amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

**Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo**

Pubblicata in internet all'indirizzo www.amministrativamente.com

*Rivista di Ateneo dell'Università degli Studi di Roma "Foro Italico"*

**Direzione scientifica**
Gennaro Terracciano, Gabriella Mazzei, Julián Espartero Casado

**Direttore Responsabile**
Gaetano Caputi

**Redazione**
Giuseppe Egidio Iacovino, Carlo Rizzo

# FASCICOLO N. 3/2020

estratto

Iscritta nel registro della stampa del Tribunale di Roma al n. 16/2009
ISSN 2036-7821

Comitato scientifico

Annamaria Angiuli, Vincenzo Caputi Jambrenghi, Enrico Carloni, Guido Clemente di San Luca, Andry Matilla Correa, Gianfranco D'Alessio, Ambrogio De Siano, Ruggiero Dipace, Luigi Ferrara, Pierpaolo Forte, Gianluca Gardini, Biagio Giliberti, Emanuele Isidori, Francesco Merloni, Giuseppe Palma, Alberto Palomar Olmeda, Attilio Parisi, Luca Raffaello Perfetti, Fabio Pigozzi, Alessandra Pioggia, Helene Puliat, Francesco Rota, Leonardo J. Sánchez-Mesa Martínez, Ramón Terol Gómez, Antonio Felice Uricchio.

Comitato editoriale

Jesús Avezuela Cárcel, Giuseppe Bettoni, Salvatore Bonfiglio, Vinicio Brigante, Giovanni Cocozza, Manuel Delgado Iribarren, Giuseppe Doria, Fortunato Gambardella, Flavio Genghi, Jakub Handrlica, Margherita Interlandi, Laura Letizia, Gaetano Natullo, Carmen Pérez González, Marcin Princ, Antonio Saporito, Giuliano Taglianetti, Salvatore Villani.

Coordinamento del Comitato editoriale

Valerio Sarcone.


ISSN 2036-7821

amministrativ@mente
Rivista scientifica trimestrale di diritto amministrativo
www.amministrativamente.com

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI ROMA "FORO ITALICO"

# L'elaborazione dottrinale sull'autotutela decisoria ad esito eliminatorio nei confronti del provvedimento nullo.

## di Roberto Musone

(Laurea magistrale in Scienze delle pubbliche amministrazioni, Università di Roma "La Sapienza" - "Grado" in "Derecho", Università "Antonio de Nebrija" di Madrid)

## Sommario

1. Premessa. – 2. L'opinione negatrice dell'ammissibilità della rimozione in autotutela del provvedimento nullo. – 2.1. Le tesi. – 2.2. Osservazioni critiche. – 3. Natura giuridica dell'atto di autotutela e schemi interpretativi. – 4. La tesi dell'applicabilità analogica dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990. – 5. La tesi dell'inapplicabilità analogica dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990. – 6. La tesi della natura dichiarativa. – 7. La tesi dell'eliminazione automatica degli effetti materiali del provvedimento nullo. – 8. La tesi della natura vincolata. – 9. Conclusioni.

## Abstract

The increased interest of the legislator in administrative self-defense, particularly shown by ll. nos. 164/2014 and 124/2015 and spilled over to the same doctrine, in which the idea of a re-elaboration of the institute in general terms is widespread, brings to the attention of the scholar of the administrative procedure a renewed stimulus for the issue of self-protection against of the null measures, on which no dedicated study has been found so far.
In fact, while the doctrine has dealt extensively with the theme of administrative self-protection since the Benvenutian reorganization of the late fifties, the legislator has only addressed it in the twenty-first century starting from l. n. 15/2005, with respect to which the reforms of 2014 and 2015 represent a further advance in the countertrend to break away from the substantial lack of interest shown towards the institute in the last century.

1. *Premessa.*

L'accresciuto interesse del legislatore per l'autotutela amministrativa, mostrato particolarmente dalle ll. nn. 164/2014 e 124/2015 e riversatosi sulla stessa dottrina[1], nella quale è diffusa l'idea di una rielaborazione dell'istituto in termini generali[2], pone all'attenzione dello studioso del procedimento amministrativo un rinnovato stimolo per la tematica dell'autotutela nei confronti dei provvedimenti nulli, sulla quale non è dato riscontrare finora alcuno studio dedicato.

In effetti, mentre la dottrina ha trattato diffusamente il tema dell'autotutela amministrativa fin dalla risistemazione benvenutiana della fine degli anni Cinquanta[3], il legislatore lo ha affrontato solo nel ventunesimo secolo a partire dalla l. n. 15/2005, rispetto alla quale le riforme del 2014 e 2015 rappresentano un ulteriore avanzamento nella controtendenza a distaccarsi dal sostanziale disinteresse mostrato verso l'istituto nel secolo scorso.

Nella tematica *de qua* emerge anzitutto il risultato in qualche modo «paradossale»[4] della riforma del 2005, che ha previsto la revoca degli atti inopportuni e

[1] Ancor prima delle riforme in oggetto è dato rilevare una rinnovata attenzione dottrinale per il tema in esame, significativamente attestata dal numero impressionante di studi monografici usciti nell'ultimo decennio, sia sull'istituto in generale che sulle singole figure, tra i quali, senza pretese di esaustività, cfr. M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, II ed., Napoli, 2018; A. ARDITO, *Revoca e nuovi modelli amministrativi di rivedibilità*, Bari, 2008; F. ASTONE, *Nullità* e annullabilità del provvedimento amministrativo. Profili sostanziali e tutela giurisdizionale, Soveria Mannelli, 2009; J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi. Tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012; C. BIONDI, *L'autotutela. Profili giuridici e aspetti applicativi. Autotutela amministrativa, autotutela tributaria, procedimento e fasi, autotutela sostitutiva, limiti, autotutela in contenzioso, ipotesi di responsabilità, autotutela e istituti deflativi*, Santarcangelo di Romagna, 2013; G. CATALDO SALERNO, *La revoca dei provvedimenti amministrativi ed i principi della funzione*, Torino, 2014; R. CIFARELLI, *L'autotutela amministrativa dopo la riforma Madia e il nuovo codice dei contratti pubblici*, Roma, 2016; P. COTZA, *Dell'interesse pubblico e di altri incidenti nell'annullamento d'ufficio e nella convalida delle fattispecie precettive di diritto amministrativo*, Napoli, 2012; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; B.E.G. FUOCO, *Manuale dell'autotutela decisoria nei procedimenti di evidenza pubblica. Guida all'annullamento e alla revoca degli atti di gara*, Santarcangelo di Romagna, 2009; G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e sorte del contratto*, Bari, 2016; G. GALLONE, *Annullamento d'ufficio e risoluzione del contratto pubblico. Nuove prospettive alla luce del codice dei contratti pubblici e del correttivo del 2017*, Roma, 2017; P. GIANNITI (a cura di), *La disciplina dell'autotutela. Nel diritto costituzionale, civile, penale, del lavoro, amministrativo, tributario, comunitario ed internazionale*, Padova, 2010; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2017; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013; A. LUPO, *Premesse per uno studio sulla revoca degli atti amministrativi*, Milano, 2013; B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017; E. MICHETTI, *La motivazione del provvedimento amministrativo impugnato. La convalida e l'integrazione*, Milano, 2012; [omissis]; [omissis]; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; P. POZZANI, *L'attività amministrativa sostanziale negli atti confermativi*, Napoli, 2012; F. PUBUSA-S. PUDDU (a cura di), *Procedimento, provvedimento e autotutela. Evoluzione e involuzione*, Napoli, 2019; A. RALLO-A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016.

[2] Sul punto cfr. partic. NAPOLITANO, *op. cit.*, pp. 1-11.

[3] Cfr. F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, pp. 537 ss.

[4] L'espressione è di A.D. CORTESI, *Interruzione del rapporto organico e nullità del provvedimento*, in *Urb. e app.*, 2008, pp. 1303 ss., p. 1307.

l'annullamento d'ufficio degli atti illegittimi senza però contemplare alcuna forma di autotutela nei confronti di atti affetti da vizi ancora più gravi ed evidenti, diversamente da quanto previsto espressamente dagli ordinamenti amministrativi di altri Stati membri dell'Unione europea[5].

In realtà, il paradosso è solo apparente, se tiene presente che il rinnovato interesse per l'autotutela amministrativa ha lambito solo marginalmente la questione in esame, della quale vi è traccia per lo più in parti isolate di trattazioni manualistiche o monografiche. In effetti, come è stato constatato, il tema in esame praticamente non è stato quasi mai studiato dalla dottrina[6], le cui ricerche in proposito sono tuttora scarse, non esaustive e, soprattutto, assolutamente incomparabili con quelle relative all'annullamento d'ufficio e alla revoca, su cui si sono polarizzati gli interessi della letteratura rispetto alle quattro forme di autotutela fornite di una disciplina positiva.

Inoltre, nel codificare tale istituto, come è noto, la l. n. 15/2005 ha essenzialmente trasposto a livello legislativo le conclusioni alle quali era già arrivata la giurisprudenza. Ora, alla luce della formulazione dell'art. 21-*septies* della l. n. 241/1990, che si limita ad una mera enumerazione delle ipotesi di nullità, resta totalmente indeterminata la possibilità per la pubblica amministrazione di eliminare in via di autotutela il provvedimento nullo mediante strumenti, modalità e forme diverse da quelle dell'annullamento d'ufficio. La decisione di non specificare nell'art. 21-*septies* le conseguenze giuridiche che l'ordinamento attribuisce alla nullità del provvedimento non ha quindi facilitato l'obiettivo degli organi giurisdizionali e amministrativi, deputati all'applicazione della disposizione in esame, di separare dall'annullabilità questa forma di invalidità, una scelta che anzi sembra quasi evidenziare lo scarso peso assegnato dal legislatore ad essa nell'ordinamento amministrativo[7].

Del resto, la giurisprudenza ha affermato sempre che, mentre nel sistema delle invalidità civili la nullità è la regola e l'annullabilità l'eccezione, in quello delle invalidità amministrative l'annullabilità è la regola e la nullità l'eccezione[8]. Inoltre,

---

[5] Si veda, ad esempio, l'art. 106 della *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas,* relativo alla *revisión de oficio* dei provvedimenti e dei regolamenti nulli, in rapporto alla disciplina via via sempre meno garantista e procedimentalizzata relativa della *declaración de lesividad* dei provvedimenti illegittimi (art. 107), alla *revocación* dei provvedimenti inopportuni (art. 109, co. 1), alla *suspensión* (art. 108) e alla *rectificación* (art. 109, c. 2). Si veda, ad esempio, l'art. 106 della *Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. In precedenza, di tenore quasi analogo all'art. 106 *della Ley 39/2015*, si veda l'art. 102 della *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*.

[6] In tal senso cfr. A. BARTOLINI, *La nullità del provvedimento nel rapporto amministrativo*, Torino, 2002, p. 324.

[7] Cfr. M. DELSIGNORE, *L'ordinaria rilevanza dell'atto nullo*, in *Dir. amm.*, 2015, pp. 851 ss., p. 873.

[8] Cfr., *ex multis*, Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2018, n. 2727, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*; id., sez. IV, 3 gennaio 2018, n. 28, *ivi*; id., 2 aprile 2012, n. 1957, in *www.dejure.it*; id., 28 ottobre 2011, n. 5799, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr; sez. VI, 31 marzo 2011, n. 1983, *ivi*; id., sez. V, 15 marzo 2010, n. 1498, *ivi*; id., sez. VI, 13 giugno 2007, n. 3173, *ivi*; id., 28 febbraio 2006, n. 891, *ivi*.

l'imprescrittibilità della nullità civile è stata sempre considerata difficilmente compatibile con le esigenze di certezza del diritto che si impongono nell'ordinamento amministrativo e che invece l'annullabilità garantisce in misura maggiore, dato che l'azione di annullamento è soggetta al breve termine decadenziale di sessanta giorni previsto dall'art. 29 c.p.a.[9]

Nonostante i progressi realizzati nella regolamentazione degli effetti e degli aspetti processuali della nullità provvedimentale con l'introduzione del codice del processo amministrativo, quantunque tardivi e parziali, e le importanti modifiche che hanno conosciuto le disposizioni del titolo IV-*bis* della l. n. 241/1990 a partire dalle riforme del 2014 e del 2015, a tutt'oggi non risulta che il legislatore abbia mai preso in considerazione l'ipotesi di introdurre nella legge sul procedimento amministrativo una specifica disposizione relativa all'autotutela nei confronti della più grave delle forme di invalidità. La conseguenza di questa lacuna normativa è che la regolamentazione di tale tipologia di autotutela è tuttora rimessa solo all'elaborazione giurisprudenziale e dottrinale.

