né povero né ricco, e d'altra parte

³ L'aspirazione a essere sempre migliori, ad avere ciò che non si ha.

⁴ L'aspirazione a un esercizio del potere sempre più rispettoso dei cittadini, ovvero di coloro per i quali quello stesso potere è stato conferito.

*sta in mezzo fra la sapienza e l'ignoranza»*⁵, così l'autotutela non è mai solo espressione del potere né solo espressione della libertà.

Per citare una definizione recente, quella di M.A. Sandulli, si richiede un 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”*⁶.

Questo *equilibrio dinamico* cambia non soltanto nello spazio, da caso a caso, ma anche nel tempo, da legge a legge.

Carlo Deodato⁷ ci ha ricordato, anche di recente, che abbiamo avuto ben cinque fasi storiche dell'autotutela, caratterizzate, appunto, da un diverso bilanciamento tra autorità e tutela del privato. Abbiamo avuto le fasi 1 e 2 (prima della legge n. 241 e anche nella sua prima versione del 1990), con una netta prevalenza dell'anima autoritaria: l'autotutela priva di disciplina legislativa era considerata una ri-edizione dell'originario potere di intervento (ciò fugava anche il dubbio di compatibilità con il principio di legalità) e aveva bisogno soltanto di una motivazione plausibile *“ma non troppo intensa”* (la presenza, anche se appena percettibile, di *“qualcosa di diverso”* dal mero atto originario era comunque necessaria, in coerenza con il mito di Ἔπος). Le fasi successive sono caratterizzate da una progressiva emersione della posizione dei privati controinteressati all'autoannullamento (esse sono costituite, rispettivamente: la fase 3, dalla l. n. 15 del 2005 che ha introdotto l'articolo erroneamente denominato 21-*'nonies'*, mentre in latino si sarebbe detto 21-*'novies'*; la fase 4, dal d.l. n. 133 del 2014; fase 5, dalla l. n. 124 del 2015).

⁵ Amore *«non è nato né immortale né mortale, ma in un'ora dello stesso giorno fiorisce e vive, se la fortuna gli è propizia, in altra invece muore, ma poi rinasce in virtù della natura del padre, ... non è mai né povero né ricco, e d'altra parte sta in mezzo fra la sapienza e l'ignoranza»*: Platone, *Simposio*, 203 c-d-e, trad. it. Franco Ferrari.

⁶ 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.

⁷ C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio (sub art. 21-nonies)*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017.

La fase attuale ci vede di fronte a un interessante “provvedimento misto”, in parte discrezionale e in parte vincolato, disciplinato dal comma 1 dell’art. 21-*nonies* come novellato dall’art. 6 della l. n. 124 del 2015⁸: dei 4 elementi (più uno eventuale) su cui deve fondarsi l’autoannullamento, due sono vincolanti (l’illegittimità dell’atto da rimuovere e il termine – perentorio – di esercizio del potere entro 18 mesi) e due richiedono una valutazione discrezionale (la permanenza dell’interesse pubblico alla rimozione dell’atto e la considerazione “degli interessi dei destinatari e dei controinteressati”, ovvero la tutela dell’affidamento ingenerato nel privato)⁹. A questi ultimi può aggiungersi la valutazione della ragionevolezza del termine nei casi in cui anche i 18 mesi possono risultare troppo lunghi¹⁰.

Il risultato appare equilibrato e innovativo al tempo stesso.

Come è stato osservato, con il nuovo art. 21-*nonies* “*si conserva la possibilità di utilizzare poteri di cura dell’interesse pubblico, connotati dalla presenza di privilegi, ma se ne promuove un impiego prevalentemente in senso giustiziale, attento alle esigenze di celerità e al principio generale di comportamento secondo buona fede,*

⁸ Per comodità si riporta il testo integrale dell’articolo 21-*nonies*:

“1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell’articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d’ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell’articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall’organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all’adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

2-*bis*. 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, possono essere annullati dall’amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l’applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.”

⁹ In dottrina, sulla riforma risultante dall’art. 21-*nonies* e dai relativi decreti di attuazione, oltre agli scritti di M.A. SANDULLI e C. DEODATO, *citt.*, si veda: il contributo di 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., *Riesercizio 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.

¹⁰ Un riferimento alla ragionevolezza di termini inferiori a quello di 18 mesi si trova nel parere di Commissione speciale n. 2777 del 28 dicembre 2016, sulle cd. raccomandazioni vincolanti dell’ANAC ad agire in via di autotutela. Cfr. anche la nota 37.

cui corrisponde l'onere di sopportare le conseguenze sfavorevoli del proprio comportamento, che abbia ingenerato nel cittadino incolpevole un legittimo affidamento"¹¹.

Di fronte a questa struttura composita, coerente con l'*equilibrio dinamico* cui ho fatto riferimento, vorrei proporre due spunti di riflessione, prima di tentare qualche conclusione provvisoria:

- se, e in che termini, può parlarsi davvero di un "nuovo paradigma" nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati;
- quali sono i principali casi applicativi controversi, anche alla luce della recente e non sempre uniforme giurisprudenza.

3. Il "nuovo paradigma" nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati: quattro motivi per ritenerlo tale

A mio avviso sì, si può parlare di nuovo paradigma per quattro ragioni:

- a) il *contesto* della riforma;
- b) la sua *innovatività* rispetto al passato;
- c) la sua portata *espansiva*;
- d) l'emersione dell'*affidamento come posizione incompressibile*.

A) Si può parlare di nuovo paradigma in relazione al contesto innovativo in cui si colloca la riforma

La identificazione dell'autotutela come un "nuovo paradigma" nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati deve, innanzitutto, tener conto del contesto in cui l'intervento si colloca.

¹¹ M. MACCHIA, *La riforma della pubblica amministrazione - Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 5/2015, p. 634. Sulla recente riforma dell'autotutela si veda anche dello stesso A., *L'autotutela amministrativa*, in *La riforma della pubblica amministrazione. Commento alla legge 124/2015 (Madia) e ai decreti attuativi*, B.G. MATTARELLA-E. D'ALTERIO (a cura di), *IlSole24ORE*, n.1/2017, p. 155 ss.; nonché R. CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo Codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016.

L'intervento sull'autotutela sembra inserirsi confortevolmente nel contesto della legge n. 124 del 2015, che si pone (almeno nelle intenzioni) come una riforma marcatamente *citizen oriented*.

Nel suo primo parere sulla cd. riforma Madia, il Consiglio di Stato ha osservato che essa tende a rivisitare complessivamente i rapporti tra amministrazione e privati, non solo rivedendo il funzionamento della macchina amministrativa, ma anche incidendo sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, *“in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo”*¹².

