

4 LUGLIO 2018

La doverosità del potere di annullamento d'ufficio

di Flavio Valerio Virzi

Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

La doverosità del potere di annullamento d'ufficio *

di Flavio Valerio Virzì

Dottore di ricerca in Diritto pubblico, comparato e internazionale
Sapienza – Università di Roma

Sommario: 1. Introduzione. 2. La discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio esercitato entro i termini. 2.1. La discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio esercitato tardivamente. 3. La doverosità del potere di annullamento d'ufficio. 4. L'“annullamento doveroso” dei provvedimenti illegittimi nella giurisprudenza amministrativa. 4.1. I casi in cui l'interesse pubblico è rilevante e prevalente rispetto all'interesse privato: l'interesse ambientale e territoriale. 4.2. L'interesse economico. 4.3. L'interesse comunitario. 4.4. I casi in cui l'interesse privato è irrilevante. 5. Il “dovere di annullare” i provvedimenti illegittimi nella giurisprudenza amministrativa. 5.1. Il dovere di provvedere “in senso formale”. 5.2. Il dovere di provvedere “in senso sostanziale”. 5.3. Il dovere di annullare i provvedimenti illegittimi nella giurisprudenza comunitaria. 6. Conclusione.

1. Introduzione

Il dibattito sulla doverosità del potere di annullamento d'ufficio può essere fatto risalire storicamente all'elaborazione scientifica della prima metà del secolo scorso ⁽¹⁾. Rimasto pressoché del tutto sopito nel corso della seconda metà, in cui la scienza giuridica si assestava sulla rappresentazione del predetto potere come di una *facoltà discrezionale* ⁽²⁾, tale dibattito è ritornato in auge negli ultimi anni, soprattutto a seguito di alcuni interventi legislativi, come si evince dall'elevato numero di contributi pubblicati sul tema ⁽³⁾.

* Articolo sottoposto a referaggio.

⁽¹⁾ Tra l'ampia bibliografia ci si limita a richiamare i lavori monografici di G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, e U. BALDI PAPINI, *L'Annullamento d'ufficio degli atti amministrativi invalidi*, Firenze, 1939, in cui il potere di annullamento d'ufficio viene rappresentato come una “facoltà discrezionale”; e di V. ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, in cui il predetto potere viene propriamente definito come “obbligatorio”.

⁽²⁾ La connotazione facoltativa dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio viene sottolineata da E. CANNADA BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio (nota a sent. Cons. St., sez. IV, 27 luglio 1948 n. 366)*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, II, p. 562; Id., *Annulabilità e annullamento – b) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, II, Milano 1958, p. 484; mentre negli scritti di F. BENVENUTI, *Autotutela – b) Diritto amministrativo*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 537 ss. e di M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Milano, 1970, p. 981 ss. si tende a rappresentare soprattutto la connotazione discrezionale del predetto potere, lasciando impregiudicato il problema concernente il suo esercizio facoltativo ovvero doveroso.

⁽³⁾ Tra gli scritti più recenti cfr. M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un “fossile vivente” nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in *federalismi.it*, 2018, n. 8; e Id. *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2017; G. MANFREDI, *Annulamento doveroso?*, in *P.A. Persona e amministrazione, Ricerche giuridiche sull'amministrazione e sull'economia*, 2017, n. 1; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *federalismi.it*, 2017, n. 20; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, *Riv. giur. urb.*, 2016, n. 1; S. TUCCILLO, *Autotutela, potere doveroso*, in *federalismi.it*, 2016, n. 16.

Il tema della doverosità del potere di annullamento d'ufficio inerisce a due profili differenti, spesso affrontati separatamente dalla scienza giuridica. Con tale definizione, infatti, si fa riferimento, in alcuni casi, al dovere dell'amministrazione di annullare i provvedimenti illegittimi d'ufficio (a ciò che per comodità espositiva verrà definito *annullamento doveroso*), in altri casi, al dovere dell'amministrazione di annullare i provvedimenti illegittimi su domanda dell'amministrato (al *dovere di annullare*) ⁽⁴⁾.

Il presente scritto intende affrontare in maniera unitaria i predetti profili problematici, per cercare di capire se, anche in ragione del mutato contesto giuridico, l'esercizio del potere discrezionale di annullamento d'ufficio possa ancora essere propriamente rappresentato come facoltativo ovvero se esso sia da ritenersi doveroso.

Nel prosieguo, l'indagine sarà circoscritta al solo art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, recante la disciplina generale del potere di annullamento d'ufficio, mentre le discipline speciali e settoriali saranno prese in considerazione soltanto in quanto utili a ricostruire il contesto giuridico nel quale essa si inserisce. Nella prima parte della trattazione, si verificherà come la discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio sia stata conformata dai più recenti interventi di riforma e, specificamente, se essi rechino con sé l'effetto di vincolare in astratto tale potere nel *quando*, delimitandone temporalmente il suo esercizio, e nel *quomodo*, diversificandone i presupposti a seconda del tempo del suo esercizio. Nella seconda parte, invece, si procederà a verificare se tale potere possa pure dirsi vincolato in concreto nell'*an* e se, pertanto, possano essere prospettati dei casi di "annullamento d'ufficio doveroso" e dei casi in cui per l'amministrazione sussista un vero e proprio "dovere di annullamento" officioso su domanda dell'amministrato ⁽⁵⁾.

⁽⁴⁾ Sui due diversi profili della doverosità, cfr. G. MANFREDI, *Annullamento doveroso*, cit., p. 385, secondo cui l'espressione annullamento doveroso, comunemente utilizzata presso la scienza giuridica, «non è del tutto priva di ambiguità, in particolare perché [...] pare che con essa a volte si voglia intendere che la pubblica amministrazione è tenuta a procedere d'ufficio ad annullare i provvedimenti illegittimi, e altre volte invece che è obbligata a procedervi su domanda di un privato: per cui sembra che nel primo caso la doverosità venga considerata principalmente funzionale a esigenze di legalità oggettiva e/o del buon andamento dell'azione amministrativa, e nel secondo caso invece a esigenze di tutela degli interessi dei privati pregiudicati dal provvedimento».

⁽⁵⁾ Sulla discrezionalità, oltre alla nota tesi di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione*, 1939, Milano, p. 74 ss., in cui essa viene definita come «una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie», tra l'ampia bibliografia, cfr. G. BARONE, *Discrezionalità amministrativa*, in *Enc. Giur.*, Roma, 1989, p. 8, e B. G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, III, Milano, 2006, p. 1993, che nel distribuire la discrezionalità sui diversi elementi dell'atto, sottolinea che essa può estrinsecarsi in ciò: «se emanare un certo provvedimento (discrezionalità nell'*an*), quando emanarlo (nel *quando*), con quale contenuto (nel *quid*), come esternarlo e quali elementi accidentali inserirvi (nel *quomodo*)». Sulla discrezionalità nel *quando*, cfr. specificamente A. ANGIULI, *Studi sulla discrezionalità amministrativa nel quando*, Bari, 1988. Nella manualistica, ci si limita a richiamare S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2009, p. 236 ss. e M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, 2013, p. 114 ss., che con riferimento ai predetti elementi da conto della distinzione tra "discrezionalità in astratto" e "discrezionalità in concreto", sottolineando che «All'esito dell'attività istruttoria operata dall'amministrazione per accertare i fatti e acquisire gli interessi e gli altri elementi di giudizio rilevanti e all'esito

Nel paragrafi che seguono si sosterrà che l'art. 21-*nonies* permette di definire l'annullamento d'ufficio come un potere *discrezionale*, perché postula la ponderazione dell'interesse pubblico primario alla rimozione del provvedimento illegittimo (e dell'interesse privato coincidente) con l'interesse privato secondario al mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive originate da tale provvedimento, e *doveroso*, perché tutte le volte in cui l'interesse pubblico sia prevalente sull'interesse privato contrapposto, esso dev'essere esercitato. Si sottolineerà, tuttavia, che finché il potere di annullamento d'ufficio sarà funzionalizzato a un interesse pubblico diverso e ulteriore dalla mera legalità, riservato a una valutazione di merito amministrativo, ai casi di "annullamento d'ufficio doveroso" non potranno corrispondere dei casi in cui l'amministrazione possa essere ritenuta in "dovere di annullare" su domanda dell'amministrato. Si tenterà, pertanto, di prospettare una rifunzionalizzazione del predetto potere all'interesse pubblico alla legalità e di pervenire a una migliore composizione tra discrezionalità e doverosità, in maniera tale da poter garantire l'effettiva azionabilità sia dell'interesse legittimo oppositivo, sia dell'interesse legittimo pretensivo al suo esercizio.