Ragioni di economia del lavoro ci inducono poi ad escludere dall'analisi l'autotutela decisoria ad esito conservativo, tenuto conto anche che da sempre maggiori sono le riflessioni sia dottrinali che giurisprudenziali su quella ad esito eliminatorio. In tal senso, se da un lato è evidente che l'autotutela amministrativa trova le maggiori occasioni per poter essere esercitata negli atti di ritiro, dall'altro può osservarsi che con la l. n. 80/2005 il legislatore ha inserito per la prima volta il termine «autotutela» nella l. n. 241/1990 solo con riferimento alla revoca e all'annullamento d'ufficio, rispettivamente, all'art. 19 per la dichiarazione di inizio attività (d.i.a.), e all'art. 20 per il silenzio-assenso, prevedendo in entrambi i casi il potere dell'amministrazione di «assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*». Nella versione attuale dell'art. 19, in relazione alla segnalazione certificata di inizio attività (s.c.i.a.), il termine è stato soppresso dalla l. n. 124/2015, ma è stato comunque doppiamente previsto da ultimo dal d.lgs. n. 127/2016 nell'art. 14-*quater* in relazione alla decisione della conferenza di servizi, il quale contempla il potere delle amministrazioni, i cui atti siano sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza, di sollecitare l'amministrazione procedente ad assumere «determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*nonies*», previa indizione di una nuova conferenza o, qualora esse vi abbiano partecipato, di assumere direttamente «determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*quinquies*». In tal modo, dunque, sin dalla riforma del 2005, il legislatore mostra di aderire ad una concezione dell'autotutela, già sviluppata da una lunga tradizione pretoria, riferita essenzialmente alla tipologia decisoria ad esito eliminatorio, dato

[9] Cfr. Cons. Stato, sez. III, 8 maggio 2018, n. 2727, cit. e T.A.R. Sicilia, Catania, sez. I, 12 aprile 2012, n. 1006, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*.

che la giurisprudenza si è sempre focalizzata sulla nozione di autotutela intesa come potere di ritiro dei provvedimenti, dunque incentrata sull'annullamento d'ufficio e sulla revoca[10].
Per contro, non è possibile invece trattare la problematica in esame in relazione all'autotutela esecutiva perché per l'opinione largamente prevalente questa è inammissibile nei confronti del provvedimento nullo, dato che un atto *ab origine* improduttivo di effetti a maggior ragione non può essere portato ad esecuzione coattiva, la quale costituisce senz'altro un illecito[11]. Se ciò avviene, va garantita al privato entro termini prescrizionali la tutela giurisdizionale ed in specie la tutela risarcitoria piena, previa declaratoria di nullità dell'atto. Del resto, anche la tesi che ritiene esperibile l'esecuzione coattiva di un provvedimento nullo – distaccandosi dalla dottrina classica per la quale l'esecutorietà è un carattere che discende direttamente dall'esercizio di un potere esistente, imperativo e presuntivamente legittimo, dalla quale ne è quindi escluso il provvedimento nullo[12] – dà ampio spazio alle garanzie del privato circa il diritto a richiedere la reintegra nello *status quo ante* anche in via cautelare e il risarcimento dei danni subiti, come ammesso pacificamente dalla giurisprudenza[13].

## 2. *L'opinione negatrice dell'ammissibilità della rimozione in autotutela del provvedimento nullo.*

### 2.1. *Le tesi.*

Nell'ambito della posizione che nega apertamente la configurabilità di tale forma di autotutela, secondo una prima tesi, che parte dal presupposto teorico dell'identità tra le nozioni di nullità ed inesistenza dell'atto amministrativo, ovvero dell'inutilità della relativa distinzione[14], l'annullamento in autotutela di un provvedimento nullo sarebbe inammissibile in senso sia tecnico che normativo. Infatti: a) il provvedimento nullo è *ab origine* privo di effetti giuridici, per cui non è possibile ipotizzarne un annullamento consistente invece in una rimozione di effetti giuridici; b) esso può

[10] Cfr. G. LIGUGNANA, *I percorsi dell'autotutela tra discrezionalità e certezza delle situazioni giuridiche*, in G. SALA-G. SCIULLO (a cura di), *Procedimento e servizi pubblici nel diritto amministrativo in trasformazione*, Napoli, 2017, pp. 127 ss., p. 130.

[11] Cfr., fra i tanti, F. CARINGELLA, *Corso di diritto amministrativo. Profili sostanziali e processuali*, VI ed., Milano, 2011, tomo II, p. 2104; F. CARINGELLA-M. PASTORE, *Manuale di diritto amministrativo*, tomo V, *L'invalidità del provvedimento*, Roma, 2014, p. 197; G. CARLOTTI, *Il nuovo provvedimento amministrativo. Leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005, p. 434; D. PONTE, *La nullità dell'atto amministrativo. Procedimento e processo*, Milano, 2015, p. 245; A. SUSCA, *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005, p. 137.

[12] Cfr. E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, p. 210; G. TREVES, *La presunzione di legittimità degli atti amministrativi*, Padova, 1936, pp. 102 e 105, nt. 2; G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, VIII ed., Milano, 1958, p. 297.

[13] Cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, pp. 333-338.

[14] Cfr. S. VINTI-D. CAPOTORTO, *L'azione di nullità nel processo amministrativo*, Milano, 2008, p. 7.

eventualmente produrre solo effetti materiali, che il mero annullamento in autotutela è quindi incapace di rimuovere, occorrendo a tal fine comportamenti attivi di ripristino della situazione *qua ante*; c) ai fini della rimozione degli effetti materiali l'annullamento in autotutela è superfluo, in quanto non vi è alcun rapporto giuridico tra il provvedimento nullo e tali effetti, che costituiscono la conseguenza di meri comportamenti privi di copertura giuridica, atteso che l'esecuzione dell'atto nullo o inesistente costituisce un comportamento a sé stante non riconducibile all'atto[15]; d) dal punto di vista normativo, l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 limita chiaramente la sua portata applicativa alle ipotesi di illegittimità di cui all'art. 21-*octies*, con implicita esclusione delle ipotesi di nullità di cui all'art. 21-*septies*, per cui il provvedimento nullo può essere liberamente ritirato dall'amministrazione senza la necessità di rispettare i rigidi requisiti fissati dall'art. 21-*nonies*. Si tratterebbe, insomma, di un regime di «libera rimovibilità»[16].

Alternativamente, secondo un'altra posizione, l'assenza di un'espressa previsione del potere di annullamento in autotutela nei confronti dei provvedimenti nulli nella l. n. 15/2005, sarebbe verosimilmente dovuta all'inefficacia stessa dell'atto nullo, inidoneo a modificare l'altrui sfera giuridica. L'impossibilità di prefigurare un effetto di affievolimento delle situazioni giuridiche soggettive che vengono a contatto con il provvedimento nullo renderebbe quindi non necessario né possibile un intervento di secondo grado. In tal senso, la nullità, come intesa dal legislatore del 2005, dovrebbe intendersi come inesistenza/inqualificazione piuttosto che come nullità/qualificazione negativa[17]. Non si tratterebbe cioè di un'invalidità operante di diritto, nel senso che l'atto venuto in essere sarebbe oggetto di una qualificazione negativa da parte dell'ordinamento conseguente ad uno scrutinio da parte dell'organo giurisdizionale – o amministrativo – in quanto titolo presuntivamente valido. Al contrario, poiché non vi è stata alcuna spendita di potere ma si è in presenza di un *quid facti* giuridicamente irrilevante ed inqualificabile come provvedimento, la domanda giudiziale dovrebbe essere rigettata per carenza di interesse all'azione *ex* art. 100 c.p.c. Ciò almeno in relazione alla nullità per difetto assoluto di attribuzione e per carenza degli elementi essenziali dell'atto, dovendo

[15] Si richiama, in tal senso, l'opinione di E. CANNADA BARTOLI, *La tutela giudiziaria dei cittadini verso la pubblica amministrazione*, II ed., Milano, 1964, p. 171 (*id.*, p. 6, nt. 15).

[16] *Id.*, p. 7.

[17] È noto infatti che mentre la nullità è una qualificazione negativa, l'inesistenza, anche come categoria giuridica, è una inqualificazione giuridica, in quanto appartenente ad un ordinamento pregiuridico, cioè a quello sociale, diverso da quello giuridico (cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, pp. 94, 129-130 e P. ADAMI, La nullità del provvedimento amministrativo. Considerazioni sostanziali e processuali, in *Riv. amm.*, 2007, pp. 747 ss., p. 752). In senso critico verso tale distinzione concettuale cfr. PONTE, *op. cit.*, p. 35, per il quale la distinzione fra piano sociale pregiuridico e piano giuridico esprime una visione ormai superata, in luogo della quale propone di definire l'atto inesistente come un «*quid facti*, giuridicamente irrilevante». In realtà, di «*quid facti inutilis*» parla anche la giurisprudenza a proposito del provvedimento nullo (cfr. T.A.R. Abruzzo, Pescara, sez. I, 4 maggio 2012, n. 178, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

invece propendersi per la nullità/qualificazione negativa in caso di violazione o elusione del giudicato, perché in tale ipotesi è comunque rinvenibile a monte un provvedimento emanato nell'esercizio di un potere attribuito all'amministrazione da una norma di legge. Tuttavia, anche da tale ipotesi di nullità non discende alcun effetto giuridico, perché la fattispecie che è stata oggetto della tentata regolamentazione amministrativa risulta disciplinata dalla fonte di un altro potere dello Stato, per cui il principio di separazione dei poteri non tollera che una fattispecie già definita in via giurisdizionale si vada a sovrapporre ad un'altra definibile in via amministrativa[18].

Una terza posizione, basata invece sulla distinzione fra nullità ed inesistenza dell'atto amministrativo[19], non esclude in termini generali che l'amministrazione abbia il potere di riesaminare un proprio precedente provvedimento della cui nullità essa dubiti, perché la giurisprudenza stessa ritiene che l'amministrazione abbia il dovere di accertare la nullità dei propri atti[20]. Il problema resta però l'individuazione dello strumento che essa può utilizzare per rimuovere un provvedimento nullo. In sostanza, esclusa la possibilità di ricorrere in via analogica all'art. 21-*nonies*, perché la disposizione in parola si riferisce solo ai provvedimenti illegittimi, e preclusa *a fortiori* la possibilità di invocare l'art. 21-*quinquies* della stessa legge, che àncora la revoca ai provvedimenti inopportuni ma legittimi, la tesi dell'ammissibilità dell'autotutela si basa sull'erronea premessa che l'amministrazione avesse il potere di adottare il provvedimento originario invalido, che è appunto il presupposto teorico mancante nell'ipotesi della nullità, perché «l'amministrazione non può avere il potere di incidere su un atto che non aveva il potere di adottare», ammettendosi al massimo la sua convertibilità in applicazione analogica dell'art. 1424 c.c.[21].

Infine, un'altra posizione, più di scetticismo che di aperta negazione dell'ammissibilità di tale forma di autotutela, pur propendendo per la tesi dell'applicabilità analogica *in parte qua* dell'art. 21-*nonies*[22], solleva comunque dubbi sulla sua configurabilità sia perché la l. n. 241/1990 non la contempla espressamente sia perché essa pare avere accolto una nozione di autotutela come esercizio di un potere diverso da quello di cui è espressione l'atto adottato in primo grado. Infatti, nel dettare una disciplina completa dell'autotutela solo per determinate categorie di provvedimenti e nel prevedere regole rigide per la loro adozione, la riforma del 2005 ha ancorato implicitamente la facoltà della pubblica amministrazione di incidere unilateralmente sui propri atti ad una espressa disposizione di legge. In virtù quindi

[18] Cfr. L. D'ANGELO, *L'improduttività di effetti del provvedimento amministrativo nullo*, in *LexItalia.it*, n. 4/2005.

[19] Cfr. M.C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, p. 186.

[20] *Id.*, p. 264, nt. 247, che richiama, Cons. Stato, sez. VI, 5 luglio 2000, n. 3708, cit.

[21] *Id.*, p. 265, nt. 247.

[22] Cfr. F. VETRÒ, *L'azione di nullità dinanzi al giudice amministrativo*, Napoli, 2012, pp. 75 s.

del principio di legalità dell'azione amministrativa i provvedimenti di secondo grado volti a ritirare un atto nullo mancherebbero di fondamento giuridico[23].
D'altra parte, anche ammettendo la possibilità dell'amministrazione di eliminare in via di autotutela i propri atti nulli, questa facoltà deve comunque essere coordinata con la disciplina dell'azione amministrativa di nullità. Ora, la circostanza che l'amministrazione possa opporre in giudizio *sine die* la nullità dell'atto amministrativo che essa stessa ha emanato, in base all'art. 31, co. 4, c.p.a., rende evidente la natura residuale della figura del ritiro dell'atto nullo, dal momento che attraverso la propria difesa in giudizio essa può sempre determinarne la rimozione senza soggiacere a termini decadenziali o dover ricorrere a tale controversa figura di autotutela[24].
Ad ulteriore riprova di tale residualità si osserva poi che la nullità dell'atto amministrativo riguarda più il giudice che la pubblica amministrazione, dato che anche a tale forma di invalidità è applicabile la regola che vale per l'annullabilità secondo cui l'amministrazione deve eseguire l'atto amministrativo indipendentemente dalla sua eventuale invalidità, la quale solo successivamente può essere fatta valere davanti all'autorità giudiziaria. In altri termini, è principalmente in sede giurisdizionale che la legge affronta il problema degli effetti indiretti dell'esecuzione del provvedimento nullo, stabilendo se quello che è stato realizzato *sine titulo* deve essere conservato o se deve prevalere l'inefficacia. Però, appunto, quando l'esecuzione ha già avuto luogo[25].

