

ANNULLAMENTO D'UFFICIO, AFFIDAMENTO E TERMINE DI DODICI MESI*

di Nicola Di Modugno**

Sommario. 1. La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio: considerazioni introduttive. – 2. La disciplina dei termini per l'annullamento d'ufficio in Germania e in Francia. – 3. Perentorietà del termine previsto per l'annullamento d'ufficio e decadenza della P. A. dall'esercizio del relativo potere. – 4. Eccezione al termine: dolo o colpa grave del destinatario dell'atto oggetto di riesame. – 5. L'annullamento d'ufficio come autotutela spontanea della P. A. nettamente distinta dai rimedi giustiziali; il termine di dodici mesi come tappa essenziale nell'avanzamento dello Stato di diritto.

280

1. La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio: considerazioni introduttive. La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio: considerazioni introduttive.

Come ha osservato autorevole dottrina¹ l'affermazione del principio di legalità, quale fonte legittimante del potere pubblico, costituisce il frutto di un processo lento e difficile in quanto, ben diversamente dall'ambito della funzione giurisdizionale, anche dopo la formazione dello Stato liberale, la pubblica amministrazione, per lungo tempo, ha ritenuto di potersi auto legittimare sulla base delle proprie finalità istituzionali di polizia e di salvaguardia del bene pubblico.

Orbene, se vi è stato un settore in cui ancora più lento è stato l'affermarsi del principio di legalità questo è proprio quello dell'autotutela² delle P.A. in quanto, fino a ieri, si è ritenuto che, mentre l'autotutela esecutiva potesse esercitarsi soltanto nei casi espressamente previsti dalla legge, l'autotutela decisoria costituiva, al contrario, oggetto di un potere generale spettante *naturaliter* alla P.A. sulla base dell'esecutorietà dei propri atti.

In altre parole, la generalità e le perpetuità della potestà di annullamento d'ufficio trovava il suo fondamento proprio nella inesauribilità³ del potere amministrativo.

Tale stato di cose, già nei primi anni trenta del Novecento, destava profonda insoddisfazione secondo autorevole dottrina⁴ a causa dell'utilizzo strumentale, da parte della P.A., dell'istituto

* Sottoposto a referaggio.

** Ricercatore confermato di Diritto amministrativo – Università del Sannio.

¹ Il riferimento è ad A. Romano Tassone, *Brevi note sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, Milano, 1991, II, 403, nota n. 87, che osserva: «L'affermarsi del principio di legalità come fonte di legittimazione del potere pubblico passa per un processo né facile né breve: facilmente accolta nell'ambito della funzione giurisdizionale, l'idea di legalità stenta invece ad imporsi nei confronti dell'amministrazione che per lungo tempo dopo la formazione degli stati liberali continua a ritenere la propria legittimazione del fin di benintesa 'polizia'».

² Sul tema, è essenziale il saggio di B. G. Mattarella, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 6, 2007, 1223-1270.

³ Sul tema, cfr. il saggio di M. Trimarchi, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 1, 2017. Sullo stesso tema, v. la successiva monografia di M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018.

⁴ Così, significativamente, A.C. Jemolo, *L'interesse come presupposto dell'annullamento di atti illegittimi. Licenziamento in via eventuale*, in *Foro It.*, 1931, III, 114, che osservava: «L'annullamento per illegittimità, adoperato a distanza di alcun anni e senza che gravi interessi pubblici lo reclamino, rischia troppo facilmente di mutarsi da garanzia

dell'annullamento d'ufficio, anche dopo anni, sovente per finalità estranee all'interesse generale. In tal modo, spesso, veniva colpito chi non aveva alcuna responsabilità dell'illegalità in cui *ab origine* la P.A. era incorsa.

Oltre cinquant'anni dopo la prassi ancora invalsa del tardivo esercizio del potere di annullamento d'ufficio venne criticata in dottrina con l'osservazione secondo cui l'eliminazione del provvedimento ritenuto illegittimo, dopo molti anni, aveva fatto assumere all'istituto un ruolo, in concreto, più simile a quello tipico dei procedimenti di revisione⁵.

2. La disciplina dei termini per l'annullamento d'ufficio in Germania e in Francia. La disciplina dei termini per l'annullamento d'ufficio in Germania e in Francia.

Come abbiamo visto, la recente riforma è stata ispirata dall'ordinamento comunitario⁶ secondo cui la regola del legittimo affidamento⁷ costituisce manifestazione del principio della

della legalità in mezzo per raggiungere scopi che sono estranei ad ogni intento del legislatore, rischia di turbare interessi vitali, colpendo chi della illegalità non ha responsabilità alcuna».

⁵ Il riferimento è a M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, 2^a Ed., Milano, 1988, Vol. II, 1015, che osservava: «Nel diritto positivo è invece aperto un grave problema, che è quello del tempo dell'annullamento d'ufficio. Se si sta alle regole del sistema, il procedimento di riesame dovrebbe svolgersi immediatamente dopo il procedimento di primo grado, ossia prima che, in fatto, le conseguenze del provvedimento di primo grado siano consolidate. Nella pratica però si danno procedimenti di riesame che si aprono molto tempo dopo la chiusura del procedimento di primo grado, sicché essi vengono ad assumere un ruolo, di fatto, di procedimenti di revisione».

⁶ Sul principio di affidamento nel diritto comunitario è essenziale la motivazione di Cass. SS. UU., n. 8236/2020, in cui, sul punto, significativamente, si legge: «La tutela dell'affidamento rientra tra i principi dell'ordinamento comunitario (ai quali l'attività amministrativa deve uniformarsi ai sensi della L. n. 241 del 1990, art. 1), come la Corte di giustizia ha dichiarato fin dalla sentenza CGUE 3 maggio 1978, C-12/77, Topfer, dove si affermò che «il principio della tutela del legittimo affidamento [...] fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe, ai sensi del predetto articolo, «una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione» (18 e 19). Secondo la Corte di Lussemburgo tale principio costituisce un corollario del principio della certezza del diritto (CGUE, 20 dicembre 2017, C-322/16, *Global Starnet*, p. 46). Osserva al riguardo il Collegio che, se è innegabile che tra il principio di affidamento e quello della certezza del diritto esistano ampi margini di sovrapposizione, la distinzione tra tali principi può essere tuttavia tracciata in relazione ai loro rispettivi contenuti, giacché, come sottolineato da attenta dottrina, nella tutela dell'affidamento appare centrale la dimensione soggettiva, che è rappresentata dalla pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione di una regola (generale o speciale) precedente, mentre rispetto alla certezza del diritto si impone una dimensione oggettiva, che attinge alla identità del diritto e coinvolge, in ultima analisi, un valore intrinseco alla giuridicità. Nella stessa giurisprudenza di Lussemburgo, peraltro, non mancano espliciti riferimenti alla dimensione «soggettiva» dell'affidamento; nella sentenza CGUE 14 marzo 2013 C-545/11, *Agrargenossenschaft Neuzelle*, per esempio – dopo le affermazioni, correate dai richiami ai pertinenti precedenti, che «secondo una giurisprudenza consolidata della Corte, il principio della tutela del legittimo affidamento rientra fra i principi fondamentali dell'Unione» (23) e che «il diritto di avvalersi del suddetto principio si estende ad ogni soggetto nel quale un'istituzione dell'Unione ha fatto sorgere fondate speranze» (24) si enuncia il principio secondo il quale «costituiscono un esempio di assicurazioni idonee a far nascere fondate aspettative, a prescindere dalla forma in cui vengono comunicate, informazioni precise, incondizionate e concordanti che promanano da fonti autorizzate ed affidabili (25)». Negli stessi termini, più di recente, Corte Giust. 23 gennaio 2019 in C-419/17, *Deza a.s.*

⁷ Sul principio di affidamento in diritto amministrativo va richiamato Cons. Stato Ad. Plen., n. 20/2021 in cui, sul punto, si legge: «Nella dicotomia diritti soggettivi – interessi legittimi si colloca anche l'affidamento. Esso non è infatti una posizione giudica soggettiva autonoma distinta dalle due, sole considerate dalla Costituzione, ma ad esse può alternativamente riferirsi. Più precisamente, l'affidamento è un istituto che trae origine nei rapporti di diritto civile e che risponde all'esigenza di riconoscere tutela alla fiducia ragionevolmente riposta sull'esistenza di una situazione apparentemente corrispondente a quella reale, da altri creata. Dell'affidamento sono applicazioni concrete, tra le altre, la «regola possesso vale titolo» ex art. 1153 cod. civ., l'acquisto dall'eredità apparente di cui all'art. 534 cod. civ., il pagamento al creditore apparente ex art. 1189 cod. civ. e l'acquisto di diritto di diritti dal titolare apparente ex artt. 1415 e 1416 cod. civ., il cui denominatore comune consiste

certezza del diritto sul piano oggettivo.

Non a caso l'ordinamento tedesco⁸ è caratterizzato dall'art. 48, c. 4, VwVfG che prevede il termine decadenziale di un anno per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Tale termine decorre dal momento in cui la P.A. viene a conoscenza dei presupposti di fatto che giustificano l'annullamento del provvedimento oggetto del riesame.

Il termine ha una portata generale ed è derogabile soltanto in casi eccezionali nominativamente individuati dalla legge. Casi limitati alle sole ipotesi di provvedimenti ottenuti mediante dolo, minaccia o corruzione dell'agente, da parte del privato interessato, ovvero mediante dichiarazioni e informazioni inesatte o false.

Ancora più rigido l'ordinamento francese che, fino a tempi molto recenti, era regolato esclusivamente dalla giurisprudenza, sotto questo profilo, in modo simile all'ordinamento italiano.

Emerse però tra i due ordinamenti, già nei primi decenni del Novecento, una differenza di fondo.

Il nostro Consiglio di Stato, infatti, non ha mai individuato, in sede giurisprudenziale, un termine fisso all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio da parte della P.A. Potere di cui è stata sempre affermata la perpetuità quanto meno in linea di principio. La prassi si è, pertanto, limitata al mero sindacato di eccesso di potere in ordine alle valutazioni compiute dalla P.A. in sede di autotutela nelle ipotesi in cui le situazioni di fatto favorevoli al privato, derivanti dall'atto oggetto di riesame, si fossero consolidate.

Al contrario, in Francia⁹, per gli atti creativi di diritti, anticamente, si riteneva che questi non fossero neppure annullabili d'ufficio poiché vigeva il dogma dell'intangibilità assoluta, per l'amministrazione, dei diritti acquisiti¹⁰.

Tale orientamento venne modificato soltanto con l'*arrêt del Conseil d'Etat Abbé Blanc* del 16 febbraio 1912.

Successivamente con l'*arrêt Dame Cachet* del 3/11/2022 il *Conseil d'Etat* affermò che, anche

nell'attribuire effetti all'atto compiuto dalla parte che in buona fede abbia pagato o contrattato con chi ha invece ricevuto il pagamento o alienato senza averne titolo. Sorto in questo ambito, l'affidamento ha ad oggi assunto il ruolo di principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche quelli di diritto amministrativo». È in questo senso la giurisprudenza di questo Consiglio di Stato, che, con affermazione di carattere generale, ha statuito che l'affidamento «è un principio generale dell'azione amministrativa che opera in presenza di una attività della pubblica amministrazione che fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico sorto a seguito di tale attività» (Cons. Stato, VI, n. 5011/2020). Nella pronuncia ora richiamata non si è condiviso l'orientamento assolutamente prevalente nella giurisprudenza della Corte regolatrice secondo cui l'affidamento costituisce un diritto autonomo, con conseguente devoluzione al giudice ordinario delle controversie risarcitorie nei confronti della pubblica amministrazione per lesione da affidamento sulla stabilità del provvedimento favorevole poi annullato. Nella pronuncia in esame si è invece posto in rilievo che, in conformità alla sua origine quale istituto giuridico espressione di un principio più che di una situazione soggettiva, l'affidamento «contribuisce a fondare la costituzione di particolari rapporti giuridici e situazioni soggettive» e che nei rapporti con l'amministrazione essa si traduce nell'«aspettativa del privato alla legittimità del provvedimento amministrativo rilasciato», che se frustrata può essere fonte di responsabilità della prima».

⁸ Sull'ordinamento tedesco, cfr. la monografia di C. Napolitano, *L'autotutela amministrativa, nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018, 240, nota n. 9, e, in precedenza, C. Fraenkel, C. Haerberle, *Poteri di autotutela e legittimo affidamento. Il caso tedesco*, Trento, 2008, 46 e 60.

⁹ Sull'ordinamento francese in materia è essenziale il saggio di D. Corletto, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in D. Corletto (a cura di), *Procedimento di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007, 1-64.

¹⁰ In tal senso, D. Corletto, *Provvedimenti di secondo grado*, cit., 9, secondo cui il dogma dell'intangibilità assoluta dei diritti acquisiti rappresentava il «[...] corollario a sua volta del principio della riserva al solo giudice della garanzia dei diritti».

per la Pubblica Amministrazione in sede di *retrait* (corrispondente al nostro annullamento d'ufficio), vigeva, per gli atti amministrativi creativi di diritto, lo stesso termine di decadenza di due mesi prescritto al privato per impugnare col ricorso per eccesso di potere l'atto lesivo della propria sfera giuridica.

Tale giurisprudenza è stata superata soltanto con l'*arrêt Ternon* del 26/10/2001 quando il termine per l'esercizio del potere di *retrait* venne prolungato a quattro mesi sempre relativamente ai soli atti creativi di diritti. Quanto, invece, agli atti restrittivi della sfera giuridica dei privati non è stato mai previsto alcun termine per il loro ritiro da parte della P.A..

Tale disciplina, elaborata dalla giurisprudenza, è stata recepita dal legislatore francese con il Codice delle relazioni tra il pubblico e l'amministrazione di cui all'Ordinanza del 23/10/2015 n. 215-1341.

Il termine di decadenza di quattro mesi per il ritiro degli atti illegittimi creativi di diritti, però, è espressamente derogato in base all'art. 241-2 di detto Codice che stabilisce: «*Par dérogation aux dispositions du présent titre, un acte administratif unilatéral obtenu par fraude peut être à tout abrogé ou retiré*».

La norma stabilisce, infatti, che in tutte le ipotesi di frode, da parte del privato interessato, posta in essere al fine di ottenere il provvedimento amministrativo ad esso favorevole, quest'ultimo potrà essere abrogato o ritirato in qualsiasi momento.

Il testo della norma ci induce a soffermarci sui due istituti che caratterizzano l'autotutela in Francia che sono l'*abrogation* e il *retrait*.

Cominciamo dal *retrait* che, come si è innanzi accennato, corrisponde al nostro annullamento d'ufficio.

L'*abrogation*, invece, corrisponde alla nostra revoca per sopravvenienza.

In buona sostanza, al di là della differenza dei nomi, il nostro ordinamento presenta tuttora delle affinità con quello francese.

Va detto, però, che la ristrettezza del termine, tradizionalmente imposto alla pubblica amministrazione in Francia all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ha caratterizzato il *retrait* in chiave di autoimpugnazione in perfetto parallelismo con il ricorso per eccesso di potere proposto dal privato.

Al contrario, nel nostro ordinamento, l'assenza di un termine di decadenza, fino al 2015, per l'annullamento d'ufficio ha fatto sì che tale istituto assumesse un carattere diverso come manifestazione di amministrazione attiva volta, più che al ripristino della legalità intesa in senso astratto, alla cura dell'interesse pubblico specifico perseguito dalla P.A..

Non a caso, infatti, la giurisprudenza è stata sempre ferma nel ritenere che l'accertamento dell'illegittimità dell'atto, oggetto di riesame, costituisce condizione necessaria ma non sufficiente per annullare d'ufficio un provvedimento.

Ad ogni modo, la nuova formulazione dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, caratterizzata dal termine decadenziale di dodici mesi previsto per l'annullamento d'ufficio, costituisce un evidente avvicinamento del nostro ordinamento a quello tedesco che, come si è visto, prevede l'analogo termine di un anno.

Vi è però una differenza: *il dies a quo* di tale termine, nel nostro ordinamento, va individuato, in linea generale, nel momento dall'emanazione del provvedimento ampliativo oggetto di riesame, ben diversamente dall'ordinamento tedesco. Ordinamento nel quale, al contrario, il termine decorre dalla conoscenza, da parte della pubblica Amministrazione, degli elementi di fatto da cui derivano i vizi di legittimità che costituiscono i presupposti di diritto dell'annullamento d'ufficio.

L'ordinamento francese, invece, prevede che il termine di quattro mesi per l'esercizio del *retrait* decorre dall'emanazione del provvedimento creativo di diritti. Soltanto nell'ipotesi di condotta fraudolenta del destinatario dell'atto l'Amministrazione potrà sempre ritirarlo o abrogarlo.