Non a caso, la legge n. 124/2015 ha un ambito di intervento più esteso rispetto ai precedenti interventi di riforma, poggiando sull'assunto che *“il sistema del diritto amministrativo non debba o possa esaurirsi nel c.d. “diritto autoritativo” a disciplina di poteri e funzioni delle amministrazioni pubbliche, poiché esso si articola in schemi e ambiti di c.d. “diritto convenzionale” altrettanto necessari per disciplinare settori di evidente interesse per i cittadini (si pensi al tema delle società partecipate o delle camere di commercio)”*¹³.

È dunque la riforma nel suo complesso – ancor prima dell'intervento sul singolo istituto – che sembra optare per una visione nuova dei rapporti tra cittadini e poteri pubblici, che sembra valorizzare maggiormente quella che viene definita la “seconda anima” del diritto amministrativo, quella legata alla *garanzia* nei confronti del potere, rispetto alla “prima anima”, legata all'*imperium*.

Queste due anime talvolta si oppongono l'una all'altra, talvolta si intrecciano e si sovrappongono, provocando ora l'accentuazione della specialità per il raggiungimento delle finalità pubbliche, ora l'emersione di funzioni sociali ed

¹² Cons. Stato, Sez. norm., parere 24 febbraio 2016 n. 515, sul cd. “decreto trasparenza”, punto 1.1.

¹³ *Ibidem*.

economiche, ora una valorizzazione significativa dell'iniziativa e delle libertà individuali considerate fattori determinanti per lo sviluppo¹⁴.

Insomma, il contesto in cui si inserisce la novella dell'art. 21-*nonies* è favorevole ai cambiamenti, tant'è che, in parallelo con questo “nuovo paradigma” nei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, il Consiglio di Stato ha individuato anche un “secondo paradigma”: la regola del silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni di cui al nuovo art. 17-*bis* della l. n. 241¹⁵, che ha posto una seconda regola generale, operante nei rapporti ‘interni’ tra soggetti pubblici¹⁶. In coerenza con il tema dell'autotutela, anche qui il Consiglio di Stato¹⁷ – pur con varie precisazioni – ha privilegiato l'esigenza di pervenire comunque a un risultato (la conclusione del procedimento) a beneficio dei destinatari dell'azione amministrativa, rispetto a quella di conservare la pienezza dell'*imperium* di ciascuna amministrazione partecipante¹⁸.

¹⁴ Così A. PAJNO, *Giustizia amministrativa e crisi economica*, in www.irpa.eu, p. 7. In questi termini, si veda anche L. TORCHIA, *Diritto amministrativo, potere pubblico e società nel terzo millennio o della legittimazione inversa*, in *Il diritto amministrativo oltre i confini*, Milano, 2008, p. 46.

¹⁵ Cons. Stato, Comm. spec., parere 13 luglio 2016, n. 1640, quesito su problemi applicativi dell'articolo 17-*bis* della legge 7 agosto 1990, n. 241, introdotto dall'articolo 3 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di silenzio-assenso tra pubbliche amministrazioni.

¹⁶ Tali rapporti si potrebbero definire, rispettivamente, B2C (*business to consumer*) e B2B (*business to business*), sostituendo la B di *business* con la pubblica amministrazione e la C di *consumer* con il cittadino.

¹⁷ Il Consiglio ha avuto modo di esprimersi sul tema in risposta a un articolato quesito del Governo, sciogliendo molti dei dubbi interpretativi emersi, anche in questo caso con l'obiettivo costante di evitare “fughe” dalla riforma. Secondo il citato parere, la ‘sanzione’ del silenzio assenso non è solo una norma di buon senso, ma trova un triplice fondamento normativo:

- europolitano, individuato nel “principio della tacita autorizzazione” (ovvero la regola del silenzio-assenso) introdotto dalla cd. direttiva *Bolkestein* (considerando 43; art. 13, par. 4);
- costituzionale, rinvenibile nel principio di buon andamento, di cui all'art. 97 Cost., inteso nell'ottica di assicurare il ‘primato dei diritti’ della persona, dell'impresa e dell'operatore economico;
- sistematico, con riferimento al principio di trasparenza (anch'esso desumibile dall'art. 97 Cost.) che ormai, specie dopo l'entrata in vigore del d.lgs. 25 maggio 2016, n. 97, informa l'intera attività amministrativa come principio generale.

In particolare, il Consiglio di Stato ha affermato che l'istituto si applica a tutte le amministrazioni (compresi Regioni ed enti locali, organi politici, Autorità indipendenti, gestori di beni e servizi pubblici) e quale che sia la natura del procedimento pluristrutturato (procedimenti normativi, procedimenti relativi a interessi pubblici primari). È stato anche chiarito il rapporto con gli artt. 16 e 17 della stessa legge n. 241/1990.

¹⁸ Anche con riferimento al silenzio assenso tra P.A. il Consiglio di Stato ha messo in evidenza che la priorità è che l'amministrazione provveda tempestivamente, come dovrebbe essere nell'autotutela. Difatti, ha riconosciuto una funzione sanzionatoria dell'istituto di cui all'articolo 17-*bis*, volto ad arginare il fenomeno ‘patologico’ del silenzio amministrativo sia nel rapporto verticale (tra amministrazione e cittadino), sia nel rapporto orizzontale (tra amministrazioni co-decidenti). Secondo l'Istituto, il meccanismo del silenzio-assenso stigmatizza l'inerzia dell'amministrazione coinvolta tanto da ricollegarvi la più grave delle “sanzioni” o il più efficace dei rimedi: la definitiva perdita del potere di dissentire e di impedire la conclusione del procedimento.

B) Si può parlare di nuovo paradigma perché la nuova regola introduce un cambiamento molto più profondo rispetto alle altre innovazioni del passato: fa definitivamente venire meno il “regime della perennità della potestà di intervento”.

Se il contesto è favorevole al mutamento di paradigma, anche i contenuti della riforma appaiono tali da giustificarlo.

Rispetto al passato, l’art. 6 della legge n. 124/2015 fissa un limite temporale per l’esercizio dell’annullamento d’ufficio; elimina l’autotutela doverosa per esigenze di pubblico risparmio; riduce l’impiego dei poteri amministrativi di sospensione; chiarisce la relazione tra ambito di intervento dell’annullamento d’ufficio e segnalazione certificata d’inizio attività.

Come si vede, le innovazioni della l. n. 124 sono più d’una, ma la novità più evidente è l’introduzione di un termine massimo – di natura chiaramente perentoria – di 18 mesi per l’esercizio dell’autotutela: ciò segna il completo superamento del principio della “*perennità della potestà amministrativa di annullare in via di autotutela gli atti invalidi*”, come lo definiva un nostro parere del 1995¹⁹.

