



Rivista di diritto amministrativo

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

Diretta da

Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei

Direttore Responsabile

Marco Cardilli

Coordinamento Editoriale

Luigi Ferrara, Giuseppe Egidio Iacovino,
Carlo Rizzo, Francesco Rota, Valerio Sarcone

FASCICOLO N. 3-4/2017

estratto

Registrata nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009

ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Salvatore Bonfiglio, Gianfranco D'Alessio, Gianluca Gardini, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Angelo Piazza, Alessandra Pioggia, Antonio Uricchio, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Annamaria Angiuli, Helene Puliat, J. Sánchez-Mesa Martínez, Andry Matilla Correa.

Comitato dei referee

Gaetano Caputi, Marilena Rispoli, Luca Perfetti, Giuseppe Bettoni, Pier Paolo Forte, Ruggiero di Pace, Enrico Carloni, Stefano Gattamelata, Simonetta Pasqua, Guido Clemente di San Luca, Francesco Cardarelli, Anna Corrado, Fabrizio Cerioni, Gaetano Natullo, Paola Saracini, Mario Cerbone, Margherita Interlandi, Bruno Mercurio, Giuseppe Doria, Salvatore Villani.

Comitato dei Garanti

Domenico Mutino, Mauro Orefice, Stefano Toschei, Giancarlo Laurini, Angelo Mari, Gerardo Mastrandrea, Germana Panzironi, Maurizio Greco, Filippo Patroni Griffi, Vincenzo Schioppa, Michel Sciascia, Raffaello Sestini, Leonardo Spagnoletti, Giuseppe Staglianò, Alfredo Storto, Alessandro Tomassetti, Italo Volpe.

Comitato editoriale

Laura Albano, Daniela Bolognino, Caterina Bova, Silvia Carosini, Sergio Contessa, Marco Coviello, Ambrogio De Siano, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Concetta Giunta, Filippo Lacava, Massimo Pellingra, Stenio Salzano, Francesco Soluri, Marco Tartaglione, Stefania Terracciano.

Annullamento d'ufficio, pubblico interesse, certezza giuridica e legittimo affidamento dei cittadini

di Assunta Baratta¹

Sommario

Premessa; 1. Il riesame degli atti nella autotutela e la finalità dei medesimi; 2. – Il riesame degli atti in sede di annullamento in autotutela tra pubblico interesse e tutela del cittadino; 3. – Il termine dei 18 mesi quale norma pro futuro e canone d'esegesi. Riflessi sull'onere motivazionale; 4. – Conclusioni.

Abstract

La querelle tra interesse pubblico e situazioni giuridiche soggettive ha natura di disputa perdurante nella struttura dialogica tra P.A. e privati in sede di esercizio dei poteri di annullamento d'ufficio. Ciò non appare un caso dal momento che l'annullamento d'ufficio si pone sul crinale relevantissimo tra interesse pubblico (alla legalità e alla cura dei fini di rilievo collettivo) e tutela delle certezze giuridiche (anche sotto il profilo dell'affidamento del privato al consolidamento degli effetti positivi conseguenti ad un provvedimento favorevole).

L'equilibrio tra queste due esigenze, sempre precario, in costante rinnovamento e sovente influenzato dalle caratteristiche dei casi concreti, si rinvia, come è noto, in termini positivi, nelle previsioni di cui all'art. 21 nonies l. 21 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che il provvedimento amministrativo illegittimo, per ragioni sostanziali, può essere annullato d'ufficio, sussistendone motivi di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi delle disposizioni in tema di silenzio-assenso, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

¹ Il presente lavoro è stato sottoposto a referaggio secondo la *double blind peer review*.

1. Premessa.

La querelle tra interesse pubblico e situazioni giuridiche soggettive ha natura di disputa perdurante nella struttura dialogica tra P.A. e privati in sede di esercizio dei poteri di annullamento d'ufficio. Ciò non appare un caso dal momento che l'annullamento d'ufficio si pone sul crinale rilevantissimo tra interesse pubblico (alla legalità e alla cura dei fini di rilievo collettivo) e tutela delle certezze giuridiche (anche sotto il profilo dell'affidamento del privato al consolidamento degli effetti positivi conseguenti ad un provvedimento favorevole).

L'equilibrio tra queste due esigenze, sempre precario, in costante rinnovamento e sovente influenzato dalle caratteristiche dei casi concreti, si rinviene, come è noto, in termini positivi, nelle previsioni di cui all'art. 21 *nonies* l. 21 agosto 1990, n. 241, il quale dispone che il provvedimento amministrativo illegittimo, per ragioni sostanziali, può essere annullato d'ufficio, sussistendone motivi di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi delle disposizioni in tema di silenzio-assenso, e tenendo conto degli interessi dei

destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge.

La norma si completa delle previsioni di cui ai commi 2 e 2 *bis*, in virtù dei quali (i) il provvedimento annullabile può essere convalidato, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole; (ii) i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dalla legge (d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445).

La norma, come reso evidente dalla sua stessa lettera, riconosce, in costanza con un impianto tradizionale della dottrina nazionale ⁽¹⁾, un potere discrezionale ⁽²⁾ in capo all'amministrazione ⁽³⁾, dal momento che il potere di annullamento d'ufficio si risolve in una comparazione di interessi ed, in particolare, tra quello pubblico (in senso ampio, dal momento che viene chiesto di considerare non soltanto l'interesse dell'amministrazione che emanò l'atto ma di tutte quelle coinvolte), quello

¹ Cfr. nella manualistica più recente M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado*, in F.G. SCOCA (a cura di), *Diritto Amministrativo*, 2014, 337 ss.; D. SORACE, *Diritto della amministrazioni pubbliche*, Bologna, 2013, 431 ss., M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, 155. Di recente, L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela nel nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in www.giustizia-amministrativa.it.

² Cfr. G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124/2015*, in *Dir. Amm.*, 2016, 145 ss..

³ Cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II, 7 marzo 2017, n. 3204: "Il primo comma dell'art. 21 *nonies*, l. n. 241 del 1990 conferma la dimensione tipicamente discrezionale dell'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo che, rifuggendo da ogni automatismo, deve essere espressione di una congrua valutazione comparativa degli

interessi in conflitto, dei quali occorre dare adeguatamente conto nella motivazione del provvedimento di ritiro. Pertanto, ogni qualvolta la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo si sia consolidata, suscitando un affidamento sulla legittimità del titolo stesso, l'esercizio del potere di autotutela rimane subordinato alla sussistenza di un interesse pubblico concreto, attuale all'annullamento, diverso da quello al mero ripristino della legalità violata e comunque prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del titolo legittimo. Viceversa, solo quando non sia ingenerato alcun legittimo affidamento nel destinatario del titolo abilitativo (poiché, ad esempio, l'annullamento d'ufficio interviene a breve distanza di tempo dal rilascio del titolo illegittimo), non è necessaria una penetrante motivazione sull'interesse pubblico, né una comparazione di tale interesse con l'interesse privato sacrificato, posto che in tali casi l'interesse pubblico all'annullamento può considerarsi in re ipsa".

del privato (che ottenne il provvedimento, poi assoggettato a procedimento d'annullamento) e quello degli eventuali controinteressati.