Pertanto, al di là della maggior brevità del termine, che in Francia, come si è visto, è di quattro mesi per il *retrait*, a fronte dei dodici mesi previsti in Italia per l'annullamento d'ufficio, i due ordinamenti sono, invece, simili per quanto concerne il *dies a quo* del termine. Ed infatti, in entrambi esso è previsto con decorrenza dal tempo di emanazione dell'atto, oggetto di riesame, mentre, nel caso di comportamenti fraudolenti, l'annullamento d'ufficio sarà possibile a partire dalla scoperta di tali fatti.

3. Perentorietà del termine previsto per l'annullamento d'ufficio e decadenza della P. A. dall'esercizio del relativo potere. Perentorietà del termine previsto per l'annullamento d'ufficio e decadenza della p. A. dall'esercizio del relativo potere.

Come è noto, l'art. 63, d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021, ha novellato l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, abbreviando a dodici mesi l'originario termine di diciotto mesi per l'esercizio dell'autotutela fissando, in tal modo, dal momento dell'adozione del provvedimento oggetto di riesame¹¹, il termine ragionevole¹² che la riforma del 2005 aveva omissa¹³ di determinare sul piano temporale¹⁴ per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio¹⁵ dell'atto amministrativo illegittimo.

Tale norma costituisce, per un verso, attuazione dell'ordinamento comunitario¹⁶ chiaramente ispirato, secondo un recente contributo dottrinale¹⁷, dalla tutela dell'affidamento legittimo

¹¹ Sul tema, v. la monografia di A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991.

¹² Sul concetto di termine «ragionevole», introdotto dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, novellata nel 2005, v. il saggio di V. Antonelli, *Articolo 21 nonies Annullamento d'ufficio* in N. Paolantonio, A. Police e A. Zito (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione, Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, 2005, 662-666.

¹³ Cfr. il saggio di D.U. Galetta, *I procedimenti di riesame*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La nuova disciplina dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 401, che all'indomani della novella del 2005 alla l. n. 241/1990 scriveva: «Questa scelta finale del legislatore, di non indicare all'amministrazione un termine massimo per l'annullamento d'ufficio non va esente da critiche. Ciò soprattutto ove si consideri che - aldilà dei tentativi di sistematizzazione compiuti dalla dottrina - a livello giurisprudenziale si registrano pericolose oscillazioni che non rappresentano certo una adeguata garanzia della certezza del diritto [...]».

¹⁴ Sul tempo nell'esercizio del potere di autotutela v. il saggio di G. Barone, *Autotutela e decorso del tempo*, in A.A.V.V., *Tempo, spazio e certezza amministrativa*, Milano, 2003, 209 ss.

¹⁵ Sull'annullamento d'ufficio va detto che l'interesse della dottrina si è risvegliato subito dopo l'entrata in vigore della l. n. 124/2015 che ha introdotto il termine di diciotto mesi per l'esercizio del relativo potere. Il riferimento è alle monografie di S. D'Ancona, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; M. Allena, *L'annullamento d'ufficio dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; C. Napolitano, *Autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; M. Silvestri, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2022. Nel quadro della dottrina meno recente, va ricordata, innanzitutto, la monografia di U. Baldi Papini, *L'annullamento degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, 1939 cui fecero immediatamente seguito le due monografie di G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, e di V.M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939. Successivamente v. i saggi di E. Cannada-Bartoli, *Annulabilità (e annullamento)*, in *Enc. Dir.*, vol. II, Milano, 1958 di M. Ali, *Osservazioni sull'annullamento di ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 527 ss. e di G. Coraggio, *Annulamento d'ufficio di atti amministrativi*, in *Enc. Giur. Treccani*, Roma, 1988.

¹⁶ Sul punto v. D. Corletto, *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, 2007 e M. Gigante, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008.

¹⁷ Il riferimento è al recente saggio di A. Profeta, *Osservazioni sui principi generali del diritto dell'Unione europea: la tutela del legittimo affidamento*, in *Amministrazioneincammino.luiss.it*, 2023. Sul tema, con riferimento all'ordinamento

inteso come manifestazione del principio di certezza del diritto. È proprio da tale principio che nasce la necessità della fissazione di un termine rigido sul piano temporale all'esercizio del potere di autotutela¹⁸. Orbene, la nuova disciplina dell'istituto rappresenta una vera e propria svolta sul piano del diritto interno in quanto implica il definitivo superamento dell'idea che i termini fossero da prefiggere soltanto al ricorrente per l'esercizio dell'azione di annullamento ma non mai alla Pubblica Amministrazione¹⁹ per l'esercizio dell'autotutela. Si riteneva, infatti, che il potere di autotutela²⁰, proprio in quanto modalità di cura dell'interesse pubblico, non dovesse soggiacere ad alcun limite temporale al suo esercizio²¹ e che, se mai, l'unico limite²² era rappresentato dall'eventuale consolidazione dell'atto oggetto di riesame. Consolidazione derivante dall'inoppugnabilità, ovvero, secondo la dottrina più recente, dall'incontestabilità²³.

Come, peraltro, è stato autorevolmente rilevato, vi era, sotto questo profilo, un evidente elemento²⁴ di asimmetria tra i termini di decadenza previsti a carico del privato ricorrente e la possibilità, finora riconosciuta alla P.A., di annullare d'ufficio l'atto anche oltre un determinato lasso di tempo.

Tale peculiare caratteristica dell'istituto non era sfuggita, già nel 1940, ad autorevole dottrina²⁵.

L'idea della perpetuità della potestà di autotutela emerge dalla disciplina dell'annullamento straordinario²⁶, attualmente prevista dall'art. 138 T.U.E.L. di cui al d.lgs. n. 267/2000 che, come è noto, stabilisce: «In applicazione dell'articolo 2, comma 3, lettera p, della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con decreto del

italiano, vanni richiamati i saggi di F. Trimarchi Banfi, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l'amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 3, 2018, III, p. 823 ss.; G. Comporti, *La responsabilità relazionale a tutela degli affidamenti dei cittadini. Nota a Cass. SS.UU. Ord. 28/04/2020, n. 8236/2020*, in *Giur. It.*, 11, 2020, 2530 ss.); A. Simonelli, *Affidamento legittimo e illegittimo, brevi riflessioni sul ruolo sociale della P.A., due rimessioni all'Adunanza Plenaria*, in *Amministrazioneincanminno.luiss.it*, 2021.

¹⁸ Sulla nozione di autotutela è tuttora attuale il saggio di F. Benvenuti, *Autotutela*, in *Enc. Dir.*, Milano, 1959, Vol. IV, 529-537. Nel quadro della più recente dottrina v. il saggio di P. Otranto, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *Federalismi.it*, 14, 2020. In precedenza v. G. Ligugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004 e M. Ragazzo, *L'autotutela amministrativa*, Milano, 2006.

¹⁹ Sul punto v. l'approfondito studio di G. Falcon, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in A.A.V.V., *Tempo, spazio e certezza amministrativa*, cit., 167 ss.

²⁰ B. G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, 417, afferma che l'annullamento d'ufficio è «...un privilegio, almeno una deviazione rispetto al normale regime dei poteri giuridici».

²¹ In tal senso v. P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 202, che scrive: «I privati, invero, sono sempre esposti...alla eventualità dell'annullamento d'ufficio dell'atto produttivo dell'effetto che interessa [...]».

²² Scriveva, infatti, P. Virga, *Il provvedimento*, cit., 508: «Con la consolidazione conseguente alla inoppugnabilità, l'atto non acquista una nuova qualità sostanziale, né vengono ad essere eliminati i vizi che lo inficiano; tuttavia viene a determinarsi una nuova situazione processuale, che si risolve in un rafforzamento del provvedimento».

²³ Il riferimento è a M. Clarich, *Manuale di diritto amministrativo*, V^a Ed., Bologna, 2022, 168, secondo cui «[...] sarebbe meglio dire oggi, incontestabilità».

²⁴ Scrive, sul punto, M. Clarich, *Manuale*, cit., 168: «Emerge qui un ulteriore elemento di asimmetria tra le parti del rapporto giuridico amministrativo, l'inoppugnabilità garantisce la stabilità del rapporto giuridico amministrativo solo sul versante delle possibili contestazioni da parte del soggetto privato».

²⁵ Il riferimento è alla fondamentale trattazione di A.M. Sandulli, *Il procedimento*, cit., 319, che, significativamente, osservava: «Né resta senza rilievo la circostanza che l'invalidità di un atto amministrativo può essere fatta valere dall'interessato, ai fini dell'annullamento, entro un ben ristretto termine, nel mentre che l'autorità può farla in qualunque tempo: fenomeno assolutamente inconcepibile nel sistema dei rapporti privatistici».

²⁶ Sull'annullamento straordinario secondo il vigente T.U.E.L. n. 267/2000 v. G. M. Racca, *Art. 138*, in R. Cavallo Perin e A. Romano, (a cura di), *Commentario breve al Testo Unico sulle Autonomie locali*, Padova, 2006, 748 ss.

Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell'interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d'ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità».

Il riferimento all'annullamento governativo appare, sul punto, di fondamentale importanza. Tanto ove si consideri che dalla legge di unificazione amministrativa del 1865 alla novella del 2005 alla l. n. 241/1990, è mancata, nel nostro ordinamento, una disciplina normativa *ad hoc* dell'istituto dell'annullamento d'ufficio.

Pertanto, dottrina e giurisprudenza hanno elaborato pretoriamente la disciplina dell'istituto proprio partendo dall'annullamento straordinario o governativo²⁷ degli atti degli enti locali²⁸. Va detto che, come è stato esattamente affermato²⁹, la giurisprudenza, ormai ultrasecolare, del Consiglio di Stato pose un limite al potere di annullamento d'ufficio ma senza prevedere un termine al suo esercizio, termine che, chiaramente, nel silenzio della legge, il giudice non avrebbe potuto prefiggere.

Il Consiglio di Stato, infatti, ritenne di poter risolvere il problema dell'avvenuto consolidamento della situazione di fatto attraverso il sindacato di eccesso di potere³⁰ individuando l'obbligo, per l'autorità amministrativa, di motivare il provvedimento di annullamento d'ufficio in ordine alla sussistenza in concreto di un interesse pubblico attuale da perseguire mediante la caducazione dell'atto oggetto di riesame.

A ben vedere, un primo tentativo ricostruttivo di tale giurisprudenza era stato felicemente delineato, già nel 1932, avrebbe, sempre, con l'individuazione del limite alla perpetuità del potere di autotutela nell'avvenuto consolidamento di una situazione di fatto ritenuta meritevole di considerazione da parte del giudice amministrativo il quale avrebbe sempre potuto accertare nella singola fattispecie se l'atto di annullamento d'ufficio fosse in concreto fondato su una giusta causa³¹.

²⁷ Sul tema cfr. G. Cugurra, *L'annullamento governativo come atto di alta amministrazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1970, 604 ss.

²⁸ Sull'annullamento governativo va ricordata l'autorevole tesi di M.S. Giannini, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1988, 1036 ss. che inquadrava l'istituto nell'ambito dei provvedimenti di revisione, analogamente alla revoca, ritenendolo ben diverso dall'annullamento d'ufficio che considerava, invece, il prototipo dei procedimenti di riesame.

²⁹ Il riferimento è a V. Caianiello, *La tutela dei diritti fondamentali in cento anni di giurisdizione amministrativa*, in *Scritti in onore di Aldo Bozzi*, Padova, 1992, 62-63, che, significativamente, scrive: «Una rapida scorsa ai primi anni della giurisprudenza è significativa dell'intento di dare corpo alla potenzialità espressa dalla legge Crispi, come ad esempio le decisioni pronunciate dalla IV Sezione fin dagli inizi del secolo (Sez. IV, 31 maggio 1901, in *Giust. amm.*, 1901, I, 313; 10 luglio 1903, id. 1903, I, 379; 16 luglio 1905, id., 1905, I, 316) dirette ad assicurare certezza agli interessi individuali radicati su atti amministrativi, sottraendole all'arbitrio dell'amministrazione. Si intende alludere a quella giurisprudenza che limita il potere di auto-annullamento di atti amministrativi illegittimi, sui quali si siano innestate situazioni consolidate, alla sola ipotesi in cui attraverso l'annullamento sia possibile soddisfare il medesimo interesse pubblico protetto dalla norma che si assume violata con l'atto da annullare».

³⁰ Osserva Merusi, *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in AA.VV., *Scritti per Mario Nigro*, Vol. II, *Problemi attuali di diritto amministrativo*, Milano, 1991, 218, proprio con riguardo all'annullamento d'ufficio, che: «Il Consiglio di Stato, con riferimento a queste fattispecie, offriva soluzioni favorevoli alla tutela degli affidamenti anche se per lungo tempo non ebbe una precisa consapevolezza del fenomeno lungi dal darne una spiegazione dommaticamente fondata, lo faceva rientrare nell'ambito della figura dell'eccesso di potere, che, com'è noto, si prestava ad amplissime applicazioni».

³¹ Il riferimento è al saggio di N. Pappalardo, *L'eccesso di potere amministrativo secondo la giurisprudenza del Consiglio di Stato*, in *Studi in occasione del Centenario*, Vol. II, Roma, 1932, 453-454, che, significativamente, scriveva: «La prima cosa da accertare in materia di annullamento d'ufficio è se l'atto da annullarsi fosse illegittimo. Qualora risulti veramente tale, è chiaro che su di esso il terzo non può fondare diritti». Proseguiva l'insigne Magistrato: «Però, avviene talvolta che, in virtù dell'atto annullato, si è venuta consolidando, a favore del terzo, una situazione di fatto tale, che merita di essere tenuta in considerazione. Abbiamo, dunque, un contrasto fra il legittimo potere

In tempi più recenti, com'è noto, in giurisprudenza³² venne rafforzandosi l'estensione di tale obbligo di motivazione anche alla ponderazione,³³ da parte della P.A., dell'interesse pubblico perseguito, nell'ambito del procedimento di annullamento d'ufficio, con le situazioni giuridiche soggettive³⁴ dei destinatari e dei controinteressati.³⁵

dell'amministrazione di annullare l'atto, da una parte, e la situazione di fatto del terzo, che è degna di riguardo, dall'altra. In questo stato di cose, l'elemento decisivo è dato dalla rilevanza della causa dell'atto di annullamento. Il giudice amministrativo accerta se l'atto di annullamento risponda ad un concreto interesse pubblico, accerta, cioè, se speciali circostanze, in quel singolo caso, per ragioni di tempo, di materia, renderebbero improvvido l'esercizio del potere di annullamento. In termini più tecnici, il giudice amministrativo accerta se l'atto di annullamento sia fondato su una giusta causa».

³² Sull'evoluzione progressiva di questa giurisprudenza v. L. Merusi, *Il principio*, cit. 219: «[...] il Consiglio di Stato acquistò progressivamente una più precisa consapevolezza del fondamento giuridico delle sue decisioni in materia di tutela degli affidamenti, giungendo ad esplicitare in alcune decisioni degli anni '60 il principio che nei casi in cui la pubblica amministrazione crea un affidamento, essa deve tenerne conto in occasione dell'emanazione di un successivo: l'affidamento può essere superato soltanto se la pubblica amministrazione, nel motivare il provvedimento successivo, riesca a dimostrare che vi è un interesse pubblico prevalente rispetto all'affidamento stesso».

Sulla giurisprudenza creativa del Consiglio di Stato v. il recente saggio di E. Follieri *L'adunanza plenaria del Consiglio di Stato*, in Follieri e Barone (a cura di), *I principi vincolanti dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato sul codice del processo amministrativo (2010-2015)*, Lavis (TN), 2016, 25 ss.

³³ Sul punto, v. *ex multis*, Cons. Stato, Sez. 5[^], n. 446/1996, in *Giur. it.*, III, 1, 1996, 449, che così statuisce: «L'utilità dovrà essere verificata a fronte dell'assetto, pur divergente creatosi a seguito dell'attività edificatoria assentita e dei costi e benefici anche in termini di sacrifici da imporre al privato, che complessivamente derivano dal perseguire una *restitutio in integrum* rispetto ad una situazione materiale più o meno consolidata, correlata ad un affidamento nei confronti della pubblica amministrazione». In sintesi, secondo tale decisione l'annullamento d'ufficio della concessione edilizia, rilasciata in violazione della normativa urbanistica vigente non può prescindere dall'apprezzamento della situazione di fatto e dall'effettiva utilità perseguita.