2. La discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio esercitato entro i termini

Introdotta dalla l. n. 5 del 2005, recettiva dell'elaborazione della scienza giuridica maggioritaria del secolo scorso, l'art. 21-*nonies* è stato recentemente oggetto di un importante intervento di riforma, con cui sono stati modificati taluni dei presupposti dell'annullamento d'ufficio ⁽⁶⁾; si fa riferimento alla l. n. 124 del 2015, con cui il potere officioso è stato delimitato temporalmente. È necessario approfondire la portata di tale intervento, al fine di verificare se esso rechi con sé l'effetto di conformare in maniera differente la discrezionalità di tale potere.

Che l'annullamento d'ufficio sia un potere a connotazione discrezionale viene pacificamente affermato dalla giurisprudenza, che può essere efficacemente compendiata parafrasando una massima di recente comparsa per sottolineare come tale potere possa essere esercitato soltanto in presenza di un duplice e diverso ordine di presupposti. Uno, per così dire, rigido, la «illegittimità del provvedimento»; e un altro

della ponderazione di interessi può darsi che residui, secondo criteri di ragionevolezza e proporzionalità, un'unica scelta legittima tra quelle consentite in astratto dalla legge. Nel corso del procedimento la discrezionalità può cioè ridursi via via fino ad annullarsi del tutto [...]. In questo caso si parla di vincolatezza in concreto, da contrapporre alla vincolatezza in astratto che si verifica [...] allorché la norma predefinisce in modo puntuale tutti gli elementi che caratterizzano il potere».

⁽⁶⁾ Per i primi commenti sulla l. n. 15 del 2005, ci si limita a rimandare a A. CASSATELLA, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *Foro Amm. – TAR*, 2006, p. 2186; F. FRANCIOSI, *Dalla legge sul procedimento amministrativo alla legge sul provvedimento amministrativo (sulle modifiche ed integrazioni recate dalla l. 15/2005 alla legge 241/1990)*, in *giustamm.it*, 2005; B.G. MATTARELLA, *La nuova legge sul procedimento amministrativo*, in *Giornale di diritto amministrativo*, 2005, n. 5, p. 469; N. PAOLANTONIO, *Considerazioni su esecutorietà ed esecutività del provvedimento amministrativo nella riforma della legge n. 241 del 1990*, in *giustamm.it*, 2005; M.A. SANDULLI, *La riforma della legge sul procedimento amministrativo tra novità vere ed apparenti*, in *federalismi.it*, 2005, n. 4.

riguardante dei concetti vaghi e generici: «un termine ragionevole», «non superiore a diciotto mesi» se inerente a «provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici», la sussistenza di «ragioni di interesse pubblico» da ponderare «con gli interessi dei destinatari e dei controinteressati»⁽⁷⁾. Le statuizioni dei giudici amministrativi suggeriscono che è proprio l'esigenza di garantire la “tutela ponderativa” dell'affidamento dell'amministrato a spiegare la discrezionalità del potere officioso⁽⁸⁾; con la conseguenza che tale potere deve essere ritenuto vincolato in astratto nel *quomodo*⁽⁹⁾, e che l'amministrazione deve essere tenuta a motivarne l'esercizio con riferimento sia alla rilevanza dell'interesse pubblico, sia alla sua prevalenza sull'interesse privato, in maniera tale da consentirne l'effettiva giustiziabilità⁽¹⁰⁾.

(7) La massima parafrasata compare per la prima volta nella sentenza Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, ove si afferma che: «Il potere di annullamento d'ufficio è regolato dall'art. 21 *nonies* della legge n.241 del 1990 (introdotto dalla legge n. 15 del 2005) per mezzo della previsione dell'illegittimità dell'atto oggetto della decisione di autotutela quale indefettibile e vincolata condizione che ne autorizza il valido esercizio e della descrizione, mediante il riferimento a nozioni elastiche, di ulteriori presupposti, quali la ragionevolezza del termine entro cui può essere adottato l'atto di secondo grado, la sussistenza di un interesse pubblico alla sua rimozione e la considerazione degli interessi dei destinatari del provvedimento viziato. Come si vede, quindi, la disposizione attributiva del potere di autotutela lo ha disciplinato in modo da stabilire, per la sua valida esplicazione, un presupposto rigido (l'illegittimità dell'atto da annullare) e altre condizioni flessibili e duttili riferite a concetti indeterminati e, come tali, affidate all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione». La stessa massima è richiamata nell'ordinanza del Cons. St., 19 aprile 2017, n. 1830, con la quale l'Adunanza plenaria è stata investita della questione risolta nella sentenza n. 8 del 2017 per essere emblematica dell'orientamento che, in tema di annullamento d'ufficio dei permessi edilizi, richiede una motivazione specifica sull'interesse pubblico, contrapposto all'altro, secondo cui in presenza di un permesso edilizio viziato è superfluo motivare sullo specifico interesse pubblico all'annullamento officioso, essendo esso *in re ipsa* (cfr. § 3.1.). Tra i giudici di primo grado, non soltanto in tema di permessi edilizi, cfr. TAR Catanzaro, sez. I, 11 dicembre 2017, n. 1929; TAR Roma, sez. II-*quater*, 18 settembre 2017, n. 9783; TAR Roma, sez. III-*bis*, 4 aprile 2017, n. 4194; TAR Roma, sez. II-*bis*, 31 luglio 2017, n. 9135; 24 aprile 2017, n. 4893; 7 marzo 2017, n. 3215.

(8) La definizione di “tutela ponderativa” è ripresa da A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016, p. 83 ss.

(9) Cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, p. 67, secondo cui «seguendo un'impostazione strutturale, pare che la norma esprima un vincolo nel *quomodo* caratterizzato da due step decisionali. Il primo, in cui l'amministrazione fissa il “valore” da attribuire agli interessi in gioco, e cioè l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo e l'interesse alla stabilità delle situazioni giuridiche soggettive riferite all'atto viziato. [...] Il secondo [...] riconducibile ad un giudizio di prevalenza».

(10) Cfr. ancora Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, in cui si evidenzia come le «le condizioni flessibili e duttili riferite a concetti indeterminati» siano da «intendersi, in particolare, stabilite a garanzia delle esigenze di tutela dell'affidamento, dei destinatari di atti ampliativi, in ordine alla stabilità dei titoli ed alla certezza degli effetti giuridici da essi prodotti e, appunto per mezzo dell'affidamento, a garanzia della valutazione discrezionale dell'amministrazione nella ricerca del giusto equilibrio tra le esigenze di ripristino della legalità (nel ché si risolve la rimozione di un atto illegittimo) e quelle di conservazione dell'assetto regolativo recato dal provvedimento viziato»; nello stesso senso TAR Catanzaro, sez. I, 11 dicembre 2017, n. 1929; TAR Roma, sez. II-*quater*, 18 settembre 2017, n. 9783; TAR Roma, sez. III-*bis*, 4 aprile 2017, n. 4194; TAR Roma, sez. II-*bis*, 31 luglio 2017, n. 9135; 24 aprile 2017, n. 4893; 7 marzo 2017, n. 3215. Cfr., inoltre, Cons. St., sez. III, 10 maggio 2017, n. 2169 e TAR Napoli, sez. VIII, 14 novembre 2017, nn. 5366 e 5372; TAR Napoli, sez. VI, 21 giugno 2017, n. 3378, in cui si mette in rilievo come della valutazione degli interessi contrapposti sia «necessario dare conto in motivazione».

Relativamente alla illegittimità del provvedimento è agevole rilevare come la rigidità di tale presupposto scaturisca dall'esplicito riferimento che la previsione legale fa all'art. 21-*octies*, commi 1 e 2, della stessa legge. In relazione agli altri tre presupposti, invece, viene in rilievo l'interpretazione di sintagmi vaghi, impiegati per delimitare l'ambito del potere amministrativo: il “*termine ragionevole*”, infatti, è stato recentemente specificato dal legislatore soltanto con riferimento all'annullamento di provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici; le “*ragioni di interesse pubblico*” e “*l'interesse dei destinatari e dei controinteressati*” fanno riferimento, rispettivamente, a un generico interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo (eventualmente coincidente con l'interesse privato dei controinteressati) e a un altrettanto generico interesse privato (dei destinatari) al mantenimento del predetto provvedimento e delle situazioni giuridiche soggettive eventualmente originate dallo stesso.

Nella giurisprudenza, invero, la vaghezza del dettato legislativo si è rivelata maggiore rispetto alle ragioni di interesse pubblico, che vengono legate all'identificazione di un imprecisato interesse, concreto e attuale, diverso e ulteriore al mero ripristino della legalità; minore rispetto all'interesse privato contrapposto, che i giudici collegano alla valutazione del legittimo affidamento ⁽¹¹⁾.