Si tratta di una disposizione il ricorso al cui utilizzo è frequente nella prassi delle amministrazioni e, al contempo, assai presente nella giurisprudenza. Ciò a dimostrazione del suo impianto discrezionale (che lascia inevitabilmente all'interprete ampi margini di pensiero) e della difficoltà di ricostruire un quadro stabile di certezze, specie tenuto conto del fatto che, trattandosi di un istituto generale, esso ha applicazioni settoriali, che risentono, di volta in volta, delle esigenze e delle sensibilità dei contesti specifici ⁽⁴⁾.

Lo testimonia il fatto, per certi versi sorprendente, che, ad oggi (se e darà conto nel prosieguo) sembra meno solida del passato anche una delle certezze, per così dire, tradizionali della materia, ovvero quella per la quale l'esercizio del potere amministrativo di autotutela non può mai risiedere nel mero interesse al ripristino della legalità ⁽⁵⁾.

Tra i molti profili di interesse, quello che, allo stato, sembra offrire spunti ricostruttivi di maggior rilievo è il tema del termine ragionevole entro cui il provvedimento può essere annullato; ciò sotto il profilo del rapporto tra questa previsione e il termine dei diciotto mesi che la norma indica quale momento conclusivo di esercizio del potere

⁽⁶⁾, dovendosi appurare (specie in considerazione delle discussioni giurisprudenziali di cui si darà conto) se il termine dei diciotto mesi costituisca un lasso temporale che legittima comunque l'amministrazione all'adozione di provvedimenti di annullamento, con oneri motivazionali dimidiati ed in nome del ripristino della legalità, ovvero se il termine dei diciotto mesi debba intendersi quale momento ultimo per l'esercizio del potere, il quale – tuttavia – dovrà sempre motivare approfonditamente in ordine al suo fondamento in rapporto con gli altri interessi coinvolti.

Onde entrare nel merito di queste problematiche – che inevitabilmente chiamano in causa la struttura di base del potere di annullamento – appare necessario ricostruire i tratti salienti dell'istituto e il suo fondamento di teoria generale.

2. Il riesame degli atti in sede di annullamento in autotutela tra pubblico interesse e tutela del cittadino.

L'art. 21-nonies richiede quattro distinte condizioni, che devono sussistere contemporaneamente per rendere possibile l'annullamento d'ufficio:

(i) il provvedimento di primo grado, innanzitutto, deve essere illegittimo, ossia affetto da un vizio di

⁴ Cfr. in materia di energie rinnovabili, le considerazioni settoriali rinvenibili in P.M. MARTINO, *L'annullamento d'ufficio dell'autorizzazione unica ex art. 12 del D.Lgs. 29 dicembre 2003, n. 387*, in *Riv. Giur. Amb.*, 2014, 754B; in materia di responsabilità, cfr. D. SATULLO, *Responsabilità precontrattuale della P.A. e annullamento d'ufficio: il problema del legittimo affidamento*, in *Foro Amm. – Tar*, 2011, 3694 ss.. In materia edilizia, non si prescinde da M. CALABRÒ, *Permesso di costruire: precisazioni in tema di decorrenza del termine per l'impugnativa e di presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio*, in *Riv. giur. edilizia*, 2007, 567 ss..

⁵ Cfr. TAR Campania Salerno, sez. I, 23 marzo 2017, n. 583: *"In materia edilizia, i presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio della concessione di costruzione con effetti ex tunc sono l'illegittimità originaria del provvedimento,*

l'interesse pubblico concreto e attuale alla sua rimozione, diverso dal mero ripristino della legalità (i.e. tutela del territorio); e ancora: l'assenza di posizioni consolidate in capo ai destinatari e/o l'eventuale negligenza o della malafede del privato che ha indotto in errore l'Amministrazione o ha approfittato di un errore della medesima, tenendo presente che all'uopo quest'ultima deve dare conto, sia pure sinteticamente, della sussistenza di tali presupposti. Con l'avvertenza che, pur non riscontrandosi un termine di decadenza del potere de quo, la caducazione che intervenga a una notevole distanza di tempo e dopo che le opere sono state completate, esige una più puntuale e convincente motivazione a tutela del legittimo affidamento".

⁶ Cfr. M. ALESIO, *Dopo 18 mesi dall'adozione del provvedimento, non è più possibile procedere all'annullamento*, in *Diritto & Giustizia*, 2015, 11 ss..

violazione di legge, incompetenza o eccesso di potere. Ciò, tuttavia, non è sufficiente, di per sé, a legittimare l'annullamento d'ufficio;

(ii) l'annullamento d'ufficio, infatti, sarebbe in ogni caso illegittimo se attraverso la sua adozione si intendessero rimuovere gli effetti del provvedimento di primo grado dopo il decorso di un termine ragionevole (comunque non superiore a diciotto mesi) dall'adozione di quest'ultimo;

(iii) l'annullamento d'ufficio non può essere disposto (neppure quando il provvedimento di primo grado sia illegittimo e non sia ancora decorso il termine ragionevole) qualora, nella motivazione dell'annullamento d'ufficio, la p.a. non consideri espressamente gli interessi dei destinatari e dei controinteressati;

(iv) infine, l'annullamento d'ufficio non può mai essere disposto (neppure quando il provvedimento di primo grado sia illegittimo, non sia ancora decorso il termine ragionevole e non vi siano interessi privati consolidati) qualora manchino chiare e motivate ragioni di interesse pubblico a fondamento della decisione di annullare il provvedimento.

Ciò rende fondamentale il momento motivazionale; quest'ultimo, infatti, deve risultare sensibilmente rafforzato (7).

Quanto osservato rende, peraltro, evidente la rilevanza che il legislatore ha accordato al fattore temporale, nel senso che il decorso del tempo tra l'adozione dell'atto e il suo annullamento d'ufficio è parametro della legittimità stessa di quest'ultimo.

E' questo il sintomo dell'attenzione che l'ordinamento attribuisce alla stabilità degli effetti del provvedimento. Il provvedimento, infatti, una volta adottato, tende a consolidarsi, a sottrarsi a prospettive di precarizzazione che lo esponano per troppo tempo ad una situazione di incertezza in ordine alla rimozione dei suoi effetti.

Questa propensione del diritto amministrativo per la stabilizzazione degli effetti del provvedimento amministrativo si manifesta in molti luoghi; non solo nell'art. 21 *nonies*.