2.2. *Osservazioni critiche.*
Volendo svolgere già in questa sede alcuni rilievi critici che si rivelano funzionali alla disamina delle successive riflessioni dottrinali, può osservarsi anzitutto che la prima posizione intercetta indubbiamente un limite all'effettività dell'autotutela sul provvedimento nullo quale strumento di garanzia delle situazioni giuridiche soggettive di cui il privato è titolare nei confronti dell'amministrazione che lo ha emanato.
Si tratta però di un limite che contraddistingue anche l'effettività della tutela giurisdizionale. In effetti, in presenza di un interesse legittimo pretensivo, una pronuncia che riconosca la nullità di un provvedimento di diniego elimina ogni incertezza in merito all'efficacia dello stesso, ma non per questo riveste per il privato natura pienamente satisfattiva del proprio interesse. Infatti, se si eccettua la nullità per carenza di potere, il conseguimento del bene della vita richiede comunque un operato attivo da parte dell'amministrazione il cui esito sia l'emanazione del

[23] *Id.*, p. 63.
[24] *Id.*, p. 76.
[25] Cfr. F. LUCIANI, *Contributo allo studio del provvedimento amministrativo nullo. Rilevanza ed efficacia*, Torino, 2010, p. 152.

provvedimento richiesto. Parimenti, in presenza di un interesse legittimo oppositivo la cui lesione sia conseguenza dell'esecuzione materiale del provvedimento, la pronuncia dichiarativa della relativa nullità, che si limiti ad accertare l'inefficacia giuridica originaria dell'atto, non assicura di per sé la rimozione degli effetti materiali che nel frattempo esso possa aver prodotto. In definitiva, la declaratoria giudiziale di nullità è necessaria ma non sufficiente, perché determina solo il venir meno del presupposto giuridico dell'attività compiuta dall'amministrazione e quindi la fonte da cui scaturiscono gli effetti materiali che si intendono rimuovere. I quali però, una volta divenuti *sine titulo*, possono e debbono essere eliminati, in maniera spontanea o coattiva[26]. Non si vede dunque in che modo possa negarsi tale rilievo – necessario ma non sufficiente – anche alla declaratoria di nullità in autotutela, che ove disposta produce lo stesso effetto, per quanto – ed è questo il *punctum dolens* – la sua attuazione non sia coercibile in sede giurisdizionale.

Inoltre, al di là del fatto che l'improduttività assoluta di effetti giuridici dell'atto nullo è stata contestata da una parte della giurisprudenza più recente[27], va chiarito cosa si intenda per «libera rimovibilità», perché la giurisprudenza maggioritaria ritiene imprescindibile la possibilità dell'amministrazione di accertare la nullità di un precedente provvedimento, al fine di rimuoverne gli effetti materiali, anche solo con un atto di c.d. «mero ritiro»[28], non rientrante nell'autotutela in senso proprio e non soggetto quindi ai requisiti degli art. 21-*quinquies* e 21-*nonies*[29], mentre resta minoritario l'orientamento che ritiene legittimo l'operato dell'amministrazione teso a rimuovere gli effetti materiali del provvedimento viziato da nullità senza necessità di dichiararla previamente[30].

Per quanto riguarda poi la seconda posizione, a seguire coerentemente la tesi che identifica la nullità dell'atto amministrativo nella sua inesistenza/inqualificazione, per il provvedimento illegittimo o inopportuno il carattere provvedimentale – rispettivamente – dell'annullamento d'ufficio o della revoca resta indiscusso, in quanto l'amministrazione incide nuovamente in maniera unilaterale sulla sfera di

[26] Cfr. M. LAMPIS, *Nullità e inesistenza del provvedimento amministrativo. Profili statici e dinamici del rapporto alla luce del nuovo codice del processo*, Università degli studi di Cagliari, Tesi di dottorato, A.a. 2012/2013 (*http://veprints.unica.it/1228/1/PhD_Thesis_LampisMichela.pdf*), cap. III, § 8, pp. 75-76 e, *ivi*, nt. 138.

[27] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, cit. e id., 28 ottobre 2011, n. 5799, cit.

[28] Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 22 maggio 2014, n. 371 in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr e Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2002, n. 114, *ivi*.

[29] Cfr., *ex plurimis*, T.A.R. Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 23 luglio 2019, n. 9832, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr; id., sez. II-*quater*, 25 giugno 2019, n. 8280, *ivi*; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 11 giugno 2019, n. 1323, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. V, 4 dicembre 2018, n. 6953, *ivi*; T.A.R. Lazio, Roma, sez. III, 3 gennaio 2018, n. 14, *ivi*; T.A.R. Sicilia, Palermo, sez. I, 15 dicembre 2017, n. 2933, *ivi*; T.A.R. Lombardia, Milano, sez. IV, 5 settembre 2017, n. 1783, *ivi*; T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 19 settembre 2016, n. 559, *ivi*; T.A.R. Sardegna, sez. II, 15 luglio 2005, n. 1568, *ivi*; Cons. Stato, sez V, 9 maggio 2015, n. 3453, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 12 settembre 2010, n. 10100, *ivi*; Cons. Stato, sez. VI, 6 aprile 2010, n. 1907, *ivi*.

[30] Cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 21 novembre 2011, n. 946, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*; Cons. Stato, sez. V, 1 marzo 2010, n. 1156, *ivi*; T.A.R. Campania, Napoli, sez. II, 30 settembre 2005, n. 15722, *ivi*.

interessi dei destinatari del provvedimento di primo grado, rilevando l'esistenza di un vizio e rimuovendolo. Per contro, nel caso della declaratoria di nullità in autotutela, la sua qualificazione provvedimentale è dubbia, dato che apparentemente nessuna situazione giuridica soggettiva subisce pregiudizio poiché l'atto nullo non produce effetti. Ne deriva che la posizione del privato, così come non risulta incisa dal provvedimento nullo, proprio alla luce del vizio radicale che lo inficia, similmente non potrebbe risultare incisa dalla declaratoria di nullità in autotutela, che si limita ad accertare la presenza del vizio, appunto sulla base del principio *quod nullum est nullum producit effectum*[31]. Oltre a ciò, questa seconda posizione, non prendendo direttamente in considerazione nemmeno gli effetti materiali eventualmente prodotti dal provvedimento nullo, pare ancora più limitante e preclusiva rispetto alla prima.

Capovolgendo invece le premesse di partenza, ci pare che, se nessun affidamento può sorgere per definizione da un atto inesistente trattandosi di un non-atto, altrettanto non potrebbe dirsi per l'atto nullo, che, sebbene viziato, esiste ed è produttivo di effetti – solo materiali o anche giuridici, se si accoglie il più recente orientamento del Consiglio di Stato[32] – fino a quando non venga accertato come tale, alla luce del generale principio *factum infectum fieri nequit*. In realtà, anche aderendo alla visione classica dell'inefficacia originaria dell'atto nullo, non sarebbe comunque questo a produrre effetti ma l'apparenza discendente dalla sua adozione, dato che l'atto, sebbene viziato, è esistente ed imputabile all'amministrazione[33].

Infine, con riferimento alla terza posizione, è agevole rilevare che nessun ostacolo alla possibilità dell'amministrazione di dichiarare in autotutela la nullità di un proprio provvedimento potrebbe venire dal fatto che essa si trovi finanche in una situazione di carenza di potere in astratto, dato che essa è sempre titolare del potere di certazione, cioè del potere di qualificare la realtà sulle quali esercita il proprio potere e dei contorni dello stesso sempre in relazione alle medesime[34].

D'altra parte, a favore dell'ammissibilità di tale tipologia di autotutela può osservarsi anche che, almeno in termini di teoria generale, la nullità è comunque una qualificazione giuridica che scaturisce da un giudizio svolgentesi anzitutto a livello extraprocessuale. In tal senso, il *criterio* del giudizio di nullità è una norma giuridica che collega la produzione di un dato effetto giuridico al verificarsi nella realtà del fatto descritto dalla norma come fattispecie e considerato in modo favorevole dall'ordinamento. In secondo luogo, l'*occasione* del giudizio di nullità è una situazione di incertezza intorno alla corrispondenza del fatto verificatosi con quello

[31] Cfr. CORTESI, *op. cit.*, p. 1307.
[32] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, cit. e id., 28 ottobre 2011, n. 5799, cit.
[33] Cfr. CORTESI, *op. cit.*, p. 1308.
[34] Cfr. C.E. GALLO, *Questioni attuali sulla nullità del provvedimento amministrativo*, in Dir. proc. amm., 2017, pp. 43 ss., p. 54.

descritto dalla norma come presupposto dell'effetto giuridico, con la conseguenza che, se il giudizio si conclude nel senso della difformità, esso attesta che tale effetto, così come previsto dalla norma giuridica nel caso invece della conformità, non si è prodotto. In terzo luogo, l'*oggetto* del giudizio di nullità può essere solo un comportamento umano, dato che soltanto nei confronti degli individui si può richiedere che una data attività si svolga in un modo anziché in un altro, onde consentire una valutazione di conformità o difformità del modo in cui è svolta rispetto al parametro normativo. Infine, per quanto riguarda il *soggetto*, il giudizio di nullità può essere affidato indifferentemente ad un terzo (arbitro privato o giudice statale), ad entrambe le parti in modo congiunto (ad esempio, mediante un negozio di accertamento della nullità di un precedente contratto stipulato tra le parti) o ad una sola delle parti, quale appunto la pubblica amministrazione in via autotutela[35].

Per contro, l'ultima posizione ha il merito di sottolineare che tale tipologia di autotutela rappresenta per il privato una forma di tutela residuale, e dalla portata pratica talora ridotta, sotto un profilo ulteriore rispetto a quello – già evidenziato – secondo cui l'esercizio tempestivo dell'autotutela non è di per sé un indice sicuro del soddisfacimento delle richieste del privato, se l'amministrazione si limita a riconoscere l'improduttività originaria di effetti giuridici del provvedimento nullo senza però riesercitare nuovamente il potere. Infatti, l'operatività di tale rimedio è sì sollecitata dal privato, ma resta comunque rimessa all'iniziativa e alla valutazione esclusiva dell'amministrazione, la quale può essere indotta a differire nel tempo l'esercizio del potere di autotutela al solo scopo di neutralizzare possibili pretese risarcitorie aventi titolo nel provvedimento nullo. In altri termini, qualora l'amministrazione abbia già portato ad esecuzione l'atto, l'eventuale riconoscimento in via di autotutela dell'illiceità della condotta attuativa che essa ha già posto in essere finirebbe per avvantaggiare il privato danneggiato alleggerendone l'onere probatorio. È giocoforza dunque presumere che essa, piuttosto che soccombere dinanzi alle richieste risarcitorie dello stesso, preferisca attendere il decorso del termine decadenziale per l'esercizio dell'azione di nullità prima di esercitare il potere di autotutela, e solo dopo riconoscere il carattere antigiuridico degli effetti materiali che possono essere derivati dal provvedimento nullo[36]. In ogni caso, anche tale riconoscimento di per sé solo si rivela inutile per il privato, che non può evidentemente conseguire il bene della vita richiesto[37].

Indubbiamente, una parte della dottrina contesta la stessa possibilità ed opportunità di un consolidamento degli effetti materiali del provvedimento nullo e, quindi, la ragionevolezza della previsione del termine decadenziale di cui all'art. 31, co. 4, c.p.a., nella misura appunto in cui esso sembra supporre la scelta del legislatore di far

[35] Cfr. R. CAPONI, *Azione di nullità (profili di teoria generale)*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, n. suppl. 1, pp. 59 ss., p. 92.
[36] Cfr. LAMPIS, *op. cit.*, pp. 108-109.
[37] *Id.*, p. 109.

conseguire, al mancato esercizio dell'azione di nullità, il consolidamento degli effetti materiali venuti in essere a seguito della sua emanazione. In tal senso, tale consolidamento è reputato assolutamente irragionevole in quanto la circostanza che la realtà fattuale possa essere temporaneamente incisa da un provvedimento nullo è cosa ben diversa dall'affermazione che, in conseguenza del mancato esercizio del diritto di azione, gli effetti materiali di un provvedimento inefficace *ab origine* possano stabilizzarsi, creando una nuova situazione fattuale *contra legem*, irremovibile in via giurisdizionale, in settori in cui vengono in rilievo importanti interessi di natura pubblicistica. In senso contrario deporrebbe anzitutto il concetto stesso di nullità provvedimentale, che implica dal punto di vista ontologico l'imprescrittibilità della relativa azione e l'inconcepibilità di qualsiasi forma di stabilizzazione degli effetti materiali che esso possa aver ingenerato. Inoltre, si è in presenza di un vizio di invalidità così radicale da non poter costituire nemmeno temporalmente la fonte regolatrice del rapporto sostanziale tra amministratore e amministrato. Infine, a supporto della presunta ragionevolezza della disposizione codicistica, non potrebbe addursi il principio di certezza delle situazioni giuridiche soggettive oggetto dell'intervento amministrativo, che costituisce un valore immanente all'ordinamento solo laddove vengano in rilievo provvedimenti efficaci e non anche atti assolutamente improduttivi di effetti giuridici. Si tratta di un dato del quale pare essere consapevole lo stesso legislatore, laddove nell'art. 31, co. 4, c.p.a. prevede la rilevabilità d'ufficio in ogni tempo della nullità ad opera del giudice, «il che conferma l'evidente irragionevolezza della scelta legislativa»[38]. In sostanza, alla luce dell'estrema gravità della patologia che inficia l'atto amministrativo nelle fattispecie ricondotte a cause di nullità dall'art. 21-*septies*, l'ammissibilità della stabilizzazione degli effetti materiali eventualmente prodotti dal provvedimento sembra destare particolare preoccupazione perché si potrebbero consolidare per decorrenza dei termini, nei confronti di chi ha interesse all'impugnazione, gli effetti di un provvedimento emanato in difetto assoluto di attribuzione, nonostante cioè nessuna norma attribuisca il relativo potere all'amministrazione[39].
Nondimeno, proprio tale posizione, condivisibile o meno, mostra più che mai l'opportunità di ammettere la rimovibilità anche in autotutela di effetti provvedimentali materiali e non giuridici il cui consolidamento – in ipotesi – è ritenuto irragionevole e concettualmente erroneo.