Se, infatti, fino alla riforma del 2015, la potestà di intervenire in via di autotutela su provvedimenti che versano in condizione di inoppugnabilità è stata rimessa alla più ampia valutazione discrezionale dell’amministrazione in relazione all’attualità dell’interesse pubblico²⁰, con la Riforma Madia questo potere di ripensamento è sottoposto altresì a un elemento ineludibile, al di fuori del controllo dell’amministrazione.

Ciò rappresenta un fattore di assoluta discontinuità rispetto alle politiche legislative del passato, in cui non esisteva un parametro chiaro per l’esercizio del potere

¹⁹ Cons. Stato, Sez. II, 7 giugno 1995, n. 2917.

²⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 12 maggio 2006, n. 2661, secondo cui la pubblica amministrazione è “*libera di verificare, nell’esercizio del discrezionale potere di autotutela spettante, se l’inoppugnabilità dei propri atti meriti o no di essere superata da successive valutazioni, che tengano conto del decorso del tempo, delle esigenze di certezza dei rapporti giuridici e della necessità di improntare l’azione amministrativa al principio costituzionale del buon andamento, del quale costituiscono logici ed inflessibili corollari l’imparzialità, la trasparenza e la parità di trattamento di situazioni analoghe*”.

discrezionale di autotutela, con evidenti effetti di incertezza sulle attività private e probabilmente anche in violazione dei canoni europei sulla libera circolazione di cui alla Direttiva servizi n. 123 del 2006.

C) Si può parlare di nuovo paradigma perché la nuova regola ha portata espansiva e si applica anche a fattispecie diverse dall'autotutela

Accanto a questo elemento di *innovatività* vi è un elemento di *espansività* della regola.

Il limite temporale all'intervento *ex post* della pubblica amministrazione ha portata talmente generale che non si applica soltanto ai casi di autotutela in senso tecnico, ma anche agli interventi inibitori, repressivi o conformativi successivi a una SCIA²¹, laddove l'intervento pubblico non può mai costituire un provvedimento di secondo grado, poiché nella SCIA il provvedimento iniziale manca del tutto.

Per questa ragione il Consiglio di Stato, nel suo parere, parla di 'ruolo espansivo' del nuovo principio contenuto nell'art. 21-*nonies*.

Anche sotto questo profilo può, dunque, affermarsi che il nuovo limite temporale di 18 mesi costituisce un vero e proprio 'nuovo paradigma' nei rapporti Stato-cittadino.

D) Si può parlare di nuovo paradigma perché la nuova regola fa emergere l'affidamento del privato come "posizione soggettiva fondamentale" e incompressibile.

La regola sinora descritta non è solo coerente col contesto, innovativa rispetto al passato ed espansiva anche oltre l'autotutela.

Ha una quarta caratteristica che da sola, forse, basterebbe a farne il "nuovo paradigma" nei rapporti tra pubblica amministrazione e privato: consolida quella che

²¹ Ai sensi del nuovo comma 4 dell'articolo 19 della l. n. 241 del 1990.

si potrebbe definire l'emersione dell'affidamento come “posizione soggettiva fondamentale”²², anche di fronte a un atto illegittimo – astrattamente – da rimuovere. Il citato parere del Consiglio di Stato afferma che la riforma contiene “*una nuova ‘regola generale’ che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende imm modificabile l’assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l’affidamento*”²³. In altri termini, sono stabiliti “*limiti al potere pubblico nell’interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati*”²⁴.

Questa nuova considerazione dell'affidamento come “*posizione soggettiva fondamentale*” – e non più solo come posizione indirettamente protetta in caso di non corretto esercizio del potere di autotutela – riequilibra in modo rilevante i rapporti tra pubblica amministrazione e privati.

In altri termini, si tratta di un paradigma nuovo (anche) perché l'introduzione di un elemento rigido e vincolante (il termine di 18 mesi) accanto ad altri, elastici e discrezionali, rende incomprimibile, oltre un certo limite, la protezione dell'affidamento (che prima era comunque comprimibile, pur se con adeguata motivazione), anche a costo di consentire la sopravvivenza e il consolidamento di un atto illegittimo.

Il Consiglio di Stato – anche per rassicurarci di fronte a tanta novità – approfondisce la *Weltanschauung* di questo cambiamento.

L'ordinamento, in effetti, contempla già da tempo – e senza traumi – la possibilità di un consolidamento del provvedimento amministrativo illegittimo. Ciò avviene a tutela della pubblica amministrazione, con il termine di decadenza di sessanta giorni, scaduto il quale si determina l'inoppugnabilità degli atti da parte dei privati.

²² Cfr. A. PAJNO, *Relazione di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017*, cit.

²³ 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.

²⁴ *Ivi*, punto 8.1.1.

Il nuovo termine decadenziale riequilibra tale rapporto a tutela, questa volta, dei privati e introduce “*una regola speculare – nella ratio e negli effetti – a quella dell’inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest’ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l’inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell’amministrazione, con un termine nove volte più breve)*”²⁵.

È evidente la portata di questo “nuovo paradigma” in termini (anche):

- di semplificazione, in quanto favorisce la chiarezza dei rapporti e la possibilità di svolgere attività private senza incertezze;
- di incentivazione degli investimenti e della crescita economica, poiché la precarietà degli atti amministrativi derivante da una non chiara delimitazione dei poteri di autotutela “*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*”²⁶.

Ecco, forse il nuovo paradigma risiede, essenzialmente, in questo nuovo equilibrio tra Potere e Affidamento, tra Πόρος e Πενία.

Non sarà facile metabolizzarlo.

Non per tutti.

Non per tutte le amministrazioni.

Forse nemmeno per tutti i giudici amministrativi.

Tale difficoltà è anche fisiologica, almeno in parte, ma impone di guardare con ancor più attenzione ai problemi attuativi, che non mancano.

4. Paradigma filosofico o grammaticale? The devil is in the detail: le criticità nella pratica.

Come accade per i tutti i processi di riforma, *the devil is in the detail*, e la fase dell’attuazione è forse più importante di quella del *design* dei principi.

²⁵ Punto 8.1.1 del parere n. 839/2016, *cit.*

²⁶ G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, p. 249.

Richiede anche più perseveranza e più coraggio.

E pensare che il Consiglio di Stato si è sforzato di precisare già con il suo primo parere che la nuova disciplina, per essere effettiva, dovrà essere applicata senza cadere in prassi elusive, e ha incoraggiato un'attenta azione di monitoraggio per evitare quelle che ha chiamato "fughe dalla riforma".