Occorre, infatti, considerare che la stessa nullità del provvedimento contemplata dall'art. 21-septies della l. 241/1990 è figura del tutto eccezionale, rispetto alla regola dell'illegittimità-annullabilità ex art. 21-octies. Inoltre, conviene non tralasciare le disposizioni del codice del processo amministrativo, che assoggettano la proposizione tanto dell'azione di annullamento per illegittimità quanto dell'azione di nullità a termini decadenziali.

Inoltre, l'efficacia del provvedimento (art. 21-quarter, c. 2, della l. 241/1990) può essere sospesa dalla p.a. solo al ricorrere di fatti gravi e solo per il tempo strettamente necessario.

Addirittura, è nella stabilità degli effetti del provvedimento che la giurisprudenza ha intravisto il canone di riferimento attorno al quale ordinare il tema della sorte del provvedimento amministrativo contrastante con il diritto comunitario. Il provvedimento amministrativo, infatti, viene inteso non già come disapplicabile illimitatamente

⁷ Cfr. TAR Campania Salerno, sez. I, 27 febbraio 2012, n. 391: "L'annullamento d'ufficio di una concessione edilizia, per le rilevanti conseguenze in fatto ed in diritto che provoca, deve trovare la sua giustificazione, non solo nella necessità di ripristinare l'ordine giuridico violato, ma anche nella sussistenza di comprovate ragioni di pubblico interesse, concreto ed attuale, prevalenti rispetto all'interesse del privato al punto da giustificare il sacrificio, e tali da imporre la modificazione dello stato di fatto; e, pertanto, è illegittimo il provvedimento di annullamento in autotutela della

concessione tacitamente assentita, allorquando non contenga una puntuale motivazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse, ulteriori rispetto a quelle che avrebbero giustificato l'ordinario diniego della concessione edilizia, sottese all'esercizio del potere di ritiro in autotutela e, pur se adottato a breve distanza di tempo dal perfezionamento della concessione tacitamente assentita, intervenga quando le opere siano già ultimate, così da richiedere una motivazione rafforzata".

ma contestabile solo negli ordinario termini decadenziali ⁽⁸⁾. Inoltre, nemmeno può essere sottaciuta quella giurisprudenza ⁽⁹⁾ che ha affermato che il giudice amministrativo, quando annulla con propria sentenza un provvedimento amministrativo, può decidere di mantenere in vita gli effetti del provvedimento seppur annullato o di fare salvi, almeno, gli effetti già prodotti dal provvedimento prima della sentenza, anziché caducarli retroattivamente.

Sulla base dei riscontri normativi appena elencati, diviene utile chiedersi quale sia la ragione che ha indotto il legislatore a costruire il sistema positivo nel senso di favorire la rapida consolidazione e la stabilità degli effetti dei provvedimenti amministrativi.

Detto *favor* sembra potersi individuare – diversamente da quanto rinverrebbe da riletture tradizio-

nali del diritto amministrativo – non già in un privilegio del potere amministrativo in quanto espressione di *imperium* (l'“antica” presunzione di legittimità degli atti amministrativi autoritativi) ma, al contrario, “di un corollario logico della natura del provvedimento come atto di adempimento del dovere amministrativo, servente rispetto al perseguimento degli interessi pubblici identificati dalla legge i quali, a loro volta, rappresentano sintesi di compatibilità e pre-condizioni essenziali per l'esercizio dei diritti inviolabili delle persone. In questa prospettiva, utilizzando una metafora, i provvedimenti amministrativi rappresentano i “mattoni” indispensabili per costruire e sorreggere l' “edificio” degli interessi pubblici, in cui i diritti inviolabili, punti di emersione individuali della sovranità popolare ex art. 1 Cost., coabitano per essere goduti in condizioni di eguaglianza sostanziale” ⁽¹⁰⁾.

⁸ Cfr. Cons. Stato, sez. III, 8 settembre 2014, n. 4538: “Posto che la violazione del diritto comunitario implica solo un vizio di illegittimità non diverso da quello che discende dal contrasto dell'atto amministrativo con il diritto interno, sussiste l'onere di impugnare il provvedimento contrastante con il diritto europeo dinanzi al Giudice amministrativo entro il termine di decadenza, pena l'impugnabilità del provvedimento medesimo”.

⁹ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 10 maggio 2011, n. 2755: “Anche se in base ad una regola fondamentale che è stata affermata “*ab antiquo et antiquissimo tempore*” dal Consiglio di Stato (come ineluttabile corollario del principio di effettività della tutela) - l'accoglimento del ricorso comporta normalmente l'eliminazione integrale degli effetti dell'atto lesivo per il ricorrente, l'applicazione di tale regola può, in alcuni casi, risultare incongrua e manifestamente ingiusta, ovvero in contrasto col principio di effettività della tutela giurisdizionale. Allorché ciò accada, la regola dell'annullamento con effetti “*ex tunc*” dell'atto impugnato può essere derogata, a seconda delle circostanze, o con la limitazione parziale della retroattività degli effetti, ovvero con la loro decorrenza “*ex nunc*”, ovvero ancora escludendo del tutto gli effetti dell'annullamento e disponendo esclusivamente gli effetti conformativi. La vigente legislazione, d'altra parte, non preclude al g.a. l'esercizio del potere di determinare gli effetti delle proprie sentenze di accoglimento. Da un lato, infatti, la normativa sostanziale e quella processuale non dispongono l'inevitabilità della retroattività degli effetti dell'annullamento di un atto in sede amministrativa o giurisdizionale (cfr. l'art. 21 nonies della l. n. 241 del 1990 e l'art. 34, comma 1, lett. a),

c. proc. amm.). D'altro lato, dagli art. 121 e 122 c. proc. amm. emerge che la rilevata fondatezza di un ricorso d'annullamento può comportare l'esercizio di un potere valutativo del giudice, sulla determinazione dei concreti effetti della propria pronuncia. Tale potere valutativo, attribuito per determinare la perduranza o meno degli effetti di un contratto, va riconosciuto al g.a. in termini generali, quando si tratti di determinare la perduranza o meno degli effetti di un provvedimento. Inoltre, in base alla giurisprudenza comunitaria - la quale ha da tempo affermato che il principio dell'efficacia “*ex tunc*” dell'annullamento, seppur costituente la regola, non ha portata assoluta e che la Corte di Giustizia Ue può dichiarare che l'annullamento di un atto (sia esso parziale o totale) abbia effetto “*ex nunc*” o che, addirittura, l'atto medesimo conservi i propri effetti sino a che l'istituzione modifichi o sostituisca l'atto impugnato - si deve ritenere, analogamente, che il g.a. abbia pure il potere di statuire la perduranza, in tutto o in parte, degli effetti dell'atto risultato illegittimo, per un periodo di tempo che può tenere conto non solo del principio di certezza del diritto e della posizione di chi ha vittoriosamente agito in giudizio, ma anche di ogni altra circostanza da considerare rilevante”. In dottrina, cfr. C. FELIZIANI, *Oltre le Colonne d'Ercole. Può il giudice amministrativo non annullare un provvedimento illegittimo?*, in *Foro amm.* CDS, 2012, 427.