Il termine ragionevole, invece, è stato oggetto di plurime interpretazioni, riconducibili a due principali orientamenti ⁽¹²⁾.

Secondo l'orientamento maggioritario, la ragionevolezza del termine di annullamento rappresenterebbe un presupposto di tipo “relativo”, posto che la sua valutazione dovrebbe essere contestuale alla fissazione

⁽¹¹⁾ Particolarmente significativa, a riguardo, è la massima del TAR Roma, sez. III, 12 settembre 2016, n. 9658, secondo cui: «L'interesse pubblico che deve essere esplicitato nell'atto di ritiro, ai fini della congrua e legittima motivazione di quest'ultimo, non può consistere nella mera, astratta affermazione dell'interesse al ripristino della legalità già violata, ma è chiamato ad avere una sua concretezza, calandosi nella vicenda amministrativa e rapportandosi con gli interessi privati (in certi casi “consolidati”) incisi dagli effetti dell'esercizio del potere. L'interesse pubblico e gli interessi privati sono da raffrontare e valutare alla luce del principio della buona fede che ormai, per comune opinione, informa di sé anche il rapporto amministrativo e del quale il legittimo affidamento di matrice comunitaria è in una certa misura espressione». Più di recente, cfr. TAR Firenze, sez. I, 24 ottobre 2017, n. 1277; TAR Bologna, sez. I, 26 aprile 2017 n. 327; TAR Napoli, sez. VIII, 24 aprile 2017, n. 2227.

⁽¹²⁾ Cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit., p. 71 ss.: che nell'approfondire l'impiego del “termine ragionevole” presso la giurisprudenza, individua due indirizzi diversi. Uno in cui viene privilegiata una concezione “oggettiva”: «in questo senso, [...] la “ragionevolezza del termine” va innanzitutto valutata in concreto, tenendo in debito conto il “grado di complessità degli interessi coinvolti” nella vicenda. Il giudizio sulla “ragionevolezza” del termine ha a che fare, in questi casi, anche con il tipo di vizio che inficia il provvedimento oggetto di annullamento. Tanto più l'illegittimità è palese, quanto prima l'Amministrazione doveva “ragionevolmente” procedere alla sua rimozione». Un altro in cui, invece, si predilige una concezione “soggettiva”, che esige la valutazione della «mala fede o colpa del destinatario, conoscenza dei vizi di cui è affetto il provvedimento oggetto di riesame». Entrambi gli indirizzi, nondimeno, possono essere ricondotti allo stesso orientamento giurisprudenziale, che rappresenta la ragionevolezza del termine come un presupposto di “tipo relativo”; a tale orientamento se ne contrappone un altro, che tende a rappresentare la ragionevolezza come un presupposto di “tipo assoluto”.

di valore dell'interesse pubblico e dell'interesse privato ⁽¹³⁾. Secondo l'orientamento di minoranza, diversamente, essa rappresenterebbe un presupposto di tipo "assoluto", e la sua valutazione dovrebbe essere parametrata a termini legislativamente previsti per l'annullamento di talune tipologie di provvedimenti ⁽¹⁴⁾.

⁽¹³⁾ Tale orientamento può essere compendiato nella massima ricorrente secondo cui: «l'art. 21-*nomies* citato, nel prevedere il limite temporale del "termine ragionevole", ha introdotto un parametro indeterminato ed elastico, finendo così per lasciare all'interprete il compito di individuarlo in concreto, in considerazione del grado di complessità degli interessi coinvolti e del relativo consolidamento, secondo il canone costituzionale di ragionevolezza»; cfr., *ex plurimis*, TAR L'Aquila, sez. I, 13 febbraio 2017, n. 86; TAR Genova, sez. I, 10 ottobre 2016, n. 970; TAR Napoli, sez. II, 7 giugno 2016, n. 2843; TAR Roma, sez. II, 2 settembre 2015, n. 11008. In particolare, in base a un metodo oramai consolidato in giurisprudenza, *dal decorso di molto tempo*, si fa discendere la tendenziale prevalenza dell'interesse privato, a meno di una prova particolarmente rigorosa sulla rilevanza dell'interesse pubblico (cfr. TAR Salerno, Sez. I, 31 gennaio 2017, n. 176: «ad avviso del Collegio non può in alcun modo ritenersi che la scelta del Comune [...] di disporre l'annullamento d'ufficio di un provvedimento adottato circa diciannove anni prima possa essere considerata compatibile con il richiamato canone di ragionevolezza e di tutela dell'affidamento riposto dal privato nella stabilità di un titolo rilasciato alcuni lustri addietro»); similmente, cfr. TAR Napoli, sez. II, 7 giugno 2016, n. 2843 e TAR Napoli, sez. IV, 28 maggio 2014, n. 2922.). *Dal decorso di un breve periodo di tempo*, una minore rilevanza per l'interesse privato al mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive originate dal provvedimento illegittimo e, conseguentemente, la prevalenza dell'interesse pubblico alla rimozione di tale provvedimento. Il decorso di un breve lasso di tempo dall'emanazione di un provvedimento illegittimo e il suo annullamento è una delle cause di annullamento doveroso di cui si dirà più avanti (v. *infra* § 3.4.); nondimeno, è necessario mettere sin d'ora in evidenza che gli orientamenti giurisprudenziali sul computo del tempo nella valutazione dell'interesse privato tendono a rappresentare l'affidamento come una manifestazione del principio di correttezza (fondato sulla buona fede di diritto oggettivo) piuttosto che come una manifestazione di certezza dei rapporti giuridici (fondato sulla buona fede di diritto soggettivo): presso tale giurisprudenza, infatti, il termine ragionevole assume rilievo *per ciò che l'amministrazione non fa*, per la sua inerzia, e *non per ciò che l'amministrato fa* e, segnatamente, per le situazioni giuridiche nel frattempo originate dal provvedimento illegittimo. Analizza la rilevanza assunta dal tempo nella giurisprudenza sull'annullamento d'ufficio G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. Amm.*, 2002, n. 4, p. 701 ss. secondo cui «Le "parti" [...] possono aver "riempito" il tempo trascorso dall'emanazione del provvedimento con molte o poche cose, così che non è il tempo trascorso che porta a un consolidamento delle situazioni, ma ciò che in realtà i soggetti interessati hanno fatto a seguito dell'emanazione del provvedimento».

⁽¹⁴⁾ Viene in rilievo, in primo luogo, la giurisprudenza sull'annullamento di provvedimenti emanati precedentemente all'entrata in vigore della legge n. 124 del 2005, introduttiva del termine perentorio di diciotto mesi; in tali casi i giudici amministrativi, pur convenendo sull'inapplicabilità della novella, ritengono di poter impiegare il predetto parametro temporale nella valutazione del termine ragionevole; cfr. Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341, secondo cui, «pur se la legge n. 15 del 2005, che ha quantificato in quella massima di diciotto mesi la durata del termine entro cui possono essere annullati gli atti autorizzatori, non è applicabile *ratione temporis* al provvedimento adottato prima dell'entrata in vigore della predetta modifica normativa, quest'ultima non può non valere come prezioso (e ineludibile) indice ermeneutico ai fini dello scrutinio dell'osservanza della regola di condotta in questione»; dello stesso tenore Cons. St., sez. VI, 30 ottobre 2017, n. 5018 e sez. III, 28 luglio 2017, n. 3780; TAR Salerno, sez. II, 9 novembre 2017, n. 1596; TAR Firenze, sez. I, 24 ottobre 2017, n. 1277; TAR Roma, sez. II-*bis*, 31 luglio 2017, 9135; TAR Napoli, sez. V, 17 luglio 2017, n. 3815; TAR Catania, sez. II, 21 giugno 2017, n. 1497; TAR Roma, sez. II-*bis*, 7 marzo 2017, n. 3215. In secondo luogo, la giurisprudenza che, per i provvedimenti edilizi, impiega come parametro il termine previsto per l'annullamento regionale di cui al d.P.R. n. 380 del 2001; cfr. TAR Napoli, sez. II, 7 giugno 2016, n. 2843, ove, premesso che «l'art. 21-*nomies* della legge n. 241/1990 (nella versione applicabile *ratione temporis*), nel prevedere il limite temporale del "termine ragionevole", ha introdotto un parametro indeterminato ed elastico – a differenza di altre fattispecie tipiche di annullamento codificate da norme speciali quali l'art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004 (oggi abrogato) – finendo così per lasciare all'interprete il compito di individuarlo in concreto, in considerazione del grado di complessità degli interessi coinvolti e del