Alcuni di questi problemi erano già stati evidenziati dallo stesso Istituto, che pure aveva richiesto, in due occasioni, un intervento in sede di decreti legislativi attuativi²⁷.

Altri sono stati affrontati dalla giurisprudenza, a volte in modo risolutivo, a volte limitando, a mio avviso, la portata dell'innovazione.

Delle molteplici difficoltà attuative, in alcune prevale l'elemento di oggettiva incertezza del dettato normativo, in altre quello di fuga dalla riforma, di resistenza culturale, di timore ad applicarla fino in fondo.

Procederei allora a una rapida rassegna dei vari punti, accorpendo (senza pretesa di esaustività) le diverse questioni in questi due gruppi, e lasciandone fuori solo due, che preferisco trattare individualmente.

Ovviamente, si tratta di un raggruppamento assolutamente soggettivo e personale, per una più schematica esposizione di una situazione particolarmente complessa.

Devo inoltre riconoscere all'amico e collega presidente Carlo Deodato (cui questa relazione deve molto) che la prima analitica ricognizione di questi problemi è opera sua.

Appartengono al primo gruppo (incertezze normative) quattro questioni, le prime tre delle quali mi pare possano però considerarsi ormai risolte:

²⁷ Cfr. i due pareri n. 839 del 30 marzo 2016 (cd. parere 'SCIA 1'), *cit.*, e n. 1784 del 4 agosto 2016, sullo schema di decreto legislativo in materia di individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio attività (SCIA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti, ai sensi dell'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124 (cd. parere 'SCIA 2').

- i. l'identificazione del *dies a quo* del termine di diciotto mesi per l'esercizio dei poteri di autotutela nella SCIA. Dopo il secondo suggerimento del Consiglio di Stato nei pareri sui d.lgs. cd. 'SCIA 1'²⁸ e 'SCIA 2'²⁹, la questione ormai è chiarita mediante l'espressa previsione, all'art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 222 del 25.11.2016, secondo cui il termine di diciotto mesi inizia a decorrere dalla data di scadenza del termine previsto per l'esercizio dei poteri ordinari di verifica da parte dell'Amministrazione competente;
- ii. parimenti sciolto è anche il dubbio – sempre segnalato dal parere del Consiglio di Stato – se il limite temporale massimo di cui all'art. 21-*nonies* dovesse applicarsi anche all'intervento in caso di sanzioni per dichiarazioni mendaci ex art. 21, comma 1 (unica norma residua dopo l'abrogazione del comma 2), ovvero se l'art. 21 dovesse considerarsi come un'ulteriore deroga a tale limite, aggiuntiva rispetto a quella prevista al comma 2-*bis* dello stesso art. 21-*nonies*. La disposizione non soltanto viene confermata dal già citato art. 2, comma 4, del d.lgs. n. 222 del 2016³⁰, ma nella Relazione si chiarisce che anche per queste fattispecie è necessaria una sentenza passata in giudicato, come nei casi di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*;
- iii. il coordinamento con due norme del codice dei contratti pubblici: l'art. 108 (potere di risoluzione dei contratti d'appalto) e l'art. 176 (cessazione degli effetti delle concessioni, che esclude espressamente il rispetto del termine di cui all'art. 21-*nonies*); esso è stato affrontato in via interpretativa dal parere n. 2777 del 28.12.2016 (sul regolamento ANAC in materia di vigilanza)³¹, chiarendo la portata derogatoria del termine di tali due interventi (che però conservano entrambi la loro natura discrezionale), poiché essi derivano da

²⁸ Parere n. 839/2016 (cd. parere 'SCIA 1'), *cit.*, punti 8.3 e 8.4.

²⁹ Parere n. 1784/2016 (cd. parere 'SCIA 2'), *cit.*, punto 1.3.1.

³⁰ Il quale dispone espressamente "resta fermo quanto stabilito dall'art. 21, comma 1".

³¹ Il parere di Commissione speciale citato nel testo è quello sullo "schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", punto 5.6 del 'considerato'. Sul punto v. anche M.A. SANDULLI, *Profili soggettivi e oggettivi della giustizia amministrativa: il confronto*, in federalismi.it, n. 3/2017.

“illegittimità comunitaria” che può, ad esempio, essere dichiarata dalla CGUE molti mesi dopo lo scadere dei 18 mesi contemplati dalla l. n. 241, e chiedendo un intervento in sede di correttivo³². Nelle more della pubblicazione del presente scritto, il correttivo del codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017) ha introdotto anche all’art. 108 (nuovo comma 1-*bis*) la deroga già presente nell’art. 176, rendendo omogenee le due fattispecie;

- iv. “*il difetto di coordinamento*” – questo, invece, non ancora risolto – “*della nuova disposizione con altre norme che regolano il potere di annullamento d’ufficio in maniera diversa, quanto in particolare ai tempi dell’esercizio del potere*”³³, e in particolare con l’art. 137 del TUEL (potere straordinario del governo di annullare *sine die* gli atti illegittimi degli enti locali) e l’art. 39 TU edilizia (potere delle regioni di annullare entro dieci anni i titoli edilizi illegittimamente rilasciati dai comuni e che appare del tutto incoerente con il nuovo paradigma normativo). Invece, è stato opportunamente abrogato l’art. 1,

³² Più specificamente, la Commissione speciale del Consiglio di Stato aveva segnalato al Governo la necessità di una più armonica e coordinata riformulazione, nel codice, di queste due disposizioni, che “introducono una nuova figura di autotutela conseguente ad ipotesi di “invalidità” comunitaria, per effetto delle previsioni di cui all’art. 44 direttiva n. 2014/23/UE, all’art. 73 direttiva n. 2014/24/UE e all’art. 90 direttiva n. 2014/25/UE, e consentono/impongono la risoluzione del contratto o della concessione, anche in corso di svolgimento, per vizi originari attinenti alla fase dell’aggiudicazione”. Già il parere sul codice dei contratti (n. 855 del 1° aprile 2016) aveva osservato che si trattava di fattispecie che «*nell’ordinamento nazionale giustificano l’autotutela pubblicistica nella forma dell’annullamento d’ufficio*», espressamente definita tale, del resto, anche dall’art. 176, comma 3, del codice, ma che nel caso di specie intervengono «*a distanza di molti anni*» nel corso del rapporto contrattuale o concessorio. Pur ribadendo la necessità di ricondurre anche queste nuove ipotesi di “risoluzione” pubblicistica di derivazione comunitaria “al generale paradigma dell’art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990”, si rilevava altresì l’esigenza delle deroghe strettamente necessarie per il corretto recepimento delle direttive, soprattutto perché il presupposto della “risoluzione comunitaria” poteva verificarsi a distanza di molti anni dall’adozione del provvedimento illegittimo (basti pensare ai casi di accertamento dell’illegittimità da parte della Corte di Giustizia dell’Unione europea in una procedura di infrazione): per tali casi di autotutela non possono essere rispettati i brevi termini previsti dall’art. 21-*nonies* di cui alla l. n. 241 del 1990. In secondo luogo, rilevava il parere, secondo le direttive tale forma di “risoluzione” è facoltativa, non doverosa, e questo è coerente con l’assetto nazionale dell’autotutela provvedimentale, sempre discrezionale, essendo sempre necessario, oltre al presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all’annullamento (art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990). Sotto tale profilo, mentre l’art. 108 è coerente con le direttive e con l’art. 21-*nonies*, prevedendo una risoluzione facoltativa, l’art. 176 prevedeva una autotutela doverosa, introducendo un *goldplating* non consentito. Anche a tale distonia ha posto rimedio, nelle more della pubblicazione del presente scritto, il decreto correttivo del codice dei contratti pubblici n. 56 del 2017, eliminando l’automatismo anche dall’art. 176.