¹⁰ Cfr. M. MONTEDURO, *Il provvedimento amministrativo: riesame e regime dell'invalidità*, in G. CARLOTTI - A. CLINI, *Diritto Amministrativo*, Sant'Arcangelo di Romagna, 2013, 149 ss..

Ne consegue che, proprio per non porre a repentaglio le libertà individuali, che esigono l'adempimento, la cura e la definizione concreta di funzioni e obblighi da parte delle amministrazioni, è necessario, per non dire indispensabile, che il provvedimento si stabilizzi, perché il dovere amministrativo precario ed instabile, non curando la certezza del diritto, si pone in contrasto con il proprio stesso compito di realizzare le libertà fondamentali.

In altre parole, il godimento dei diritti inviolabili postula di necessità la certezza dei tempi di adempimento dei doveri amministrativi e con essi la certezza degli effetti degli atti di adempimento dei doveri amministrativi, ossia dei provvedimenti amministrativi.

Alla luce di ciò non parrebbe doversi nutrire dubbio alcuno in ordine al fatto che, la l. 241/1990, tipizzando i presupposti per l'adozione dei provvedimenti di annullamento d'ufficio, ha inteso sintetizzare e armonizzare due contrapposti interessi: quello dei pubblici poteri al costante aggiornamento della propria azione all'interesse pubblico (e alla legalità) e quello dei cittadini necessitanti di certezza giuridica⁽¹¹⁾.

Ciò, peraltro, in un'ottica che, a parere di chi scrive, è evidentemente volta a non lasciare l'esercizio del potere di revisione all'arbitrio dell'amministrazione ma di correlarlo all'interesse alla stabilizzazione e al consolidamento degli effetti dei provvedimenti amministrativi.

In altre parole, e – deve dirsi – nel solco della tradizione giurisprudenziale antecedente alle riforme del 2015 - la l. 241/1990 proibisce all'amministrazione di cancellare indiscriminatamente gli effetti di provvedimenti amministrativi adottati nel passato ed assoggetta l'esercizio del potere di annullamento ad oneri istruttori, motivazionali e temporali ben precisi.

In questo contesto, il fattore temporale (il tempo che separa il provvedimento illegittimo da quello che ne dispone la rimozione) assume un fattore dirimente. In argomento il sentire giurisprudenziale, già prima dell'entrata in vigore della riforma intervenuta con la legge 124/2015, incidente sull'art. 21 *nonies* L. 241/90, accentuava senza dubbio la comparazione necessaria degli interessi coinvolti, anche in ragione del tempo. In particolare, dottrina e giurisprudenza da tempo avevano sottolineato, con differenza di accenti, l'incidenza del decorso del tempo sulla fattispecie che coinvolge il provvedimento illegittimo.

Si era affermato, al riguardo, che l'annullamento può determinare con il passare del tempo una turbativa maggiore di quella derivante dalla presenza dell'atto illegittimo, atteso il principio della necessità di certezza delle situazioni giuridiche⁽¹²⁾.

Di contro, una altra parte della dottrina aveva rimarcato l'esigenza di certezza, ritenendo che il decorso del tempo non avesse per certo alcuna attitudine sanante, ma che fosse semplicemente ele-

¹¹ Non è questa la sede per ripercorrere le evoluzioni dell'istituto e le sottese prese di posizione di teoria generale. Cionondimeno occorre pur sempre rammentare che, in ordine al fondamento del potere di annullamento, non era mancato chi ne aveva parlato quale *species* del *genus* molto più ampio denominato dell'autotutela, da leggersi quale attitudine generalizzata ed implicita della pubblica amministrazione di governare la conflittualità, eventuale frutto dei propri provvedimenti. In questi termini l'autotutela ha fondamento nello stesso potere e di provvedere originario ed è sostanzialmente libera (priva cioè dei vincoli che oggi ritroviamo nella l.

241/1990). Secondo altri, divenuti nel tempo maggioritari, l'annullamento è riesercizio di poteri già agiti, che necessita di una rinnovata istruttoria e di un fondamento giuridico autonomo. L'art. 21 *nonies* della l. 241/1990 evidentemente riflette questa seconda impostazione (in dottrina, anche per un'approfondita ricostruzione storica, non si prescinde dall'autorevole analisi rinvenibile in R.VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il Provvedimento amministrativo*, Torino, 2016, *passim*, ed in particolare 628 ss.).

¹² Cfr. Cons. Stato, sez. V, 4 novembre 1999, n. 1812.

mento da valutare nel procedere alla comparazione tra l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto e l'esigenza, parimenti pubblicistica, di non turbare posizioni giuridiche ormai consolidate.

Il fondamento di queste esigenze venne dapprima individuato nella necessità di certezza delle situazioni giuridiche, più avanti – all'incedere del diritto dell'Unione ⁽¹³⁾ – nell'affidamento del privato. Tuttavia, fino agli anni '70 del secolo scorso la dottrina e la giurisprudenza hanno utilizzato, in tema di annullamento d'ufficio, argomentazioni nelle quali l'affidamento restava estraneo e l'interesse del privato alla conservazione dello stato di cose esistente veniva assorbito nell'interesse pubblico alla certezza delle situazioni giuridiche, mancando il riconoscimento di una posizione soggettiva del privato. Negli anni '80 l'elaborazione dottrinale ha poi introdotto il principio del rispetto dell'affidamento del privato. Tanto in quanto l'annullamento d'ufficio di atti favorevoli viziati deve ritenersi regolato dal principio di buona fede, inteso come obbligo di correttezza ⁽¹⁴⁾.

Sulla sorta di tali razionalizzazioni dottrinali, la giurisprudenza ha poi affermato che la situazione soggettiva del privato controinteressato alla rimozione di un atto in annullamento d'ufficio si rafforza a decorre del tempo, dovendosi ritenere che quando l'annullamento d'ufficio sopravvenga dopo un significativo lasso di tempo, l'affidamento che il privato pone nel provvedimento, oggetto di annullamento, ne consolidi le aspettative, fino a rendere l'illegittimità inamovibile ⁽¹⁵⁾.

Negli intendimenti più recenti, dunque, i limiti al potere di autotutela discendono dalla necessità di salvaguardare il senso di certezza giuridica, alla quale si ritiene ragionevole che il cittadino si affidi in rapporto ad un determinato traguardo amministrativo ⁽¹⁶⁾.