³⁴ La ponderazione degli interessi coinvolti, richiesta dall'art. 21-*nonies*, presuppone la loro adeguata e completa presa in considerazione da parte della P.A. precedente teorizzata, nel quadro di una originale ricostruzione dell'interesse legittimo come pretesa alla presa in considerazione della posizione della singola persona, come profilo di ulteriore rilevanza dei diritti fondamentali riconosciuti dall'art. 2 Cost., da L. Iannotta, *Atti non autoritativi ed interessi legittimi. Il sindacato sul comportamento della p.a. nella giurisdizione sul pubblico impiego*, Napoli, 1984, monografia seguita dal saggio *I motivi di ricorso tra giurisdizione e controllo (dai motivi alla situazione giuridica personale)*, in *Dir. proc. amm.*, 1988, e del successivo libro *Motivi di ricorso e tipologia degli interessi*, Napoli, 1989. In tempi più recenti tale tematica è stata ulteriormente approfondita in L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, 1998, 299 ss. e in L. Iannotta, *L'adozione degli atti non autoritativi secondo il diritto privato*, in *Dir. amm.*, 2006, 354 ss. e con il saggio *L'interesse legittimo nell'ordinamento repubblicano*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, 935 ss., particolarmente 947-948, che precisa: «Il vincolo (di adeguata e completa considerazione dei diritti) in rapporto alle diverse tipologie di poteri e di beni si verrà caratterizzando di volta in volta come vincolo...di rispetto (di mancato sacrificio) dei diritti se non ricorrano i presupposti di pubblico interesse di segno contrario». Secondo tale impostazione è chiaro che vanno in tal senso qualificati gli interessi rilevanti, nel procedimento di autotutela, derivanti dal consolidamento della situazione di fatto: essi vanno rispettati qualora l'interesse pubblico e loro sacrificio non si riveli assolutamente prevalente.

³⁵ Osserva M. Corradino, *Il diritto amministrativo alla luce della recente giurisprudenza*, Padova, 2007, 662: «Quanto all'art. 21 *nonies* è interessante notare che, imitando altre previsioni normative (v. art. 14 D.Lgs. n. 190/2002), il legislatore ha codificato la figura dei "controinteressati sostanziali" che si aggiungono all'omologa figura di stampo processuale. Il legislatore della l.n. 15/2005 ha in tal modo recepito l'elaborazione dottrinale della figura del controinteressato essenzialmente dovuta al pensiero di F. Pugliese, *Nozione di controinteressato e modelli di processo amministrativo I: per la tutela cautelare*, Napoli, 1989, 161 ss., il cui terzo capitolo è, per l'appunto, intitolato *Verso la nozione di controinteressato in senso sostanziale*. L'illustre autore che scriveva prima della l.n. 241/1990, già allora con grande lungimiranza affermava: «Le norme di diritto positivo che sembrano offrire una qualifica meramente legalistica di contraddittore formale, fanno da sfondo al ragionamento svolto; ma come qualsiasi testo normativo, sono condannati al mutamento del loro significato in presenza di mutati principi, purché l'interpretazione evolutiva le ricomponga in un sistema unitario con le altre disposizioni». (Così F. Pugliese, *Nozione di controinteressato*, cit., 163). I "mutati principi" secondo F. Pugliese, op. ult. cit., 195, derivano dall'art. 113 Cost. che «[...] può essere

In buona sostanza, la novella alla l. n. 241/1990, introdotta nel 2005 dalle ll. nn. 15 e 80, che vi hanno aggiunto l'art. 21-*nonies*, ha canonizzato tale giurisprudenza aggiungendovi la previsione del c.d. «termine ragionevole», che solo con la l. n. 124/2015 ha avuto una prima precisa individuazione sul piano temporale del termine allora fissato in diciotto mesi.

Orbene, mentre la novella del 2005, ora esaminata, si poneva in piena continuità³⁶ con detta giurisprudenza consolidata, ben diversamente, invece, l'art. 63, d.l. n. 77/2021, conv. in l. n. 108/2021, introducendo il termine di dodici mesi, ha impresso a questo tradizionale istituto del diritto amministrativo, caratterizzato, fino al 2015, da un'ampia discrezionalità nel quando³⁷, una radicale modificazione.

Né vi possono essere dubbi sulla natura perentoria³⁸ del termine di dodici mesi fissato dalla nuova norma di legge³⁹ per l'esercizio della potestà di annullamento d'ufficio.

Invero, l'art. 63, d.l. n. 177/2021 si limita a stabilire alla lett. d) che all'art. 21-*nonies* dopo le parole: «entro un termine ragionevole» è inserita la seguente precisazione: «comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20». Prosegue il novellato art. 21-*nonies*, l.n. 241/1990 prescrivendo che: «I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti e 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 dodici mesi di cui al comma 1».

È chiaro, infatti, che tale norma introduce un'eccezione a detto termine la cui previsione, qualora, invece, la norma lo avesse ritenuto meramente ordinatorio, non avrebbe avuto proprio alcun senso.⁴⁰

Deve, nella specie, pertanto, applicarsi la fondamentale regola ermeneutica⁴¹ secondo cui bisogna comunque scegliere, fra due possibili opzioni interpretative, quella che consente di

considerato norma di tutela materiale (prima che processuale) dell'interesse legittimo perché la realizza fuori dal processo (e prima del processo) [...]».

³⁶ Osservano R. Villata e M. Ramajoli, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, II Ed. 2017, 628: «L'art. 21 nonies della legge n. 241/1990 ha previsto in generale l'istituto e ne ha dettato la disciplina, recependo, in parte, i cosiddetti orientamenti giurisprudenziali in materia. Se, dunque, prima era consentito porsi il problema del fondamento del potere di annullamento d'ufficio, trattandosi di potere unilaterale dell'amministrazione di tipo autoritativo, che richiedeva un'espressa previsione normativa, la riforma del 2005 risolve una volta per tutte siffatta questione».

³⁷ Sulla discrezionalità nel quando v. la monografia di A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988.

³⁸ Sulla complessa problematica della natura dei termini nell'ambito del procedimento amministrativo è tuttora fondamentale la monografia di M. Clarich, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, 54-55, che, com'è noto, afferma la necessità di «[...]ribaltare la regola tradizionale: ritenere cioè che il termine finale dei procedimenti amministrativi che si concludono con provvedimenti che restringono la sfera giuridica del destinatario sono perentori, almeno che la legge espressamente non li qualifichi come ordinatori».

³⁹ Su tutta questa tematica con specifico riguardo alla legge n. 241/1990 e alla giurisprudenza formatasi su di essa v. il saggio di M. Lipari, *I tempi del procedimento amministrativo. Certezza dei rapporti, interesse pubblico e tutela dei cittadini*, in AA.VV., *Tempo, spazio*, cit., 67 ss.

⁴⁰ Sull'interpretazione della legge è sempre attuale il libro di V. Frosini, *La lettera e lo spirito della legge*, Milano, 1998.

⁴¹ Sull'ermeneutica giuridica v. il saggio L. Benvenuti, *Il metodo giuridico tra ermeneutica ed epistemologia*, in L. Benvenuti, *Interpretazione e dogmatica nel diritto amministrativo*, Milano, 2002, 1-61.

dare un senso alla norma piuttosto che l'altra che non gliene attribuirebbe alcuno⁴².

Non vi è dubbio che, qualora il termine fosse da considerarsi, in ipotesi, ordinatorio, la P. A. potrebbe, comunque, annullare l'atto anche dopo la sua scadenza e, di conseguenza, il c. 2-*bis* non avrebbe alcun senso.

Peraltro, come vedremo, la previsione del termine di dodici mesi, che riguarda tutti gli atti autorizzatori e, in generale, ampliativi della sfera giuridica del privato, non si limita a garantire una più che adeguata tutela giuridica all'affidamento⁴³ del cittadino che ha ottenuto un provvedimento a sé favorevole, ma implica degli effetti ben più radicali nel quadro complessivo dell'evoluzione dell'ordinamento⁴⁴.

Si pensi, soltanto, alla convinzione, finora indiscussa, secondo cui la scadenza del termine per ricorrere, in sede giurisdizionale, amministrativa o straordinaria, contro un atto amministrativo non potesse, in alcun caso, produrre un effetto di convalida⁴⁵ tacita o presunta⁴⁶ dell'atto illegittimo⁴⁷. Effetto di convalida tacita che, invece, è pacifico, per il negozio giuridico di diritto privato nelle ipotesi nelle quali l'annullabilità non sia deducibile neppure in via di eccezione come, ad es., per il matrimonio civile annullabile⁴⁸.

Appare evidente, infatti, che, una volta scaduto il termine di dodici mesi, decorrenti dall'emanazione del provvedimento, questo, non sarà più annullabile d'ufficio dall'autorità che lo ha emanato o da altro organo previsto dalla legge (art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990).⁴⁹

Pur prevedendo la stessa norma che resti impregiudicata la eventuale responsabilità del funzionario che ha sbagliato, in ogni caso, gli effetti dell'atto dovranno ritenersi incontestabili. In altre parole, il decorso del termine di dodici mesi, senza che tale potere sia stato validamente esercitato, implica la decadenza⁵⁰, impedendo definitivamente l'annullamento

⁴² In tal senso è tuttora attuale quanto scrive sul punto G. Capograssi, *Polemiche sull'interpretazione (1941)*, in G. Capograssi, *Opere*, II, Milano, 1959, 359: «Chi ha partecipato alla controversia giuridica tra due parti ... sa che in ultima analisi il dubbio si riduce, per usare le parole del fondamentale art. 1132 codice civile (cui ora corrisponde il vigente art. 1367, c.c. n.d.r.), a scegliere tra dare un senso qualunque esso sia ad una clausola o non darle nessun senso. Sembra ovvio, anzi, una inutile banalità quello che dice l'art. 1132: Come può dubitarsi che una clausola possa interpretarsi in modo che non abbia nessun senso?».

⁴³ Sul tema è essenziale la monografia di F. Merusi, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni "trenta" alla "alternanza"*, Milano, 2001.

⁴⁴ Sul concetto di evoluzione dell'ordinamento è sempre fondamentale il saggio di S. Romano, *Interpretazione evolutiva*, in S. Romano, *Frammenti di un dizionario giuridico*, ristampa, Milano, 1983, 119-125.

⁴⁵ Sulla convalida dell'atto amministrativo v. la monografia di E. Michetti, *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato, La convalida e l'integrazione*. Presentazione di Alfredo Contieri, Milano, 2011.

⁴⁶ È essenziale ricordare che già Ravà, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937 201, affermò che va «Esclusa pertanto, sotto questo aspetto, la possibilità di una forma presunta di convalida a mezzo della prescrizione della potestà di annullamento».

⁴⁷ Osserva suggestivamente G. Guarino, *Atti e poteri amministrativi*, Milano, 1994, 304-305, che l'amministrazione non abbandona mai al loro destino gli atti che essa ha emanato in tempi anteriori, riservandosi di valutarne la legittimità in qualsiasi momento.

⁴⁸ V. sul punto R. Tommasini, (voce) *Sanatoria (dir. priv.)*, in *Enc. Dir.*, Vol. XLI, Milano, 1989, 242 secondo cui «[...] nell'ambito del regime matrimoniale il decorso dei termini prescritti determina la automatica sanatoria dell'atto viziato (cfr. art. 117 comma 4)».

⁴⁹ Sul piano sistematico è tutt'ora attuale il pensiero di C. Mortati, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1969, Vol. I, 279-280: «L'atto annullabile è suscettibile di "sanatoria" cioè può acquistare la validità di cui mancava, o, comunque, rimanere in vita validamente nonostante il vizio originario. Ciò può avvenire con effetti limitati a determinati soggetti come [...] nel caso del decorso dei termini di decadenza posti al potere di far dichiarare l'invalidità».

⁵⁰ Sul concetto di decadenza in diritto amministrativo cfr. N. Paolantonio, *Contributo sul tema della rinuncia in diritto amministrativo*, Napoli, 2003, 139, che scrive: «[...]all'inerzia amministrativa può nondimeno seguire un effetto estintivo del potere, sub specie di vera e propria decadenza. Questa situazione, secondo la

d'ufficio⁵¹ dell'atto oggetto di riesame.

Sotto questo profilo va ricordato l'antico autorevole insegnamento secondo cui l'invalidità dell'atto amministrativo cessa per decadenza dell'organo competente dal potere di annullamento d'ufficio.⁵²

È altamente significativo che tale dottrina sia ascrivibile al più eminente teorico dell'inesauribilità del potere amministrativo.

Il classico insegnamento ora richiamato potrebbe indurci a ritenere che l'introduzione tra termine decadenziale di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio implichi la cessazione dell'invalidità dell'atto amministrativo.

Va detto, però, che la stessa evoluzione che, nell'arco di quasi un secolo, vi è stata del concetto d'inoppugnabilità dell'atto amministrativo da qualifica oggettiva, che veniva ad aggiungersi al provvedimento⁵³, a fatto ad efficacia preclusiva⁵⁴ per il singolo soggetto legittimato ad

giurisprudenza, si verifica ogni qual volta la legge fissi un termine perentorio, da intendersi per tale quel termine stabilito in una previsione normativa inequivocabile a garanzia del soggetto amministrato che dalla conseguente decadenza dell'amministrazione si avvantaggerebbe, sicché la decadenza stessa risulti strumentale al soddisfacimento di quell'interesse».

⁵¹ Come osserva con estrema chiarezza G. Falcon, *Validità*, cit., in AA.VV., *Tempo, spazio*, cit., nota 189, la «[...] convalescenza dell'atto per mero decorso del tempo [...] non rende affatto l'atto valido, ma semmai costituisce ostacolo efficace al suo annullamento d'ufficio».

⁵² Il riferimento è a S. Romano, *Corso*, cit., 285, che osserva: «L'invalidità dell'atto cessa, infine, quando sono trascorsi i termini utili per farla valere, cioè per decadenza dalla facoltà di ricorso o dall'azione o anche dal potere di annullamento d'ufficio. Ma, poiché, spesso, per quest'ultimo non è prescritto alcun termine, come vedremo, così di una completa sanatoria per decadenza dalle facoltà accennate non si può sempre parlare». È chiaro che il Maestro scriveva in un'epoca in cui la perpetuità del potere di annullamento d'ufficio, sul piano del diritto positivo allora vigente, era indiscutibile. Ma evidentemente la sua grande sensibilità di giurista già presagiva che sarebbe venuto il tempo in cui il legislatore avrebbe introdotto un termine per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio presumibilmente più lungo di quelli previsti per ricorrere in sede amministrativa, giurisdizionale e straordinaria e per tale eventuale innovazione già si soffermava a delinearne gli effetti in termini di cessazione dell'invalidità in conseguenza «[...] di una completa sanatoria per decadenza dalle facoltà accennate [...]». Non è chi non veda la grande attualità di tale autorevole insegnamento.

⁵³ Il riferimento è al saggio di M. Bracci, *L'atto amministrativo inoppugnabile e i limiti dell'esame del giudice civile*, in AA.VV., *Studi in onore di Federico Cammeo*, Padova, 1933, I, 151 ss., secondo cui l'atto amministrativo inoppugnabile è pur sempre revocabile o annullabile d'ufficio ma non è più soggetto alla possibilità di impugnativa da parte del privato interessato. Secondo Bracci, quindi, l'inoppugnabilità costituisce una qualifica che viene ad aggiungersi al provvedimento.

⁵⁴ Il riferimento è al pensiero di P. Stella Richter, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970, 200 e ss., secondo cui: «L'inoppugnabilità si risolve, invero, ed è in ciò la sua specifica natura dogmatica, in un fatto ad efficacia preclusiva, per un certo soggetto, della possibilità di contestare l'effetto, cui l'inoppugnabilità stessa inerisce, mediante impugnativa giurisdizionale dell'atto imperativo che lo ha prodotto». Pertanto «[...] l'inoppugnabilità si risolve in quella funzione di garanzia dell'efficacia di un atto della pubblica amministrazione che il Giannini ha riconosciuto all'acquiescenza dell'interessato al provvedimento. Garanzia dell'efficacia, e più precisamente della stabilità di certi effetti, però, per la sola pubblica amministrazione e nei confronti di soggetti specificamente individuati e non della generalità degli amministrati e, quel che preme ora rilevare, è assicurata alla sola pubblica amministrazione e non anche ai privati eventualmente interessati al mantenimento dell'effetto (cosiddetti controinteressati all'annullamento dell'atto. I privati, invero, sono sempre esposti da un lato all'eventualità di un annullamento d'ufficio dell'atto produttivo dell'effetto che interessa, e dall'altro e soprattutto...alla ulteriore disciplina autoritativa del rapporto amministrativo, all'emanazione cioè di nuovi atti di esercizio del medesimo potere della pubblica amministrazione». In tal modo, l'inoppugnabilità viene concepita: «[...] come garanzia di relativa stabilità della singola modificazione del rapporto amministrativo in conseguenza della sopravvenuta preclusione di ogni possibilità di contestazione al riguardo da parte dell'eventuale titolare del potere di chiederne l'eliminazione [...]». Orbene, è chiaro che la garanzia di relativa stabilità di cui parla Stella Richter, una volta introdotto il termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio, può dar luogo a una consolidazione degli effetti del provvedimento ben più consistente rispetto a quella derivante dall'inoppugnabilità del singolo interessato.

impugnarlo, ci induce ad escludere tale ipotesi.

