

Autotutela della pubblica amministrazione tra affidamento del privato e garanzia degli investimenti.

1. Premessa

Il tema assegnato implica l'analisi, sia pur sommaria, del rapporto tra autotutela, intesa come potere della Pubblica Amministrazione di riconsiderare un proprio provvedimento (emendandolo da vizi o cancellandolo dall'ordinamento), e l'affidamento del privato, investitore o imprenditore, a vedersi assicurato il contenuto e l'effetto del provvedimento/bene della vita ottenuto.

Non vi è dubbio che la eventuale mancanza di definitività della decisione amministrativa (laddove positiva) possa creare qualche perplessità nell'investitore se non, addirittura, precluderne l'intervento. Tuttavia, è bene chiarirlo, si è dell'opinione che l'esercizio del potere di autotutela, sia pur temperato dalle garanzie introdotte nella legge sul procedimento, sia comunque necessario e garantisca il corretto perseguimento dell'interesse pubblico; il problema è, come sempre, il malgoverno dello stesso da parte della P.A. e la non sempre chiara formulazione normativa.

Come è noto (e previsto dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della l. n. 241/1990), l'autotutela può essere conservativa o demolitoria; il tema assegnato consente di limitare l'esame solo alla demolitoria, ossia riconducibile al generale potere di annullamento e/o revoca del provvedimento amministrativo. Il rapporto tra potere pubblico e attività di impresa (*latu sensu* intesa, dunque anche <edilizia>), nonostante le molteplici modifiche e integrazioni apportate nel tempo alla legge sul procedimento, è a mio parere sempre sbilanciata a favore della Pubblica Amministrazione; ma ciò, a ben vedere, è del tutto comprensibile in quanto è compito dell'Ente pubblico, costituzionalmente garantito, perseguire e tutelare l'interesse generale e, così, verificarne la compatibilità con l'interesse oggetto dell'attività del privato. L'importante, come ovvio, è che il potere pubblico sia esercitato in modo legittimo e corretto e che al privato siano garantite la partecipazione e la successiva (eventuale) celere e piena tutela giurisdizionale.

In ogni caso, sebbene si sia dell'avviso che, per come è qualificato il nostro ordinamento, sia logico assegnare all'Amministrazione il potere di <rivedere> le proprie decisioni (ancorché assunte mediante il silenzio sull'istanza del

privato) laddove contrarie all'interesse pubblico, si ritiene che il termine di 18 mesi (introdotto dalla l. 7 agosto 2015, n. 124) sia comunque esorbitante per rendersi conto della sussistenza di un eventuale vizio di legittimità del provvedimento e che, quindi, sia incompatibile con l'esigenza di garantire l'affidamento da parte del privato. Sicché, in prospettiva, si dovrebbe probabilmente puntare ad una sostanziale contrazione del termine per l'esercizio del potere di autotutela (magari rendendo obbligatorio il controllo della P.A.), senza dire, poi, che sussistono altri termini per l'esercizio dell'autotutela previsti da altre disposizioni di legge di cui si dirà di seguito.

* * *

2. Brevi cenni critici sull'autotutela demolitoria

Revoca e annullamento sono i tipici provvedimenti che l'Amministrazione può adottare nell'esercizio del potere di autotutela.

- Il primo è disciplinato dall'art. 21 *quinquies* della l. n. 241/1990 e consente alla P.A. di revocare un provvedimento, anche ad efficacia durevole, “*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*”. Trattandosi di un atto legittimo, originariamente utile ma poi divenuto inopportuno, o contrario all'interesse pubblico, la revoca fa salvi gli effetti prodotti e li inibisce per il futuro “*infatti: <...determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti>*”.