³³ C. Deodato, “*Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*”, in federalismi.it, n. 7/2017, pp. 9-10.

comma 136, della legge n. 311 del 2004 (che prevedeva l'annullamento entro tre anni dei provvedimenti illegittimi attributivi di vantaggi economici)³⁴.

Appartengono al secondo gruppo di criticità operative (rischi di “fughe dalla riforma”) almeno sette questioni, su alcune delle quali mi pare vi sia ancora molta incertezza (soprattutto sulle ultime due):

- i. il termine di 18 mesi ha natura perentoria e in caso di sua violazione il provvedimento è annullabile, non nullo. Tale ultima questione è affrontata correttamente da Cons. Stato, Sez. IV, 17 novembre 2015, n. 5228. Difatti, come spiega bene Carlo Deodato, *“il vizio in esame, che, a ben vedere, si risolve nell'inosservanza di una condizione della valida adozione dell'atto di annullamento d'ufficio, non appare ascrivibile alla fattispecie, contemplata dall'art. 21-septies della l. n. 241 del 1990, del difetto assoluto di attribuzione, posto che, nella fattispecie, l'Amministrazione resta titolare (in astratto) del potere di autotutela, ma lo ha esercitato male, violando una delle regole che ne presidiano il legittimo espletamento. Mentre, infatti, il vizio della nullità per difetto assoluto di attribuzione postula la diversa situazione, nella specie non ravvisabile, della “carenza di potere in astratto”, e, cioè, l'assenza di qualsiasi norma giuridica attributiva del potere esercitato, quello dell'annullabilità resta integrato dalla “carenza di potere in concreto”, e, cioè, dall'esercizio della funzione (astrattamente assegnata all'Amministrazione, come nel caso in esame) in difetto delle condizioni prescritte dalla legge attributiva per il suo corretto esercizio”*³⁵;
- ii. 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

³⁴ Art. 6, comma 2, legge n. 124/2015.

³⁵ Così C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in *op. cit.*

legalità (la questione è stata trattata in maniera molto convincente dalla bella, recente sentenza Cons. Stato, Sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341). Tale conclusione è stata rimessa parzialmente in discussione nelle more della pubblicazione del presente intervento. Va, infatti, segnalato che, ancor più di recente, la Quarta Sezione del Consiglio di Stato, nel prendere atto dell'esistenza di un contrasto giurisprudenziale sul punto, 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, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza – sia pure solo a fini interpretativi – della ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale 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”*³⁶.

³⁶ Cons. Stato, Sez. IV, ord. 19 aprile 2017, n. 1830, nella quale l'Istituto rileva il *“contrasto tra:*

- *un recente orientamento che, sulla base dell'art. 21-nonies, cit., e anche in considerazione delle modifiche dello stesso, ritiene necessaria una valutazione dell'interesse pubblico in concreto in rapporto agli interessi dei destinatari (e dei controinteressati) degli originari provvedimenti, in un tempo ragionevole; con la conseguenza che il lungo decorso del tempo agisce a favore dell'affidamento ingenerato nel privato e incide anche sulla valutazione del pubblico interesse in concreto;*

- *un orientamento, che sembra maggioritario, il quale, pur nella vigenza del citato articolo, esclude la necessità della valutazione dell'interesse pubblico in concreto, essendo esso insito nella restaurazione della legalità violata, quantomeno, tutte le volte che la illegittimità sia dipesa dalle prospettazioni non veritiere del privato.”*

Nella specie, il caso riguarda la riforma di una sentenza di primo grado che ha respinto l'impugnativa di un provvedimento di annullamento d'ufficio di una concessione edilizia rilasciata in sanatoria (che disponeva altresì non

- iii. il precetto della ragionevolezza non è stato assorbito dalla previsione del termine di 18 mesi, ma continua a operare prima della sua scadenza (e questo può aiutare per la fase transitoria, come si dirà). Pur in presenza di una dottrina contrastante, l'affermazione appare condivisibile sia per la lettera della norma (che indica che la ragionevolezza del termine continua ad operare fino alla consumazione del potere), sia per la coerenza con la *ratio legis* (esigenze di tutela dell'affidamento). Nello stesso senso si è espresso anche il Consiglio di Stato con il parere di Commissione speciale n. 2777 del 28 dicembre 2016 sull'"autotutela doverosa" di cui all'art. 211, comma 2, del codice dei contratti pubblici (della quale si dirà più ampiamente tra poco), poiché in quel caso i tempi sono spesso più ristretti di 18 mesi³⁷;
- iv. l'ambito applicativo della norma va affrontato con un approccio non formalistico, prescindendo dal *nomen iuris* dei provvedimenti menzionati dalla legge. Ciò vale sia per gli atti di autotutela ai quali è applicabile il precetto del termine massimo (per cui il parere del Consiglio di Stato n. 839 del 2016 ha ritenuto applicabile la norma a tutti i provvedimenti di secondo grado diretti a rimuovere provvedimenti illegittimi, a prescindere dal *nomen iuris* ad essi attribuito dalle normative speciali di riferimento: decadenza, risoluzione, revoca ecc., affermando che si tratta di casi di "annullamento mascherato"), sia per gli atti di primo grado che sono oggetto dell'autotutela: "*anche in questo caso, infatti, appare preferibile un'esegesi sostanzialistica che, in coerenza con lo scopo della disposizione ricomprenda nel suo perimetro attuativo tutti gli atti attributivi di vantaggi giuridici od economici, a prescindere dal nomen*

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 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.