Anche qualora, infatti, si dovesse ritenere che anche le due specie di annullamento straordinario soggiacciono al termine di dodici mesi per l'esercizio di detti poteri di autotutela, resta la difficoltà di raggiungere la certezza in ordine all'avvenuta scadenza dei termini di impugnazione per tutti i singoli interessati.

Certo è probabile che data la maggior lunghezza del termine di dodici mesi alla sua scadenza il termine di impugnativa che, anche a voler considerare il ricorso straordinario, non vanno oltre i centoventi giorni, in ogni caso non si potrebbe escludere l'eventualità che alcuni interessati ad impugnare il provvedimento oggetto di riesame abbiano piena conoscenza del medesimo dopo il decorso dell'anzidetto termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio. Pertanto, il decorso del termine perentorio previsto per l'annullamento d'ufficio implica che il provvedimento non è più annullabile dalla stessa amministrazione ma di per sé solo non esclude la possibilità di un annullamento in sede giurisdizionale o anche giustiziale.

Alla luce di tali considerazioni, deve escludersi l'idea che il decorso del termine per l'annullamento d'ufficio implichi la convalida dell'atto che presuppone la convalida tacita vale a dire il venir meno dei vizi del provvedimento oggetto di riesame.

Tanto non esclude la configurabilità di una consolidazione del provvedimento conseguente all'intervenuta decadenza della P.A. dal potere di annullamento d'ufficio.

Consolidazione che, certamente, se non implica l'eliminazione dei vizi, non è neppure limitata al solo piano processuale come, invece, l'inoppugnabilità derivante dall'omessa proposizione del ricorso da parte dei privati interessati.

In tale tipo di consolidazione, infatti, l'atto, comunque, acquista una nuova qualità sostanziale derivante dall'impossibilità, da parte della P.A., di annullarlo di ufficio anche se non può configurarsi, per le ragioni ora indicate, una convalida tacita.

A ben vedere, infatti, l'art. 21-*nonies*, c. 1 e c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, ha attribuito al destinatario del provvedimento ampliativo una presunzione di incontestabilità *iuris tantum*. Presunzione che l'organo amministrativo, competente all'annullamento d'ufficio, può superare soltanto ove riesca a dimostrare che il provvedimento è stato ottenuto dal privato mediante una condotta dolosa o gravemente colposa idonea ad indurre in errore la P.A. con false rappresentazioni della realtà o con false dichiarazioni.

4. Eccezione al termine: dolo o colpa grave del destinatario dell'atto oggetto di riesame. Eccezione al termine: dolo o colpa grave del destinatario dell'atto oggetto di riesame.

Come si è ora accennato, l'art. 21-*nonies*, c. 2 *bis*, l. n. 241/1990, prevede come eccezione al termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio la falsa rappresentazione della realtà da parte del destinatario del provvedimento ampliativo oggetto di riesame.

Il legislatore del 2015, sotto questo essenziale profilo, ha recepito la pluridecennale giurisprudenza⁵⁵ secondo cui, anche di fronte a situazioni di fatto consolidate, il destinatario dell'atto ampliativo che lo aveva ottenuto mediante condotte dolose o anche solo gravemente

Peraltro, la stessa possibilità di emanare nuovi atti di esercizio del medesimo potere amministrativo per quanto concerne gli atti ampliativi non ha più la consistenza che aveva un tempo, ove solo si consideri che la revoca degli atti ampliativi (art. 21-*quinquies*, l.n. 241/1990) è attualmente limitata alla sola sopravvenienza di nuove circostanze non note all'epoca di emanazione del provvedimento.

⁵⁵ Sul punto, è essenziale ricordare quanto statuito da Cons. Stato, Sez. V, n. 6554/2004: «La giurisprudenza ha anche affermato che non occorre la presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico quando il soggetto nei cui confronti si esercita il potere di annullamento non sia in buona fede». Nello stesso senso, cfr., tra le altre, Cons. Stato, Sez. V, n. 2648/2000, n. 2544/2000, n. 1213/1999, Cons. Stato, Sez. IV, n. 942/1983.

colpose non ha un interesse meritevole di considerazione nell'ambito del procedimento di annullamento d'ufficio.

La giurisprudenza ora richiamata, a ben vedere, non richiede neppure l'esistenza del dolo da parte del beneficiario dell'atto oggetto di riesame, bastando che l'illegittimità sia derivata anche da un semplice errore del diretto interessato o di professionisti eventualmente da lui incaricati di attività propedeutiche al rilascio dell'atto favorevole.

L'esempio di più frequente accadimento, nella prassi, come è noto, è rappresentato dal rilascio dei titoli abilitativi edilizi⁵⁶.

Si pensi ad un permesso di costruire rilasciato sulla base di un errore delle tavole progettuali nella rappresentazione dei luoghi.

Poniamo il caso in cui viene rappresentata un'area libera appartenente allo stesso proprietario che chiedi di essere autorizzato alla realizzazione di una costruzione con un'area contigua da destinare a parcheggio che, nella realtà effettuale, ha una dimensione insufficiente alla realizzazione di tale destinazione d'uso. Orbene, appare evidente che ove l'Amministrazione avesse potuto rendersene conto, non avrebbe mai rilasciato il permesso di costruire richiesto. In tale ipotesi la giurisprudenza, prescindendo dalla prova dell'intenzionalità dell'errore commesso dal progettista, ha sempre ritenuto possibile l'annullamento d'ufficio del permesso di costruire indipendentemente dall'avvenuto completamento della costruzione.

Sul piano dei principi, tale impostazione, tuttora indiscussa, trova la propria giustificazione nel fatto che colui che non ha rappresentato fedelmente i luoghi, essendo in mala fede, non potrebbe, di certo, ritenersi titolare di alcun affidamento meritevole di tutela da parte della P.A.

Tale giurisprudenza è stata integralmente recepita dall'Adunanza Plenaria con la sentenza n. 8/2017.⁵⁷

L'art. 6, l. n. 124/2015, nel prevedere tale eccezione rispetto alla previsione del termine di diciotto mesi, da essa introdotto, per l'annullamento d'ufficio, ha recepito tale consolidata giurisprudenza del Consiglio di Stato.

Ed infatti, l'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, nel testo novellato dall'art. 6, c. 1, lett. *d*), n. 2, l. n. 124/2015, stabilisce: «I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni o dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passate in giudicato, possono essere annullate dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di 18 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».

Fin da un primo esame di tale norma, il Consiglio di Stato⁵⁸ in sede consultiva si pose il

⁵⁶ Sul tema v. la monografia di P. Stella Richter, *I titoli abilitativi in edilizia (Commento al T.U. in materia edilizia in vigore dal 30 giugno 2003)*, Torino, 2003.

⁵⁷ Si legge in Cons. Stato, Ad. Plen., n. 8/2017: «[...] la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte [...]».

⁵⁸ Cfr. Cons. Stato, parere n. 839/2016 in cui, significativamente, si legge: «[...] quale sia la esatta delimitazione della (unica) fattispecie di deroga ai 18 mesi prevista dall'art. 21 nonies, comma 2/bis, (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,

dubbio se fosse possibile in sede ermeneutica rilevare il falso immediatamente evincibile da contrasto con pubblici registri anche nella ipotesi in cui fosse mancata la condanna penale passata in giudicato.

Orbene, a nostro sommo avviso, non è possibile ignorare questa parte del testo novellato dell'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, nella parte in cui fa riferimento alle sanzioni previste dal capo VI del d.P.R. n. 445/2000.

La norma si riferisce, chiaramente, all'art. 75 del citato d.P.R. n. 445/2000, la cui rubrica è intitolata in modo inequivocabile «Decadenza dai benefici», che, come è noto, stabilisce: «Fermo restando quanto previsto dall'articolo 76, qualora dal controllo di cui all'articolo 71 emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera».

Orbene, al di là di un possibile ulteriore chiarimento da parte del legislatore, ci sembra possibile, già da ora, fornire un'interpretazione di tale norma che, comunque, riconosca un adeguato significato al rinvio di cui all'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, innanzi richiamato, all'art. 75, d.P.R. n. 445/2000⁵⁹.

In questo quadro appare subito chiaro che la norma di rinvio all'art. 75, d.P.R. n. 445/2000 costituisce un'eccezione rispetto alla regola generale, ora rappresentata dalla previsione del termine di dodici mesi per l'esercizio dell'autotutela.

Alla luce di tale indispensabile premessa, è possibile chiarire cosa debba intendersi per «decadenza dai benefici» nel senso previsto dall'art. 75, d.P.R. n. 445/2000, richiamato dall'art. 6, c. 2-*bis*, l. n. 124/2016.

Tale norma va chiaramente coordinata con l'art. 21-*nonies* che, nel testo novellato, ricollega il termine perentorio (ora di dodici mesi) al «[...] momento dell'adozione di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici».

E' chiaro che la portata della decadenza di cui all'art. 75 va ancorata sul piano sistematico a tale fondamentale norma che si riferisce sia agli atti autorizzativi sia a quelli attributivi di vantaggi economici.

Va, peraltro, rilevato che la locuzione «decadenza» di cui all'art. 75, d.P.R. n. 445/2000 costituisce espressione di eloquio improprio essendo chiaro che, secondo noti principi, non

come nel caso di percezione di pensione a nome di persona defunta; ovvero quale sia l'esatta portata del riferimento alle 'sanzioni penali, nonché delle 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*».

⁵⁹ Totalmente contraria all'applicabilità dell'istituto della decadenza dai benefici anche in tali ipotesi M.A. Sandulli, *Postilla*, cit., 2-3, che scrive: «[...] a pena di frustrare gli obiettivi della riforma i benefici di cui l'inciso vuole far salva la decadenza per falsa dichiarazione, a prescindere dall'essere 'effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato' non possono essere nè quelli attribuiti da provvedimenti autorizzatori, nè, in ogni caso quelli attributivi di 'vantaggi economici', che il comma 1 è diretto a stabilizzare».

di decadenza possa parlarsi⁶⁰ ma di annullamento d'ufficio⁶¹ dell'atto ampliativo o di attribuzione di vantaggi economici.

La giurisprudenza del Consiglio di Stato già con la nota sentenza della Quinta Sezione n. 3940/2018⁶², ha affermato che «le false rappresentazioni dei fatti», ben diversamente dalle dichiarazioni sostitutive, avrebbero potuto essere autonomamente accertate sia dalla P.A. in sede di autotutela sia dal giudice amministrativo successivamente adito dalla parte interessata. La Quinta Sezione è pervenuta a tale conclusione sulla base di una interpretazione⁶³ della norma secondo cui il presupposto del definitivo accertamento in sede penale della commissione dei relativi reati è da ritenersi riferibile esclusivamente alla distinta ipotesi del mendacio in «dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà».

Tale soluzione ermeneutica è stata criticata da una parte della dottrina⁶⁴.

A nostro avviso, però, tale giurisprudenza, che si è consolidata nel successivo quinquennio⁶⁵

⁶⁰ Coglie con estrema chiarezza tale differenza P. Virga, *Il provvedimento*, cit., 479 secondo cui la decadenza «[...] si differenzia dagli altri atti di ritiro, perché non comporta un riesame dell'atto, alla stregua della sua legittimità o opportunità bensì una valutazione del comportamento tenuto dal destinatario durante lo svolgimento del rapporto o un nuovo accertamento dei requisiti di idoneità per la titolarità dell'atto ampliativo. Quindi l'oggetto dell'indagine si sposta dall'atto, in sé e per sé considerato, al comportamento o alla personalità del destinatario». Precisa, altresì, Virga, op. cit., 480, che questa tipologia di decadenza che viene definita accertativa non sanzionatoria: «[...] trova il suo presupposto nel sopravvenuto venir meno dei requisiti di idoneità, richiesti sia per la costituzione sia per la prosecuzione del rapporto».

⁶¹ Cfr. sul tema M.A. Sandulli, *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela"*, 2, che definisce tale decadenza fondata, «[...] analogamente all'annullamento, su un'illegittimità originaria del titolo».

⁶² Cons. Stato, Sez. V n. 3940/2018 ha interpretato l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 nel senso che il superamento del termine di decadenza, allora di diciotto mesi, è consentito «a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso – non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco».

⁶³ Sul punto, è essenziale la monografia di F. Caringella e G. Rovelli, *Il ragionamento giuridico. Argomentazione, interpretazione, principi, organizzazione, scrittura*, Barletta, 2021, 137-138, in cui, significativamente, si legge: «La sentenza distingue tra 'rappresentare' e 'dichiarare', coglie la differenza sul piano semantico dove la dichiarazione si riferisce a un soggetto che consapevolmente induce la modifica della realtà a differenza del dichiarare, che si riferisce a una semplice presa d'atto di una divergenza tra ciò che è e ciò che non è. La conseguenza è che le false rappresentazioni sono diverse dalle false dichiarazioni rese in atti di notorietà, perché solo in queste ultime si pone il problema della sussistenza di un reato. In relazione a questa norma la lettera non aiuta perché l'interprete deve utilizzare la logica: il privato che induce in errore l'amministrazione non può giovare del termine dei 18 mesi. Questa sentenza dimostra che la lettera non è sufficiente: bisogna far reagire la lettera, di per sé ambigua, con la ratio perché altrimenti si premia il dolo della parte che ha indotto in errore l'amministrazione».

⁶⁴ Il riferimento è all'autorevole dissenso di M.A. Sandulli, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere del giudicato penale?* in *Lamministrativista.it*, 3 luglio 2018.

⁶⁵ L'indirizzo inaugurato da Cons. Stato, Sez. V n. 3940/2018 e proseguito con Cons. Stato, Sez. III, n. 4392/2020 e Cons. Stato, Sez. VI n. 2207/2021 cui è seguita, da ultimo, Cons. Stato, Sez. VI n. 6615/2023, in cui, significativamente, si legge: «È opportuno rammentare che, secondo la giurisprudenza di questo Consiglio, "L'art. 21 nonies, l. 7 agosto 1990, n. 241 si interpreta nel senso che il superamento del rigido termine di diciotto mesi [oggi dodici mesi nd.r.] — entro il quale il provvedimento amministrativo illegittimo può essere annullato

sino a tutt'oggi, ci sembra s' inserisca armonicamente nella logica complessiva del nostro ordinamento caratterizzato dal principio di cui all'art. 64, c. 4, c.p.a., secondo cui «Il giudice deve valutare le prove secondo il suo prudente apprezzamento».

Con tale norma, come è noto, il legislatore del Codice del processo amministrativo del 2010 ha recepito la previsione di cui all'art. 116, c. 1, c.p.c. il cui contenuto è quasi identico, sul piano letterale, differenziandosi soltanto per l'ulteriore locuzione «salvo che la legge disponga altrimenti» che, invece, manca nel corrispondente su richiamato art. 64, c. 4, c.p.a.

In altre parole, nel diritto e nel processo amministrativo, la regola generale è quella secondo cui le prove sono soggette alla valutazione del giudice secondo il suo prudente apprezzamento.⁶⁶

Ne discende che norme derogatorie rispetto a tale disciplina, che, come abbiamo ora visto, la lettera del codice esclude, sono comunque di stretta interpretazione rappresentando delle eccezioni rispetto a tale principio.

Se tale è la regola generale del sistema, bene ha fatto il Consiglio di Stato a dare dell'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, nella parte in cui prevede il previo accertamento della falsità delle dichiarazioni sostitutive in sede penale, una interpretazione restrittiva.

Tale giurisprudenza, infatti, costituisce puntuale applicazione dell'art. 14 Preleggi⁶⁷ che, come è noto, stabilisce: «Le leggi penali e quelle che fanno eccezione a regole generali o ad altre leggi non si applicano oltre i casi e i tempi in essi considerati».

Va, peraltro, rilevato che tale interpretazione giurisprudenziale della norma è conforme alla disciplina dei due maggiori ordinamenti europei innanzi esaminati: quello francese e quello tedesco.

Ed infatti, tali ordinamenti, pur prevedendo entrambi termini rigidi all'esercizio del potere di autotutela per quanto concerne gli atti ampliativi della sfera giuridica dei privati, ambedue stabiliscono che, in tutte le ipotesi nelle quali tali provvedimenti sono stati ottenuti dai privati interessati attraverso condotte fraudolente, sia possibile il loro ritiro indipendentemente dall'avvenuto decorso dei termini di decadenza.