Ora, in relazione alla tematica che ci occupa, il potere della P.A. di rivalutare l'originario interesse pubblico e, così, di eventualmente interrompere gli effetti di un provvedimento ad efficacia istantanea o durevole, anche di tipo negoziale, non è dubbio che possa creare un pregiudizio alla parte privata che, ad esempio, vedrà limitato l'effetto del proprio investimento, magari scadenzato sul lungo periodo; sicché il legislatore ha previsto che “*se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo*” (ult. cpv. del co. 1 dell'art. 21 *quinquies*). Un primo esempio di <prevalenza> dell'interesse pubblico su quello privato è, quindi, la previsione di un mero indennizzo, patrimonialmente giuridicamente distinto dal risarcimento del danno.

Il legislatore, tuttavia, ha ulteriormente spostato l'asticella dell'indennizzo sempre più a favore dell'Ente pubblico: per il co. 1 *bis*, infatti, nel caso di rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'Amministrazione deve essere parametrato *al solo danno emergente* e deve tenere conto "*dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*". E non è dubbio che, ad esempio nel caso di partecipazione al procedimento con deposito di documenti e/o memorie, non sia difficile per la P.A. sostenere il concorso del privato alla propria errata valutazione e, così, ridurre anche l'indennizzo previsto.

E' quindi evidente la perdurante prevalenza dell'interesse pubblico su quello dell'imprenditore/investitore: qui non si tratta di atti illegittimi, ma di provvedimenti corretti e originariamente conformi all'interesse pubblico che la P.A. può, di poi, motivatamente revocare. Tanto dimostra, sotto un primo aspetto (e per stare al titolo della sessione), come l'affidamento del privato e la garanzia dell'investimento siano comunque recessivi rispetto alla preminente tutela dell'interesse pubblico.

- L'annullamento d'ufficio, invece, è disciplinato dall'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990. Dopo le recenti modifiche introdotte con la legge n. 124/2015 si è senza dubbio rinforzata la posizione dei destinatari del provvedimento, nel rispetto del principio di ispirazione europea del legittimo affidamento. Anche qui, però, si può dire che la specificità dell'interesse pubblico dimostra la sua prevalenza.

L'Amministrazione può infatti annullare un provvedimento illegittimo entro un termine ragionevole, che viene individuato nel suo limite massimo in diciotto mesi *<dall'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>*, ossia mediante silenzio assenso. Si deve innanzitutto evidenziare la non felice formulazione del testo normativo: il termine *lungo*, infatti, riguarda testualmente i soli provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Ciò significa che per tutti gli altri il termine deve essere inferiore? Una lettura non maliziosa dovrebbe portare ad indicare in meno di 18 mesi il termine per i provvedimento diversi da quelli autorizzatori o attributivi di vantaggi economici; senza dire che, in ogni caso, il

termine *ragionevole* potrebbe essere individuato dal Giudice anche in un periodo nettamente inferiore a quello previsto dalla norma.

Tuttavia, e ai fini di cercare di rispondere al quesito posto dalla traccia, tali incertezze non possono che pesare sulle attività economiche; si pensi, ad esempio, al necessario contenzioso per stabilire se, e in quali casi, il termine per l'annullamento doveva essere inferiore ai diciotto mesi.

Sotto altro aspetto, detto termine è senz'altro molto ampio (fin troppo, per la maggior parte dei casi) per consentire all'Amministrazione di rivedere un proprio provvedimento; per di più, oggi spesso costituito da un provvedimento tacito, che impone alla P.A. un solo controllo sulle autocertificazioni prodotte dall'interessato. Peraltro si deve considerare, nella comparazione degli interessi (la P.A. deve infatti tenere conto degli interessi pubblici, di quelli dei destinatari e dei controinteressati), che si tratta comunque di un provvedimento viziato e, così, sembra naturale l'aver assegnato alla P.A. un periodo più lungo per il ripristino della legalità violata. In ogni caso, non può non sottolinearsi come sia problematico ritenere conciliabile il rispetto del principio del legittimo affidamento del privato alla stabilità del provvedimento conseguito anche mediante silenzio assenso, con il potere di annullamento dopo un anno e mezzo dal suo formarsi. Il che porta a confermare come ancora lontana la parità delle parti nell'ambito dell'azione amministrativa¹.