3. *Natura giuridica dell'atto di autotutela e schemi interpretativi.*
Come si è detto, il tema qui affrontato non è mai stato trattato in maniera particolarmente estesa dalla dottrina. Lo scarso interesse mostrato si deve alla

[38] I. ZINGALES, *Provvedimento amministrativo nullo e tutela civile dichiarativa*, Roma, 2014, pp. 28-29.
[39] Cfr. V. LOPILATO, *Art. 31* (aggiorn. G.F. NICODEMO), in F. CARINGELLA-M. PROTTO (a cura di), *Codice del nuovo processo amministrativo*, III ed., Roma, 2012, pp. 396 ss., p. 414.

difficoltà di identificare la natura e il fondamento della stessa potestà di autotutela. Infatti, se si accede alla tesi che l'autotutela rappresenti un nuovo esercizio dello stesso potere esercitato in primo grado, dovrebbe conseguentemente escludersi che la pubblica amministrazione possa riesaminare il proprio atto nullo, che tradizionalmente si qualifica come adottato in assenza di potere. Al contrario, se si accede alla tesi che l'autotutela esprima un potere distinto da quello esercitato in primo grado, in virtù del principio di legalità dell'azione amministrativa i provvedimenti di secondo grado destinati ad eliminare quelli nulli risulterebbero privi di base legale, che nella l. n. 241/1990 è prevista solo per la sospensione (art. 21-*quater*, co. 2), la revoca (art. 21-*quinquies*), l'annullamento d'ufficio (art. 21-*nonies*, co. 1 e 2-*bis*) e la convalida (art. 21-*nonies*, co. 2), e non anche per il riesame degli atti amministrativi nulli[40].

Come è noto, sul punto si è pronunciata di recente la Corte costituzionale, la quale ha respinto l'idea che l'autotutela costituisca un rimedio di carattere sostanzialmente giustiziale, come tale idoneo a formare oggetto di una pretesa azionabile in sede giurisdizionale, concezione che opererebbe una vera e propria «"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. Al contrario, a differenza di quest'ultimo, l'annullamento d'ufficio non ha funzione giustiziale ma costituisce espressione di amministrazione attiva e comporta di regola valutazioni discrezionali, non esaurendosi il potere dell'autorità emanante unicamente nella verifica della legittimità dell'atto e nel suo doveroso annullamento se ne riscontra l'illegittimità[41].

Prescindendo da quest'ultima tematica, che non ci è possibile affrontare in questa sede[42], la scarsa letteratura nella quale la questione in oggetto è esaminata pare anzitutto concordare sul fatto che, nei confronti del provvedimento nullo, l'esercizio della potestà di autotutela consiste essenzialmente nel riconoscimento sia dell'inidoneità radicale ed originaria dell'atto a produrre effetti giuridici che della natura totalmente antigiuridica degli effetti materiali che esso abbia eventualmente prodotto. Inoltre, sebbene le posizioni divergano considerevolmente, è possibile constatare che, in relazione alla natura giuridica dell'atto di autotutela, le stesse in realtà si diversificano a seconda della scelta effettuata in relazione a due criteri distintivi. In effetti, un pregio degli studi sulla natura giuridica dell'atto di riesame del provvedimento nullo è di essersi polarizzati intorno ad un utile strumento interpretativo.

[40] Cfr. VETRÒ, *op. cit.*, p. 62.
[41] Cfr. Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181, in *www.giurcost.org*.
[42] Sul punto sia consentito il rinvio al nostro [omissis].

Il primo criterio attiene agli effetti prodotti dall'atto di autotutela, sui quali si sono sviluppate due tesi contrapposte.

Da una parte, secondo una prima posizione, il ritiro del provvedimento nullo eliminerebbe gli effetti materiali dell'atto viziato, alla luce appunto della circostanza che questo, sebbene non produca effetti giuridici, può tuttavia produrre effetti materiali per la cui eliminazione è necessario un atto di autotutela, non essendo a tal fine sufficiente un atto meramente ricognitivo-dichiarativo. In sostanza, nell'esercizio della sua potestà di autotutela, l'amministrazione adotta un atto mediante il quale rimuove i risultati concreti che il provvedimento nullo ha prodotto nella realtà fattuale. L'atto di riesame, pertanto, ha natura costitutiva o, più esattamente, mista, ovvero solo formalmente dichiarativa, cioè dichiarativa per quanto riguarda gli effetti giuridici e costitutiva per quanto riguarda gli effetti materiali[43]. È indubbio infatti, che, a rigor di logica, non può darsi annullamento in senso stretto, di natura costitutiva, su un provvedimento nullo[44].

Dall'altra, secondo un'altra opinione, il ritiro dell'atto nullo avrebbe invece natura esclusivamente dichiarativa, non producendo conseguenze eliminatorie sui relativi effetti materiali, dal momento che la pubblica amministrazione si limiterebbe a riconoscere la situazione attuale senza modificarne gli effetti, in una prospettiva meramente ricognitiva.

Il secondo criterio distintivo riguarda la natura del potere esercitato, a causa dell'assenza di una disciplina espressa sugli aspetti sostanziali nell'art. 21-*septies*.

Da una parte, secondo una prima tesi, al fine di proteggere i privati che hanno acquisito in maniera incolpevole una posizione di legittimo affidamento sulla legalità, vigenza ed efficacia dell'atto, che solo in un secondo tempo si è rivelato nullo, la decisione dell'amministrazione sull'eliminazione o meno degli effetti materiali che esso eventualmente possa aver prodotto, è soggetta all'onere di comparare i contrapposti interessi pubblici e privati, di valutare il lasso di tempo intercorso tra i provvedimenti di primo e di secondo grado e, infine, di introdurre nell'atto di riesame una motivazione che dia conto di entrambe le valutazioni. In sostanza, a prescindere dalla natura dichiarativa o costitutiva che si attribuisca all'atto di autotutela, in ogni caso esso è espressione di un potere discrezionale.

Dall'altra, secondo l'orientamento opposto, l'atto di ritiro non solo avrebbe natura totalmente dichiarativa ma sarebbe anche espressione di un potere vincolato, implicante cioè l'obbligo dell'amministrazione di dichiarare d'ufficio la nullità del

[43] In tal senso cfr. LAMPIS, *op. cit.*, p. 107, per la quale, tuttavia, rispetto a tale conclusione iniziale circa la possibile convivenza tra le due tipologie di effetti, una più attenta riflessione sulla diversa genesi degli effetti sia del provvedimento nullo che del suo atto di ritiro induce a ritenere che «il potere di autotutela che l'Amministrazione esercita rispetto ad un provvedimento nullo è, in realtà, un potere "essenzialmente" dichiarativo».

[44] Cfr. SUSCA, *op. cit.*, p. 44.

provvedimento antecedentemente emanato senza onere né di comparare i contrapposti interessi pubblici e privati, né di valutare il fattore temporale, né, quindi, consequenzialmente, di specificare nella motivazione dell'atto dichiarativo della nullità le ragioni dello stesso.
Sarebbe però erroneo ritenere che le posizioni dottrinali si ripartiscano seguendo la combinazione delle opposte soluzioni adottate in merito ad entrambi i criteri discretivi anzidetti, emergendo un quadro assai più diversificato e sfumato, per cui occorre esaminare ciascun orientamento singolarmente.
In ogni caso, va detto che nella problematica in esame il termine normativo di paragone resta la disciplina dell'annullamento d'ufficio di cui all'art. 21-*nonies*, dovendosi ritenere esclusa o inutile una verifica preliminare dei possibili presupposti per revocare un provvedimento ad efficacia durevole divenuto inopportuno ma pur sempre legittimo. In effetti, rispetto al provvedimento nullo, «dal punto di vista giuridico c'è ben poco da revocare»[45].

4. *La tesi dell'applicabilità analogica dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990.*
Secondo un'opinione condivisa da una parte considerevole della dottrina, a prescindere che si aderisca alla tesi della natura dichiarativa o a quella della natura costitutiva di tale forma di autotutela, i principi del legittimo affidamento e di buona fede di derivazione eurounionale obbligano l'amministrazione a comparare i contrapposti interessi pubblici e privati, a valutare il lasso di tempo trascorso da quando l'atto oggetto di ritiro è stato emanato e, infine, a fornire una motivazione che dia conto delle anzidette valutazioni, qualora essa intenda eliminare gli effetti materiali prodotti dal provvedimento nullo che abbia ingenerato posizioni di legittimo affidamento nei suoi destinatari diretti o nei controinteressati, o quando il suo mantenimento potrebbe comunque provocare la lesione di situazioni giuridiche soggettive di terzi[46].
In tal senso, può considerarsi ad esempio un atto di espropriazione forzosa radicalmente nullo che, se fosse portato ad esecuzione, provocherebbe la trasformazione irreversibile del suolo. In questo caso, l'attribuzione all'amministrazione della potestà di agire in autotutela, mediante una risoluzione che

[45] PONTE, *op. cit.*, p. 245.
[46] Cfr., senza pretese di esaustività, CARINGELLA, *Corso*, cit., pp. 2015-2106; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, XII ed., Roma, 2018, p. 1412; CARINGELLA-PASTORE, *op. cit.*, p. 199; R. CHIEPPA-R. GIOVAGNOLI, *Manuale di diritto amministrativo*, IV ed., Milano, 2018, p. 642, per i quali comunque l'amministrazione non deve esercitare un vero e proprio potere di autotutela; M. D'ORSOGNA, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di) *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, pp. 359 ss., p. 373; R. GIOVAGNOLI-M. FRATINI, *Le nuove regole dell'azione amministrativa al vaglio della giurisprudenza*, tomo II, *Invalidità e autotutela*, Milano, 2007, p. 346; SUSCA, *op. cit.*, p. 139; VETRÒ, *op. cit.*, pp. 75 s. Nel senso che la nullità può essere dichiarata dalla stessa amministrazione con procedimento di secondo grado assimilabile all'annullamento d'ufficio, ma senza alcun limite di tempo, cfr. già V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1994, p. 590.

dichiari l'assenza assoluta e originaria dell'idoneità dell'atto nullo a produrre effetti giuridici e stabilisca l'eliminazione delle modifiche fattuali già intervenute, è evidentemente imprescindibile[47]. Optare per una soluzione diversa significherebbe riconoscere che un'amministrazione, se intende realizzare la demolizione di un edificio del quale abbia autorizzato la costruzione molti anni addietro, possa semplicemente dichiarare che l'atto di concessione era nullo, senza essere soggetta né ad obblighi di ponderazione dei contrapposti interessi coinvolti nel caso o di valutazione del fattore temporale, né ad obblighi motivazionali di alcun genere[48].

La principale ipotesi in cui anche tale posizione esclude l'applicazione analogica dei limiti fissati dall'art. 21-*nonies* si ha qualora ricorra una forma di nullità così manifesta e plateale da essere necessariamente conosciuta o conoscibile da chiunque, nel qual caso l'affidamento eventualmente ingenerato nei privati non si potrebbe considerare come incolpevole e per tanto degno di tutela[49]. In tal senso, occorre chiedersi se il limite dei diciotto mesi previsto per l'esercizio dell'annullamento d'ufficio da parte dell'art. 21-*nonies*, come novellato dalla l. n. 124/2015, operi appunto anche in presenza di vizi di nullità talmente eclatanti da essere riconosciuti o riconoscibili da chiunque e da impedire così il consolidamento di un affidamento incolpevole[50].

Oltre a tale eccezione, un altro limite all'estensione in via analogica al ritiro dei provvedimenti nulli dei requisiti richiesti per l'annullamento d'ufficio è insito nel fatto che, se per i provvedimenti annullabili la possibilità di ingenerare un affidamento degno di tutela è legata alla configurabilità degli elementi che lo rendono ragionevole, legittimo e stabile, in relazione ai provvedimenti nulli la realizzazione di tre tali presupposti determina maggiori difficoltà[51]. In ogni caso, può osservarsi che si tratta di requisiti la cui sussistenza deve provarsi caso per caso, in relazione ad ogni specifica ipotesi di ritiro di provvedimenti nulli, e che non implicano *a priori* l'impossibilità di dichiarare la nullità degli atti viziati e di eliminare gli effetti materiali che essi abbiano eventualmente prodotto.