Condotte fraudolente che, infatti, in entrambi gli ordinamenti, sono autonomamente accertabili dalla pubblica Amministrazione indipendentemente da eventuali procedimenti penali.

d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, è consentito: a) sia nel caso in cui la falsa attestazione, inerenti i presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo, abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante (indipendentemente dal fatto che siano state all'uopo rese dichiarazioni sostitutive): nel qual caso sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale; b) sia nel caso in cui l'(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte: nel qual caso – non essendo parimenti ragionevole pretendere dalla incolpevole Amministrazione il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa rimotiva – si dovrà esclusivamente far capo al canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco» (Cons. Stato, Sez. V, n.3940/2018). Nello stesso senso si pone anche la giurisprudenza di primo grado che osserva: «La falsa rappresentazione dei fatti da parte del privato, che comporta l'inapplicabilità del termine di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio, si configura quando l'erroneità dei presupposti del provvedimento non è imputabile (neppure a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ma esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave) del privato, dato che anche sul cittadino incombe pur sempre un obbligo di comportamento corretto ed in buona fede in adempimento dei doveri di solidarietà imposti dall' art. 2 Cost.» (T.A.R., Venezia, Sez. I, n. 539/2022).

⁶⁶ Cfr., sul punto, N. Di Modugno, *Prove legali e processo amministrativo*, in *Federalismi.it*, 12 luglio 2023.

⁶⁷ Sulle Preleggi v. il saggio di A. Giuliani, *Le disposizioni sulla legge in generale: gli articoli da 1 a 15*, in P. Rescigno (diretto da), *Trattato di diritto privato*, 1, *Premesse e disposizioni preliminari*, 2^a Ed., Torino, 1999, 377 ss.

5. L'annullamento d'ufficio come autotutela spontanea della P. A. nettamente distinta dai rimedi giustiziali; il termine di dodici mesi come tappa essenziale nell'avanzamento dello Stato di diritto. L'annullamento d'ufficio come autotutela spontanea della P. A. nettamente distinta dai rimedi giustiziali; il termine di dodici mesi come tappa essenziale nell'avanzamento dello Stato di diritto.

Le implicazioni della recente novella dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 sono tali da imprimere all'annullamento d'ufficio delle caratteristiche diverse da quelle finora prevalenti.

Ed infatti, l'annullamento d'ufficio, dovendo necessariamente essere disposto, ai sensi del testo vigente dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, nel termine di dodici mesi dall'emanazione dell'atto, il più delle volte, interverrà prima del consolidamento della situazione di fatto derivante dall'atto ampliativo della sfera giuridica del privato⁶⁸.

Va, peraltro, ricordato che, qualora il consolidamento degli interessi pubblici e privati, derivanti dall'atto illegittimo, non sia ancora avvenuto l'interesse pubblico attuale, perseguito dalla P.A. con l'annullamento d'ufficio, se pronunciato a breve distanza di tempo dall'emanazione dell'atto⁶⁹, sovente coincide perfettamente con la finalità assegnata alla stessa Amministrazione dalla norma attributiva del potere già esercitato con l'atto oggetto di riesame⁷⁰.

Ne deriva che, in tutte queste ipotesi, la motivazione dell'atto di annullamento di ufficio sarà incentrata, innanzitutto, sulla sussistenza, in concreto, del vizio di legittimità riscontrato.⁷¹

Epperò la P.A. deve, anche in tali ipotesi, in ogni caso, prendere in considerazione gli interessi di destinatari e controinteressati ai sensi dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

Sul punto bisogna evitare di confondere la tutela dell'affidamento, che costituisce la *ratio legis* dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, con il consolidamento della situazione di fatto favorevole al

⁶⁸ Osserva, significativamente, F. Bassi, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2003, 133, che la giurisprudenza amministrativa: «[...] distingue tra esercizio del potere di annullamento in un lasso di tempo molto vicino al momento in cui il provvedimento è stato emanato ad esercizio dello stesso potere in un tempo lontano rispetto all'ammissione del provvedimento viziato ed afferma nel primo caso la natura dovuta del provvedimento amministrativo di annullamento, cioè il carattere vincolato del relativo potere, e nel secondo caso il carattere largamente discrezionale del potere in questione». Prosegue l'illustre Autore (*Lezioni*, cit., 134): «Si è detto che la posizione giurisprudenziale è sostanzialmente analoga a quella della dottrina dominante perché anch'essa emana le proprie massime sul punto basandosi sulla persistenza di un interesse pubblico alla rimozione del mondo giuridico di un provvedimento amministrativo invalido, anche se nel primo dei casi ritiene tale pubblico interesse senz'altro esistente, giungendo a considerare l'annullamento d'ufficio come un atto dovuto. A tale conclusione, del resto, ove fosse raffrontata con la recente pratica, non sfuggirebbe nemmeno la dottrina dominante, specie per la circostanza che l'attività amministrativa appare istituzionalmente tesa al soddisfacimento dell'interesse pubblico, la cui sussistenza tende a scemare con il decorso del tempo».

⁶⁹ Osserva G. Corso, (voce) *Autotutela (dir. amm.)*, in S. Cassese (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 611: «L'interesse pubblico viene in realtà in rilievo anche in questi casi. Nel primo caso l'interesse pubblico curato (illegittimamente) con il primo dei due provvedimenti esclude che, a fronte di quell'interesse pubblico, si sia consolidato un interesse privato antagonistico (l'interesse che, invece, quando i due atti sono separati da un certo lasso di tempo, l'amministrazione è tenuta a prendere in considerazione)».

⁷⁰ In tal senso vanno richiamate le fondamentali considerazioni di A. Contieri, *Il riesame*, cit., 124: «L'aspetto più rilevante dell'impostazione che si suggerisce va individuato, tuttavia, nella configurazione dell'interesse pubblico che induce l'amministrazione ad annullare. Essa va, infatti, ricercata nell'interesse primario tutelato dalla norma attributiva del potere di adozione dell'atto annullato. Si tratta, dunque, dell'interesse curato (o mal curato) in primo grado».

⁷¹ Cfr. sul tema G. Corso, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2004, 240, che osserva: «è significativa la giurisprudenza in tema di annullamento della concessione edilizia. L'annullamento disposto a breve distanza dal rilascio, quando i lavori non sono comunicati o sono cominciati da poco, è ammesso senza che sia necessario motivare in modo particolare sull'interesse ad annullare».

beneficiario del provvedimento oggetto di riesame nel procedimento di annullamento d'ufficio.

Tale confusione, che, sovente, si verifica tuttora nella pratica, è dovuta alla precedente giurisprudenza, innanzi richiamata, formatasi in un'epoca in cui, in linea di principio, l'annullamento d'ufficio era un potere inesauribile dell'amministrazione.

E' chiaro che, una volta previsto nell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 l'obbligo da parte della P.A. di prendere in considerazione gli interessi del destinatario del provvedimento, e anche quelli dei controinteressati, la motivazione, in ordine alla ponderazione di tali interessi con l'interesse pubblico specifico curato dalla P.A., è, comunque, indispensabile indipendentemente dal maggiore o minore consolidamento della situazione di fatto del destinatario del provvedimento essendovi, in tal senso, una espressa previsione di legge.

Né appare concepibile che l'interprete possa distinguere laddove il legislatore non ha distinto. La questione non è meramente astratta in quanto, sovente, la posizione del destinatario dell'atto ampliativo, oggetto di riesame in sede di annullamento d'ufficio, è da ritenersi meritevole di considerazione indipendentemente dall'eventuale consolidamento della situazione di fatto.

Ad esempio, il rilascio di un permesso di costruire può dar seguito alla stipulazione di un contratto di vendita dell'immobile oggetto di tale titolo abilitativo rilasciato ma non ancora eseguito con l'effettiva realizzazione del previsto intervento edilizio.

Appare evidente l'iniuriosità sostanziale in cui incorrerebbe l'amministrazione qualora, approfittando della mancata esecuzione dei lavori, annullasse d'ufficio detto titolo abilitativo senza previamente valutare l'interesse dell'acquirente che, in buona fede, ha acquistato l'immobile proprio in ragione dell'affidamento in esso ingenerato dalla stessa P. A. mediante il rilascio del permesso di costruire.

Se, poi, l'acquirente si è anche obbligato, ottenendo ad es. un mutuo bancario per l'acquisto, il danno che deriverebbe dall'annullamento d'ufficio sarebbe ancora più grave anche al di là della non ancora effettuata esecuzione dei lavori.

Ne discende la necessità, da parte della P.A., di ponderare, in ogni caso, tali interessi con l'interesse pubblico primario.

Tale necessaria valutazione discrezionale, di per sé sola, vale a distinguere nettamente tale istituto dai rimedi giustiziali nei quali, secondo principi pacifici, l'autorità decidente non procede mai d'ufficio ma solo ad istanza di parte.

L'annullamento d'ufficio è stato oggetto di una profonda evoluzione a partire dall'entrata in vigore della l. n. 241/1990. Epperò la conseguente procedimentalizzazione dell'istituto, pur avendo comportato l'introduzione del contraddittorio, non ha modificato il dato di fondo, innegabile sul piano sistematico, che, ben diversamente dalle decisioni pronunciate in sede giustiziale,⁷² il provvedimento di annullamento d'ufficio è sempre un atto emanato dalla P.A. come parte nel rapporto di diritto sostanziale che la vede contrapposta al destinatario del provvedimento oggetto di riesame.

Ciò non significa, peraltro, sottovalutare la portata innovativa di tale evoluzione dell'istituto,

⁷² Dopo la riforma del 2015 è emerso un orientamento dottrinale favorevole al riconoscimento anche di una funzione giustiziale degli atti di autotutela compreso l'annullamento d'ufficio. In tal senso, cfr. M. Allena, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018. In senso parzialmente conforme, v. la monografia di M. Silvestri, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2021, 44 ss. che si esprime a favore di una configurazione mista dell'annullamento d'ufficio cui viene riconosciuta anche una funzione giustiziale.

come si è visto, ha avuto inizio già con l'introduzione della partecipazione⁷³ al procedimento amministrativo da parte della l. n. 241/1990.

Ed infatti, già l'applicazione degli artt. 7 e 8, l. n. 241/1990 all'annullamento d'ufficio⁷⁴ ha introdotto, in tale procedimento di riesame, il contraddittorio⁷⁵ tra l'Amministrazione e il beneficiario⁷⁶ dell'atto annullando con il conseguenziale superamento del tradizionale carattere di unilateralità⁷⁷ tipico, fino ad allora, dell'istituto.

In tal modo, come si è visto, l'annullamento d'ufficio, pur potendo essere utilizzato, sul piano pratico, mediante una denuncia, dal titolare dell'interesse legittimo,⁷⁸ appare tuttora, chiaramente, finalizzato alla salvaguardia dell'imparzialità e del buon andamento della P.A.

⁷³ Sulla partecipazione al procedimento amministrativo v. la monografia di A. Zito, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Milano, 1966, seguito dal medesimo A., *Profili funzionali del procedimento*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina*, cit., 159 ss., particolarmente, 163 ss. Più di recente v. la monografia di G. Sorrentino, *Diritti e partecipazione nell'Amministrazione di risultato*, Napoli, 2003.

⁷⁴ L'applicabilità dell'art. 7, l.n. 241/1990 al procedimento di annullamento d'ufficio venne stabilita da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 20/1992, decisione resa in materia di annullamento d'ufficio finalizzato al recupero di somme non dovute nell'ambito del pubblico impiego.

⁷⁵ Su tale essenziale profilo evolutivo dell'istituto v. il saggio di G. Abbamonte, *Annullamento d'ufficio e partecipazione al procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Scritti in onore di Guarino*, Padova, 1998, 1 ss.

⁷⁶ Questa linea evolutiva del provvedimento di annullamento d'ufficio venne subito colta da A. Contieri, *Il riesame*, 195, che significativamente scrive: «Per quanto riguarda [...] le posizioni favorevoli sorte dal provvedimento di primo grado, nel procedimento di riesame esse possono trovare adeguata tutela grazie all'art. 7 della legge n. 241 che impone all'amministrazione di comunicare ai soggetti nei confronti dei quali il provvedimento finale è destinato a produrre effetti diretti l'avvio del procedimento».

⁷⁷ Prima dell'entrata in vigore della l.n. 241/1990, era pacifico in giurisprudenza che il provvedimento di annullamento d'ufficio non dovesse essere preceduto dal contraddittorio con i controinteressati a differenza della decisione sul ricorso gerarchico (v., infatti, in tal senso, Cons. Stato, Sez. IV, n. 345/1970, in *Cons. Stato*, I, 1970, 828).

Sul punto in dottrina v. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, 454, che scriveva: «Il provvedimento di annullamento, a differenza della decisione su ricorso gerarchico, non deve necessariamente essere preceduto dal contraddittorio con gli interessati e quindi non è necessario che l'autorità amministrativa renda nota la propria intenzione di procedere all'annullamento a soggetti che potrebbero avere interesse al mantenimento dell'atto, allo scopo di consentire a questi ultimi di fornire le proprie deduzioni».

⁷⁸ Osserva P.M. Vipiana Perpetua, *Invaldità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi alla luce della legge n. 15 del 2005*, Padova, 2007, 83-84: «[...] l'annullamento in via di autotutela può essere assai vantaggioso anche dal punto di vista degli interessi dei privati. Si pensi ai casi dei destinatari di provvedimenti che ne restringono la sfera giuridica: ad esempio, di provvedimenti sanzionatori. Nel caso in cui si tratti di provvedimenti viziati, è evidente l'utilità, per i destinatari di essi, del loro annullamento d'ufficio. A tal fine, può essere opportuno, da parte di privati, un atto di richiesta dell'esercizio dell'autotutela amministrativa, che si può denominare esposto o segnalazione o in altro modo: con l'avvertenza di evitare di lasciar decorrere il termine decadenziale per la proposizione di ricorsi in sede giurisdizionale oppure in sede contenziosa amministrativa. Di conseguenza, anche se tradizionalmente si insegna che l'annullamento d'ufficio serve a tutelare l'interesse pubblico – mentre l'annullamento posto in essere dal giudice amministrativo oppure dall'autorità amministrativa adita con ricorso amministrativo è previsto per la tutela delle situazioni giuridiche dei privati –, bisogna ammettere che, in una serie rilevante di ipotesi, l'annullamento d'ufficio è funzionale alla salvaguardia anche di interessi privati».

(art. 97, c. 2, Cost.)⁷⁹ con ciò differenziandosi dai procedimenti di tipo giustiziale⁸⁰.

Va tenuta ferma, pertanto, la distinzione fra l'annullamento d'ufficio ed i rimedi tipici dell'amministrazione giustiziale.⁸¹

Invero il principale carattere, che differenzia l'annullamento d'ufficio rispetto alla disciplina dei ricorsi amministrativi,⁸² come già la dottrina meno recente lucidamente aveva rilevato,⁸³ è rappresentato dall'insussistenza di alcuna pretesa, in capo al singolo, all'esercizio, da parte della P.A., della potestà di autotutela.

Certo, l'autorità competente può anche servirsi della segnalazione di privati. Epperò, in tale ipotesi, l'istanza del privato assume la veste di una mera denuncia⁸⁴ che, come tale, non implica alcun obbligo di provvedere in capo all'organo amministrativo che la riceve.⁸⁵

Di recente è stata elaborata in dottrina, nell'ambito del più ampio *genus* della denuncia, la categoria della denuncia qualificata⁸⁶, che è quella presentata da titolari di specifici interessi,

⁷⁹ Considera l'art. 97, c. 2, Cost., come traccia dell'antica presenza di un momento giustiziale nell'ambito del procedimento amministrativo G. Berti, *Interpretazione costituzionale. Lezioni di diritto pubblico*, IV Ed., 574: «[...] amministrazione e giurisdizione hanno sempre trovato punti di convergenza o addirittura momenti di sovrapposizione giacché l'amministrazione come diritto o come garanzia, attraverso l'emanazione di provvedimenti autoritari ma legali e legittimi, altro non può essere che giustizia amministrativa. Prima dell'avvento delle giurisdizioni amministrative, la giustizia era nell'amministrazione, nel senso che questa doveva procurare garanzie nel momento stesso che provvedeva ad un bisogno (del che vi è traccia ancora nell'art. 97, oltreché nell'art. 100 Cost.: mettere insieme buon andamento e imparzialità è infatti un modo per pretendere che l'amministrazione pubblica sia giusta quanto efficiente, sia cioè essa stessa fonte di giustizia)».