E' invece del tutto corretta la prescrizione contenuta nel comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies* in esame, che consente all'Amministrazione di annullare, anche dopo i diciotto mesi, il provvedimento conseguito 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. In disparte, però, il fatto che la P.A., *ex lege*, <può> e non <deve> esercitare i propri poteri di autotutela, l'unica perplessità deriva dal fatto che, in tali casi, il presupposto per procedere all'annullamento d'ufficio è che il reato deve

¹ In materia edilizia, si deve tenere anche conto di quanto statuito dal Giudice Amministrativo sul legittimo affidamento: se "...da un lato, quando è realizzato un abuso edilizio non è radicalmente prospettabile un legittimo affidamento. Dall'altro, il proprietario non si può di certo dolere del ritardo con cui l'amministrazione - a causa del mancato accertamento dell'abuso o per la connivenza degli organi pubblici pro tempore - abbia emanato il provvedimento che la legge impone di emanare immediatamente. La legge non ha mai attribuito rilievo sanante al ritardo con cui l'Amministrazione emana l'atto conseguente alla commissione dell'abuso edilizio, né si può affermare che l'inerzia o la connivenza degli organi pubblici possano comportare una sostanziale sanatoria, che la legge invece disciplina solo in casi tassativi, o con leggi straordinarie sul condono o con la normativa sull'accertamento di conformità" (C.d.S., Sez. VI, 6.3.2017, n. 1060, in www.giustizia-amministrativa.it).

essere accertato “*con sentenza passata in giudicato*”; il che significa che, in attesa del passaggio in giudicato (talvolta sino alla pronuncia in Cassazione), il provvedimento formatosi illegittimamente continuerà a produrre effetti e non potrà essere annullato (e neppure sospeso, mancando una disposizione in tal senso).

-Quanto ai termini per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio, deve però precisarsi che, ai sensi dell'art. 2 -co. 4- del d.lgs. 25.11.2016 n. 222, in caso di segnalazione certificata di inizio attività (S.C.I.A.), il periodo per promuovere l'autotutela è in realtà più lungo in quanto i 18 mesi iniziano a decorrere dalla data di scadenza del termine (di 30 o 60 giorni) previsto dall'art. 19 della l. n. 241/1990 per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente.

Sempre sulla S.C.I.A., è da evidenziare che poiché per l'art. 19, co. 6 *ter*, della l. n. 241/1990, “*la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili*” e che, quindi, “*...gli interessati possono sollecitare (al più) l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione*”, la giurisprudenza del Consiglio di Stato (Sez. VI, 3.11.2016, n. 4610) ha chiarito che in tal caso, diversamente dal solito, l'Amministrazione non può discrezionalmente decidere se attivare o meno il potere di autotutela, essendo questa <obbligatoria>².

Non si applicano, invece, i termini previsti dall'art. 21 *nonies* della legge sul procedimento in caso di risoluzione del contratto pubblico di appalto o

² “*In relazione alla natura del potere, il terzo può chiedere la condanna dell'Amministrazione all'esercizio di poteri che devono avere i requisiti che giustificano l'autotutela amministrativa. Quest'ultima, calata nell'ambito del procedimento in esame, si connota in modo peculiare perché: i) essa non incide su un precedente provvedimento amministrativo e dunque si caratterizza per essere un atto di "primo grado" che deve, però, possedere i requisiti legittimanti l'atto di "secondo grado"; ii) l'Amministrazione, a fronte di una denuncia da parte del terzo, ha l'obbligo di procedere all'accertamento dei requisiti che potrebbero giustificare un suo intervento repressivo e ciò diversamente da quanto accade in presenza di un "normale" potere di autotutela che si connota per la sussistenza di una discrezionalità che attiene non solo al contenuto dell'atto ma anche all'an del procedere. Tale opzione interpretativa coniuga in modo più equilibrato le esigenze di liberalizzazione sottese alla s.c.i.a. con quelle di tutela del terzo. Se quest'ultimo potesse sollecitare i poteri inibitori senza limiti temporali e di valutazione dell'incidenza sulle posizioni del privato che è ricorso a questo modulo di azione verrebbero frustrate le ragioni della liberalizzazione, in quanto l'interessato, anche molto tempo dopo lo spirare dei trenta (o sessanta) giorni previsti dalla legge per l'esercizio dei poteri in esame, potrebbe essere destinatario di atti amministrativi inibitori dell'intervento posto in essere. La qualificazione del potere come potere di autotutela costituisce invece, da un lato, maggiore garanzia per il privato che ha presentato la s.c.i.a., in quanto l'Amministrazione deve tenere conto dei presupposti che legittimano l'esercizio dei poteri di autotutela e, in particolare, dell'affidamento ingenerato nel destinatario dell'azione amministrativa, dall'altro, non vanifica le esigenze di tutela giurisdizionale del terzo che può comunque fare valere, pur con queste diverse modalità, le proprie pretese*” (in www.giustizia-amministrativa.it).