Sotto altro aspetto, invece, il ritiro in autotutela di provvedimenti nulli determina in genere minori problemi in confronto all'annullamento d'ufficio. Infatti, dal momento che ha ad oggetto una forma di invalidità più grave dell'annullabilità, tale tipologia di autotutela esige verosimilmente per la sua valida effettuazione limiti temporali minori[52] e obblighi motivazionali meno rigorosi[53] dell'annullamento d'ufficio.

[47] Cfr. CARINGELLA-PASTORE, *op. cit.*, p. 55.
[48] Cfr. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 2105.
[49] Cfr. CARINGELLA, *Corso*, cit., p. 2106; CARINGELLA-PASTORE, *op. cit.*, pp. 199-200; VETRÒ, *op. cit.*, p. 75.
[50] Cfr. CARINGELLA, *Manuale*, cit., p. 1412.
[51] Cfr. F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 425 ss., p. 431.
[52] Cfr. S. DE FELICE, *Della nullità del provvedimento amministrativo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2005, § 6 che ovviamente si muove nel quadro della disciplina del «termine ragionevole» di cui alla previgente versione dell'art. 21-*nonies*. Per CHIEPPA-GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 642 il potere della pubblica amministrazione di dichiarare

Ammettendosi l'applicazione in via analogica degli stessi requisiti richiesti per quest'ultimo, la disciplina contemplata dall'art. 21-*nonies* dovrà pertanto essere interpretata e applicata in maniera più elastica[54].

Infine, proprio perché l'atto nullo, a differenza dell'atto inesistente, che è un non-atto e non può generare per definizione alcun affidamento, è invece esistente e produttivo di effetti fino a quando non venga accertato come tale, la rimozione in autotutela in tal caso ha efficacia retroattiva come l'annullamento d'ufficio[55].

In definitiva, la tesi in esame lascia trasparire che non vi siano differenze significative tra l'autotutela nei confronti dei provvedimenti nulli e quella nei confronti dei provvedimenti annullabili, dal momento che entrambe le tipologie sono destinate alla tutela del legittimo affidamento generato dagli effetti, rispettivamente, materiali o giuridici, dell'atto invalido. In effetti, ammettendo il potere-dovere dell'amministrazione che dichiara in autotutela il provvedimento nullo di considerare il tempo trascorso dalla sua adozione, di verificare la sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale alla rimozione diverso da quello al mero ripristino della legalità e di valutare l'eventuale spettanza di risarcimenti in analogia al paradigma civilistico dell'art. 1338 c.c., la distanza con l'annullamento d'ufficio «si assottiglia». Nondimeno, si tratta di una situazione analoga a quella evidenziata da una parte della migliore dottrina civilistica, secondo cui anche nel sistema delle invalidità civili la differenza fra nullità e annullabilità non è così evidente come la tradizione suggerisce[56].

Peraltro, anche se tale posizione afferma di non voler entrare nella diatriba circa la natura costitutiva o dichiarativa dell'atto di riesame, talora la propensione per la natura costitutiva è implicita ma non per questo meno evidente, in quanto si riconosce che, nel rimuovere in autotutela il provvedimento nullo, l'amministrazione «sta *determinando* degli effetti giuridici in capo ai destinatari, perché solo a seguito di tale declaratoria il provvedimento cessa di produrre i propri effetti e vengono cancellati dalla sfera giuridica dei privati quelli fino a quel momento prodotti e non prima»[57].

Nondimeno, può rilevarsi come, in luogo della natura costitutiva o dichiarativa dell'atto di riesame, l'aspetto centrale di questo orientamento resti la tutela dei terzi che hanno sofferto gli effetti materiali pregiudizievoli generati dal provvedimento nullo. Coerentemente, esso critica quella la giurisprudenza che – «senza troppe

---

la nullità dei propri provvedimenti è esercitabile pressoché sempre e, in ogni caso, il limite del «termine ragionevole» di cui, nei casi di nullità, deve essere interpretato «con estrema latitudine».

[53] Cfr. CARINGELLA, *Corso,* cit., p. 2106.

[54] Cfr. D'ORSOGNA, *op. cit.*, p. 373.

[55] Cfr. CORTESI, *op. cit.*, p. 1308.

[56] *Ibid*.

[57] *Ibid*.

remore»[58] – spesso ha ricondotto tale tipologia di autotutela al mero ritiro, ritenendo perciò di poter escludere l'obbligo dell'amministrazione di fornire una motivazione dell'atto di rimozione[59].

Da questa prospettiva teorica ha suscitato quindi non poche perplessità la soluzione fornita alla problematica in esame dalle le Sezioni Unite della Cassazione, le quali hanno escluso radicalmente che i provvedimenti nulli possano generare posizioni di legittimo affidamento nei privati e che, pertanto, vi sia la necessità di una tutela giuridica contro di essi, dal momento che la declaratoria di nullità di un atto amministrativo non è mai espressione di una potestà amministrativa[60].

In senso critico si è osservato che anzitutto anche un atto nullo, prima della declaratoria di nullità, è comunque giuridicamente esistente, avendo una propria rilevanza giuridica in quanto produttivo di effetti materiali. Dal momento che non è logicamente possibile immaginarsi e sperare che tutti i cittadini siano capaci di rendersi conto della validità, efficacia e, a maggior ragione, nullità di un atto amministrativo, ragioni minime di senso comune e di civiltà giuridica esigono di riconoscere che esso potrebbe essere stato fonte di legittimo affidamento nell'interessato[61].

Inoltre, dal momento che, in base all'art. 31, co. 4, c.p.a., il termine di decadenza per interporre l'azione di nullità è di centottanta giorni, una volta che sia trascorso tale lasso di tempo senza che il provvedimento sia stato impugnato, il destinatario vede rafforzarsi ancora di più la propria posizione di affidamento, dal momento che adesso esso confida nel definitivo consolidamento delle situazioni giuridiche soggettive apparentemente derivate dall'atto ma in realtà mai sorte. La necessità di permettere all'amministrazione di intervenire in via di autotutela e di regolare gli effetti materiali che da esso prodotti è pertanto ancora maggiore se la nullità del provvedimento emerge dopo che esso ha acquisito carattere definitivo e inoppugnabile[62].

In ogni caso, anche ammettendo che la pubblica amministrazione non abbia alcuna possibilità di approntare una tutela procedimentale del legittimo affidamento perché appunto – seguendo la tesi della Cassazione – non vi sarebbe alcuna spendita di potere amministrativo, al destinatario dell'atto nullo resterebbe comunque la tutela risarcitoria contro il comportamento scorretto, ancorché legittimo,

[58] VETRÒ, *op. cit.*, p. 74.

[59] In tal senso cfr. T.A.R. Lazio, Latina, sez. I, 22 maggio 2014, n. 371, cit. e Cons. Stato, sez. IV, 10 gennaio 2002, n. 114, cit.

[60] Cfr. Cass. civ., SS. UU., ord. 17 maggio 2013, n. 12110, in R. GIOVAGNOLI (a cura di), *Rassegna monotematica di giurisprudenza. Autotutela amministrativa e contratto. Questioni sostanziali e processuali* (testo aggiornato al 13 dicembre 2013) (*www.giustizia-amministrativa.it/documents/20142/56176/nsiga_3782207.pdf*), pp. 63 ss.

[61] Cfr. A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, p. 130.

[62] *Id.*, pp. 130-131.

dell'amministrazione, che ha emanato un atto favorevole ma gravemente viziato e che si è rivelato invalido solo successivamente[63].

5. *La tesi dell'inapplicabilità analogica dell'art. 21-nonies della legge n. 241/1990.*
Altra parte della dottrina confuta la tesi dell'applicabilità analogica dell'art. 21-*nonies* all'ipotesi del ritiro dei provvedimenti nulli. Pur riconoscendo che il tema della tutela dei terzi che abbiano acquisito posizioni di legittimo affidamento nella validità ed efficacia di provvedimenti nulli non è stato ancora sufficientemente esplorato, quest'opinione identifica nondimeno numerose ragioni che inducono a respingere l'estensibilità a tale ipotesi di autotutela della disciplina contemplata per l'annullamento d'ufficio.
Anzitutto, la tesi precedentemente esposta, nel prevede l'eccezione delle nullità eclatanti, introduce una distinzione ulteriore non prevista dalla legge e che aggrava la condizione di incertezza già caratterizzante tale categoria di invalidità, a causa sia della mancanza di una disciplina normativa dei suoi aspetti sostanziali che del principio giurisprudenziale secondo cui la nullità opera in via residuale rispetto all'annullabilità.
In secondo luogo, l'art. 21-*nonies* limita in maniera inequivocabile la propria operatività ai soli provvedimenti illegittimi.
In terzo luogo, a causa dell'assenza originaria di efficacia giuridica del provvedimento nullo, è arduo immaginare la sussistenza di situazioni giuridiche soggettive di legittimo affidamento anche solo rispetto agli effetti materiali di un atto che non è assolutamente idoneo a produrre effetti giuridici, per cui ha poco senso postulare la sottoposizione della sua eliminazione in via di autotutela a limiti analoghi a quelli previsti per l'annullamento d'ufficio.
Infine, la circostanza che la giurisprudenza ampiamente maggioritaria, da una parte, configuri in termini di annullabilità anziché di nullità il regime di invalidità dell'atto amministrativo emanato in violazione del diritto eurounionale[64] e, dall'altra, attribuisca carattere discrezionale anziché vincolato all'annullamento in via di autotutela degli atti amministrativi affetti da questo specifico vizio (a meno che l'autotutela non riguardi l'annullamento di atti di erogazione di sovvenzioni statali w di attribuzione di benefici in genere alle imprese nazionali emanati in violazione della normativa sostanziale o procedimentale eurounionale volta alla tutela della concorrenza[65]), rappresenta un altro argomento dal quale si può dedurre *a contrario sensu* che la tesi anteriormente esposta non convince[66].

[63] *Id.*, p. 131.
[64] Al riguardo sia consentito il rinvio al nostro [omissis].
[65] Al riguardo sia consentito il rinvio al nostro [omissis].
[66] Cfr. PONTE, *op. cit.*, p. 246.

Sempre senza prendere espressamente posizione sulla natura dichiarativa o costitutiva di tale forma di autotutela, si ritiene comunque che, in presenza di un provvedimento nullo, la necessità dell'amministrazione di dichiarare tale vizio per tutelare gli affidamenti nei quali il privato possa eventualmente essere incorso sussiste unicamente a fronte di effetti materiali che la stessa abbia il dovere di rimuovere, salve le conseguenze risarcitorie del proprio operato. Proprio la possibilità che da un atto nullo discenda indirettamente una posizione di affidamento costituisce dunque ragione sufficiente per ritenere che l'amministrazione, sebbene non eserciti un vero e proprio potere di autotutela, possa nondimeno far valere la nullità dell'atto sia sostituendolo con un altro valido che eliminandolo anche formalmente dall'ordinamento[67].

Naturalmente, non si disconosce che, laddove il provvedimento nullo sia ritenuto provvisoriamente produttivo di effetti giuridici e distinto da quello annullabile solo per la maggiore ampiezza del termine entro cui l'invalidità può essere fatta valere[68], riacquistano maggiore importanza gli argomenti tesi a vincolare il riesercizio uguale e contrario dell'azione amministrativa alla verifica degli ordinari presupposti dell'autotutela[69], che come è noto ha in generale natura discrezionale[70].

Inoltre, passando dalla prospettiva dell'amministrazione a quella dei privati, nulla esclude che l'esigenza di eliminare la situazione materiale prodottasi in conseguenza dell'adozione dell'atto invalido possa risultare persino maggiore se esso è affetto da nullità anziché da annullabilità. Infatti, il privato destinatario di un atto nullo favorevole, per evitare di trovarsi esposto ad un'azione di nullità esperita da terzi che travolga gli effetti materiali prodotti dall'atto, potrebbe avere un interesse a farne dichiarare la nullità persino maggiore dell'interesse del destinatario di un atto illegittimo a conseguirne l'annullamento. In tal senso, il destinatario di un atto illegittimo favorevole, per proteggersi da eventuali impugnazioni di terzi, deve solo attendere l'infruttuoso decorso del termine decadenziale breve di sessanta giorni previsto dall'art. 29 c.p.a. per l'esperimento dell'azione di annullamento, sebbene sia soggetto all'eventuale annullamento d'ufficio da parte dell'amministrazione, che può intervenire entro il termine di diciotto mesi stabilito dall'art. 21-*nonies*. Per contro, il destinatario di un atto nullo favorevole, per proteggersi da eventuali impugnazioni di terzi, deve aspettare il decorso del più ampio termine decadenziale di centottanta giorni previsto dall'art. 31, co. 4, c.p.a. senza che l'azione di nullità venga esperita, mentre l'amministrazione convenuta in giudizio può opporre il vizio di nullità in

[67] Cfr. PONTE, *op. cit.*, pp. 246-247.
[68] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, cit. e id., 28 ottobre 2011, n. 5799, cit.
[69] Cfr. PONTE, *op. cit.*, p. 247.
[70] Cfr. Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181, cit.

qualunque momento e, per quanto riguarda la rimozione in via di autotutela, non è soggetta nemmeno ad un termine massimo entro cui dover intervenire[71].