⁸⁰ Sulla tutela giustiziale è tuttora attuale la monografia di V. Caputi Jambrenghi, *La funzione giustiziale nell'ordinamento amministrativo*, Milano, 1991, soprattutto 247-249, che lucidamente evidenziava le «necessità nuove di tutela giustiziale» nel quadro del procedimento efficace. Necessità di tutela giustiziale che, a tutt'oggi, sono rimaste totalmente inappagate.

⁸¹ Sull'amministrazione giustiziale v. il saggio M. Calabrò, *Ricorsi amministrativi e funzione giustiziale. Prospettive di riforma del ricorso gerarchico improprio*, in G. Clemente Di San Luca (a cura di), *La tutela delle situazioni soggettive nel diritto italiano, europeo e comparato*, II "La tutela delle situazioni soggettive nell'amministrazione giustiziale", Napoli, 2011, 27 ss.

⁸² Sui ricorsi amministrativi per una originale trattazione anche con riferimento agli ordinamenti regionali è tuttora essenziale la monografia di A. Meale, *Ricorsi amministrativi e ordinamento regionale*, Padova, 2005.

⁸³ Il riferimento è a G. Codacci-Pisanelli, *L'annullamento*, cit., 151, che osserva che tale carattere distintivo dell'annullamento d'ufficio rispetto ai ricorsi amministrativi è costituito dal fatto che l'annullamento d'ufficio «[...] viene disposto senza che altri possa accampare alcuna pretesa alla emanazione della pronuncia in cui è contenuto».

⁸⁴ Cfr. F. D'Alessio, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Vol. I, Torino, 1934, 310-311: «Qualunque subietto (persona fisica o giuridica) può con un atto che si chiama denuncia, e citare nel proprio o nell'altrui interesse ed anche soltanto nel pubblico interesse l'esercizio della facoltà di annullamento, riforma o revoca degli atti amministrativi, che è riconosciuta spettante alla pubblica amministrazione. Il provvedimento di annullamento, di riforma o di revoca, per quanto è citato da tale denuncia resta sempre un provvedimento emanato d'ufficio e spontaneamente (senza cioè averne un obbligo giuridico) dalla pubblica amministrazione. Essa denuncia quindi prescinde logicamente da qualsiasi requisito subiettivo o formale. Può essere presentata da chi non abbia alcun interesse diretto o indiretto o anche da chi non abbia i requisiti relativi alla capacità giuridica di diritto pubblico. Essa prescinde da qualsiasi prescrizione di termini e di forme. Può essere anche verbale. Essa non attribuisce a chi la presenta alcun diritto ad ottenere una risposta e non crea nell'amministrazione alcun dovere giuridico di prenderla in esame e dare una decisione in merito».

⁸⁵ Osserva, in modo inequivocabile A. De Roberto, (voce) *Denuncia amministrativa*, in *Enc. Dir.*, Vol. XII, Milano, 1964, 149, che la denuncia «[...] non costituisce un rimedio giuridico posto a presidio delle ragioni del privato e non sussiste, perciò, l'obbligo dell'amministrazione di pronunciare su di essa».

⁸⁶ Cfr. L. De Lucia, *Profili strutturali*, in V. Cerulli Irelli (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, 141, che scrive: «La denuncia qualificata è caratterizzata da ciò, che si ha in capo al denunciante una situazione intermedia tra l'interesse di fatto e quello qualificato (che si esprime nel potere d'iniziativa). Infatti, a costui è consentito di aprire la preistruttoria, che dunque può essere sia ad iniziativa d'ufficio sia ad

che l'autorità ha l'obbligo di esaminare.

E però, come ognuno vede, non si può far rientrare nell'ambito di detta categoria la denuncia volta ad ottenere l'annullamento d'ufficio. Tanto proprio in ragione dell'impossibilità di configurare⁸⁷, secondo il nostro ordinamento, un obbligo⁸⁸ dell'autorità competente a pronunciarsi su di essa.

Ciò, peraltro, non significa che a tale regola generale non vi possano essere delle eccezioni come, ad es., quella derivante dal potere di raccomandazione dell'ANAC previsto dall'art. 211, c. 2, del recente codice dei contratti⁸⁹.

L'art. 6, l. n. 124/2015, la cui rubrica è intitolata «Autotutela amministrativa», denota la perdurante vitalità della categoria tradizionale dell'autotutela amministrativa che, però, nella originaria concezione, tipica della migliore dottrina⁹⁰ del primo Novecento, era circoscritta ai

iniziativa di parte. In altri termini, tale tipo di denuncia costituisce il diritto in capo al denunziante, non già all'avvio del procedimento, quanto a una pronuncia esplicita dell'amministrazione nell'avvio del procedimento. In questa evenienza, la preistruttoria perde dunque la natura di attività interna, per assumere una potenziale rilevanza interna. Tanto è vero che, in caso di inerzia dell'amministrazione in relazione alla denuncia, deve ritenersi ammissibile il rimedio di cui all'art. 21 bis, L. 6 dicembre 1971 n. 1034 (es. Cons. St., V, 14.2.2003, n. 808; per ipotesi di esposti di un terzo con riguardo denunce di inizio attività es. TAR Liguria, I, 22.1.2003 n. 113; TAR Lombardia, Brescia, 1.1.2001, n. 197)».

⁸⁷ Cfr. A. Angiuli, *Studi sulla discrezionalità nel quando*, cit., 83, nota 4: «È perciò, ormai pacifico, ad esempio, che l'Amministrazione non ha alcun dovere di assumere provvedimenti modificativi di precedenti atti divenuti inoppugnabili ma solo la facoltà di porvi luogo, in presenza di presupposti» (Cons. Stato, Sez. V, 18 dicembre 1987 n. 775; 1987, I, pag. 1758; da ultimo 7 luglio 1988 n. 595; ivi, 1988, I, pag. 813) e che tra questi ultimi vada, tra l'altro, annoverata la sopravvenienza di una nuova e diversa disciplina della materia de qua (Cons. Stato, Sez. V, 1 settembre 1986, n. 411, ivi, 1986, I, pag. 1184)».

⁸⁸ Critica tale impostazione M. Immordino, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. Scoca (a cura di), *Diritto amministrativo*, cit., 338, che osserva: «In un sistema in cui, con la legge n. 15/2005, sono stati tipizzati il potere di annullamento e quello di revoca e sono stati altresì, ulteriormente potenziati – secondo una prospettiva volta a riconoscere carattere tendenzialmente collaborativo ai rapporti tra amministrazione e cittadini - il principio partecipativo e il principio di contrattualità [...] il dovere dell'amministrazione di aprire un procedimento di riesame (al fine di rimuovere un precedente assetto di interessi sfavorevole per l'istante e contestualmente illegittimo e non più adeguato alla cura dell'interesse pubblico) dovrebbe oggi costituire, e indipendentemente dall'intervenuta scadenza del termine per impugnare, un dato incontestabile. Tanto più che l'obbligo di avviare il procedimento (art. 2 legge n. 241/1990) non reca seco anche quello di provvedere nel senso richiesto dall'istante, rimanendo infatti ferma la discrezionalità, che è tipica dei provvedimenti di secondo grado, in ordine al contenuto della scelta medesima. Sicché ben potrà il procedimento di riesame concludersi con un provvedimento, motivato, di diniego dell'annullamento o della revoca richiesti dal privato interessato. Il principio di inoppugnabilità, pertanto, può cedere al principio di efficacia inteso come adeguatezza costante dell'azione amministrativa all'interesse pubblico, ma ciò non comporta una diminuzione della tutela dell'interesse pubblico, ma semplicemente una estensione delle garanzie delle quali esso gode all'interesse del privato». Da ultimo sul punto, nello stesso senso, ma in termini problematici, v. il saggio di S. Tuccillo, *Autotutela: Potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, 10 agosto 2016.

⁸⁹ Su tale importante disciplina di settore v. S. Tuccillo, *Autotutela*, cit., 14 ss.

⁹⁰ Sul punto va ricordato il pensiero di F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo, ristampa con note di aggiornamento*, Padova, 1960, 611: «L'amministrazione fa valere le invalidità dei suoi atti con una propria dichiarazione (autoimpugnazione) in forma di revoca per motivi di illegittimità da parte dell'autorità che ha emesso l'atto invalido o di annullamento per parte dell'autorità superiore». Il concetto di autoimpugnativa in cui il Maestro inquadrava l'annullamento d'ufficio e la revoca non ricomprendeva nella sua concezione i ricorsi amministrativi. Ed infatti, la trattazione dell'autotutela viene svolta nel Corso nel libro II (652-658) che ha come titolo «Autotutela di diritti ed interessi» mentre la materia dei ricorsi amministrativi è trattata nel libro III intitolato «Tutela dei diritti e interessi dei cittadini mediante ricorsi amministrativi» (659-670). Precisava, sul punto, Cammeo, op. cit., 655-656 che: «L'annullamento può avvenire per qualsiasi vizio di invalidità. Essi non incontrano né limiti di diritti quesiti, che non possono sorgere da atti invalidi, né limiti di tempo, ma debbono aver causa in un pubblico interesse: e se per il lungo tempo questo è cessato, la revoca e l'annullamento sono

soli istituti dell'annullamento d'ufficio e della revoca in quanto la disciplina dei ricorsi amministrativi⁹¹ venne inquadrata nel diverso ambito dei rimedi giustiziali.

Questa impostazione venne ripresa e approfondita dal massimo esponente della teoria istituzionalistica del diritto che nettamente distinse l'annullamento d'ufficio dalla diversa categoria dell'annullamento di giustizia⁹², nozione in cui tale autorevole dottrina inquadrò sia quello derivante dalla proposizione di ricorsi amministrativi sia l'annullamento giurisdizionale.

Già in tale insegnamento era ben chiaro che l'annullamento d'ufficio costituisce il frutto non della mera applicazione del diritto oggettivo ma dell'esercizio di un potere discrezionale che poteva essere esercitato soltanto in presenza di un interesse pubblico⁹³, in tal senso, altrimenti l'atto sarebbe stato, a sua volta, inficiato da eccesso di potere⁹⁴.

invalidi per eccesso di potere. La revoca e l'annullamento si pronunciano d'ufficio e sono facoltativi». F. Cammeo, *Corso*, cit., 659-660, precisava inoltre che «Gli stessi istituti che servono a tutelare d'ufficio gli interessi o diritti dell'amministrazione come la revoca, la riforma, l'annullamento possono servire a tutelare gli interessi dei cittadini. Qualunque cittadino può con un atto che si chiama denuncia e citare nel proprio ed altrui interesse, l'esercizio di tali facoltà d'ufficio». Precisa però che: «La denuncia diversamente dal ricorso: a) non da diritto a risposta; b) può non proporsi dall'interessato; c) non ha termini o forme». Ciò posto può dirsi che nel pensiero di Cammeo l'autotutela, proprio sulla base della distinzione tra denuncia e ricorso, si caratterizzava per il non riconoscere alcun diritto alla risposta in favore dell'autore della denuncia ben diversamente dal ricorso sul quale già allora l'autorità amministrativa aveva l'obbligo di pronunciarsi.

⁹¹ Sul pensiero di F. Cammeo sulla disciplina dei ricorsi amministrativi, è tuttora fondamentale il saggio di A. Travi, *Cammeo e i ricorsi amministrativi*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, n. 22 (1993), per Federico Cammeo, Milano, 1994, 437-474.

⁹² Il riferimento è al pensiero di S. Romano, (voce) *Annullamento degli atti amministrativi*, in *Novissimo Digesto Italiano*, Vol. I, Torino, 1957, 643, che osserva: «Si può, anzitutto, avere un annullamento di giustizia, il quale ha luogo quando è pronunciato in seguito ad un apposito rimedio contro l'atto amministrativo invalido concesso agli interessati. Tale annullamento sarà esso stesso un atto amministrativo, se occasionato da un ricorso amministrativo semplice; sarà un atto giurisdizionale, se emanato da una giurisdizione amministrativa, che può essere di mera legittimità o anche di merito».

⁹³ Cfr. F.G. Scoca, *Il provvedimento amministrativo. Nozione, elementi, classificazione*, in F.G. Scoca (a cura di) *Diritto amministrativo*, Torino, 2008, 273: «[...] con i provvedimenti autorizzatori, viene perseguito l'interesse privato in quanto non contrastante con l'interesse pubblico; in altri termini, a differenza di quanto avviene con la concessione e, con maggiore evidenza, con i provvedimenti ablatori, l'interesse privato assume il ruolo di interesse principale (e da perseguire con il provvedimento) e l'interesse pubblico il ruolo di interesse di contenimento o di impedimento [...]».

⁹⁴ Già in tale autorevole insegnamento, come abbiamo visto, è chiara la distinzione tra l'annullamento di giustizia, pronunciato su ricorso degli interessati, e l'annullamento d'ufficio a proposito del quale S. Romano, (voce) *Annullamento degli atti amministrativi*, cit., 644, che osserva: «Particolarmente questa specie di annullamento, ma talvolta anche l'annullamento che è operato da un organo diverso da quello che ha emanato l'atto che si annulla, purché sia un organo dello stesso Ente, si qualifica dalla dottrina come un atto di autotutela. Ciò è esatto, purché s'intenda in senso che non ingeneri degli equivoci, riavvicinando più di quanto non sia giusto l'annullamento di cui è parola a quello che abbiamo detto di giustizia, e, viceversa, contrapponendolo non adeguatamente all'altro che è pronunciato da un Ente diverso a meri fini di controllo. Di autotutela può parlarsi in quanto i privati, di regola, per fare annullare un atto, è necessario che si rivolgano all'Autorità competente, mentre le pubbliche Amministrazioni possono ciò fare direttamente, salvo i controlli cui vanno soggette siffatte loro pronunce». Il vero senso di tale distinzione tra annullamento di giustizia e annullamento d'ufficio viene ulteriormente chiarito dal Maestro nell'ulteriore passaggio dello scritto ora richiamato: «In ogni caso, è da tenersi presente che anche quando l'annullamento può seguire soltanto per illegittimità, l'accertamento di tale illegittimità è condizione, oltre che necessaria, sufficiente, se si tratta di uno di quegli annullamenti obbligatori, di cui si è fatto cenno ma non è, viceversa, sufficiente se si ha una semplice facoltà di annullamento. Allora occorre, altresì, valutare se l'esercizio di tale facoltà giovi, nel caso concreto, agli interessi della pubblica Amministrazione e sia conforme in genere a tutti i requisiti che si richiedono per l'uso di poteri discrezionali. In altri termini: la pubblica Amministrazione, nella ipotesi di cui è parola, non pronuncia l'annullamento per

Tale concezione dell'annullamento d'ufficio è stata approfondita da un autorevole insegnamento che ha ribadito la piena validità, sul piano sistematico, della distinzione tra tale istituto e l'annullamento di giustizia correlando il primo al concetto di discrezionalità e il secondo a quello di obbligatorietà⁹⁵.

Questa fondamentale distinzione, pur facendo rientrare i due istituti in una nozione più ampia di autotutela, è rimasta intatta anche nella dottrina post-bellica con l'inquadramento dell'annullamento d'ufficio nell'ambito dell'autotutela spontanea⁹⁶ e dell'annullamento pronunciato a seguito di ricorso amministrativo nel diverso quadro dell'autotutela contenziosa.

Secondo un autorevole insegnamento, la distinzione va correlata, rispettivamente, pur nell'ambito di una nozione generale di autotutela, ai due concetti di autotutela amministrativa (in senso stretto) e di autodichia corrispondente alla disciplina dei ricorsi amministrativi⁹⁷.

l'imparziale tutela del diritto oggettivo, ma solo se e quando questa tutela sia un'esigenza della specifica funzione amministrativa che le è affidata o, almeno, non sia contraria ai propri interessi. In breve: ci deve essere un interesse, e un legittimo interesse, all'annullamento; altrimenti questo è un atto che può, a sua volta, essere viziato di eccesso di potere. Dottrina e giurisprudenza sono oramai su questo punto quasi concordi».

⁹⁵ Tali differenze sono tuttora quelle delineate, con estrema chiarezza, già da G. Zanobini, *Ricorso amministrativo e annullamento di ufficio*, in *Giur. it.*, III, 1942, III, ora in G. Zanobini, *Scritti vari di diritto pubblico*, Milano, 1955, 477 ss., precisamente 480: «L'annullamento degli atti illegittimi in seguito a ricorso è un preciso obbligo giuridico per le autorità cui tale ricorso sia stato ritualmente presentato; l'annullamento d'ufficio degli atti viziati è una semplice facoltà discrezionale, facoltà il cui esercizio deve essere giustificato a ragioni di pubblico interesse». Prosegue Zanobini, op. ult. cit., «Questi due caratteri, l'obbligatorietà e la discrezionalità, che principalmente valgono a separare le due specie di annullamento, sono una conseguenza, e al tempo stesso una dimostrazione, della loro diversa funzione giuridica. L'annullamento di ufficio trova la sua causa esclusivamente nell'interesse pubblico; l'annullamento sopra ricorso nella tutela degli interessi individuali, in quella stessa tutela che costituisce l'essenza della giurisdizione amministrativa. Il primo fa parte dell'amministrazione attiva, in quanto suo scopo è la cura di quegli interessi sociali che sono le ragioni d'essere dell'amministrazione pubblica in generale; il secondo fa parte piuttosto di una funzione di giustizia, esercitata dall'amministrazione in forma amministrativa».