I presupposti che integrano una situazione di legittimo affidamento del cittadino di fronte all'azione dell'Amministrazione sono essenzialmente due:

- (i) la condotta dell'amministrazione che deve aver generato le condizioni a che sul suo operato il privato potesse confidare e
- (ii) la buona fede di quest'ultimo ⁽¹⁷⁾.

¹³ Sulla prospettiva europea cfr. C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv.It.Dir.Pub.Com.*, 2016, 1531 ss..

¹⁴ Per una ricostruzione dogmatica di queste evoluzioni, resta inteso che non potrà prescindersi da F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Torino, 1970, 145 ss. Si veda, inoltre, S. D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 2009, 537 ss..

¹⁵ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 12 agosto 2002, n. 4159: "In sede di annullamento d'ufficio non è necessario il motivato ed esplicito accertamento dell'interesse pubblico all'annullamento medesimo allorché le conseguenze dell'atto illegittimo consistano in un attuale e futuro esborso di somme senza titolo, con danno per l'amministrazione e con vantaggio per il privato. In tali casi, infatti, l'interesse a mettere nel nulla l'atto è "in re ipsa". Nè va sottaciuto che nell'annullamento d'ufficio la considerazione della situazione soggettiva del privato è in funzione del decorso, dovendosi ritenere che, quando l'annullamento d'ufficio sopravvenga dopo un significativo lasso di tempo, l'affidamento che il privato pone sul provvedimento

oggetto di annullamento si sia ormai consolidato"; TAR Campania Napoli, sez. VIII, 2 luglio 2014, n. 3608: "Il provvedimento di annullamento esercitato ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241/1990, presuppone, oltre all'accertamento dell'originaria illegittimità dell'atto, la valutazione della rispondenza della sua rimozione a un interesse pubblico non solo attuale e concreto, ma anche prevalente rispetto ad altri interessi a favore della sua conservazione, e, tra questi, in particolare, rispetto all'interesse del privato che ha riposto affidamento nella legittimità e stabilità dell'atto medesimo, tanto più quando un simile affidamento si sia consolidato per effetto del decorso di un rilevante arco temporale; è necessario pertanto che l'amministrazione espliciti in sede motivazionale la compiuta valutazione comparativa tra interessi configgenti in modo che la motivazione risulti tanto più intensa, quanto maggiore sia l'arco temporale trascorso dall'adozione dell'atto da annullare".

¹⁶ Cfr. C.E. GALLO, *La lesione dell'affidamento sull'attività della Pubblica Amministrazione*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2016, 564 ss..

¹⁷ Cfr. TAR Campania Napoli, sez. I, 4 giugno 2016, n. 2213: "È necessario, perché vi sia affidamento legittimo tutelabile anche in via risarcitoria, che il privato difenda un'utilità ottenuta nella

L'affidamento, in particolare, scaturisce sempre da un'attività dell'Amministrazione apparentemente legittima; se, però, la legittimità è solo apparente vuol dire che il comportamento dell'Amministrazione è stato realizzato in violazione delle regole che presiedono lo svolgimento della sua attività. Non ogni affidamento è tuttavia tutelabile. Per poter assurgere a posizione qualificata, esso deve collocarsi nel contesto di una condotta anteriore, contemporanea e successiva all'attività dell'Amministrazione, connotata dall'assenza di qualsiasi violazione del generale dovere di correttezza gravante sul cittadino.

In altre parole, la nozione di affidamento che l'ordinamento intende accogliere è volta a premiare comportamenti veritieri di buona fede da parte del privato, quale espansione del principio di buona fede che governa i rapporti giuridici e la condotta di tutti i consociati⁽¹⁸⁾.

All'amministrazione, dunque, non è preclusa la possibilità di rimuovere l'atto su cui il privato non possa aver fatto affidamento, essendo a conoscenza piena (se non addirittura corresponsabile) dell'illegittimità dell'atto oggetto del procedimento di annullamento d'ufficio. In questa prospettiva, lo stesso decorso del tempo assumerà un carattere di protezione per il privato non dirimente.

Resta il fatto, in ogni caso, tornando al fattore temporale e alla sua rilevanza nella dinamica com-

plexiva dell'istituto, che il termine ragionevole risulta esser stata nozione anzitutto dottrinale e giurisprudenziale⁽¹⁹⁾, prim'ancora che normativa (art. 21-nonies della L. 241/90).

E tuttavia, proprio in ragione di siffatta matrice storica, ed in assenza di un originario termine rigido, l'esercizio caducatorio d'ufficio ha finito per poter esporre il cittadino ad uno stato di incertezza, perché in linea di principio quel potere avrebbe potuto esser esercitato anche a distanza di lungo tempo, dilatando – potenzialmente indiscriminatamente - l'arco temporale suscettibile di intercorrere tra l'emissione del provvedimento originario e la sua autotutela demolitoria⁽²⁰⁾.

3. – Il termine dei 18 mesi quale norma pro futuro e canone d'esegesi.

Su questo stato di cose, interviene oggi l'art. 21 *nonies*, con la previsione di un termine non superiore ai 18 mesi per l'esercizio dei poteri di autotutela, asservendo quel termine all'esigenza di garantire una tutela dell'affidamento dei privati e con essi la generale certezza giuridica. Con l'entrata in vigore della riforma del 2015 dell'art. 21 *nonies* della L. 241/90, il legislatore, dunque, ha frenato la tendenza da parte delle amministrazioni di annullare i provvedimenti emessi, dilazionando i termini decorrenti dall'emissione degli stessi.

plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia conseguito con dolo o comunque con colpa apprezzabile, collegata al carattere palese e quindi riconoscibile, del vizio che inficia l'atto".

¹⁸ Nella prospettiva del tutto peculiare e, in concreto usuale e relevantissima cfr. TAR Puglia Bari, sez. II, 20 febbraio 2017, n. 161: "L'affidamento sulla validità di un titolo edilizio, quale espansione del principio di buona fede che governa i rapporti giuridici, è il convincimento, indotto, in una delle parti del rapporto, dal comportamento dell'altra, sulla validità o l'esistenza di un fatto, atto o comportamento altrui giuridicamente rilevante".

¹⁹ Cfr. R. VILLATA, *Il processo davanti il giudice amministrativo. Commento sistematico alla L. 205/2000*, Torino, 2001, 323 per il quale quanto più tempo è passato dall'emanazione del provvedimento invalido, tanto più sarà disagiata dimostrare che l'interesse pubblico ne esige la caducazione.

²⁰ Cfr. Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341: "È illegittimo il provvedimento di annullamento d'ufficio di una concessione edilizia in sanatoria adottato a distanza di oltre tredici anni dal rilascio, senza motivazione sull'interesse pubblico alla relativa rimozione, perché lesivo dell'affidamento (particolarmente qualificato) dei titolari del titolo edilizio circa la stabilità e la definitività dei suoi effetti autorizzatori".