6. *La tesi della natura dichiarativa.*

Secondo un'altra opinione, l'amministrazione può emanare un atto di natura esclusivamente dichiarativa teso a riconoscere la nullità del provvedimento da essa anteriormente emanato, che in nessun caso produce una qualche modifica delle situazioni giuridiche soggettive preesistenti. Si tratterebbe in sostanza di un riesame dichiarativo, incluso secondo una parte di questa dottrina nella categoria degli atti autointerpretativi[72].

Questa tesi si basa essenzialmente sulla circostanza dell'assenza originaria di efficacia giuridica del provvedimento nullo, la cui svalutazione ha determinato l'errore concettuale di ritenere applicabile alla nullità una potestà di natura costitutiva quale l'annullamento d'ufficio, che invece è destinato ad eliminare gli effetti giuridici di atti amministrativi efficaci. In pratica, l'unica funzione svolta dal riesame dell'atto nullo è quella di dichiarare che gli effetti materiali da esso prodotti non hanno mai assunto la veste di effetti giuridici. Sebbene si sia di fronte ad una forma anomala di autotutela, dovendo applicarsi ad un atto nullo, in nessun caso potrebbe essere inquadrata nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, che ha natura costitutiva. In realtà, il ricorso alla categoria concettuale dell'annullamento d'ufficio è la conseguenza dell'approccio antistorico dal quale discende la tesi della natura costitutiva di tale tipologia di riesame, rappresentando il prodotto di antichi retaggi, quando la giurisprudenza amministrativa ancora inquadrava nell'annullabilità ogni ipotesi attuale di nullità[73].

Tuttavia, pur propendendo per la natura dichiarativa, anche questa posizione ritiene che l'amministrazione sia sempre obbligata a tutelare le posizioni di legittimo affidamento indirettamente generate nei privati dall'atto nullo del cui riesame si verte. In altri termini, l'atto dichiarativo della nullità è legittimo solo se è il risultato di un'adeguata comparazione tra i contrapposti interessi pubblici e privati, se il fattore temporale è stato adeguatamente preso in considerazione e se contiene una motivazione altrettanto adeguata delle anzidette valutazioni. In definitiva, anche la declaratoria di nullità è espressione di un potere amministrativo discrezionale e non vincolato, oggetto di sindacato da parte dell'autorità giurisdizionale amministrativa.

Tra i vari argomenti addotti a supporto di questo secondo carattere dell'atto di autotutela, prendendo parzialmente a prestito le argomentazioni dell'opposta tesi, si evidenzia in primo luogo che anche atti amministrativi viziati da nullità, sebbene non

[71] Cfr. R. CHIEPPA, *La nullità del provvedimento*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, II ed., Milano, 2017, pp. 1114 ss., p. 1140; CHIEPPA-GIOVAGNOLI, *op. cit.*, p. 643; PONTE, *op. cit.*, p. 247.

[72] In tal senso cfr. S. CAPOZZI, *L'invalidità parziale dell'atto amministrativo*, Napoli, 1987, p. 111, nota 22.

[73] Cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 325.

producano in via originaria effetti giuridici, possono appunto produrre effetti materiali, esattamente come i provvedimenti illegittimi oggetto di annullamento d'ufficio, i quali pure danno luogo ad effetti non solo giuridici ma anche materiali giuridicamente rilevanti e compresi nel giudizio di comparazione dei contrapposti interessi pubblici e privati coinvolti nella fattispecie. È il caso, ad esempio, di un atto illegittimo che tuttavia ha raggiunto l'obiettivo perseguito e il cui annullamento potrebbe pregiudicare sia le situazioni giuridiche soggettive acquisite dai destinatari o dai controinteressati e consolidate nel corso del tempo che l'interesse pubblico su cui l'atto si basa[74].

In secondo luogo, la possibilità di far valere la nullità da parte della stessa amministrazione che ha emanato l'atto è sempre espressione del suo potere di provvedere e, quindi, di disciplinare una situazione presente[75].

In terzo luogo, il carattere non vincolato della potestà di adottare la declaratoria di nullità di un atto amministrativo si basa sul principio di conservazione dei valori giuridici, il quale obbliga l'amministrazione che agisce in secondo grado a verificare la sussistenza o meno delle condizioni che permettono la conversione o la convalida dell'atto nullo[76].

Infine, la possibilità di coniugare la natura dichiarativa dell'atto di autotutela con i limiti per la sua adozione, derivanti dal carattere discrezionale della potestà della quale è espressione, trova analogie anche nel diritto civile. Infatti, il codice civile prevede, quali limiti all'imprescrittibilità dell'azione civile di nullità, tanto gli effetti dell'usucapione e della prescrizione delle azioni di ripetizione[77] quanto la circostanza che, se la domanda giudiziale tesa a far dichiarare la nullità degli atti giuridici soggetti a trascrizione è stata trascritta dopo cinque anni dalla data di trascrizione dell'atto, i diritti acquisiti a qualunque titolo dai terzi in buona fede divengono intangibili qualora l'atto sia stato trascritto prima della domanda giudiziale[78]. In tal senso, entrambi i limiti attestano che l'obbligo di proteggere le situazioni giuridiche soggettive consolidate, frutto di legittimo affidamento, è un vero e proprio principio di diritto comune, trasposto anzitutto nella normativa codicistica[79].

7. *La tesi dell'eliminazione automatica degli effetti materiali del provvedimento nullo.*

Secondo un'ulteriore posizione, è necessario sempre respingere la tesi della natura solo formalmente dichiarativa o mista dell'atto di riesame dell'atto nullo (ossia, come

[74] Cfr. B. GILIBERTI, *Profili problematici della nullità del provvedimento amministrativo*, in *Foro amm. C.d.S.*, 2007, pp. 1657 ss., p. 1671.

[75] *Id.*, pp. 1671 s.

[76] Cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 327, che sul punto rinvia a B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, Padova, 1993, 403.

[77] V. art. 1422 c.c.

[78] V. art. 2652, n. 6, c.c.

[79] Cfr. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 327, nota 10.

si è detto, dichiarativa per gli effetti giuridici e costitutiva per gli effetti materiali), accolta dalla prima delle tesi esposte, a favore invece della natura esclusivamente dichiarativa. Tuttavia, l'eliminazione degli effetti materiali eventualmente prodotti dal provvedimento viziato da nullità non è propriamente o in maniera diretta riconducibile all'esercizio del potere di autotutela, ossia non rappresenta un effetto che consegue direttamente dall'atto di ritiro, il quale non è in grado di condizionare la natura del provvedimento nullo. Al contrario, essa è una conseguenza – «logica, prima ancora che giuridica» – discendente dalla presa d'atto dell'inefficacia giuridica del provvedimento attuata dall'amministrazione che agisce in secondo grado. Ciò che invece rappresenta un effetto diretto dell'atto di ritiro, e rispetto al quale emerge la vera natura dichiarativa del potere di autotutela, è rappresentato dal riconoscimento, ad opera dell'amministrazione, dell'inefficacia giuridica originaria del provvedimento nullo, dalla quale deriva, in maniera automatica, l'eliminazione degli eventuali effetti materiali apparentemente riconducibili al provvedimento e che, a seguito della formale presa d'atto della sua improduttività originaria di effetti giuridici, sono divenuti *sine titulo*[80].

8. *La tesi della natura vincolata.*

Infine, secondo una tesi ancora più radicale, l'atto di riesame mediante il quale l'amministrazione accerta la nullità di un proprio provvedimento ha natura non solo meramente dichiarativa ma anche totalmente vincolata, nel senso che essa è sempre obbligata a dichiarare la nullità degli atti che risultino affetti da questa tipologia di vizio. In tal senso, le è precluso di far dipendere l'adozione della declaratoria di nullità sia da qualunque ponderazione dei contrapposti interessi coinvolti nel riesame come da qualsiasi valutazione del lasso di tempo intervenuto dall'adozione del provvedimento di primo grado, non essendo tanto meno tenuta a fornire alcuna motivazione dell'atto dichiarativo della nullità per giustificare le anzidette valutazioni, dal momento che un atto nullo è sprovvisto in via assoluta e originaria di qualunque idoneità a produrre qualunque effetto o affidamento di sorta[81].

9. *Conclusioni.*

A fronte dell'elevata eterogeneità delle posizioni dottrinali, risulta dunque quanto mai opportuno che il legislatore introduca una disciplina positiva al riguardo, che conseguirebbe numerosi obiettivi simultaneamente. Infatti, oltre a comporre le rilevate divergenze, essa consentirebbe anzitutto di tutelare maggiormente le situazioni giuridiche soggettive eventualmente lese dagli effetti materiali del provvedimento nullo. Inoltre, favorirebbe l'abbandono dell'ormai anacronistica

[80] Cfr. LAMPIS, *op. cit.*, pp. 107 s.

[81] Cfr. CARLOTTI, *op. cit.*, pp. 434-435, la cui opinione è condivisa più di recente anche da R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *federalismi.it*, n. 23/2017, p. 7, nota 14.

tendenza ad assegnare alla nullità un ruolo subordinato e complementare rispetto all'annullabilità nell'ambito del sistema delle invalidità amministrative. Infine, porterebbe ad una graduazione e procedimentalizzazione del regime di autotutela dell'atto amministrativo invalido coerente con il rispettivo livello di gravità dell'invalidità, in tal modo allineando l'ordinamento amministrativo italiano ad altri ordinamenti europei ben più garantisti al riguardo, a partire come si è visto da quello spagnolo[82].

In realtà, l'origine storica e la graduale affermazione della nullità nel diritto amministrativo italiano, in chiave non di tutela del privato ma di "auto-tutela" della stessa amministrazione[83], confermano che anche tale forma di riesame non è – né sarebbe – mai stata la massima aspirazione del soggetto pubblico. Nella stessa perdurante configurazione delle ipotesi di nullità testuale, anche se non mancano fattispecie finalizzate alla tutela del privato[84], la maggior parte dei casi di nullità che il legislatore attualmente prevede sono ipotesi in cui l'interesse tutelato non è quello dei privati nei confronti dell'amministrazione ma quello dell'amministrazione nei confronti dei suoi stessi componenti forniti della capacità di esprimere la volontà dell'ente, in quanto la comminatoria della nullità è volta ad evitare che il loro comportamento possa creare danni all'amministrazione in generale e alla finanza pubblica in particolare[85]. La scarsa propensione dell'amministrazione a ricorrere ad una tipologia di autotutela verso la quale il proprio interesse potrebbe non essere immediato risulta dunque pienamente coerente l'evoluzione storica della nullità amministrativa.

D'altra parte, sotto altro profilo, proprio perché le nullità testuali sono previste prevalentemente in funzione di tutela dell'amministrazione nei confronti dei propri funzionari piuttosto che dei privati nei confronti dell'amministrazione, l'orientamento della giurisprudenza che tende a circoscrivere l'ambito applicativo della nullità a tutto vantaggio dell'annullabilità[86], con particolare riferimento al

[82] Sulle analogie e le differenze nell'autotutela rispetto ai provvedimenti nulli tra l'ordinamento amministrativo spagnolo e quello italiano, sia consentito il rinvio al nostro [omissis].

[83] Sul punto cfr. DELSIGNORE, *op. cit.*, pp. 869-870.

[84] V., ad esempio, artt. 82, co. 8 e 103, co. 5, d.lgs. n. 50/2016 e art. 13, d.lgs. n. 75/2017.

[85] V., ad esempio, art. 209, co. 3, d.lgs. n. 50/2016; artt. 19 e 25, d.lgs. 175/2016; art. 11, d.lgs. n. 74/2017; artt. 3 e 5, d.lgs. n. 75/2017. Sul punto cfr. GALLO, *op. cit.*, p. 46-47.

[86] Sul punto cfr. CAVALLARO, *op. cit.*, p. 370; GALLO, *op. cit.*, p. 44; D. MASTRANGELO, *Note minime sulla nullità dei provvedimenti amministrativi e sulle norme scritte che la riguardano*, in *Scritti in onore di Franco Bassi*, Napoli, 2015, t. I, pp. 123 ss., pp. 131 ss. In tal senso, si sottolinea la «ristrettezza dell'ambito di applicazione della nullità nelle fattispecie di diritto amministrativo», atteso che dall'art. 21-*septies* «discende il costante indirizzo giurisprudenziale che ritiene che la nullità del provvedimento abbia carattere eccezionale» (Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5671, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*). Similmente, si riconosce che nel diritto amministrativo – a differenza che nel diritto civile, dove la nullità rappresenta la forma di invalidità "residuale", destinata ad operare ogni qualvolta il contratto è contrario a norma imperativa, salvo che la legge disponga diversamente, *ex* art. 1418, co. 1, c.c. – non solo non opera la nullità "virtuale", cioè in assenza di una norma che la preveda testualmente, ma la stessa categoria della nullità rappresenta «una forma di invalidità eccezionale e

difetto assoluto di attribuzione[87] e alla mancanza di elementi essenziali[88], al dichiarato fine di evitare che ogni violazione di legge abbia conseguenze sproporzionate rispetto alla difformità dell'atto dal paradigma legale[89], non è da considerarsi negativo per il cittadino[90].