⁹⁶ Il riferimento è al pensiero di F. Benvenuti, *Appunti di diritto amministrativo*, parte generale, V Edizione, Padova, 1987, 150-151, che scrive: «In primo luogo viene in rilievo l'autotutela spontanea che corrisponde agli atti con cui l'Amministrazione decide sui propri provvedimenti agendo con poteri d'ufficio. A questo genere appartengono le decisioni costitutive che risolvono un conflitto potenziale in senso sfavorevole per l'Amministrazione». Precisava il Maestro: «Appartengono, pertanto, a questo gruppo le seguenti decisioni: l'annullamento, con il quale l'amministrazione pone nel nulla, con efficacia retroattiva (ex tunc), gli atti amministrativi illegittimi; e la revoca, con cui l'amministrazione pone nel nulla, ugualmente con efficacia dal momento del loro sorgere (ex tunc) gli atti amministrativi inopportuni. Si noti però che per provvedere all'annullamento o alla revoca di un provvedimento in via di autotutela spontanea non basta la sussistenza di un vizio di legittimità o di merito originari, ma si richiede altresì la sussistenza e la dimostrazione di un interesse pubblico attuale all'eliminazione dell'atto. Ciò si giustifica pensando che si è in presenza dell'esercizio di una funzione amministrativa che deve sempre tendere a soddisfare un interesse attuale dell'amministrazione e non solamente a restaurare l'ordine giuridico violato...e che se un interesse deve essere soddisfatto, questo non può essere semplicemente quello perseguito dall'atto oggetto dell'autotutela ma quello diverso e appunto attuale che muove l'amministrazione all'esercizio della stessa».

⁹⁷ Il riferimento è a A.M. Sandulli, *Ricorso amministrativo*, ora in A.M. Sandulli, *Scritti giuridici, V. Diritto amministrativo*, Napoli, 1990, 528-529, che, significativamente, scrive: «Il carattere giustiziale vale poi a differenziare le procedure in esame da quelle procedure di autotutela, in virtù delle quali la Pubblica Amministrazione può (d'ufficio o su semplice denuncia) eliminare o correggere, per ragioni di interesse pubblico inerenti alla funzione amministrativa – e valutate anteriormente e discrezionalmente dall'autorità competente –, gli atti illegittimi o inopportuni venuti in essere nell'ambito della sua sfera d'azione. Anche le procedure su ricorso sono manifestazioni dell'autotutela amministrativa; ma, mentre le forme di autotutela cui da ultimo si accennava ineriscono alla funzione di amministrazione attiva, le procedure su ricorso, sono forme di autotutela inerente all'amministrazione giustiziale [...]». Prosegue il Maestro: «Attraverso questa via di

Più di recente, anche la dottrina,⁹⁸ che ritiene superata la tradizionale categoria dell'autotutela, distingue nettamente⁹⁹ l'annullamento d'ufficio dall'annullamento giustiziale e da quello giurisdizionale in quanto in esso la decisione di annullare costituisce esercizio di un potere discrezionale ed è ispirata alla tutela dell'interesse pubblico piuttosto che all'esigenza di ripristinare la legalità violata.

Tale distinzione tra autotutela spontanea e ricorsi amministrativi è tuttora attuale ed è stata recepita dalla Corte costituzionale, sentenza n. 181/2017¹⁰⁰, che ha delineato le caratteristiche dell'autotutela tributaria proprio sulla base della tradizionale configurazione dell'autotutela

giustizia "autonoma" (autodichia), l'ordinamento si propone...da un lato...di consentire all'Amministrazione di correggere da sé, nel proprio seno, quando ne venga richiesta dagli interessati, gli errori in cui un'autorità amministrativa sia potuta incorrere nelle questioni suscettibili di sfociare in un giudizio [...].

⁹⁸ Il riferimento è a G. Corso, *L'attività amministrativa*, Torino, 1999, 186-187, che scrive: «Dal discorso che precede può essere tratta questa conclusione. Non c'è un potere di annullamento o di revoca dei provvedimenti amministrativi, a sua volta espressione di un più comprensivo potere di autotutela. Esistono poteri di autorizzazione, di concessione, di ordine, di ablazione che possono essere (ri)esercitati in senso opposto a quelli in cui sono stati esercitati nel passato; con la conseguenza che i provvedimenti (positivi) già adottati vengano tolti di mezzo, nelle forme e con gli effetti che sono tipici dell'annullamento e della revoca».

⁹⁹ G. Corso, *L'attività amministrativa*, cit., 186-187, autorevolmente osserva: «L'annullamento è una figura che ricorre in altri campi (l'annullamento giurisdizionale da parte del giudice amministrativo, su ricorso amministrativo). Rispetto a queste specie di annullamento, l'annullamento d'ufficio ha un effetto comune (la rimozione dell'atto con efficacia retroattiva) è un presupposto comune (un vizio di legittimità dello'atto da annullare); ma si caratterizza per un presupposto ulteriore che manca negli altri tipi di annullamento. La decisione di annullare costituisce esercizio di un potere discrezionale ed è ancorata alla tutela dell'interesse pubblico. Il giudice amministrativo che accoglie il ricorso gerarchico, l'organo di controllo che nega il visto alla delibera sottoposta al suo esame (nel linguaggio abituale, annulla la delibera) non devono farsi carico di alcun interesse pubblico; anzi devono separare la loro decisione da ogni commistione con gli interessi, pubblici o privati che siano. Devono puramente e semplicemente annullare ove ne ricorrano i presupposti (la fondatezza del motivo di ricorso, l'illegittimità della delibera). L'autorità amministrativa che instaura un procedimento di annullamento d'ufficio deve non solo accertare il vizio dell'atto sottoposto a riesame, ma deve anche valutare se l'annullamento corrisponda a un interesse pubblico concreto e attuale (così la giurisprudenza). Concreto perché si tratta dell'interesse pubblico specifico che corrisponde alla competenza attribuita all'organo, e non del generale (e astratto) interesse alla legalità dell'azione amministrativa. Attuale perché l'autorità deve aver riguardo al momento in cui decide di annullare e non al momento in cui fu adottato l'atto che viene proposto per l'annullamento. Sinteticamente l'autorità può annullare il provvedimento non per restaurare la legalità violata, ma per curare l'interesse pubblico, quando a questo si ponga un precedente atto che sia anche illegittimo».

¹⁰⁰ È altamente significativo che la Corte nel dichiarare infondate le censure di legittimità costituzionale sollevate sul punto ha così motivato: «Le censure si fondano sull'idea che l'autotutela costituisca un rimedio di carattere sostanzialmente giustiziale, in quanto tale idoneo a formare oggetto di una pretesa azionabile in sede giurisdizionale, e hanno l'obiettivo di renderne la disciplina coerente con tale funzione, operando una "mutazione genetica" dell'annullamento d'ufficio, da strumento di rivalutazione da parte dell'amministrazione delle proprie decisioni a strumento di protezione delle aspettative del privato, in modo non dissimile da quanto avviene nel caso dell'annullamento su ricorso». Osserva, sul punto, la Corte: «A differenza di quest'ultimo, tuttavia, l'annullamento d'ufficio non ha funzione giustiziale, costituisce espressione di amministrazione attiva e comporta di regola valutazioni discrezionali, non esauendosi il potere dell'autorità che le adotta unitamente nella verifica della legittimità dell'atto e nel suo doveroso annullamento se ne riscontra l'illegittimità». Prosegue la Corte: «Anche in un contesto così caratterizzato, tuttavia nel quale l'interesse pubblico ha la rimozione dell'atto acquista specifica valenza e tende in una certa misura a convergere con quello del contribuente non va trascurato il fatto che altri interessi possono e devono concorrere nella valutazione amministrativa, e fra essi certamente quello alla stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico, inevitabilmente compromessa dall'annullamento di un atto inoppugnabile. Tale interesse richiede di essere bilanciato con gli interessi descritti e con altri eventualmente emergenti nella vicenda concreta sulla quale l'amministrazione tributaria è chiamata a provvedere – secondo il meccanismo proprio della valutazione comparativa. Sicché si conferma in ogni caso, anche in ambito tributario, la natura pienamente discrezionale dell'annullamento d'ufficio».

amministrativa come ulteriore manifestazione di amministrazione attiva.

Tali principi, autorevolmente delineati dalla Corte costituzionale nell'ambito dell'autotutela tributaria, a maggior ragione valgono nel quadro dell'autotutela amministrativa che, pertanto, va tuttora nettamente distinta dai rimedi di tipo giustiziale¹⁰¹.

Questi, infatti, sono improntati alla finalità di tutela degli interessi legittimi mentre, come si è visto, l'annullamento d'ufficio ha come finalità istituzionale il buon andamento¹⁰² dell'amministrazione.

Nel quadro di tale principio deve ritenersi che, sulla base dell'insegnamento di Corte costituzionale, n. 181/2017, rivesta un valore assolutamente rilevante quello della stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico. Valore che coincide pienamente con la *ratio legis* dell'introduzione del termine di dodici mesi per l'esercizio della potestà di annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo.

Orbene, come si è visto, la recente riforma si contraddistingue per un avvicinamento del nostro ordinamento ai due maggiori ordinamenti dell'Europa continentale.

Il nuovo tratto comune è rappresentato dal termine fisso, sul piano temporale, per l'annullamento d'ufficio che, nel nostro ordinamento, coincide con quello previsto dall'ordinamento tedesco.

Tale disciplina trova la propria ispirazione proprio nella concezione, tipica dell'ordinamento comunitario, dell'affidamento legittimo come manifestazione del principio di certezza del diritto sul piano oggettivo.

Ciò non toglie che anche il valore della buona fede sul piano soggettivo venga riconosciuto ma come limite alla salvaguardia del principio di certezza del diritto.

A ben vedere, infatti, il principio di certezza del diritto trova attuazione nel nostro ordinamento proprio nella previsione del termine di dodici mesi per l'annullamento d'ufficio. Invece il principio di buona fede rappresenta la *mens legis* ispiratrice dell'eccezione a tale regola generale. Eccezione prevista dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 che, come si è visto, stabilisce che tale termine non si applica in tutti i casi in cui il provvedimento ampliativo sia stato ottenuto dal privato mediante dichiarazioni o rappresentazioni false o comunque gravemente erronee.

¹⁰¹ Alla luce dell'insegnamento della Corte Costituzionale può ritenersi quanto mai attuale il pensiero di G. Zanobini, *Corso di diritto amministrativo*, Vol. II, *La giustizia amministrativa*, VII Edizione, Milano, 1954, 58-59, che, autorevolmente, osserva: «[...] è da ricordare che il riesame d'ufficio dei provvedimenti e l'eventuale loro annullamento costituiscono delle semplici facoltà dell'amministrazione; laddove lo stesso riesame e la conseguente pronuncia in seguito a ricorso rappresentano per la medesima una funzione obbligatoria ossia un dovere giuridico». Prosegue Zanobini, *Corso*, cit., 56-57: «Per queste ragioni, il fondamento dei due poteri deve ritenersi distinto. Se l'uno e l'altro sono diretti ad assicurare la regolarità e l'ordine dell'azione amministrativa, nell'annullamento e nella revoca d'ufficio un tale fine ha per causa, unica o almeno prevalente, l'interesse pubblico, il buon andamento della pubblica Amministrazione: la relativa funzione è strettamente amministrativa nell'annullamento e nella revoca in seguito a ricorso lo stesso fine deve essere curato come mezzo di tutela indiretta degli interessi individuali, e la funzione rientra, più che nel concetto di amministrazione, in quello di giustizia, intesa l'espressione in senso ampio. Tale funzione, prevalentemente di tutela degli interessi individuali, giustifica la precisa disciplina che i ricorsi e le relative decisioni trovano nella legislazione positiva. Al dovere dell'amministrazione di decidere sul ricorso corrisponde il diritto del singolo alla decisione: diritto di natura analoga a quello, assai più noto, all'amministrazione della giustizia».

¹⁰² Sul principio di buon andamento della P.A., stabilito dall'art. 97 Cost., è tuttora attuale il pensiero di M. Nigro, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 86, che autorevolmente osserva: «[...] il criterio di efficienza si risolve (a nostro giudizio, integralmente) in un principio di elasticità e puntualità dell'azione amministrativa ed è tale principio che l'art. 97 intende porre e salvaguardare con pieno valore giuridico quando assegna alle norme d'organizzazione il compito di assicurare il buon andamento dell'amministrazione».

Poste tali premesse, è possibile soffermarsi sulle caratteristiche di fondo dell'autotutela, non a caso, autorevolmente definita¹⁰³ come un vistoso privilegio della P.A.

A nostro avviso la natura privilegiata di tale istituto si spiega agevolmente in ragione della deroga al divieto di *aedere contra factum proprium*¹⁰⁴ che costituisce un principio generale del nostro ordinamento giuridico. Principio generale di cui costituisce coerente manifestazione l'art. 157, c. 3, c.p.c., che, come è noto, stabilisce: «La nullità non può essere opposta dalla parte che vi ha dato causa, né da quella che vi ha rinunciato anche tacitamente».

Tale norma nel processo civile riguarda esclusivamente le nullità relative che possono essere eccepite soltanto ad istanza di parte, come precisa il c. 1 dello stesso art. 157 c.p.c.: «Non può pronunciarsi la nullità senza istanza di parte, se la legge non dispone che sia pronunciata d'ufficio».

Chiaramente, sul piano pratico, le nullità relative nel processo civile hanno una rilevanza centrale nel sistema in quanto il campo delle nullità assolute è molto limitato.

Ben diversamente, in diritto amministrativo anche se la regola è rappresentata dall'annullabilità dell'atto e l'eccezione dalla sua nullità anche i vizi che conducono all'annullamento e non alla declaratoria di nullità vanno ricondotti in assoluta prevalenza alla violazione di norme imperative e non dispositive.

Pertanto, anche la P.A. che ha emanato l'atto annullabile può far valere l'annullabilità proprio nella misura in cui la stessa deriva dalla violazione di norme imperative.

Da tali principi deriva la vera *ratio* «del vistoso privilegio» rappresentato dall'annullamento d'ufficio.

¹⁰³ Il riferimento è a M. Nigro, *L'azione dei pubblici poteri: lineamenti generali*, ora in M. Nigro, *Scritti giuridici*, Tomo III, Milano, 1996, 1614-1615, che osserva: «Per autotutela si intende quello che forse è il più vistoso privilegio dell'amministrazione, la capacità di farsi, in prima battuta (salvo cioè il sindacato giurisdizionale), giustizia da sé, di risolvere da sé il conflitto con gli amministrati; di decidere da sé della legittimità ed opportunità dei propri atti e di dare da sé esecuzione alle proprie disposizioni. Si tratta di un campo assai vasto di attività amministrativa, la quale assicura l'effettiva e immediata operatività dell'attività di autarchia e dell'attività di autonomia, e dalla quale appartengono figure molto varie, di cui è stata offerta di recente una suggestiva classificazione [Benvenuti]. Qui basterà dire che nell'attività di autotutela rientrano, per fare degli esempi, l'irrogazione di sanzioni, generali (ad es. le sanzioni per violazione di regole della circolazione sulle strade) o speciali (sanzioni disciplinari); l'eliminazione, da parte della stessa amministrazione, di atti che essa riconosca non conformi alle leggi o a criteri di opportunità (annullamento); ed è, infine, l'attività diretta ad eseguire materialmente un comando amministrativo anche contro la volontà di chi vi è soggetto (autotutela esecutiva)».