La scelta, peraltro, oltre che fondata sul valutazioni di natura teorica e dommatica (la valorizzazione della certezza del diritto e, con essa, dell'affidamento del privato), riflette anche l'esigenza pratica di limitare l'altrimenti generale discrezionalità amministrativa, con i noti limiti in tema di sindacabilità decisioni di tale natura (21).

Decorsi i diciotto mesi viene meno ogni potere valutativo in capo all'amministrazione con riguardo alla eventuale prevalenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo su quello privato alla conservazione del proprio vantaggio.

In buona sostanza ciò equivale ad affermare che, decorso il termine, l'interesse del privato alla conservazione del proprio vantaggio è sempre prevalente e altresì, da una diversa prospettiva, che il fattore tempo costituisce un limite invalicabile alla

riedizione del potere amministrativo, decorso il quel quest'ultimo dovrà intendersi come esaurito (22).

Questa prospettazione di per sé nitida, non è andata esente da alcuni dissidi interpretativi, perché la giurisprudenza ha a lungo discusso in ordine alla applicabilità di detto termine di diciotto mesi, alle vicende amministrative prodottesi in data antecedente alla sua entrata in vigore.

In giurisprudenza, in particolare, si rinviene il condivisibile orientamento che intende questa disposizione come applicabile solo pro futuro, sicché le vicende pregresse continuano a trovare disciplina in un potere dell'amministrazione ancora discrezionale, anche sotto il profilo delle valutazioni temporali (23). Per le vicende di autotutela successive alla entrata in vigore della novella del

²¹ In giurisprudenza *ex pluribus* in tema di discrezionalità cfr. Cons. Stato, sez. III, 3 luglio 2013, n. 3572: "Gli atti di programmazione sanitaria, pur essendo ampiamente discrezionali, non si sottraggono al sindacato del giudice amministrativo, ma tale sindacato non può impingere nel merito delle scelte effettuate dalla p.a. e può riguardare solo vizi che "ictu oculi" appaiano di eccesso di potere in alcune figure sintomatiche, quali l'illogicità, la contraddittorietà, l'ingiustizia manifesta, l'arbitrarietà o l'irragionevolezza della determinazione, trattandosi di provvedimenti assunti all'esito di complesse procedure, nel corso delle quali sono di norma acquisite, discusse e definite tutte le valutazioni connesse con il perseguimento dell'interesse pubblico; in questo ambito acquista valore l'adeguatezza della motivazione, consentita anche "per relationem" a tutti gli atti del procedimento, ma, stante la natura ampiamente discrezionale del provvedimento, è ovvio che essa non deve convincere della opportunità della scelta effettuata, bensì solo dell'assenza dei vizi su elencati".

²² Cfr. TAR Lazio Roma, sez. II, 7 marzo 2017, n. 3215: "L'art. 21 nonies, l. n. 241 del 1990 ha introdotto un preciso e ben individuato termine definibile "perentorio" per l'esercizio del potere di autotutela, ossia un termine massimo per il legittimo esercizio del potere in questione, pari a 18 mesi, a cui non può necessariamente non riconnettersi l'annullamento in sede giurisdizionale per l'ipotesi di mancato rispetto di esso. Essendo l'esigenza sottesa all'introduzione della prescrizione de qua quella di tutelare l'affidamento ingenerato nei destinatari degli atti ampliativi, l'ammissione dell'esercizio di tale potere esclusivamente entro il termine di 18 mesi in termini netti e assoluti non potrebbe non rivelarsi incostituzionale

per contrasto, tra gli altri, con l'art. 97 Cost., in ragione della inequivoca necessità di tenere conto anche dei casi connotati da specifiche peculiarità, atte a sminuire o addirittura ad annientare l'esigenza di cui sopra. Proprio all'inefettibile necessità di non trascurare la sussistenza di tali casi si spiega o meglio è ragionevolmente riconducibile l'introduzione da parte del legislatore del comma 2 bis dell'art. 21 nonies, prescrivente un'eccezione all'esercizio del potere di autotutela entro il termine dei 18 mesi per il caso in cui i provvedimenti siano stati conseguiti sulla base di "false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false o mendaci".

²³ Cfr. TAR Campania Napoli, sez. II, 11 aprile 2017, n. 1979: "La norma in esame ha, dunque, sicuramente carattere innovativo, sicché si applica soltanto ai provvedimenti adottati successivamente alla sua entrata in vigore: ora, tenendo conto che tale disposizione riguarda soltanto provvedimenti di secondo grado e che, come si è detto, non ha valenza sanante dei provvedimenti (di primo grado) emessi antecedentemente ai 18 mesi precedenti alla sua entrata in vigore, tale disposizione – che introduce un regime temporale rigido di annullabilità dell'atto amministrativo – non può che riferirsi ai provvedimenti in autotutela di provvedimenti di primo grado adottati successivamente alla vigenza della legge.

Depone a favore di tale interpretazione la stessa lettera della norma che, assumendo che l'annullamento in autotutela deve disporsi entro un termine "comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione", afferma, in buona sostanza, che l'atto di secondo grado non potrà essere emanato dopo 18 mesi dal momento dell'adozione – momento che, attesa l'innovatività della norma, non può che essere successivo alla sua

2015, viceversa, il termine di 18 mesi è da intendersi come preclusivo di ogni successiva azione e provvedimento di autotutela. Ciò, peraltro, con una ulteriore precisazione: il rispetto del termine dei diciotto mesi non rende *ipso facto* sempre legittimo l'annullamento in autotutela, dovendo di volta in volta l'amministrazione dimostrare circostanziatamente, alla luce dei fatti e con ponderazione motivazionale specifica, che l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo prevale su quello privato contrastante⁽²⁴⁾.

Questa prospettiva, peraltro, porterà presumibilmente a considerare quel mero residuo delle pregresse versioni delle norme in esame. La questione è rimessa all'attenzione della adunanza plenaria ed è relativa al contrasto giurisprudenziale in merito al se l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, *sub specie* di concessione in sanatoria, intervenuta ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivato in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo⁽²⁵⁾.

La questione era emersa in ragione di un contrasto interpretativo sorto tra le sezioni in merito alla operatività dell'istituto dell'annullamento d'uffi-

cio. Non è inutile richiamare gli esiti di quella riflessione, non foss'altro perché essi introducono alla seguente questione di rilievo, quello della funzione dell'autotutela, quale misura discrezionale o di mero ripristino della legalità.