L'esigenza di introdurre una disciplina positiva di tale forma di autotutela si pone poi alla luce del percorso evolutivo tutt'altro che lineare che ha attraversato il rapporto tra autotutela decisoria e principio di legalità[91].

---

tipica». Fra i due sistemi vi è quindi una «differenza di fondo che trova la sua spiegazione nella rammentata circostanza che nel diritto amministrativo prevale l'esigenza di assicurare la stabilità, la certezza e, dunque, la conservazione degli atti amministrativi, il che implica l'applicazione di un regime di invalidità nel quale la categoria generale e virtuale è l'annullabilità», nonché del principio *utile per inutile non vitiatur*, in luogo dell'opposto principio civilistico *utile per inutile vitiatur* sotteso alla previsione di cui dell'art. 1354, co. 1, c.c. (Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2016, n. 882, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

[87] In tal senso, poiché la nullità per difetto assoluto di attribuzione va circoscritta ai soli casi di incompetenza assoluta o di c.d. carenza di potere in astratto, ossia al caso in cui manchi del tutto una norma che attribuisca all'Amministrazione il potere in fatto esercitato, essa resta una vicenda «assolutamente residuale», di fatto, «un caso di scuola» (Cons. Stato, sez. IV, 18 novembre 2014, n. 5671, cit.). In altri termini, «il difetto assoluto di attribuzione è configurabile nei casi – per lo più 'di scuola' – in cui un atto non può essere radicalmente emanato da una autorità amministrativa, che non ha alcun potere nel settore, neppure condividendone la titolarità con un'altra amministrazione (risultando altrimenti un vizio di incompetenza)» (Cons. Stato, sez. VI, 31 ottobre 2013, n. 5266, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

[88] In tal senso, si afferma che «pur dopo l'inserimento nel sistema dell'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, che ha codificato la nullità "strutturale" del provvedimento amministrativo (ossia per difetto dei suoi elementi essenziali), tale peculiare vizio possa essere *in concreto* ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto», mentre anche il difetto della causa, che sul piano civilistico è causa di nullità del negozio, nel diritto amministrativo è causa di annullabilità *sub specie* di eccesso di potere, il che discende «dall'eccezionalità del vizio di nullità rispetto alle ordinarie forme di illegittimità conoscibili dal giudice amministrativo, e rilevanti quali cause di annullabilità» (Cons. Stato, sez. IV, 24 maggio 2016, n. 2202, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*). Similmente, si ribadisce che, «pur dopo la positivizzazione della nullità "strutturale" del provvedimento amministrativo, con il suo inserimento nei casi previsti dall'art. 21-*septies* della legge 7 agosto 1990, n. 241, tale peculiare vizio può essere ravvisato soltanto in casi estremi e circoscritti, quale ad esempio l'inesistenza dell'oggetto. Questa ipotesi di nullità ricorre quando il vizio da cui l'atto amministrativo è affetto assume connotati di gravità ed evidenza tali da rendere impedirne la qualificazione come manifestazione di potere amministrativo, sia pure eventualmente illegittima. Solo in questi casi eccezionali non sussistono di conseguenza le ragioni di certezza dell'azione amministrativa alla base del carattere generalizzato del vizio dell'annullabilità *ex* art. 21-*octies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, e del termine breve e a pena di decadenza per ricorrere in sede giurisdizionale. Al di fuori di questa evenienza (e delle altre tassative ed eccezionali codificate dalla disposizione in esame della legge generale sul procedimento amministrativo) ogni patologia da cui la manifestazione di volontà autoritativa risulti affetta deve essere ascritta all'ipotesi generale dell'annullabilità ai sensi dell'art. 21-*octies* poc'anzi citato. Nell'ambito di quest'ultima vanno tra l'altro inclusi tutti i vizi da cui è affetta la volontà dell'amministrazione e che comportano una deviazione rispetto alla causa tipica del potere autoritativo, anche nelle ipotesi più gravi in cui la condotta del funzionario autore dell'atto sia qualificabile come reato» Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2017, n. 2028, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*).

[89] Cfr. GALLO, *op. cit.*, p. 44, e, *ivi*, nt. 6, che richiama sul punto M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, II ed., Bologna, 2015, p. 198.

[90] Cfr. GALLO, *op. cit.*, p. 46.

[91] In proposito si riprendono le acute osservazioni di F. FRANCARIO, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. RALLO-A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, pp. 9 ss.

Nella risistemazione benvenutiana l'autotutela esecutiva era ancorata strettamente a tale principio[92], mentre quella decisoria era considerata un privilegio dell'amministrazione, espressione di un potere generale connaturato all'esercizio stesso della funzione amministrativa e che pertanto non richiedeva un'espressa attribuzione normativa[93], secondo una tendenza perdurata a lungo nell'elaborazione sia dottrinale che giurisprudenziale e codificata infine dalla l. n. 15/2005. In quest'ultima, infatti, l'autotutela esecutiva è strettamente ancorata al principio di legalità, dal momento che, ai sensi dell'art. 21-*ter*, co. 1, della l. n. 241/1990, l'amministrazione può imporre l'adempimento coattivo degli obblighi sussistenti nei propri confronti solo «nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge», così come può provvedere all'esecuzione coattiva, in caso di inottemperanza dell'interessato, sempre «nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge». Non altrettanto invece si riscontra nella sospensione, nella revoca, nell'annullamento d'ufficio e nella convalida, dato che, sempre sin dalla l. n. 15/2005, gli artt. 21-*quater*, 21-*quinquies* e 21-*nonies*, non operano tuttora alcun rinvio alla legge se non per la determinazione dell'organo competente ove diverso da quello che ha emanato il provvedimento di primo grado.

Rispetto a tale nozione tradizionale, tuttavia, già nella versione originaria della l. n. 241/1990 sono presenti elementi di rottura e di attrazione verso il polo della legalità, secondo una tendenza opposta che ha conosciuto un costante e progressivo rafforzamento fino alle ultime riforme del 2014 e 2015[94].

In tal senso, in primo luogo, la generalizzazione del principio del contraddittorio e della partecipazione procedimentale operata sin dall'inizio dalla legge sul procedimento amministrativo ha fatto sì che l'acquisizione e la ponderazione degli interessi pubblici e privati non sia più l'esito dell'operato unilaterale dell'amministrazione ma della formazione in via contenziosa o quasi contenziosa del procedimento, nella cui sede l'interessato ha il potere di far valere le proprie ragioni in chiave oppositiva rispetto all'amministrazione. Il risultato finale del procedimento,

[92] In tal senso, «l'autotutela esecutiva è ammessa nel nostro ordinamento soltanto nei casi espressamente previsti e non ampliabili né in via di deduzione di principi, né in via d'integrazione analogica» (BENVENUTI, *op. cit.*, p. 555).

[93] In tal senso, l'autotutela decisoria, ovvero «il concetto di atto che decide, secondo giustizia, un conflitto potenziale o attuale tra l'amministrazione ed il destinatario del suo provvedimento, ovvero di una norma, che le assicuri una posizione o situazione di vantaggio, si manifesta come concetto di carattere generale». I provvedimenti di autotutela decisoria non coincidono quindi né con le decisioni emesse all'esito dei procedimenti amministrativi contenziosi né con gli accertamenti emanati a seguito di contraddittorio o con le pronunce dichiarative preliminari a manifestazioni di volontà, perché «ciò che qualifica questi atti è piuttosto la loro natura materialmente giurisdizionale e cioè la loro attitudine (o causa generica) a soddisfare in caso di conflitto l'interesse del loro autore attraverso l'assicurazione» (BENVENUTI, *op. cit.*, p. 541).

[94] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, cit., pp. 13-17.

più che un provvedimento, è dunque una decisione[95], che determina anche la consumazione del potere di provvedere dell'amministrazione[96], secondo una visione antitetica rispetto a quella dell'autotutela come potere generale, inesauribile e immanente a quello esercitato in primo grado[97].

In secondo luogo, nel delineare gli istituti di semplificazione – dagli accordi tra amministrazioni e con i privati alla conferenza di servizi, dalla d.i.a. e ora s.c.i.a. al silenzio-assenso – il legislatore ha contemplato moduli deliberativi che prescindono da una determinazione imperativa unilaterale dell'amministrazione o addirittura dalla stessa adozione di un atto amministrativo. La difficoltà di continuare a concepire l'autotutela come un potere immanente all'esercizio dell'attività amministrativa, non necessitante alcuna attribuzione normativa, è evidente nel fatto stesso che il legislatore ha avvertito la necessità di prevedere, sin dalla formulazione originaria della l. n. 241/1990, il potere dell'amministrazione di recedere unilateralmente dagli accordi con il privato «per sopravvenuti motivi di pubblico interesse» (art. 11, co. 4) così come di «annullare l'atto di assenso illegittimamente formato» con riferimento al silenzio-assenso (art. 20, co. 1, nella versione originaria)[98]. Tale controtendenza parallela non ha fatto che intensificarsi, se è vero che con la l. n. 80/2005 il legislatore ha previsto, in relazione alla d.i.a., che «è fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*» (art. 19, co. 3, nella versione risultante dalla novella del 2005). Tale disposizione è stata poi riscritta dalla l. n. 124/2015, che all'art. 19, co. 4, in luogo del potere di assumere «determinazioni in via di autotutela», prevede ora il potere di adottare i «provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*», una modifica che segna dunque la scomparsa anche formale – oltre che sostanziale[99] –

[95] Posto che «per 'decisione amministrativa' si intende la combinazione di giudizio e volontà che compone un conflitto di interessi "selezionando un particolare assetto fra altri possibili"» (F. Follieri, Decisione amministrativa e atto vincolato, in Federalismi.it, n. 7/2017, § 1, p. 3, che riprende, nel virgolettato doppio, M. Bombardelli, Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico, Torino, 1996, p. 3).

[96] Sulla crisi della concezione dell'inesauribilità del potere quale paradigma teorico di riferimento dei provvedimenti di secondo grado, in conseguenza dei recenti interventi legislativi sugli stessi, cfr. partic. M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *Persona e amministrazione*, 2017, n. 1, pp. 189 ss.

[97] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, pp. 18-19.

[98] *Id.*, pp. 19-21.

[99] In tal senso, cfr. Cons. Stato, comm. spec., 30 marzo 2016, n. 839/2016, in *www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr*, secondo cui la disposizione cui all'art. 21-*nonies*, quale riformata dalla l. n. 124/2015, «viene infatti richiamata nel meccanismo della SCIA di cui all'art. 19 con una funzione innovativa, che non può più definirsi di 'autotutela' in senso tecnico, poiché l'autotutela costituisce un provvedimento di secondo grado ed esso appare impossibile nel caso di specie, dove il provvedimento iniziale manca del tutto».

dell'«autotutela» e il riferimento dei limiti di cui all'art. 21-*nonies* ai poteri interdittivi di un atto privato quale la s.c.i.a.[100].

Anche l'introduzione di un termine certo e breve entro cui operare l'annullamento d'ufficio, disposta dalla stessa legge, e che rappresenta «un 'nuovo paradigma' nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione»[101], è incompatibile con l'idea sia dell'inesauribilità che dell'immanenza di un potere che non potrebbe più essere anacronisticamente concepito come espressione dello stesso potere esercitato in primo grado[102].

Infine, sebbene più marginalmente, nemmeno la revoca è andata indenne dall'opera di conformazione legislativa, dato che la l. n. 164/2014, da una parte, ha escluso che la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario possa costituire un presupposto legittimante per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di benefici economici, e, dall'altra, ha ammesso la revocabilità di tutti i provvedimenti inopportuni per mutamento della situazione di fatto solo qualora quest'ultimo non sia prevedibile al momento dell'adozione dell'atto, oltre al fatto che sin dalla l. n. 15/2005 la revoca è nata affiancata all'obbligo indennizzatorio della lesione dell'affidamento[103].

Nel complesso, l'art. 6 della l. n. 124/2015 ha ridisegnato in profondità le caratteristiche e la natura dell'istituto dell'annullamento d'ufficio, riconfigurandolo quale potere dell'amministrazione non più generale ma eccezionale, strettamente vincolato al rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa, rinvenendo la propria fonte e il proprio limite nell'art. 21-*nonies*[104]. Con tale disposizione si è compiuta dunque la «teoresi» dell'autotutela decisoria, perché si è consumata la parabola dell'evoluzione storica dell'istituto, che l'aveva portato a staccarsi progressivamente dall'autotutela esecutiva proprio sul versante del rapporto con il principio di legalità per poi a riallinearsi ad essa[105].