³⁷ Punto 6.4 del parere citato nel testo. Cfr. sul punto già la nota 10.

iuris di “autorizzazione” usato nel testo della norma (e, quindi, includendo anche permessi, nulla osta, abilitazioni ecc.)”³⁸;

- v. il rispetto del termine di 18 mesi esige la formale adozione, entro quella data, dell’atto di secondo grado: il più volte citato parere n. 839 ha esplicitamente messo in guardia da “prassi elusive”, quale potrebbe essere l’adozione, entro il termine di 18 mesi, del solo avviso di avvio del procedimento, o di altri atti endoprocedimentali;
- vi. va confermata la natura discrezionale dell’annullamento d’ufficio, nonostante la clausola aggiunta alla fine del primo comma dell’art. 21-*nonies* secondo cui “rimangono ferme le responsabilità connesse all’adozione o al mancato annullamento dell’atto illegittimo”. Tale locuzione non dovrebbe essere letta come introduttiva dell’obbligatorietà dell’atto di autoannullamento, ma più semplicemente dovrebbe essere interpretata come significativa della responsabilità di chi ha adottato l’atto illegittimo di primo grado e di chi ha lasciato decorrere inutilmente il termine di 18 mesi senza intervenire in autotutela;
- vii. la questione più delicata resta quella della esatta delimitazione della (unica, se si eccettuano le “fattispecie europolitane” di cui ai citati artt. 108 e 176 del codice dei contratti pubblici) fattispecie di deroga ai 18 mesi prevista dall’art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*³⁹. Sul punto, si segnala la recente sentenza del TAR Lazio, sez. II-*bis*, n. 3215 del 7 marzo 2017, che ha di fatto scisso – in modo forse discutibile, a mio avviso – il dettato del comma 2-*bis*, il quale afferma che il termine dei 18 mesi non si applica ai “provvedimenti amministrativi

³⁸ C. DEODATO, *L’annullamento d’ufficio*, in *op. cit.*

³⁹ Il parere n. 839 del Consiglio di Stato chiede di specificare, ad esempio, se tra le “false rappresentazioni dei fatti” in deroga ai 18 mesi rientri anche la difettosa indicazione del sistema normativo di riferimento; ovvero se si possa aggiungere la possibilità di superare i 18 mesi, al di là delle condanne penali passate in giudicato, in tutti i casi in cui il falso è immediatamente evincibile dal contrasto con pubblici registri, come nel caso di percezione di pensione a nome di persona defunta; ovvero ancora quale sia l’esatta portata del riferimento alle “sanzioni penali, nonché” alle “sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 445 del 2000”, che più d’uno tra i primi commentatori ha considerato come il frutto di un errore di *drafting*.

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". Difatti, il TAR ha ritenuto applicabile la locuzione "*accertate con sentenza passata in giudicato*" soltanto alle "*dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà*" e non anche alle "*false rappresentazioni dei fatti*", come pure il dettato della norma sembra prevedere. La sentenza pare operare tale "scissione logica" anche paventando l'incostituzionalità dell'interpretazione letterale del comma. Ma, allora, bisognerebbe chiedersi perché, visto che il dettato del comma 2-*bis* appare abbastanza chiaro nel riferire a entrambe le fattispecie l'inciso sulla sentenza passata in giudicato, non si è scelto di sollevare direttamente la questione alla Corte costituzionale, decidendo invece di conservare un provvedimento di autotutela emanato dopo oltre quattro anni dall'atto originario.

Meritano una menzione a parte rispetto agli altri gruppi due questioni specifiche, alquanto delicate.

La prima è quella della cd. "autotutela doverosa" di cui all'art. 211, comma 2, del codice dei contratti pubblici⁴⁰, che configura un meccanismo di "raccomandazione vincolante" (un ossimoro), rivolta dall'ANAC alla stazione appaltante, per la rimozione degli atti di gara illegittimi, cui si accompagna la previsione persino di sanzioni a carico della stazione appaltante inadempiente. Il Consiglio di Stato ha evidenziato più volte⁴¹ le criticità di questa disposizione, indicando tra l'altro i rischi di "responsabilità da atto lecito" e il carattere asistemico di un invito cogente ed

⁴⁰ Nelle more della pubblicazione del presente scritto, il comma 2 in questione è stato soppresso dal d.lgs. n. 56 del 19 aprile 2017. È ora in discussione presso il Parlamento l'attribuzione all'ANAC di un potere analogo, in luogo di quello soppresso.

⁴¹ Cfr. Cons. Stato, Comm. spec, parere n. 855 del 1° aprile 2016, *sub* art. 211, comma 2; parere n. 2777 del 28 dicembre 2016, in ordine allo "schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", punto 5; parere n. 782 del 30 marzo 2017 relativo a "Disposizioni integrative e correttive al decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50", punto 8, *sub* art. 211.

eteronomo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio di un atto ritenuto illegittimo, in cui la verifica dei presupposti viene sottratta all'autorità competente alla sua emanazione. Se ne sono messe in luce anche le difficoltà con riferimento alla valutazione (da parte dell'ANAC) dei due "elementi di garanzia": i motivi di interesse pubblico e la ragionevolezza del termine di intervento⁴². Per assicurare le giuste esigenze di tutela sottese alla norma, il Consiglio di Stato ha ritenuto più efficace il ricorso al modello di cui all'art. 21-*bis* della legge n. 270 del 1990, che ha già dimostrato di funzionare bene con l'Autorità antitrust (e che appare mutuabile anche in questo contesto).

La seconda questione è quella su cui vi è la più cospicua casistica giurisprudenziale, e riguarda i problemi di diritto transitorio. Si tratta della questione, davvero ardua, dell'applicabilità del termine anche ai provvedimenti adottati prima dell'entrata in vigore della legge n. 124 del 2015 e dell'individuazione del relativo *dies a quo*.

Come è noto, l'art. 21-*nonies* non è stato accompagnato da disposizioni transitorie, che avrebbero dovuto regolare le fattispecie aperte (e cioè non concluse al momento dell'entrata in vigore della nuova legge).

Sul punto, non può essere utile neppure riferirsi all'art. 11 delle preleggi, poiché anch'esso è stato declinato dalla giurisprudenza in due modi opposti, a seconda che si ritenesse il provvedimento di autotutela un provvedimento autonomo (applicando la regola del *tempus regit actum* e quindi il nuovo regime) o un atto rientrante nel procedimento aperto dall'atto di primo grado (applicando la regola della insensibilità del procedimento amministrativo alle norme giuridiche sopravvenute). È stato giustamente affermato⁴³ che la questione è oggettivamente complessa e infatti le soluzioni fin qui offerte dalla giurisprudenza sono diverse e contrastanti⁴⁴.

⁴² Parere n. 2777/2016, *cit.*, punto 6.3 del 'considerato'.