Sull'interpretazione del termine ragionevole si è pronunciata di recente l'Adunanza plenaria, che – dopo una succinta digressione sull'evoluzione giurisprudenziale del principio della modificabilità delle situazioni giuridiche soggettive per effetto del tempo e, conseguentemente, sulla progressiva erosione del carattere inesauribile del potere di annullamento officioso ⁽¹⁵⁾ – si è premurata di confermare la portata «non parametric[a] ma relazionale» del presupposto temporale, «riferito al complesso delle circostanze rilevanti nel caso di specie»; per poi procedere alla specificazione del *dies a quo* del suo computo ⁽¹⁶⁾. Nell'orientamento inaugurato dal Consiglio di Stato, in particolare, il termine ragionevole inizierebbe a decorrere dal «momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto» e, nel caso di provvedimenti emanati sulla base di dichiarazioni non veritiere dell'amministrato, dal «momento in cui l'amministrazione ha appreso della richiamata non veridicità»;

relativo consolidamento, secondo il canone costituzionale di ragionevolezza», si conclude nel senso che, «nel caso di annullamento in autotutela di provvedimenti autorizzativi come i permessi di costruire, deve ritenersi sicuramente ragionevole un termine di intervento che non superi, come nella fattispecie, il termine decennale assegnato in generale all'amministrazione regionale, ex art. 39 del d.P.R. n. 380/2001, per disporre l'annullamento dei titoli edilizi comunali contrastanti con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione».

⁽¹⁵⁾ Cfr. Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8, ove si rileva che a fronte di «un pregresso quanto risalente orientamento» che «predicava la sostanziale perennità della potestà amministrativa di annullare in autotutela gli atti invalidi», la successiva evoluzione dell'ordinamento giuridico «si è mossa in chiave di maggiore protezione per i soggetti incisi dall'esplicazione del potere di autotutela e, prima ancora che la l. 15 del 2005 legificasse le principali acquisizioni in materia, la giurisprudenza amministrativa aveva già temperato il richiamato principio di perennità predicando invece la necessità che l'annullamento e la revoca intervenissero entro un termine ragionevole». Ne deriva la precisazione per cui: «Il richiamo alla ragionevolezza del termine [...] non stava a significare che il decorso di un lasso temporale particolarmente ampio consumasse in via definitiva il potere di riesame da parte dell'amministrazione, quanto – piuttosto – che tale circostanza imponesse una valutazione via via più accorta fra l'interesse pubblico al ritiro dell'atto illegittimo e il complesso delle altre circostanze e interessi rilevanti (e, in primis, quello del destinatario del provvedimento illegittimo – in ipotesi a lui favorevole il quale maturava, per effetto del decorso del tempo, un affidamento legittimo alla permanenza dell'assetto di interessi delineato dal provvedimento medesimo)».

⁽¹⁶⁾ Il riferimento al «complesso delle circostanze rilevanti nel caso di specie», di cui alla sentenza dell'Adunanza plenaria, fornisce l'occasione per soffermarsi sugli orientamenti giurisprudenziali, segnalati in S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit., p. 71 ss. (v. *supra*, nota 12), che nell'interpretazione del termine ragionevole, talvolta, privilegiano una concezione “oggettiva” (che tenga conto del grado di complessità degli interessi coinvolti, vale a dire, dell'interesse alla rimozione dell'illegittimità dell'amministrazione e dell'interesse al mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive originate per l'amministrato), talune altre volte, una concezione “soggettiva” (che tenga in prioritario conto l'atteggiamento psicologico di mala fede dell'amministrato). L'opzione per l'una o per l'altra concezione, invero, non può che essere influenzata dall'accezione di affidamento che si predilige: se si ritiene che esso sia una manifestazione del principio di correttezza, fondato sulla buona fede di diritto oggettivo, l'atteggiamento psicologico rimarrà irrilevante rispetto alla tutela della situazione giuridica soggettiva, almeno nel caso in cui sia decorso molto tempo dall'emanazione del provvedimento illegittimo; all'opposto, se si ritiene che l'affidamento sia manifestazione del principio di certezza del diritto e si fondi sulla buona fede soggettiva, la mala fede, di per sé, renderà non meritevole di tutela la situazione giuridica soggettiva originata dal provvedimento illegittimo, a prescindere dal tempo decorso dall'emanazione dello stesso.

esso, tuttavia, introduce un'evidente discrasia rispetto a ciò che è stato previsto all'interno del dettato legale ⁽¹⁷⁾.

Con la l. n. 124 del 2015, infatti, pur confermandosi la previsione per cui l'annullamento può essere disposto soltanto entro un termine ragionevole, è stato introdotto un limite temporale, pari a diciotto mesi, *decorrente dalla data di emanazione del provvedimento illegittimo* ⁽¹⁸⁾, entro cui l'amministrazione può esercitare il potere officioso sui "provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione dei vantaggi economici" ⁽¹⁹⁾.

La novella legislativa – invero non del tutto inedita nella sua portata, perché ripropone su un piano più generale scelte legislative già operate rispetto a taluni poteri speciali di annullamento ⁽²⁰⁾ – assume a

⁽¹⁷⁾ Sempre in merito alle statuizioni dell'Adunanza plenaria, occorre sottolineare che neppure la scelta del *dies a quo* è indifferente alla conformazione giuridica delle situazioni soggettive originate dal provvedimento illegittimo. L'interpretazione in base alla quale il decorso del tempo dev'essere computato a partire dal momento in cui l'amministrazione può rendersi conto dell'illegittimità del provvedimento implica un affidamento fondato sulla buona fede oggettiva, in cui ad assumere rilievo è l'inerzia ingiustificabile dell'amministrazione rispetto alla rimozione del predetto provvedimento; diversamente, un affidamento fondato sulla buona fede soggettiva postula il computo del tempo dal momento dell'emanazione del provvedimento illegittimo al momento della sua rimozione ovvero al momento in cui l'amministrato può rendersi conto dell'illegittimità provvedimentoale.

⁽¹⁸⁾ In tal senso si sono espressi pure i giudici amministrativi, preoccupandosi di prevenire interpretazioni elusive del dettato legislativo, peraltro, recentemente prospettate. Cfr. Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere del 30 marzo 2016, n. 839, secondo cui: «Una regola che, per essere effettiva, deve essere applicata senza prestarsi a prassi elusive quale sarebbe, ad esempio, quella di ritenere che per il rispetto del termine di diciotto mesi sia sufficiente un mero avvio dell'iter dell'autotutela, magari privo di motivazioni e destinato a protrarsi per anni, mentre invece il termine va riferito alla compiuta adozione degli atti di autoannullamento o, nel caso della SCIA, degli atti inibitori, repressivi o conformativi». Un'interpretazione di tal tipo è stata recentemente prospettata in giurisprudenza, come pare potersi evincere da TAR Napoli, sez. V, 17 luglio 2017, n. 3815, ove si rammenta che la comunicazione di avvio del procedimento di annullamento d'ufficio «non può valere a ritenere rispettato il termine perentorio di diciotto mesi, stabilito dal novellato art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990, in quanto il tenore letterale della disposizione rinvia chiaramente, a tal fine, all'adozione effettiva del provvedimento di autotutela e nel medesimo senso depone anche l'interpretazione logico-sistematica, perché ritenere sufficiente l'adozione della comunicazione di avvio del procedimento, per il rispetto del termine normativamente imposto, conduce (erroneamente) a ritenerlo, di fatto, non perentorio ai fini dell'adozione dell'atto definitivo di autotutela»; nello stesso senso anche, TAR Bari, sez. III, 17 marzo 2016, n. 351.

⁽¹⁹⁾ Sull'interpretazione di tale previsione, cfr. M. MACCHIA, *La riforma della pubblica amministrazione. Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 621 ss., p. 621 ss. e M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, cit., p. 106, secondo cui, «tenendo presente la [...] particolare *ratio* semplificatoria dell'art. 6 della legge Madia, è possibile dare all'espressione "provvedimenti attributivi di vantaggi economici" un significato tale da ricomprendere ogni atto ampliativo comunque denominato».