In definitiva, l'attrazione verso il polo della legalità della disciplina dell'autotutela, implicita nella crescente regolamentazione dell'istituto ma iniziata a ben vedere sin dalla versione originaria della l. n. 241/1990, rende ormai recessiva l'idea che esso sia un principio naturale della stessa azione amministrativa, che non richiede alcuna tipizzazione normativa, il che rende ancora più paradossale la perdurante assenza di una disciplina positiva dell'autotutela nei confronti del provvedimento nullo[106]. Al di là del fatto che, come si è detto, la stessa giurisprudenza costituzionale ha recepito la

[100] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, cit., pp. 25-26.
[101] Cons. Stato, comm. spec., 30 marzo 2016, n. 839/2016, cit.
[102] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, cit., pp. 27-28.
[103] *Id.*, pp. 28-29.
[104] Cfr. F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *federalismi.it*, n. 20/2015, § 2, p. 4.
[105] *Id.*, § 3, pp. 5 ss.
[106] Cfr. FRANCARIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 30.

svolta nel mutamento della concezione del potere di autotutela[107], per tale tipologia di autotutela è poi ancora più complicato sostenere la concezione tradizionale come privilegio pubblicistico e retaggio degli Stati assoluti, anziché come potere di amministrazione attiva, attesa l'incertezza sullo stesso carattere provvedimentale della declaratoria di nullità in autotutela[108], e per la quale l'analisi qui condotta ha mostrato l'elevata eterogeneità di impostazioni.

D'altra parte, come evidenzia l'ultima modifica dell'art. 19, l'interesse del legislatore è di far cessare gli effetti creati da una situazione *contra ius* e non di risolvere un problema di invalidità provvedimentale[109], il che rende ancora più consona al mutato sentire dell'organo normatore una riforma che mirerebbe alla rimozione di effetti materiali generati da un atto amministrativo più che ad una forma di autotutela vera e propria.

Non c'è dubbio che, sottoponendo oggi il potere di autotutela a condizioni più restrittive rispetto al passato, il legislatore, se da un lato mostra di privilegiare la stabilità dei rapporti giuridici, dall'altra relega in disparte i due presupposti essenziali di esercizio dello stesso, ossia l'interesse pubblico concreto e attuale al ritiro e – nel caso dell'annullamento d'ufficio – l'illegittimità del provvedimento[110]. È altrettanto vero però che proprio in relazione alla nullità l'antitesi tra la concezione tradizionale dell'autotutela e il principio di legalità mostra il suo limite ontologico[111].

---

[107] Cfr. Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181, cit.

[108] Cfr. CORTESI, *op. cit.*, p. 1307.

[109] In tal senso, per come è stata configurata la riforma dell'art. 19, co. 4, della l. n. 241/1990 da parte dell'art. 6, co. 1, lett. a), della l. n. 124/2015, «l'intervento tende ad inquadrarsi nello schema proprio della c.d. rimozione, piuttosto dell'annullamento. È cioè evidente che l'attenzione del legislatore è tutta focalizzata sul problema dell'antigiuridicità del permanere degli effetti e non dell'invalidità o meno *ab origine* dell'atto. La preoccupazione è cioè di evitare che esista e perduri un rapporto in assenza delle condizioni di fatto e di diritto richieste per la sua vigenza, a prescindere dalla sua qualificazione (in termini di validità o meno anche sotto qualsiasi altro profilo) dell'atto che ha originato il rapporto e prodotto tali effetti. L'intervento dell'amministrazione si rende doveroso non già per rimediare ad uno stato patologico dell'atto, bensì per far cessare l'efficacia del rapporto creato dall'atto» (FRANCARIO, *Profili evolutivi*, cit., p. 26).

[110] Cfr. NAPOLITANO, *op. cit.*, pp. 2-3.

[111] Detto diversamente, rispetto «alla formula «illegittimità forte», elaborata da una non recente decisione dell'Adunanza plenaria [Cons. Stato, Ad. plen., 29 febbraio 1992, n. 2, cit.]; un'illegittimità "diversa" rispetto a quella cui consegue l'annullabilità e che dà luogo alla nullità del provvedimento, a tutela del polo pubblicistico del rapporto amministrativo, sacrificato oltremodo da un atto totalmente difforme dal paradigma normativo nelle ipotesi tipizzate dal legislatore», può convenirsi che «il potere di autoannullamento può sì conoscere una consumazione quanto all'assetto d'interessi racchiuso e cristallizzato nel provvedimento, ma ciò non dovrebbe accadere qualora quel provvedimento fosse viziato per oggettiva mancanza dei suoi presupposti [...]. Pertanto l'Amministrazione avrebbe sempre il potere-dovere di rilevare le situazioni patologiche che attengano non alla composizione degli interessi, e cioè all'esercizio del potere discrezionali, *bensì* alla conformità del provvedimento al suo paradigma normativo di riferimento. Questa concezione si lega a doppio filo con una nozione "forte" del principio di legalità, presupposto indefettibile dell'agire amministrativo funzionalizzato alla realizzazione del pubblico interesse» (*id.*, pp. 7-9).

Restano, infine, i problemi collaterali che l'insufficiente definizione di tale forma di autotutela lascia irrisolti, dato che essa è strettamente connessa ai perduranti limiti della tutela giurisdizionale contro la nullità amministrativa.

Anzitutto, come ha riconosciuto di recente lo stesso Consiglio di Stato, il provvedimento nullo, in quanto intrinsecamente imperativo, esecutivo ed esecutorio, ha comunque un'efficacia interinale che può venire meno solo a seguito di un intervento declaratorio della nullità di tipo giurisdizionale o amministrativo in autotutela[112]. Tuttavia, in relazione alla prima alternativa, la codificazione della nullità operata dall'art. 21-*septies* ha finito paradossalmente per diminuire il grado di tutela del privato di fronte all'attività amministrativa nulla, dato che al di fuori delle materie di giurisdizione esclusiva continua ad applicarsi il tradizionale criterio di riparto di giurisdizione basato sulla consistenza della situazione giuridica soggettiva intercettata dall'atto nullo. Con la conseguenza che i provvedimenti nulli estranei alla giurisdizione esclusiva sfuggono al potere dichiarativo ed esecutivo del giudice amministrativo, la cui sfera di efficacia ne esce ridotta, mentre viene addossato sul giudice ordinario un carico di lavoro eccessivo in una tipologia di attività nella quale non dispone di adeguati strumenti né tecnici né culturali. Sotto altro profilo, dunque, si ripropone il paradosso dell'inversione del grado di tutela rispetto al grado di gravità del vizio, perché «l'atto nullo, che è più grave dell'atto annullabile, davanti al giudice ordinario la "fa franca"»[113], con buona pace dei principi del giusto processo, di effettività e concentrazione della tutela giurisdizionale.

In secondo luogo, il sovraccarico del sindacato sull'operato dell'amministrazione da parte del giudice ordinario rende ancora più acuta la problematica riflessa del comportamento di questa a fronte di una sentenza civile o penale che abbia accertato in via incidentale la nullità dell'atto amministrativo, emessa magari in un giudizio nel quale l'amministrazione non è stata nemmeno parte in causa. In tal caso vi è da chiedersi se essa sia obbligata ad agire in autotutela, dovendo conformarsi alla statuizione disapplicativa del giudice ordinario in virtù del principio costituzionale di buona amministrazione, cosicché la declaratoria di nullità in autotutela si configurerebbe come esercizio di un potere vincolato, o se invece essa possa comunque procedere a ponderare motivatamente i contrapposti interessi pubblici e privati. Vi è poi da stabilire se l'eventuale attività conformativa in autotutela, vincolata o discrezionale, debba attendere o meno il formarsi del giudicato ordinario, tenendo presente però, almeno in termini tecnici, su un *obiter dictum* non si forma mai il giudicato. Infine, vi è il problema delle responsabilità configurabili a carico dei funzionari in caso di accertamento incidentale della nullità dell'atto amministrativo da parte del giudice ordinario. Come si vede, si tratta di interrogativi tutti che

[112] Cfr. Cons. Stato, sez. IV, 2 aprile 2012, n. 1957, cit. e id., 28 ottobre 2011, n. 5799, cit.

[113] P. ROMANUCCI, Asimmetrie e criticità irrisolte della nullità amministrativa, attraverso la riforma della legge 241/90 ed il codice del processo amministrativo. Una rassegna di giurisprudenza, in Federalismi.it, n. 10/2013, § 2, p. 8.

potrebbero essere risolti se il legislatore prevedesse un potere generale del giudice ordinario di dichiarare la nullità del provvedimento, analogo a quello del giudice amministrativo, come già previsto per le sanzioni amministrative dall'art. 22 della l. n. 689/1981 e dal d.lgs. 150/2011, conformandosi così all'esigenza di pienezza ed effettività della tutela giurisdizionale contro gli atti della pubblica amministrazione prevista dall'art. 113 Cost.[114].

Infine, non meno delicato è il problema dell'opponibilità in giudizio *sine die* del vizio di nullità da parte dell'amministrazione resistente prevista dall'art. 31, co. 4, c.p.a., che stride con la subordinazione del privato al termine decadenziale di centottanta giorni, squilibrio oltretutto di dubbia costituzionalità ma nemmeno lontanamente sfiorato dai due correttivi al codice. In effetti, tutt'altro che irrealistica è l'eventualità che l'amministrazione, cioè la stessa parte che ha dato causa all'atto nullo, prima ne rifiuti l'annullamento in autotutela e poi se ne faccia strumentalmente scudo in giudizio. L'assenza di limiti temporali all'esercizio di tale tipologia di riesame può condurre dunque ad un uso opportunistico non solo della giustizia ma anche del potere di autotutela, la cui attivazione potrebbe appunto essere aggirata – e con essa le relative responsabilità – attraverso la «scappatoia»[115] dell'opponibilità in giudizio. Certo il privato può sempre contare sulla soluzione risarcitoria o su quella restitutoria, intentando in tal caso l'azione di indebito arricchimento, ma non otterrebbe comunque una tutela pienamente satisfattiva del proprio interesse come nel caso del conseguimento diretto del bene della vita per via provvedimentale.

D'altra parte, le lacune nella tutela giurisdizionale correlate alla questione in esame evidenziano anche che l'ammissibilità dell'annullamento in autotutela del provvedimento nullo non è una soluzione molto diversa da quella accolta dalla giurisprudenza all'indomani dell'introduzione dell'art. 21-*septies*, laddove – in un sistema di giustizia amministrativa che non conosceva ancora le sentenze dichiarative della nullità, ammettendole solo nelle residuali ipotesi del giudizio sul silenzio e di quello sull'accesso – ebbe a riconosce la possibilità di esperire l'azione di annullamento nei confronti dei provvedimenti nulli. Dato appunto che l'atto nullo produce effetti materiali che a loro volta possono produrre effetti giuridici, alla luce dell'imperiosa necessità che può emergere di eliminare anche formalmente il provvedimento dall'ordinamento, «non si capisce perché l'annullamento dovrebbe essere ritenuto inappropriato al giudice e consono all'amministrazione che agisce in autotutela»[116].

---

[114] *Id.*, p. 9.

[115] *Id.*, p. 12.

[116] T.A.R. Puglia, Bari, sez. III, 26 ottobre 2005, n. 4581, in www.giustizia-amministrativa.it/dcsnprr, che riconosce come l'azione di nullità sia «ontologicamente» dichiarativa e l'art. 26, co. 2, della l. n. 1034/1971, laddove regola la natura delle sentenze di accoglimento del giudice amministrativo in sede di legittimità prevedendo che in tal caso esso «annulla» sempre l'atto impugnato, rappresenti un ostacolo insuperabile all'ingresso della pronuncia dichiarativa della nullità. Tuttavia, «l'inammissibilità di formali statuizioni dichiarative della nullità di

Più che mai, dunque, si rende necessario introdurre a livello normativo non solo una disciplina positiva ma anche adeguate forme di garanzia del privato contro possibili tentativi dell'amministrazione di eludere la rimozione in autotutela del provvedimento nullo.

un atto amministrativo non impedisce che ad analogo risultato possa pervenirsi mercé la pronuncia di annullamento. Anzi, tale pronuncia appare del tutto coerente con la riscontrata esistenza di una giurisdizione di legittimità. Se il rapporto devoluto al giudice riflette lo schema logico fatto-norma-potere-effetto è del tutto naturale che la nullità trovi sfogo in una statuizione di annullamento, che accerti l'inesistenza giuridica del potere. Come osservato in dottrina le pronunce dei giudici, rese su atti invalidi, esercitano la loro concreta funzione di tutela solo nel momento in cui vengono rese. Non è neanche vero che, come dice Lucrezio, ex nihilo nihil fit, in quanto l'atto nullo produce determinati effetti pratici (determina non effetti giuridici, ma fatti, che a loro volta determinano effetti giuridici, secondo la connessione fatto-effetto), costituenti meri fatti materiali, ma che a loro volta possono produrre effetti giuridici. Nel diritto amministrativo il connotato esteriore di autoritatività carica questa evidenza di significati più forti. Si è già ricordato che l'atto nullo può essere portato ad esecuzione o costituire il presupposto di atti successivi. La formula di annullamento, allora, ben si adatta all'esigenza che l'atto venga eliminato anche sul piano formale».