concessione (così l'art. 108, co. 1 *bis*, del codice dei contratti, nel testo integrato da ultimo con il d.lgs. n. 19.4.2017 n. 56).

- Tuttavia, come anticipato nelle premesse, le regole contenute nell'art. 21 *nonies* della l. n. 241/1990 non esauriscono l'ambito di intervento della P.A. in materia di autotutela.

Si ricordano, in merito:

- l'annullamento straordinario degli atti degli Enti locali da parte del Governo (con d.P.R., previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'Interno, sentito il Consiglio di Stato) che può avvenire "in qualunque tempo" sugli atti degli Enti locali illegittimi³ (art. 138 del d.lgs. 267/2000-TUEL);

- l'annullamento, da parte della Regione (ai sensi dell'art. 39 del d.lgs. n. 380/2001-T.U. dell'edilizia): -delle deliberazioni e dei provvedimenti comunali, entro dieci anni dalla loro adozione, "...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"; -nonché delle S.C.I.A. non conformi alle prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della scadenza del termine di 30 giorni dalla presentazione della segnalazione certificata (peraltro il provvedimento di annullamento può essere emesso, in entrambi i casi, entro ulteriori diciotto mesi dall'accertamento delle suddette violazioni, così il co. 2).

Sicché, anche nel campo dell'edilizia, appare difficile conciliare il rispetto del legittimo affidamento con il potere di autotutela esercitabile addirittura nel decennio successivo alla realizzazione dell'intervento edilizio. E che non si tratti di perseguire illeciti edilizi lo dimostra il fatto che la non conformità allo strumento urbanistico o al regolamento edilizio non è di per sé automaticamente un reato (si pensi, ad esempio, alle ipotesi previste dall'art. 36 del T.U. dell'edilizia).

* * *

3. Altre ipotesi (sparse) di prevalenza dell'interesse pubblico

³ E l'istituto dell'annullamento straordinario governativo "è ancora compatibile con l'attuale assetto costituzionale, anche in materia di governo del territorio" (così T.A.R. Liguria, Sez. I, 20.1.2012, n. 161, in *Foro amm.*, TAR, 2012, 1, 102).

Nella dimostrazione che, nonostante la declaratoria dei principi generali, la posizione della P.A. sia prevalente su quella del privato (nella specie investitore e/o imprenditore), non può non farsi riferimento all'azione di nullità prevista dall'art. 31, co. 4, del Codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104/2010). Nel processo amministrativo, infatti, l'azione di nullità (per i casi previsti dall'art. 21 *septies* della l. n. 241/1990) si propone entro il termine decadenziale di centottanta giorni (ad eccezione delle ipotesi di violazione o elusione del giudicato), nel mentre nei rapporti privatistici la regola è quella prevista dall'art. 1422 c.c., secondo cui l'azione per far dichiarare la nullità non è soggetta a prescrizione, salvi gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione. Pertanto, è bene dirselo, decorso il termine di 180 giorni il provvedimento amministrativo nullo non è più impugnabile dinanzi al Giudice Amministrativo; e se pur è vero che la nullità dell'atto può sempre essere opposta dalla parte resistente o essere rilevata d'ufficio dal Giudice (art. 31, co. 4, c.p.a.), tale ipotesi difficilmente riguarda l'atto lesivo degli interessi del ricorrente e, di certo, il giudizio deve pur sempre essere stato proposto.