⁽²⁰⁾ Cfr. l'art. 1, comma 136, l. n. 311 del 2004, che fissava il termine di annullamento in tre anni dall'emanazione del provvedimento illegittimo; e l'art. 39, d.P.R. n. 380 del 2001, che fissa i termini del potere di annullamento regionale in diciotto mesi dall'accertamento delle illegittimità del provvedimento e in dieci anni dalla sua emanazione. In proposito, è opportuno sottolineare che la l. n. 124 del 2015, pur abrogando l'art. 1, comma 136, non è intervenuta né sull'art. 39, né sull'art. 138, d.lgs. n. 267 del 2000 (TUEL), che attribuisce al Governo il potere straordinario di annullare, «in qualunque tempo», gli atti illegittimamente assunti dagli enti locali. Sulla scelta del legislatore di mantenere in vigore la prima previsione appare molto critica M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a, silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, 2015, n. 17, p. 10, secondo cui: «Diversamente dall'annullamento governativo, che si giustifica in quanto potere straordinario ed eccezionale a tutela dell'unità dell'ordinamento, il potere *de quo*, inquadabile piuttosto come un

proprio fine precipuo il rafforzamento dell'affidamento del privato ⁽²¹⁾; e ciò fa deporre per il carattere perentorio e non meramente ordinatorio del termine, talché, decorsi i diciotto mesi, il predetto potere deve ritenersi decaduto ⁽²²⁾.

Ciò non vuol dire, però, che in pendenza del predetto termine, il tempo dell'annullamento d'ufficio resti del tutto irrilevante. Come si evince dalla stessa formulazione dell'art. 21-*nonies* in esame («il provvedimento amministrativo illegittimo [...] può essere annullato d'ufficio [...] entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi»), infatti, il termine ragionevole dovrebbe essere ritenuto presupposto rilevante per tutto l'arco temporale ricompreso nei diciotto mesi; il loro spirare, coerentemente, potrebbe essere rappresentato come una presunzione di irragionevolezza, che, conseguentemente, non può precludere un'eventuale valutazione sulla ragionevolezza, per così dire, *medio tempore* ⁽²³⁾. Ciò nonostante, appare latente il pericolo che, presso la giurisprudenza, il termine dei diciotto

potere ordinario di intervento sostitutivo, nell'ambito del più generale potere di controllo della regione sul territorio e circoscritto sin dall'origine entro un preciso limite temporale, a fronte di un potere di autotutela all'epoca illimitato, appare in evidente e irragionevole contrasto con un sistema che tende invece dichiaratamente ad incentivare gli investimenti, dando massime garanzie di stabilità agli operatori, tanto, appunto, da non distinguere più, ai fini del tempo massimo per l'annullamento d'ufficio, tra gli interessi tutelati. È dunque auspicabile un intervento “correttivo” che ridisciplini in tempi rapidi l'istituto».

⁽²¹⁾ In tal senso si è espresso il Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, con il parere del 30 marzo 2016, n. 839, reso sullo schema di decreto legislativo attuativo della legge delega n. 124 del 2015. Secondo il Consiglio di Stato, in particolare, la novella legislativa è portatrice di un «nuovo paradigma giuridico», di «una nuova ‘regola generale’ che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare – nella *ratio* e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve)».

⁽²²⁾ Sul carattere perentorio del termine di annullamento di diciotto mesi convengono, tra gli altri, A. GUALDANI, *Il tempo dell'autotutela*, in *federalismi.it*, 2017, n. 12, p. 12 ss.; N. PAOLANTONIO, *Art. 19*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, Milano, 2017, p. 929; e M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, cit., p. 107, che, peraltro, sottolinea la natura decadenziale dello stesso: «il termine per l'esercizio del potere d'annullamento è da interpretare come termine decadenziale»; nello stesso senso, M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il “tempo” dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti. Riflessioni a margine della legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *federalismi.it*, 2015, n. 24. In giurisprudenza, cfr. TAR Salerno, sez. I, 17 luglio 2017, n. 1209 e TAR Roma, sez. II-*bis*, 7 marzo 2017, n. 3215: «l'art. 21 *nonies* ha introdotto un preciso e ben individuato termine definibile “perentorio” per l'esercizio del potere di autotutela, ossia un termine “massimo” per il legittimo esercizio del potere in questione, pari a 18 mesi, a cui non può necessariamente non riconnettersi l'annullamento in sede giurisdizionale per l'ipotesi del mancato rispetto di esso».

⁽²³⁾ Sull'operatività del termine ragionevole tra il momento di emanazione del provvedimento illegittimo e il suo ritiro anteriore al decorso dei diciotto mesi concorda A. GUALDANI, *Il tempo dell'autotutela*, cit., p. 7, secondo cui, «l'amministrazione, nell'arco temporale individuato dal legislatore, debba comunque esser guidata dal precetto della ragionevolezza circa il momento del ritiro, potendo quest'ultimo intervenire anche prima dei diciotto mesi [...]. In sostanza la ragionevolezza deve presidiare tutto l'arco temporale (diciotto mesi) individuato dal legislatore per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio»; nello stesso senso, A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio*, in *giustamm.it*, 2016, n. 11; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in

mesi possa essere interpretato non soltanto come limite *oltre il quale*, per precisa scelta legislativa, prevale l'interesse privato al mantenimento delle situazioni soggettive originate dal provvedimento illegittimo; ma altresì come limite *entro il quale* a prevalere sia sempre l'interesse pubblico alla rimozione di tale provvedimento: come se alla predetta presunzione di irragionevolezza ne corrispondesse una di ragionevolezza ⁽²⁴⁾.

Un'interpretazione del genere, tuttavia, sconfesserebbe le intenzioni dell'intervento di riforma, che, vincolando nel *quando* il potere discrezionale di annullamento d'ufficio, si è preoccupato di rafforzare non l'interesse pubblico, bensì l'interesse privato contrapposto; ragion per cui rimane inalterato l'onere motivazionale sull'esercizio in termini del potere officioso, rimanendo tale, altresì, l'esigenza di garantirne la giustiziabilità ⁽²⁵⁾.

2.1. La discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio esercitato tardivamente

L'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990, dispone che il termine perentorio dei diciotto mesi, di cui al comma 1, non trova applicazione ove i provvedimenti attributivi di vantaggi economici siano stati conseguiti «sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà falsi o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato»; ferma restando «l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

Urbanistica e appalti, 2016, n. 1, p. 5 ss. e M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, cit., p. 104.

⁽²⁴⁾ Presso la scienza giuridica, tale interpretazione è stata prospettata da M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, 2015, n. 20, p. 15: «Sembra corretta l'interpretazione secondo cui il termine di diciotto mesi è quello massimo insuperabile, ma non si può escludere che, in concreto, alla luce delle circostanze della singola fattispecie il termine ragionevole possa essere ritenuto ancora più breve. Insomma, la barriera cronologica dei diciotto mesi opera "unidirezionalmente". È probabile, però, che in una prospettiva di semplificazione e omogeneità interpretativa, la giurisprudenza tenderà generalmente a considerare sempre legittimi gli annullamenti di ufficio disposti entro tale termine». Essa, del resto, può rappresentare un riflesso dell'orientamento giurisprudenziale, segnalato nel precedente paragrafo, secondo cui, il decorso di poco tempo tra l'emanazione e l'annullamento del provvedimento non è in grado di ingenerare alcun affidamento.

⁽²⁵⁾ Si conviene, pertanto, con A. GUALDANI, *Il tempo dell'autotutela*, cit., p. 11, secondo cui, «Il termine dei diciotto mesi [...] rappresenta soltanto il limite massimo, restando pur sempre in vigore la previsione per cui l'annullamento può essere disposto entro un termine ragionevole, non implicando la nuova clausola una lettura restrittiva della disposizione. Non si configurerebbe pertanto una sostanziale differenza tra la vecchia e la nuova disciplina tanto da modificare la natura dell'annullamento, non valendo cioè a limitare o escludere, pur nei ranghi di una ragionevolezza circoscritta nei diciotto mesi, la valutazione dell'interesse pubblico (diverso dalla restaurazione della legalità violata) e la ponderazione degli interessi coinvolti. Infatti, se il legislatore avesse voluto obliterare la discrezionalità nell'annullare, avrebbe imposto un unico termine decadenziale, valevole per tutti i tipi di provvedimenti, disancorando l'amministrazione da una valutazione comunque legata al parametro della ragionevolezza».

Prima di soffermarsi sull'interpretazione di tale previsione, è necessario procedere a talune precisazioni in merito all'opinione invalsa presso la scienza giuridica sulla portata dell'intervento legislativo di riforma. Giurisprudenza e parte della dottrina convengono nel ritenere che la previsione del termine perentorio di diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi sia significativa del superamento del principio dell'inesauribilità del potere pubblico. La tesi dell'esauribilità del potere di annullamento d'ufficio, tuttavia, per come correntemente formulata, pare trascurare, *in primis*, che il termine perentorio per l'esercizio del potere officioso è stato previsto soltanto rispetto a talune tipologie di provvedimenti, nei casi in cui è maggiormente avvertita l'esigenza di tutelare l'affidamento del privato; secondariamente, che, spirato il termine perentorio, lo stesso potere può essere esercitato tardivamente in taluni casi tassativamente indicati dal legislatore, in cui si ritiene esser venuta meno la predetta esigenza ⁽²⁶⁾.