Secondo parte della giurisprudenza⁽²⁶⁾, in riferimento a provvedimento di annullamento in autotutela di una concessione in sanatoria, e rispetto alla formulazione antecedente la novella del 2015, si è ritenuto che il potere di annullamento ha un presupposto rigido (l'illegittimità dell'atto da annullare) e due presupposti riferiti a concetti indeterminati, affidati all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione (la ragionevolezza del termine di adozione dell'atto; la sussistenza dell'interesse pubblico alla sua rimozione unitamente alla considerazione dell'interesse dei destinatari). Il fondamento di questi due ultimi presupposti è stato individuato nella garanzia della tutela dell'affidamento dei destinatari in ordine alla certezza e stabilità degli effetti giuridici, mediante la valutazione discrezionale della amministrazione nella ricerca del giusto equilibrio tra ripristino della legalità violata e conservazione dell'assetto regolativo del provvedimento viziato. Esigenze rafforzate dalla novella del 2015, con la fissazione del termine ragionevole in quello massimo di 18 mesi, valevole come indice ermeneutico.

A questa posizione se ne contrappone altra (maggioritaria)⁽²⁷⁾, secondo il quale il provvedimento di annullamento di concessione edilizia illegittima è da ritenersi *in re ipsa* correlato alla necessità

entrata in vigore – del provvedimento autorizzativo (di primo grado) (cfr. sul punto questa Sezione, 12.9.2016 n. 4229)".

²⁴ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2017, n. 1830; si legga altresì TAR Campania, Napoli, sez. II, 8 settembre 2016, n. 4193: "Nella nuova formulazione dell'art. 21 nonies della Legge n. 241/1990, così come modificato dall'art. 6, comma 1, lett. d), n. 1) della Legge n. 124/2015, l'inciso "comunque non superiore a diciotto 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'art. 20" non ha carattere interpretativo dell'inciso che precede "entro un termine ragionevole", perché, se così fosse, si dovrebbe considerare comunque e sempre "ragionevole" l'annullamento d'ufficio effettuato dall'amministrazione entro 18 mesi, mentre nulla vieta di ritenere irragionevole anche un provvedimento in autotutela adottato entro il predetto termine".

²⁵ Cfr. ancora Cons. Stato, sez. IV, 19 aprile 2017, n. 1830.

²⁶ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 27 gennaio 2017 n. 341.

²⁷ Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2885.

di curare l'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata, atteso che il rilascio del titolo edilizio comporta la sussistenza di una permanente situazione *contra legem* e di conseguenza ingenera nell'amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita. In questo filone giurisprudenziale, per esonerare dalla comparazione tra interesse pubblico e interesse privato, spesso, assumono rilievo le indicazioni fuorvianti o false della parte istante, che avevano determinato l'illegittimità del provvedimento annullato. Invece, la motivazione sulla comparazione degli interessi è richiesta quando l'esercizio dell'autotutela discenda da errori di valutazione dovuti all'amministrazione.

Sarà l'Adunanza Plenaria a dover chiarire la questione; quel che, tuttavia, pare possibile dire in merito è che, alla luce dei canoni ricostruttivi innanzi esposti, ogni qual volta possa dirsi che la posizione del privato abbia natura legittima (nel senso di riposare su di un legittimo affidamento) non parrebbe doversi dubitare che l'esercizio del potere di autotutela non possa esser funzionalizzato al mero ripristino della legalità e che debba sostanzialmente in una accorta e circostanziata ponderazione tra contrapposti interessi, pena la violazione del suo legittimo affidamento.

In questo contesto, peraltro, il termine di 18 mesi, sebbene introdotto successivamente, pare poter svolgere un ruolo dirimente di supporto alle valutazioni che l'amministrazione dovrà compiere.

Questa prospettiva porta con sé alcune conseguenze molto precise in termini di onere motivazionale; ogni qualvolta i giudici si troveranno a decidere in ordine all'esercizio concreto del potere di autotutela, sia che la questione sia antecedente che successiva alla novella del 2015, essi dovranno prestare particolare cura all'adempimento dell'onere motivazionale. Lo richiede la funzione stessa dell'istituto, che – come si è visto – prende

in considerazione espressamente la tutela del cittadino, anche alla luce del tempo intercorso tra provvedimento e suo annullamento.

Per sacrificare, quindi, l'affidamento generato nel privato, vi dev'essere una motivazione estremamente pregnante, in tema di prevalenza dell'interesse pubblico sul corrispettivo sacrificio imposto al privato e questa deve emergere dalla parte motiva del provvedimento. La motivazione del provvedimento di secondo grado deve indicare il presupposto discrezionale della sua adozione che non deve esaurirsi in un mero riscontro della illegittimità dell'atto da annullare con conseguente necessità di ripristino della legalità violata. Una motivazione è satisfattiva allorquando enuncia, in concreto oltre la rilevanza del vizio, l'esito di un giudizio di prevalenza, ovvero la comparazione fra rilevanti interessi pubblici specifici che tendono all'annullamento dell'atto e altrettanto preminenti interessi privati. Alla stregua delle più recenti coordinate ermeneutiche tracciate dalla giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio di un titolo abilitativo, l'onere di motivazione è assolto quando contiene una giustificazione convincente circa l'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto in relazione alla pregnanza e preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio del titolo illegittimo. Inoltre, la motivazione deve essere ancor più puntuale con riferimento agli atti permissivi che sono connotati dall'esplicazione di un'efficacia istantanea coincidente con l'adozione dell'atto autorizzatorio. Trattasi di una valutazione doverosa, alla quale l'amministrazione non può sottrarsi enunciando genericamente la sussistenza di un interesse alla rimozione dell'atto illegittimo.

La sussistenza dell'interesse alla rimozione dell'atto illegittimo è il presupposto per l'esercizio di tale potere di merito. La disposizione attributiva del potere di annullamento in autotutela lo disciplina precisando un solo presupposto rigido ovvero sia l'illegittimità dell'atto da annullare e

da altri condizioni flessibili e duttili che consistono in concetti giuridici indeterminati, che lasciano ampi margini di discrezionalità all'amministrazione. E proprio tali condizioni flessibili sono stabilite dal legislatore a presidio del rispetto del legittimo affidamento del destinatario dell'atto ampliativo, nonché in ordine alla stabilità dei rapporti ed alla certezza degli effetti giuridici prodotti dagli stessi. Il canone di legalità maggiormente garantista per gli interessi dei destinatari di atti ampliativi e posto quale presidio della valutazione discrezionale dell'amministrazione è la previsione di un termine massimo di consumazione del potere di autotutela decisoria.

Nel campo, di cui ci stiamo occupando, delle decisioni di secondo grado, la ragionevolezza, la legalità, la conformità alle norme sono sintomi di quel ripensamento dell'Amministrazione e, quindi, bisogna tenere distinti i casi nei quali alla revisione della precedente decisione l'amministrazione sia indotta da una richiesta, una segnalazione o una denuncia di un terzo, dai casi nei quali invece la verifica parta da una spontanea iniziativa dell'amministrazione stessa.