Altra ipotesi di *squilibrio* tra le posizioni pubblica e privata, la si può ritrovare in alcuni istituti del codice dei contratti pubblici (d. lgs. n. 50/2016).

Come è noto, l'istituto del recesso contrattuale (art. 109) è distinto dal potere pubblicistico di revoca. Come ha chiarito il Consiglio di Stato *“il potere di revoca della procedura di affidamento di un servizio pubblico si colloca nell'ambito dell'azione amministrativa di tipo pubblicistico mentre il recesso contrattuale, lasciando impregiudicata la serie pubblicistica degli atti, incide solo sul vincolo contrattuale. È quindi differente la qualificazione della posizione giuridica vantata dal privato nei confronti della revoca pubblicistica (interesse legittimo) e del recesso contrattuale (diritto soggettivo). Non è quindi possibile per l'Amministrazione, al cospetto di un contratto già stipulato e divenuto successivamente non conveniente, procedere alla revoca dei provvedimenti di affidamento del contratto piuttosto che al recesso contrattuale”* (C.d.S., Sez. V, 26.6.2015, n. 3237; T.A.R. Sicilia (Catania), Sez. III, 23.6.2016, n. 1691).

Ciò premesso, per l'art. 109 del d.lgs. n. 50/2016 *“la stazione appaltante può recedere dal contratto in qualunque momento”, limitandosi al “...pagamento dei lavori eseguiti o delle prestazioni relative ai servizi e alle forniture eseguiti nonché del valore dei materiali utili esistenti in cantiere nel caso di lavoro o in*

magazzino nel caso di servizi o forniture, oltre al decimo dell'importo delle opere, dei servizi o delle forniture non eseguite".

Nello stesso senso si possono leggere:

-la previsione di cui all'art. 107, co. 2, del d.lgs. n. 50/2016, per cui nel caso di sospensione dell'esecuzione del contratto da parte del responsabile unico del procedimento "*...per ragioni di necessità o di pubblico interesse, tra cui l'interruzione di finanziamenti per esigenze sopravvenute di finanza pubblica...*" che duri per più di sei mesi, o per un periodo di tempo superiore ad un quarto della durata complessiva prevista per l'esecuzione dei lavori stessi, "*l'esecutore può chiedere la risoluzione del contratto senza indennità; se la stazione appaltante si oppone, l'esecutore ha diritto alla rifusione dei maggiori oneri derivanti dal prolungamento della sospensione oltre i termini suddetti. Nessun indennizzo è dovuto all'esecutore negli altri casi*";

-quanto disciplinato dall'art. 32, co. 8, del codice di contratti, per cui la stipula del contratto di appalto o di concessione deve avvenire, di solito, entro 60 giorni dal momento in cui è divenuta efficace l'aggiudicazione. Tuttavia, se ciò non accade (per ipotesi per volontà dilatoria della P.A.) "*...l'aggiudicatario può, mediante atto notificato alla stazione appaltante, sciogliersi da ogni vincolo o recedere dal contratto. All'aggiudicatario non spetta alcun indennizzo, salvo il rimborso delle spese contrattuali documentate*".

In conclusione, sebbene molti passi siano stati fatti per porre sullo stesso piano il pubblico e il privato (soprattutto intervenendo sulla l. n. 241/1990), non è dubbio che dal complesso delle norme richiamate continui ad emergere una sostanziale differenza di tutela tra la Pubblica Amministrazione e i destinatari dell'azione amministrativa; il che, come detto, non deve meravigliare, stante il valore attribuito dall'ordinamento alla cura dell'interesse pubblico.

Prof. Agostino Meale
Ordinario di diritto amministrativo
Università di Bari

pubblicato il 12 maggio 2017