Lo spirare di tale termine, infatti, determina non l'estinzione del potere officioso ma la sua decadenza, vale a dire, l'impossibilità di esercitare *in concreto* un potere che, in quanto estrinsecazione della capacità giuridica dell'amministrazione, si presenta *in astratto* come inesauribile e persistente. La decadenza consente di limitare nel tempo la possibilità attribuita al soggetto pubblico di attuare una modificazione nella sfera giuridica dell'amministrato e, in questo senso, essa assume una funzione di tutela di interessi privatistici ⁽²⁷⁾.

⁽²⁶⁾ Presso la giurisprudenza, cfr. *ex plurimis* TAR Roma, sez. II-bis, 31 luglio 2017, n. 9135, ove si afferma che le modifiche introdotte dalla legge di riforma «assolvono all'evidente funzione di assicurare certezza alle situazioni giuridiche prodotte da provvedimenti favorevoli e di assicurare un certo grado di stabilità (prima rimesso, in prima battuta, all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione e, in un secondo, eventuale, momento, alla valutazione del giudice). Il potere di annullamento d'ufficio, quindi, non può più essere definito ultrattivo e inesauribile, ma resta soggetto a un preciso vincolo temporale, scaduto inutilmente il quale l'atto, ancorché illegittimo, consolida definitivamente i suoi effetti e diventa intangibile anche da parte dell'amministrazione». Presso la scienza giuridica, invece, si segnalano le opinioni di F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *federalismi.it*, 2015, n. 20, p. 5, secondo cui: «L'introduzione di un termine certo e breve per l'esercizio del potere di autotutela decisoria assume una valenza sistematica che non può essere ignorata dall'interprete nel momento in cui rende dubbia la possibilità di continuare a spiegare l'autotutela decisoria come un potere generale della pubblica amministrazione, che in quanto tale non necessiterebbe di una espressa attribuzione normativa; spiegazione fondata sul presupposto della immanenza ed inesauribilità del potere della pubblica amministrazione di curare l'interesse pubblico» (considerazioni simili anche in Id., *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità dei rapporti*, in *federalismi.it*, 2017, n. 8, p. 22); e M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. Persona e Amministrazione*, 2017, n. 1, p. 189 ss., spec. p. 199 ss. e Id. *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, 2018, p. 187 ss.

⁽²⁷⁾ Cfr. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, p. 42 ss., che riconduce l'effetto estintivo alla prescrizione: «Mentre la prescrizione determina l'estinzione di un diritto, la decadenza determina l'impossibilità di esercitare nel singolo caso un potere che, di per sé, in quanto estrinsecazione immediata e diretta della capacità giuridica, è inesauribile e persistente».

Se di esauribilità del potere di annullamento d'ufficio si vuole parlare, pertanto, è necessario specificare che l'esaurimento di tale potere avviene "in concreto" ⁽²⁸⁾, non "in astratto" ⁽²⁹⁾; e che ciò può essere spiegato in ragione della tendenziale recessività dell'interesse pubblico rispetto all'interesse privato, in linea con le finalità dell'intervento legislativo di riforma, di rafforzamento delle garanzie dell'affidamento legittimo ⁽³⁰⁾.

Il grado di resistenza delle garanzie dell'affidamento legittimo è correlato alla risoluzione dei problemi ermeneutici posti dal comma 2-bis dell'art. 21-nonies, l. n. 241, e, segnatamente, dai sintagmi «condotte costituenti reato, con sentenza passata in giudicato» e «applicazione [...] delle sanzioni previste dal capo VI del [d.P.R. n. 445 del 2000]» ⁽³¹⁾.

In relazione al primo, presso la giurisprudenza è stata recentemente prospettata l'interpretazione restrittiva secondo cui l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio tardivo necessiterebbe dell'accertamento di una condotta di reato, con sentenza passata in giudicato, esclusivamente con

⁽²⁸⁾ Cfr. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, op. cit., p. 54 ss., secondo cui il principio della inesauribilità del potere amministrativo deve essere «ricondotto nel suo alveo naturale», deve essere «cioè riferito esclusivamente al potere amministrativo inteso in astratto come svolgimento della capacità conferita alla pubblica amministrazione e non anche ai singoli atti di esercizio del potere che rappresentano una concretizzazione del potere amministrativo inteso nel primo senso».

⁽²⁹⁾ *Contra*, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, cit., p. 200, secondo cui: «In ragione di questo diverso approccio del legislatore al problema della stabilità del provvedimento, trova conferma che l'amministrazione oggi non ha una generale possibilità di ritirare i propri atti, salvi i limiti esterni posti dal principio di buona fede; essa si muove all'interno di schemi normativi prefigurati, ossia esercita poteri specifici e conformati in astratto dalla legge. Intanto si possono intendere gli atti di ritiro quale espressione dell'inesauribilità del potere, in quanto il riesame è una possibilità generale dell'amministrazione, i cui limiti sono da verificare in concreto; questa possibilità viene meno se il potere, è limitato in astratto e quindi ha una conformazione del tutto propria e sicuramente autonoma dal potere di provvedere».

⁽³⁰⁾ La rappresentazione del termine di diciotto mesi come decadenziale consente di attribuire centralità all'interesse privato piuttosto che all'interesse pubblico e permette di argomentare nel senso che la presunzione di irragionevolezza dell'annullamento officioso, introdotta dal termine perentorio, debba essere correlata all'altrettanto presunta prevalenza del primo e non all'irrelevanza del secondo, al suo preteso esaurimento, che non potrebbe poi spiegare la reviviscenza del potere officioso. Tale mutamento prospettico, peraltro, consente di sottolineare i due effetti collaterali che reca con sé il recente intervento di riforma, consistenti nel precludere l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio tardivo nei casi in cui siano rilevanti interessi pubblici particolarmente sensibili (quale quello ambientale, paesaggistico, territoriale etc.; cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche*, cit. p. 9, che reputa di "dubbia opportunità" la scelta del legislatore di non differenziare il regime dell'annullamento officioso rispetto a tali interessi) e nei casi in cui sia irrilevante l'interesse privato. Due effetti collaterali che, tuttavia, possono essere giustificati dall'esigenza di sottrarre la novella legislativa a manovre interpretative elusive, tenendo conto della riluttanza dei giudici amministrativi dall'esigere la ponderazione degli interessi pubblici sensibili – come si vedrà nel prosieguo – tipicamente valutati come prevalenti *in re ipsa*; e dell'elevata incertezza che si registra presso la giurisprudenza nella valutazione della rilevanza del legittimo affidamento del privato.

⁽³¹⁾ Sui problemi ermeneutici posti dalla prima parte del comma 2-bis dell'art. 21-nonies e, specificamente, sul significato della formula «condotte costituenti reato, con sentenza passata in giudicato», cfr. V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124/2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *federalismi.it*, 2015, n. 21.

riferimento alle dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà falsi e *non* anche delle false rappresentazioni dei fatti ⁽³²⁾. Tale interpretazione, tuttavia, potrebbe determinare un aggiramento del dettato legislativo, poiché, se è vero che l'esercizio tardivo del potere di annullamento d'ufficio, in mancanza di una sentenza di condanna penale, sarebbe permesso soltanto nel caso di falsa rappresentazione dei fatti, per rimanere precluso nel caso di falsa autocertificazione; è altrettanto vero che in tale ultimo caso i medesimi effetti dell'esercizio del potere di annullamento officioso conseguirebbero, comunque, dall'art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000, il quale prevede la decadenza dal beneficio derivante dal provvedimento emanato sulla base di un'autocertificazione falsa, a prescindere dalla presenza di una condanna penale ⁽³³⁾.

Relativamente al secondo sintagma, invece, è necessario segnalare che viene fatta salva «*l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000 n. 445*», senza però specificare se tale formula vada riferita esclusivamente alle sanzioni penali di cui all'art. 76 del predetto d.P.R. ovvero anche alle sanzioni amministrative di cui all'art. 75, ove, come rilevato, è previsto che, in caso di falsità dell'autocertificazione, non necessariamente costituente reato, il dichiarante decade dai benefici conseguiti tramite la dichiarazione non veritiera.