Nella prima eventualità, l'amministrazione, preso atto della necessità di tornare sulla precedente illegittima decisione, procederà al giudizio comparativo.

Qui la struttura della situazione si avvicina a quella propria di un riscontro obiettivo di legittimità, come quello che si svolge davanti al giudice amministrativo, nelle quali il *prius* è la conformità alla legge. E proprio in assenza dell'enunciazione precisa ed articolata delle norme violate, la decisione del giudice non potrà essere altra che l'annullamento del provvedimento di secondo grado illegittimamente emanato dalla Pubblica Amministrazione.

Le valutazioni di convenienza finiscono per avere una funzione servente, di eventuale rinforzo di una soluzione comunque altrimenti motivata, o

entrano in gioco come ragioni di fatto che spieghino il tentativo di sostenere una piuttosto che un'altra interpretazione del dato giuridico, il quale resta però decisivo, o almeno deve alla fine apparire tale.

Diverso è il caso in cui il provvedimento di autotutela sia adottato spontaneamente, d'ufficio, dall'amministrazione, dove non è neanche ben chiaro, perché anche a distanza di molti anni l'amministrazione proceda ad un ripensamento su una situazione già radicata

La decisione stessa di mettersi sulla via di una rivalutazione delle precedenti decisioni è connotata infatti da una radicale e incontrollabile possibilità di scelta, una ampissima discrezionalità che giustifica le affermazioni così frequenti nella nostra giurisprudenza circa la necessità che l'amministrazione motivi adeguatamente la sua scelta, che giustifichi lo specifico interesse pubblico che la muove e che dimostri di aver ponderato questo interesse con tutti gli altri presenti nel quadro.

Questa è la vera funzione della motivazione pregnante dovuta dall'amministrazione.

Si attua così un generale controllo implicito camuffato da un'apparente forma di garanzia da accordare ai privati. Controllo sull'ampia discrezionalità, che trova maggiore conferma allorché la spinta ad attivare il procedimento provvedimento volto all'annullamento del provvedimento di secondo grado provenga da libera scelta dell'amministrazione.

Si tratta dunque di sottoporre non l'annullamento in sé, ma la scelta, tutt'altro che obbligata, di procedervi, ad una attenta verifica. Una prerogativa

che resta nella sfera giuridica dell'amministrazione anche se sollecitata da terzi ⁽²⁸⁾.

Tutt'al più la valutazione è sul legittimo uso del potere di autotutela decisoria, sulla sua giustificazione, sulla proporzionalità del suo esercizio. Come evidenziato da copiosa giurisprudenza, in materia edilizia, l'annullamento in autotutela di titoli edilizi illegittimamente rilasciati è considerato in maniera più rigorosa ⁽²⁹⁾. Nella previgente disciplina, ante riforma del 2015, proprio l'incertezza della nozione di termine ragionevole imponeva un maggiore controllo sull'esercizio del potere di autotutela su atti attributivi di utilità giuridiche od economiche.

La definitività degli effetti autorizzatori veniva sovente sorpassata da motivazioni astratte e riferite ad esigenze di tutela di valori pubblici generici, risolvendosi nella ripetitiva e astratta affermazione dei medesimi interessi alla cui soddisfazione la norma violata risulta preordinata.

Con la precisazione esatta del termine massimo consentito per l'esercizio del potere di autotutela decisoria, il legislatore, accordando maggiore tutela agli interessi dei destinatari di atti autorizzatori e rendendoli di fatto inamovibili, seppur illegittimamente resi in origine, ha di fatto posto ridimensionato la funzione di controllo attribuita, ridando alla motivazione la sua naturale funzione,

in senso stretto, consistente nell'enunciazione dei presupposti e dei motivi su cui si fonda un determinato provvedimento.

4. Conclusioni

L'analisi condotta ha permesso di evidenziare, si ritiene, con profitto, le evoluzioni (ed in parte i tormenti) dell'istituto dell'annullamento d'ufficio, il quale in virtù della novella del 2015, nella rilettura datane dalla giurisprudenza, sembra aver ritrovato alcune connotati tradizionali: l'essere potere discrezionale, di valutazione comparativa tra interessi e di richiedere, per questa ragione l'esplicitazione di motivazioni pregnanti e circostanziate, che diano la misura della esistenza di un interesse pubblico attuale e concreto e non di una mera esigenza di ripristino della sola legalità violata. In questa prospettiva, il termine dei 18 mesi individua un momento oltre il quale non è possibile più alcuna comparazione, in virtù della scelta del legislatore del 2015 di accordare preminenza alle esigenze di certezza del diritto. In sintesi, non sembra porsi in dubbio che la tutela offerta dal legislatore non è, in realtà, ancorata ad esigenze di tutela delle posizioni di legittimo affidamento ingenerate nel destinatario del provvedimento autorizzatorio, ma viene prevista in ragione del solo

²⁸ Come affermato da copiosa giurisprudenza: *"l'autore di un esposto – denuncia non assume per ciò solo le vesti di controinteressato processuale nel giudizio amministrativo instaurato avverso l'annullamento d'ufficio dell'atto, anche ove (...) il suo ritiro sia sollecitato nella denuncia. L'autotutela decisoria, per quanto sollecitata da terzi portatori di interessi di mero fatto al suo esercizio, resta prerogativa dell'Amministrazione non soltanto nel suo concreto atteggiarsi, ma anche in relazione alla autonoma valutazione delle condizioni, in fatto e in diritto, per il suo esplicarsi (Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2016, n. 399; Cons. Stato, Sez. IV, 21 dicembre 2012 n. 6639 e sez. IV, n. 4516/2011).*

²⁹ Il provvedimento di autotutela deve essere adeguatamente motivato con riferimento alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'annullamento nonché alla valutazione comparativa dell'interesse dei destinatari al mantenimento delle posizioni e dell'affidamento insorto in

capo ai medesimi; in materia edilizia, l'annullamento in autotutela di titoli edilizi illegittimamente rilasciati va considerato in maniera più rigorosa, atteso che l'annullamento di una concessione edilizia non necessita di una espressa e specifica motivazione sul pubblico interesse, configurandosi questo nell'interesse della collettività al rispetto della disciplina. E' pertanto illegittimo un provvedimento che consideri quale unico presupposto l'illegittimità del provvedimento annullato senza alcuna valutazione né del tempo particolarmente lungo trascorso, né dell'interesse pubblico attuale all'esercizio dell'autotutela e all'affidamento del privato, dovendosi considerare anche che nel frattempo gli immobili siano stati alienati a terzi sulla base di concessione edilizia rilasciata dal Comune (*ex multis* T.A.R. Campania, Sezione VIII, 4 settembre 2015, n. 4286).

decorso del tempo e in nome del principio della certezza del diritto.