⁴³ Cfr. sul punto C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in *op. cit.*

⁴⁴ Per un'attenta ricostruzione degli orientamenti giurisprudenziali in materia di autotutela, successivi alla novella del 2015, si veda TAR Lombardia, Milano, Sez. II, 17.1.2017, n. 115.

Secondo un primo orientamento giurisprudenziale, la norma introdotta dalla legge 7 agosto 2015, n. 124, è applicabile in ogni caso in cui il provvedimento di autotutela sia intervenuto successivamente alla novella legislativa, ancorché riguardi un titolo abilitativo rilasciato sotto il regime precedente (T.A.R. Puglia, Bari, Sez. III, 17.3.2016, n. 351; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. III, 22.9.2016, n. 4373; T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 4.1.2017, n. 65; T.A.R. Lazio, Roma, Sez. I-bis, 21.2.2017, n. 2670; T.A.R. Sardegna, Sez. I, 7.2.2017, n. 92). Un ulteriore indirizzo ha ritenuto applicabile, ancorché solo in via interpretativa, la nuova previsione anche agli atti di autotutela emanati prima dell'entrata in vigore della legge del 2015 (Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2016, n. 3762 e 10 dicembre 2015, n.5625).

Un secondo orientamento ritiene che il termine debba essere computato, in relazione all'annullamento di atti formati nel precedente regime, dalla data di entrata in vigore della modifica normativa, ossia dal 28 agosto 2015 (TAR Campania, Napoli, Sez. II, 8.9.2016, n. 4193; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 12.9.2016, n. 4229; TAR Lazio, Roma, Sez. II, 7.6.2016, n. 6514; TAR Basilicata, Sez. I, 16.1.2017, n. 19; TAR Campania, Napoli, Sez. II, 20.2.2017, n. 1033).

Secondo tale filone giurisprudenziale, condiviso di recente anche da una sentenza del Consiglio di Stato, un'applicazione retroattiva del termine di diciotto mesi introdotto nel 2015, oltre a porsi in contrasto con il generale principio di irretroattività della legge (art. 11 preleggi), finirebbe per limitare in maniera eccessiva ed irragionevole l'esercizio del potere di autotutela amministrativa. Infatti, l'applicazione retroattiva del termine perentorio condurrebbe all'irragionevole conseguenza che per i provvedimenti adottati diciotto mesi prima dell'entrata in vigore della nuova norma, l'annullamento d'ufficio sarebbe, per ciò solo, precluso (Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 2017, n. 250)⁴⁵. Peraltro, deporrebbe a favore di tale interpretazione la stessa

⁴⁵ Si veda, in senso conforme, TAR Napoli, Sez. II, 7.2.2017, n. 787, laddove si afferma che al termine di diciotto mesi stabilito dalla novella del 2015 non può "attribuirsi ad esso carattere sanante dei provvedimenti illegittimi rilasciati precedentemente ai 18 mesi antecedenti all'entrata in vigore della norma, giacché un tale obiettivo mal si concilia con la dichiarata finalità di semplificazione procedimentale della norma in questione (cfr. il titolo del capo I della legge n.

lettera della norma che, assumendo che l'annullamento in autotutela deve disporsi entro un termine "comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione", afferma, in buona sostanza, che l'atto di secondo grado non potrà essere emanato decorsi 18 mesi dal momento dell'adozione – momento che, attesa l'innovatività della norma, non può che essere successivo alla sua entrata in vigore – del provvedimento autorizzativo (di primo grado) (TAR Napoli, Sez. II, 7.2.2017, n. 787; TAR Napoli, Sez. II, 24.1.2017 n. 614).

Appare sul punto condivisibile la posizione di Carlo Deodato⁴⁶ secondo cui, *“in attesa di un chiarimento legislativo, la soluzione del problema non può prescindere dalla considerazione della finalità dell'innovazione e delle connesse esigenze di stabilizzazione dei titoli abilitativi, con la conseguenza che devono preferirsi le soluzioni ermeneutiche che garantiscano la certezza delle situazioni giuridiche originate da atti ampliativi e che, quindi, precludano l'esercizio del potere di autotutela oltre la sua consumazione temporale, da verificarsi alla stregua della normativa vigente al momento del suo esercizio. In coerenza con le coordinate ermeneutiche appena tracciate appare, in definitiva, preferibile giudicare applicabile la nuova disposizione anche ai provvedimenti invalidi adottati prima della sua entrata in vigore e ritenere che, per quelli per i quali il termine di diciotto mesi sia ancora aperto a quest'ultima data, lo stesso debba computarsi dalla data di emanazione dell'atto illegittimo e non da quella della vigenza della novella.”*

In aggiunta a tale osservazione, mi permetterei di esprimere qualche riserva nei confronti di un'adesione indiscriminata al secondo filone giurisprudenziale, che a mio avviso sembra attribuire, in via interpretativa, un effetto di “rimessione in termini”

124/2015). La norma in esame ha, dunque, sicuramente carattere innovativo, sicché si applica soltanto ai provvedimenti adottati successivamente alla sua entrata in vigore: ora, tenendo conto che tale disposizione riguarda soltanto provvedimenti di secondo grado e che, come si è detto, non ha valenza sanante dei provvedimenti (di primo grado) emessi antecedentemente ai 18 mesi precedenti alla sua entrata in vigore, tale disposizione – che introduce un regime temporale rigido di annullabilità dell'atto amministrativo - non può che riferirsi ai provvedimenti in autotutela di provvedimenti di primo grado adottati successivamente alla vigenza della legge”.

⁴⁶ Cfr. sul punto C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in *op. cit.*

per l'autotutela proprio alla legge che aveva voluto eliminare la "perennità" del ricorso all'autotutela, con l'ulteriore paradosso che tale rimessione potrebbe avvenire anche per ipotesi molto risalenti (stimolando addirittura un intervento in autotutela che altrimenti sarebbe stato considerato ormai irragionevole).

Tale mia personale riserva deriva non tanto dalla distonia tra tale indirizzo e quanto affermato dal parere del Consiglio di Stato, ma soprattutto dalla mancata considerazione del problema del limite di "ragionevolezza del termine" che doveva in ogni caso sussistere, anche prima della riforma Madia.

Come si è detto, il Consiglio di Stato ha da subito evidenziato che la norma, anche laddove non sia applicabile, *ratione temporis*, rileva in ogni caso ai fini interpretativi e ricostruttivi del sistema degli interessi rilevanti (cfr. le già citate sentenze Cons. Stato, Sez. VI, 31 agosto 2016, n. 3762; Id., 10 dicembre 2015 n. 5625). Pertanto, si potrebbe anche in questo caso ritenere che, per i provvedimenti antecedenti alla riforma Madia, i diciotto mesi forniscono comunque un parametro indicativo di valutazione della ragionevolezza.