Ebbene, in base a un'interpretazione, tale formula si riferirebbe al solo art. 76, posto che il riferimento all'art. 75 non spiegherebbe in termini di ragionevolezza la scelta legislativa di comprimere il potere di annullamento d'ufficio sino all'accertamento di una condotta di reato, a garanzia dell'interesse privato al mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive originate dal provvedimento illegittimo; e di tenere fermo il potere di dichiarare la decadenza di tali situazioni soggettive, a prescindere dall'accertamento di una condotta di reato ⁽³⁴⁾. In base a un'altra interpretazione, tuttavia, la predetta formula potrebbe essere

⁽³²⁾ Tale orientamento è comparso per la prima volta in TAR Roma, sez. II-*bis*, 7 marzo 2017, n. 3215: «le “false rappresentazioni dei fatti” e le “dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà” costituiscono “condotte” assolutamente differenti e, comunque, non sovrapponibili; a differenza delle prime, solo le seconde – introdotte per spirito di semplificazione e, precipuamente, per esonerare il privato dall'onere di attivarsi presso uffici pubblici per acquisire documenti allo stesso necessari, attualmente contemplate e disciplinate dal D.P.R. n. 445 del 2000 – rappresentano, infatti, sostanzialmente dichiarazioni rese in alternativa ad atti pubblici, a cui il legislatore ha, peraltro, attribuito un valore probatorio privilegiato, con comminazione, nel contempo, di precise sanzioni in caso di falsità della dichiarazione stessa (tra cui figura anche l'espressa decadenza dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base delle stesse dichiarazioni, ai sensi dell'art. 75 del citato D.P.R.), e, dunque, ben si prestano a giustificare – in quanto tali – l'accertamento della falsità delle stesse “con sentenza passata in giudicato”». Esso è stato recentemente condiviso da TAR Lecce, sez. I, 8 febbraio 2018, n. 165.

⁽³³⁾ V. art. 75, d.P.R. n. 445 del 2000, a tenore del quale «qualora [...] emerga la non veridicità del contenuto della dichiarazione, il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera».

⁽³⁴⁾ Cfr. M.A. SANDULLI, *Postilla all'editoriale “Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.l.a., silenzio-assenso e autotutela”*, in *federalismi.it*, 2015, n. 20, p. 2 ss.; e M. SINISI, *La nuova azione amministrativa*, cit., p. 16 ss., ove si osserva che «L'esigenza di escludere una applicazione generalizzata della

referita proprio all'art. 75 (in considerazione di ciò, che le sanzioni penali di cui all'art. 76 dello stesso decreto potrebbero essere già ricomprese tra le condotte di reato menzionate nella prima parte dello stesso comma 2-*bis*), per fare salva la decadenza delle situazioni giuridiche soggettive originate dal provvedimento illegittimo, ogni volta in cui, nonostante la sussistenza di una sentenza penale passata in giudicato, il potere di annullamento d'ufficio *non* dovesse essere esercitato tardivamente ⁽³⁵⁾.

Accertata la condotta di reato, infatti, il potere di annullamento d'ufficio tardivo può, e non deve, essere esercitato, rimanendo ferma la sua connotazione discrezionale (letteralmente, «I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di [...] condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, *possono essere annullati*»).

L'opzione tra le interpretazioni prospettate, però, sottende una differente conformazione di tale discrezionalità nel *quomodo*, poiché l'applicabilità del predetto art. 75 renderebbe irrilevante l'affidamento del destinatario del provvedimento illegittimo, autore di una dichiarazione non veritiera, e astringerebbe la ponderazione degli interessi coinvolti nell'esercizio del potere officioso al solo interesse pubblico (e privato) all'annullamento e all'interesse privato contrapposto di eventuali terzi subentrati allo stesso provvedimento ⁽³⁶⁾.

decadenza, oltre a rispondere alla necessità di estendere le garanzie a fronte di una norma all'evidenza riduttiva dei diritti economici, è implicita nella considerazione per cui sarebbe assolutamente incongruo attribuire alla p.a. la facoltà di disporre in tali ultime ipotesi la misura in questione, negli effetti parificata all'annullamento, senza che la stessa sia assistita dalle medesime garanzie e cioè sulla base del mero rilievo della falsità operato dall'amministrazione in assenza di un accertamento giudiziale e oltre il termine massimo introdotto per l'annullamento di provvedimenti, con effetto sostanzialmente elusivo del più volte richiamato comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, oltre che del principio di ragionevolezza».

⁽³⁵⁾ L'interpretazione proposta implicherebbe una rilettura del predetto articolo – pena l'irragionevolezza della scelta legislativa – sia in senso restrittivo, dovendosi l'art. 75 del d.P.R. n. 445 ritenere applicabile solo a seguito di una sentenza penale passata in giudicato; sia in senso estensivo, dovendosi applicare non solo alle fattispecie di falsa autocertificazione ma anche alle fattispecie di falsa rappresentazione dei fatti. Tale rilettura, peraltro, sottenderebbe una (ri)configurazione dell'effetto decadenziale del predetto art. 75 in termini di sanzione. Tuttavia, la natura sanzionatoria del predetto art. 75 è correntemente esclusa dalla giurisprudenza (cfr. di recente TAR Napoli, sez. III, 18 gennaio 2018, n. 399, TAR Venezia, sez. I, 18 settembre 2017 n. 832) e della scienza giuridica, che proprio partendo dall'assunto la decadenza dal beneficio non rappresenti una vera e propria sanzione, esclude che alla stessa previsione possa essere esteso l'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, in cui si fa espresso riferimento alle «sanzioni di cui al capo VI del [d.P.R. n. 445 del 2000]» (cfr. M.S. SANDULLI, *Postilla all'editoriale*, op. cit., p. 3; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa*, op. cit., p. 16 ss.); ciò nonostante, non si può neppure trascurare che la stessa rubrica del capo VI del d.P.R. n. 445, in cui il predetto articolo è collocato, sembrerebbe suffragare tale (ri)configurazione (cfr. M. LIPARI, *La SCLA e l'autotutela nella l. 124/2015*, cit., p. 18 ss., secondo cui: «la disciplina del T.U. n. 445/2000 risulta ispirata da una logica di protezione forte della genuinità delle dichiarazioni rese dai privati all'amministrazione, che giustifica la previsione di severissime conseguenze *lato sensu* sanzionatorie a carico dei dichiaranti mendaci»).

⁽³⁶⁾ Nel caso in cui non si ritenesse applicabile l'art. 75 del d.P.R. n. 445, invece, la rilevanza dell'affidamento dell'autore di una condotta fraudolenta di rilievo penale, dipenderà dal fondamento che si ritiene di dover riconoscere allo stesso. In tali casi, infatti, l'affidamento potrà ritenersi rilevante soltanto se si valorizza il principio di buona fede in senso oggettivo e non anche se si ritiene di dover valorizzare la buona fede in senso soggettivo. Nel primo senso sembrerebbe G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, cit., p. 5 ss., secondo

3. La doverosità del potere di annullamento d'ufficio

Nei paragrafi precedenti il potere di annullamento d'ufficio è stato rappresentato come un potere discrezionale, vincolato, in astratto, nel *quomodo* e nel *quando*. È necessario ora verificare se l'esercizio di tale potere possa ritenersi, in concreto, vincolato pure nell'*an*, e se, pertanto, possa essere prospettata la doverosità del suo esercizio ⁽³⁷⁾.

La connotazione doverosa dell'annullamento d'ufficio discende dalla funzionalizzazione legislativa dell'*agere* amministrativo all'interesse pubblico ⁽³⁸⁾ e impone di affermare che, tutte le volte in cui l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo sia rilevante e prevalente sull'interesse privato al mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive originate dallo stesso, il predetto potere debba essere esercitato ⁽³⁹⁾.

cui: «talora possono esservi esigenze di tutela della certezza dei rapporti persino in tali casi: ad esempio, perché la posizione del privato che pure ha ottenuto un'autorizzazione fraudolentemente si è consolidata tramite il decorso di un ampio lasso di tempo dal momento del passaggio in giudicato della sentenza che ha dichiarato la falsità delle rappresentazioni dei fatti o delle dichiarazioni sostitutive; oppure perché in un'autorizzazione sono subentrati terzi incolpevoli». Sul problema del fondamento dell'affidamento legittimo v. *infra* § 3.4.