¹⁰⁴ Sulla rilevanza di tale principio, cfr. Cass. SS.UU., sentenza n. 21260/2016, in cui significativamente si legge: «Con l'impugnata sentenza, i giudici amministrativi hanno ritenuto che 'non può trovare accoglimento' il motivo di impugnazione con il quale la parte ricorrente ha messo in discussione la giurisdizione del TAR, da lei stessa adito, al fine di ribaltare l'esito negativo nel merito del giudizio, ponendosi una siffatta prospettazione in contrasto con il divieto di venire *contra factum proprium* e con la regola di correttezza e buona fede prevista dall'art. 1175 c.c.. Secondo il Consiglio di Stato, «integra un abuso del processo la contestazione della giurisdizione da parte del soggetto che abbia optato per quella giurisdizione e che, pur se soccombente nel merito, sia risultato vittorioso, in forza di una pronuncia esplicita o di una statuizione implicita, proprio sulla questione di giurisdizione». La sentenza è espressione dell'orientamento invalso nella giurisprudenza del Consiglio di Stato dopo l'entrata in vigore del codice del processo amministrativo, e ribadito anche di recente (Sez. 4[^], 7 novembre 2015, n. 5484; Sez. 6[^], 29 febbraio 2016, n. 856). Su tale base le SS.UU. hanno affermato il seguente principio di diritto: «L'attore che abbia incardinato la causa dinanzi ad un giudice e sia rimasto soccombente nel merito non è legittimato a interporre appello contro la sentenza per denunciare il difetto di giurisdizione del giudice da lui prescelto». Come abbiamo visto, le Sezioni Unite con tale fondamentale sentenza hanno recepito, sul punto, l'orientamento del Consiglio di Stato che, pur riguardando una questione quale l'individuazione del giudice competente, appartenente all'ambito del diritto processuale, è stata ricondotta alla regola *iuris nemo potest aedere contra factum proprium* che si fonda sul principio di diritto sostanziale di correttezza e buona fede di cui all'art. 1175 c.c.

A ben vedere, però, un'ulteriore distinzione, a nostro avviso, è costituita proprio dalla previsione di cui all'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990 che, come si è visto, prevede l'ipotesi di falsa rappresentazione della realtà, da parte del destinatario dell'atto, come ipotesi derogatoria del termine di dodici mesi previsto per il suo annullamento d'ufficio.

Ed infatti, in tutte tali ipotesi, l'atto amministrativo è stato adottato in seguito al dolo¹⁰⁵ o all'errore grave commesso dal privato nei confronti della P.A.

Di fronte a condotte siffatte da parte del destinatario non può, ovviamente, parlarsi di deroga al divieto di *venire contra factum proprium* in quanto i fatti dolosi o gravemente colposi che hanno dato origine al provvedimento sono ascrivibili alla condotta del privato interessato e non certo a quella dell'organo competente che ha solo adottato l'atto sulla base delle erronee rappresentazioni o delle false dichiarazioni del beneficiario dell'atto oggetto di riesame.

In linea generale il vizio di legittimità che inficia il provvedimento è ascrivibile non alla condotta del privato ma soltanto a quella dell'autorità che lo ha emanato, anche se non è possibile, per le ragioni sistematiche innanzi esposte, escludere la legittimazione della P.A. a far valere l'annullabilità del provvedimento cui la stessa P.A. ha dato causa, l'esercizio di tale potere deve avvenire nel rispetto del termine di dodici mesi previsto dall'art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990.

Come abbiamo visto, però, permane il carattere della discrezionalità del provvedimento anche dopo la previsione dell'anzidetto termine. Termine che costituisce indubbiamente il punto di equilibrio tra l'esercizio del potere di autotutela e l'affidamento che l'ordinamento riconosce in favore del destinatario dell'atto oggetto di riesame.

La P.A., quando valuta la possibilità di annullare d'ufficio il provvedimento, deve tener conto, al tempo stesso, di due contrapposte esigenze: il principio di legalità, che, di fronte all'atto illegittimo, ne implicherebbe sempre l'annullamento, e la salvaguardia dell'affidamento del destinatario di tale atto che lo escluderebbe.

Tale potere discrezionale¹⁰⁶ va esercitato nel rispetto dei principi di imparzialità¹⁰⁷ e buon andamento dell'amministrazione (art. 97, c. 2, Cost.), buon andamento in cui, secondo

¹⁰⁵ Secondo P. Virga, *Il provvedimento amministrativo*, cit., 431, il dolo, come falsa rappresentazione della realtà, è da inquadrarsi nell'ambito dell'eccesso di potere e rende l'atto annullabile «[...] allorché il medesimo sia stato adottato in seguito al raggio esperito dal privato nei confronti dell'amministrazione».

¹⁰⁶ Sul tema è fondamentale il saggio di F.G. Scoca, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. Trim. Dir. Pubb.*, 2000, 1059-1060 ss., che, autorevolmente, osserva: «La garanzia di imparzialità e buon andamento, e pertanto la verificabilità della destinazione dell'attività alla cura dell'interesse pubblico, e, via dicendo, la necessità che l'interesse pubblico sia rettamente ponderato, sono aspetti inalienabili dello statuto giuridico delle amministrazioni pubbliche. Non solo per disposizione costituzionale, ma per la posizione stessa che l'amministrazione ha assunto (e per la funzione che svolge) rispetto ai cittadini (o, se si preferisce, rispetto al popolo sovrano)».

¹⁰⁷ Scrive M. Nigro, *L'azione*, cit., 1619-1620: «Cosa significa imparzialità? Non certo neutralità o indifferenza rispetto allo scopo della propria azione (che invece è la condizione del giudice), ma potere-dovere dell'ufficio pubblico di non privilegiare pregiudizialmente nell'iter della sua scelta, nessun interesse (neppure il proprio interesse primario), ma di identificare e valutare tutti gli interessi coinvolti sicché la scelta risulti il frutto di una esatta e completa rappresentazione e ponderazione di tali interessi (l'imparzialità si dimostra così come strettamente collegata alla discrezionalità ed anzi come 'causa' ed effetto insieme delle regole che reggono l'azione amministrativa discrezionale)». Prosegue M. Nigro, *L'azione*, cit., 1620: «Fanno quindi capo al principio di imparzialità tutti gli istituti che assicurano la completezza e la genuinità della ponderazione degli interessi: in primo luogo, l'esistenza e la disciplina del procedimento come sede di confronto e conflitto degli interessi con le regole sul contraddittorio, sulla pubblicità degli atti, sulla possibile ricusazione degli amministratori 'partigiani' ecc.».

autorevole dottrina¹⁰⁸, già è incluso il principio di proporzionalità¹⁰⁹.

Tale norma prevede, inoltre, la previa valutazione non solo dell'interesse pubblico primario ma anche degli interessi del destinatario dell'atto oggetto di riesame e dei contro interessati, valutazione da compiersi secondo il principio di proporzionalità. Per valutazione proporzionale deve intendersi il riconoscimento, da parte della P.A., del giusto peso in concreto ascrivibile ai vari interessi pubblici e privati emergenti dal procedimento.

In altre parole, la scelta di annullare d'ufficio il provvedimento deve essere adottata nel rispetto del principio¹¹⁰ del minor sacrificio dell'interesse privato con il massimo conseguimento del risultato.

È essenziale precisare che il principio del risultato,¹¹¹ frutto dell'elaborazione di un autorevole insegnamento,¹¹² è stato, di recente, recepito dal d.lgs. n. 36/2023, il cui art. 1, c. 3, stabilisce: «Il principio del risultato costituisce attuazione, nel settore dei contratti pubblici, del principio del buon andamento e dei correlati principi di efficienza, efficacia ed economicità. Esso è perseguito nell'interesse della comunità e per il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione europea».

Prosegue l'art. 1, precisando al c. 4, che: «Il principio del risultato costituisce criterio prioritario per l'esercizio del potere discrezionale e per l'individuazione della regola del caso

¹⁰⁸ Il riferimento è a Nigro, *L'azione*, cit., 1619-1620, che, significativamente, osserva: «Cosa significa buon andamento? Significa efficienza dell'amministrazione, rispondenza della sua azione all'interesse che deve curare e quindi elasticità e puntualità della medesima. (Nella scienza dell'organizzazione si distingue l'efficienza come rapporto tra risorse impiegate e risultati ottenuti dall'efficacia, come rapporto fra risultati ottenuti e obiettivi prestabiliti, ma qui intendiamo l'efficienza in modo generale come rapporto trilatero tra risorse, obiettivi e risultati, che sono elementi sotto questo profilo strettamente collegati)». Prosegue il Maestro: «Fanno capo al principio di buon andamento i mezzi e gli strumenti che hanno per scopo l'efficienza dell'azione amministrativa: in primo luogo il potere dell'ufficio amministrativo di auto organizzarsi per meglio adeguare tale azione al suo obiettivo [...]». Ancora: «Imparzialità e buon andamento sono principi distinti, ma è nella loro combinazione che trovano la maggiore efficacia. Proprio la considerazione del maggior numero possibile d'interessi esige una struttura organizzativa elasticamente adeguata e viceversa».

¹⁰⁹ Sul principio di proporzionalità va, innanzitutto, ricordata la monografia di D.U. Galetta, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998, 102 ss. Successivamente, va richiamato il contributo di A. Sandulli, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998. Più recenti sono le due monografie di S. Villamena, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, 89 ss., e di S. Cognetti, *Principio di proporzionalità*, Torino, 2011, 64 ss.

¹¹⁰ Tale principio è stato, di recente, recepito da Cons. Stato, Ad. Plen., n. 22/2020 in cui, significativamente, si legge che il procedimento amministrativo «[...] si apre, prosegue e si chiude all'insegna del principio per cui l'amministrazione deve curare l'interesse pubblico datogli in attribuzione dalla legge in maniera da raggiungere il massimo risultato possibile con il minimo mezzo».

¹¹¹ Per un commento all'art. 1 del nuovo codice dei contratti pubblici, è essenziale il saggio di S. Perongini, *Il principio del risultato e il principio di concorrenza nello schema definitivo di codice dei contratti pubblici*, in *L'amministrativista.it*, gennaio 2023. Sul tema si veda, altresì, l'autorevole contributo di M. A. Sandulli, *Prime considerazioni sullo Schema del nuovo codice dei contratti pubblici*, in *Giustiziainsieme.it*, 21 dicembre 2022.

¹¹² Il riferimento è al pensiero di L. Iannotta, *La considerazione del risultato nel giudizio amministrativo: dall'interesse legittimo al buon diritto*, in *Dir. proc. amm.*, II, 1998, 299 ss.; L. Iannotta, *Previsioni e realizzazione del risultato nella pubblica amministrazione: dagli interessi ai beni*, in *Dir. amm.*, I, 1999, 57 ss.; L. Iannotta, *Merito, discrezionalità e risultato nelle decisioni amministrative (l'arte di amministrare)*, in *Dir. proc. amm.*, I, 2005, 1 ss.; L. Iannotta, *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, in *Amministrazione e legalità. Fonti normative e ordinamento*, Milano, 2000, 38 ss.; A. Romano Tassone, *Sulla formula "amministrazione per risultati"*, in *AA.VV., Scritti in onore di Elio Casetta*, Napoli, 2001, 813 ss.; A. Romano Tassone, *Analisi economica del diritto e "amministrazione di risultato"*, in *Dir. amm.*, 1, 2007, 63, ss.; M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA*, Milano, 2002, 107 ss.; S. Cassese, *Presentazione del volume di D. Osborne e T. Gaebler, Dirigere e governare. Una proposta per reinventare la pubblica amministrazione*, Milano, 1995; R. La Barbera, *La previsione degli effetti. Rilevanza giuridica del progetto di provvedimento*, Torino, 2001; M. R. Spasiano, *Funzione amministrativa e legalità di risultato*, Torino, 2003.

concreto».

Nel perseguimento del risultato, peraltro, l'autorità competente dovendo preferire la misura più mite, secondo il principio di proporzionalità, sarà essenziale la valutazione della possibilità dell'adozione della convalida e soltanto nell'ipotesi in cui ci si trovi di fronte a vizi sostanziali non convalidabili si dovrà giungere alla decisione di annullare d'ufficio il provvedimento.

Siffatta conclusione trova fondamento nella stessa previsione dell'art. 21-*nonies*, c. 2, l. n. 241/1990 che fa espressamente «salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole».

Il fatto stesso che l'art. 21-*nonies* preveda la salvezza del potere di convalida d'ufficio dell'atto amministrativo annullabile nello stesso contesto legislativo della disciplina dell'annullamento d'ufficio consente all'interprete di ritenere che vi sia una preferenza¹¹³ dell'ordinamento per la conservazione del provvedimento, preferenza da cui discende la limitazione dell'annullamento d'ufficio ai soli casi in cui vi siano vizi sostanziali per i quali la convalida non è ammissibile¹¹⁴.

Del resto tale preferenza per la convalida costituisce ulteriore espressione del principio di proporzionalità in base al quale va preferita la misura più mite e non vi è dubbio che la convalida, da cui consegue la correzione e la conservazione del provvedimento, debba ritenersi più mite rispetto all'annullamento d'ufficio che, al contrario, conduce all'eliminazione dell'atto.

In conclusione, può dirsi che tale preferenza legislativa per la correzione e la conservazione del provvedimento, piuttosto che per la sua eliminazione, può considerarsi il punto di arrivo di un processo evolutivo dell'ordinamento che prende le mosse da un insegnamento molto autorevole¹¹⁵ secondo cui una saggia amministrazione doveva sempre avere riguardo all'equità e considerare, innanzitutto, se il danno non fosse superiore al vantaggio che dall'annullamento d'ufficio sarebbe potuto derivare.

Abstract. Il saggio è imperniato sul carattere derogatorio del potere amministrativo di autotutela rispetto al principio del divieto di *aedere contra factum proprium*.

La recente modifica dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 che ha ridotto il termine per

¹¹³ Nello stesso senso, M. Ramajoli, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, cit., 23-24, che, significativamente, osserva: «Dovrebbe sempre essere preferibile, pur in presenza di un'illegittimità, conservare ed eventualmente emendare l'atto ampliativo e i suoi effetti, piuttosto che rimuoverlo. Il suggerito favore per l'autotutela conservativa/conformativa costituisce un'opzione che altera nella misura minore possibile l'assetto degli interessi consolidato e permette di mantenere fermo il provvedimento nel caso in cui il pregiudizio per l'interesse pubblico al suo mantenimento sia di gran lunga inferiore di quello del privato di fronte all'annullamento dello stesso, a seguito di una valutazione della sostenibilità della situazione esistente».

¹¹⁴ In tal senso, con estrema chiarezza, Cons. Stato, Sez. VI, n. 3385/2021, in cui, significativamente, si legge: «[...] la collocazione della norma nel medesimo articolo dedicato all'annullamento d'ufficio, conferma la comune ambientazione dei due istituti nell'ambito dell'autotutela. Tale correlazione appare altresì espressiva di un principio di preferenza per la scelta amministrativa volta alla correzione e alla conservazione – ove possibile – di quanto precedentemente disposto, rispetto all'opzione eliminativa».

¹¹⁵ Il riferimento è a S. Romano, *Annullamento degli atti amministrativi*, cit., 645, che osserva: «In siffatte valutazioni sono da considerarsi elementi che variano secondo i casi: condizioni e situazioni di fatto consolidate; la convenienza che consiglia *quieta non movere*; il riguardo che una saggia Amministrazione deve sempre avere all'equità; il danno superiore al vantaggio che dall'annullamento può derivare, ecc. Per tale via la giurisprudenza ha ammesso vari temperamenti all'assolutezza della potestà di annullamento che sono da ridursi tutti al concetto accennato». Non è chi non veda come nel riferimento alla necessità di valutare se il danno derivante al destinatario del provvedimento oggetto di riesame sia o no superiore al vantaggio che deriverebbe dall'annullamento d'ufficio costituisce una evidente anticipazione dell'applicazione all'autotutela del principio di proporzionalità.

L'annullamento d'ufficio da 18 mesi a 12 mesi rappresenta una essenziale evoluzione del nostro ordinamento amministrativo in quanto implica un rafforzamento dei principi di legalità e di affidamento.

Rimane fermo che le pubbliche amministrazioni devono rispettare il principio di proporzionalità che implica il ragionevole bilanciamento dell'interesse pubblico con le differenti posizioni individuali dei privati interessati.

Abstract. It remains firm, that the Public Administration, in exercising the power of ex officio annulment, must still respect the principle of proportionality, which requires it to weigh the public interest against the different positions of the private individuals concerned. The power of public authorities to withdraw the unlawful administrative decision, is an exception of the principle of prohibition of *aedere contra factum proprium*.

The term of 18 months - established by art. 21-*nonies* of Italian administrative procedure act has been reduced to 12 months.

This modification constitutes an essential development of Italian administrative system, strengthening the supremacy of law and protection of legitimate expectations.

Public authorities must respect the principle of proportionality which implies the reasonable balance between the public interest and the conflicting positions of the private individuals concerned.

Parole chiave. Principio di proporzionalità – primato della legge – legge sul procedimento amministrativo – bilanciamento ragionevole.

Key words. Principle of proportionality – supremacy of law – administrative procedure law – reasonable balance.