Di conseguenza, il secondo indirizzo giurisprudenziale ben avrebbe potuto argomentare sul fatto che, anche se la riforma non era ancora applicabile, il termine superiore ai 18 mesi era da considerarsi comunque ragionevole, nel contesto della previgente disciplina.

Tale valutazione della "ragionevolezza" sembra, invece, mancare in molte sentenze, disattendendo, si ripete, una disposizione vigente già prima della l. n. 124, come se si fosse culturalmente più preoccupati di rimettere *formalmente* in termini l'amministrazione che di valutare, *sostanzialmente*, la ragionevolezza dell'esercizio dell'azione di autotutela.

5. Conclusioni provvisorie: mutazioni genetiche, pattinatori e leggerezza

Le riflessioni sin qui svolte consentono di elaborare alcune, seppur provvisorie, conclusioni.

Si è detto che la riforma Madia sembra, nel suo complesso, optare per una visione nuova dei rapporti tra cittadini e poteri pubblici, in linea con una delle due anime che tradizionalmente caratterizzano il diritto amministrativo: non con quella legata all'*imperium*, e alla natura *esorbitante* del potere, ma con l'altra, legata alla *garanzia* nei confronti del potere.

Forse, con tutte le cautele del caso, si potrebbe iniziare a pensare che con la riforma dell'autotutela si avvia anche una "mutazione genetica" di questa seconda anima.

In fondo, la peculiarità della riforma dell'autotutela è che essa non mira a "garantire" il privato da un esercizio illegittimo del potere, ma anzi interviene proprio quando un atto illegittimo vorrebbe essere rimosso e invece viene conservato: tale – apparentemente inaccettabile – eccezione avviene in nome della tutela dell'affidamento. Pertanto, non solo all'illegittimo esercizio di un potere pubblico non consegue automaticamente la rimozione dell'atto, ma addirittura il legislatore esprime un *favor* per la conservazione dello stesso, in quanto funzionale a tutelare il bene della vita al quale l'interesse legittimo si correla.

Si potrebbe dire che, con l'imposizione di un termine massimo, in questa seconda anima erompe quella componente – finora carsica – non *difensiva*, di garanzia, ma *attiva*, legata all'esigenza di certezza, all'interesse al produrre e al vivere dei cittadini; che recepisce principi eurounitari estranei all'esercizio del potere ma ormai immanenti nell'azione amministrativa, come quelli dell'affidamento, della proporzionalità e dell'adeguatezza; che rivendica la pienezza delle situazioni soggettive fondamentali dei cittadini e l'interesse legittimo come "bene della vita".

La riforma dell'autotutela impone, inoltre, una riflessione sul rapporto tra questa e l'inoppugnabilità, che costituisce una deroga al principio di legalità tesa a garantire l'efficacia del provvedimento di cui la norma ha munito l'amministrazione ai fini della tutela dell'interesse pubblico⁴⁷.

⁴⁷ M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 189.

Forse possiamo trovare un ulteriore conforto, in questa nuova situazione, nelle esperienze straniere⁴⁸ (da studiare anche in un'ottica di attrazione degli investimenti non limitata ai confini nazionali⁴⁹): la previsione del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio ci allinea (quasi) ad altri paesi, come la Francia, la Spagna e la Germania, dove da tempo è previsto un termine decadenziale (spesso più breve del nostro) per i procedimenti di ritiro in via generale⁵⁰. Ad esempio, in Francia i provvedimenti favorevoli al destinatario possono essere annullati dall'amministrazione unicamente entro il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale⁵¹.

E chiudiamo dove abbiamo iniziato.

Con una sfida. Con una tensione verso il continuo miglioramento, come quella, costante, di Ἔπος verso la saggezza.

Per questo servono indirizzi lungimiranti, che guardino al sistema oltre che al singolo caso.

Molto possono fare anche i giudici amministrativi, per incoraggiare o per scoraggiare questa nuova, seconda anima.

E qui ci sostiene l'indicazione di Santi Romano contenuta nei *“Frammenti di un dizionario giuridico”*⁵², ispirata da una poesia del settecento di Pierre Charle-Roy, che a sua volta si riferiva a un dipinto di Nicolas Lancret, *“Il pattinaggio”*.

Secondo l'Autore, *“il giurista non deve compiacersi e innamorarsi troppo delle sue speculazioni, né proseguirle sempre e inesorabilmente dove la logica permette il gioco delle deduzioni e induzioni, giacché tali speculazioni hanno un limite che non*

⁴⁸ M. R. FERRARESE, *Diritto sconfinato. Spazi e inventiva giuridica nel mondo globale*, Roma-Bari, 2006.

⁴⁹ Cfr. A. PAJNO, *Relazione di Inaugurazione dell'anno giudiziario 2017*, cit., par. 1.9.

⁵⁰ G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella Legge Madia*, in *Urb. App.*, n. 1/2016, p. 8. Cfr. V. A. CASSATELLA, *L'annullamento d'ufficio. Modelli di comparazione*, in *Dir. e Form.*, 2004, spec. p. 241 ss.

⁵¹ M. MACCHIA, *La riforma della pubblica amministrazione - Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. Dir. Amm.*, n. 5/2015, p. 621 ss.

⁵² S. ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, p. 118.

bisogna oltrepassare e che è segnato dagli scopi pratici e concreti cui esse debbono mirare: proseguirle al di là può essere non solo inutile, ma pericoloso”.

Santi Romano conclude suggerendo «*Glissez, mortels, n'appuyez pas*».

Dove *glisser* non vuol dire sminuire i problemi, vuol dire guardare avanti.

Vuol dire affrontare le questioni con lungimiranza, ma anche con “leggerezza”: non quella della piuma al vento ma quella dell’uccello, che vola in una direzione ben precisa. Con la leggerezza della prima delle Lezioni americane di Italo Calvino⁵³, per cui leggerezza non è superficialità, ma planare sulle cose dall’alto senza avere macigni sul cuore.

Invece, come dice Santi Romano, proseguire con le speculazioni giuridiche oltre il limite segnato dai loro scopi pratici e concreti “*può essere non solo inutile, ma pericoloso*”.

Pericoloso come, appunto, pattinare su una lastra di ghiaccio sottile come il diritto.

Che, se si spezza, fa cadere nel lago gelato tutto il sistema Paese. Cioè tutti noi.

Luigi Carbone

Presidente di sezione del Consiglio di Stato

Publicato il 3 giugno 2017

⁵³ I. CALVINO, *Lezioni americane*, Garzanti, Milano, 1988.