⁽³⁷⁾ Sulla doverosità di esercitare il potere amministrativo, tra i lavori monografici, cfr. A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, che a p. 49 ss, nel commentare la teoria di M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale*, cit., p. 48 ss., mette in rilievo il rapporto tra “doverosità” e “vincolo nell'*an*” del potere discrezionale: «Scrive Giannini che il pubblico interesse è oggetto di vincolo in quanto è assunto a “oggetto di discrezionalità nell'*an*”, ovvero, più in astratto, a “forma strutturale della discrezionalità”. A questo proposito scriverà Giannini nel capitolo dedicato alla “Delimitazione del potere discrezionale” che il nesso dell'interesse pubblico col potere discrezionale si risolve, principalmente, nella “discrezionalità nell'*an*”, ovvero in una “forma strutturale” di discrezionalità, che si esprime in due modi: “se si debba emanare un atto, se si debba emanare un atto anziché un altro”. Situazione che appunto rappresenta per Giannini la forma più importante della discrezionalità, quella nell'*an*. E il “se debba emanare un atto” colpisce chi indaga il dovere di provvedere, perché quel “se debba” pare indicare un dovere condizionato che assomiglia, in termini speculativi e contemporanei, a “vincolo funzionale” della dogmatica a noi più vicina». Più di recente, cfr. S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

⁽³⁸⁾ Sul rapporto tra doverosità e funzionalizzazione legislativa del potere amministrativo all'interesse pubblico, oltre alla bibliografia citata nella nota precedente, cfr. M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, cit., p. 27, «L'esercizio della funzione amministrativa ha, com'è noto, il carattere della doverosità. Il potere amministrativo è infatti un potere-dovere di agire per il perseguimento del fine pubblico tipizzato dal legislatore»; e più di recente, dello stesso A. *Manuale di diritto amministrativo*, cit., p. 9.

⁽³⁹⁾ Tale affermazione, per un verso, presuppone che le «ragioni di interesse pubblico» di cui all'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, segnalino la funzionalizzazione dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, coincidendo con le ragioni sottese all'interesse pubblico primario, quello per cui è attribuito il potere amministrativo e in ordine al quale deve essere effettuata la ponderazione dell'interesse privato secondario; per altro verso, postula che l'individuazione dell'interesse pubblico primario prescindano da tale ponderazione. In merito, si potrebbe ripetere con N. PAOLANTONIO, *Interesse pubblico specifico ed apprezzamenti amministrativi*, in *Dir. Amm.*, 1996, n. 3, p. 442, che «L'interesse pubblico specifico [...] deve essere “costruito” dall'amministrazione, non attraverso un giudizio di valore articolato sulla giustapposizione tra interesse primario, dato praticamente per presupposto, ed interessi secondari, poiché la stessa individuazione dell'interesse primario deve soggiacere ad un criterio obbiettivo e giuridicamente rilevante, diversamente incorrendo la scelta nel rischio di apparire arbitraria, per essere arbitrario uno dei parametri su cui essa si compie»; sicché non è condivisibile la massima comparsa presso la giurisprudenza – cfr., *ex plurimis*, TAR Napoli, sez. V, 17 luglio 2017, n. 3815; TAR Bologna, sez. I, 26 aprile 2017 n. 327; TAR Napoli, sez. VIII, 24 aprile 2017, n. 2227 – secondo cui, al contrario, «l'interesse pubblico

Tale affermazione non pare trovare ostacolo nella formulazione dell'art. 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241 del 1990, nella parte in cui prevede che «Il provvedimento amministrativo illegittimo [...] può essere annullato d'ufficio [...] sussistendone le ragioni di interesse pubblico [...] e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati» (c.a.), posto che proprio l'immanenza del vincolo finalistico dovrebbe indurre a interpretare la previsione legale non già nel senso che il legislatore intendesse rendere facoltativo l'esercizio del potere officioso (l'amministrazione *può non annullare, nonostante* l'interesse pubblico sia rilevante e prevalente), bensì nel senso che esso intendesse vincolare l'esercizio di tale potere (l'amministrazione *può annullare soltanto se* l'interesse pubblico è rilevante e prevalente) ⁽⁴⁰⁾.

L'interpretazione prospettata pare essere confortata pure dal secondo alinea dello stesso comma del predetto articolo, introdotto dalla l. n. 164 del 2014, che tiene ferme «le responsabilità connesse», non soltanto alla «adozione», ma anche al «mancato annullamento del provvedimento illegittimo». Se è vero, infatti, che la predetta novella sembrerebbe confermare il novero delle responsabilità previgenti, prospettabili per i casi in cui il mancato annullamento sia l'esito dell'esercizio scorretto del potere discrezionale ⁽⁴¹⁾, è altrettanto vero che la possibilità di comminare tali responsabilità è, di per sé, rivelatrice della doverosità dell'annullamento d'ufficio in tutti i casi in cui l'interesse pubblico sia rilevante e prevalente sull'interesse privato contrapposto ⁽⁴²⁾: il fatto che il legislatore, recentemente, si sia

a ritirare gli atti illegittimi o inopportuni deve essere ricavato dalla stessa Amministrazione, caso per caso, attraverso un'attività di comparazione tra l'interesse pubblico al ripristino della legalità e gli interessi dei destinatari del provvedimento, tenendo conto della rilevanza del tempo trascorso (fattore di stabilizzazione) tra la emissione del provvedimento favorevole ed il suo ritiro».

⁽⁴⁰⁾ La stessa interpretazione, peraltro, deve essere estesa pure al comma 2-*bis*, dello stesso art. 21-*nonies*, sull'esercizio del potere di annullamento d'ufficio tardivo, in cui, come sottolineato nel paragrafo precedente, è previsto che «I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di [...] condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, *possono essere annullati*» (c.a.).

⁽⁴¹⁾ In proposito, peraltro, è significativa la sentenza del TAR Perugia, sez. I, 17 gennaio 2017, n. 94, che nel pronunciarsi su un'azione di risarcimento del danno derivante dal provvedimento illegittimo ex art. 30 c.p.a., sottolinea che «la valutazione di intervenire nuovamente sull'atto illegittimo è circostanza comunque valutabile dal giudice a conferma della diligenza posta dal soggetto pubblico nel considerare la possibilità di evitare il danno». Nello stesso senso, peraltro, l'orientamento inaugurato dalla sentenza Cons. St., Ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3, ove, com'è noto, è stato affermato il principio di diritto secondo cui, ai fini della riduzione del risarcimento del danno evitabile con l'impiego dell'ordinaria diligenza ex art. 1227, comma 2, c.c. «la latitudine del generale riferimento ai mezzi di tutela e al comportamento complessivo consente di soppesare l'ipotetica incidenza eziologica non solo della mancata impugnazione del provvedimento dannoso ma anche dell'omessa attivazione di altri rimedi potenzialmente idonei ad evitare il danno, quali la via dei ricorsi amministrativi e l'assunzione di atti di iniziativa finalizzati alla stimolazione dell'autotutela amministrativa (cd. invito all'autotutela)»; tale orientamento è stato recentemente ripreso *ex plurimis* da Cons. St., sez. IV, 17 gennaio 2018, n. 241; Cons. St., Sez. IV, 14 novembre 2017, n. 5237, e tra i giudici di primo grado, TAR Campobasso, sez. I, 16 febbraio 2018, n. 66; TAR Torino, sez. I, 16 gennaio 2018, n. 80.

⁽⁴²⁾ Sul rapporto tra doverosità e responsabilità, cfr. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, cit, p. 97, «L'attività amministrativa è rivolta a uno scopo o fine pubblico, cioè alla cura di un interesse pubblico e, per questo, anch'essa è dotata del carattere della doverosità. Il mancato esercizio dell'attività può essere fonte di responsabilità.

preoccupato di specificarlo induce a escludere che esso intendesse facoltizzare l'esercizio del potere officioso ⁽⁴³⁾.

Nel prosieguo, in primo luogo, si approfondiranno i casi di “annullamento d'ufficio doveroso” individuati dalla giurisprudenza; in secondo luogo, si verificherà se, in tali casi, sempre secondo i giudici amministrativi, sussista per l'amministrazione pure un “dovere di annullamento” su domanda dell'amministrato.

4. L'“annullamento doveroso” dei provvedimenti illegittimi nella giurisprudenza amministrativa

Come precedentemente segnalato, secondo l'orientamento unanime della giurisprudenza, l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio esigerebbe, oltre alla sussistenza di un provvedimento illegittimo, la rilevanza di un interesse pubblico ulteriore e diverso dal ripristino della legalità, da ponderare con l'interesse privato, al fine di pervenire a un giudizio di prevalenza. Talvolta, tuttavia, gli stessi giudici amministrativi – approfittando della genericità della formula legislativa «ragioni di interesse pubblico» – correggono tale orientamento per correlare il potere officioso alla mera sussistenza dell'illegittimità provvedimentale, sull'assunto per cui l'esercizio dello stesso implicherebbe il soddisfacimento di un interesse pubblico di per sé rilevante e prevalente, coincidente col mero ripristino della legalità violata.

In tali casi, il potere di annullamento d'ufficio viene definito “doveroso” ⁽⁴⁴⁾, perché la discrezionalità sul suo esercizio viene ritenuta in concreto azzerata e ciò solleva, per un verso, dall'onere motivazionale sulla

E ciò a differenza di quanto accade nell'ambito dei rapporti di diritto comune, nei quali l'esercizio della capacità giuridica da parte dei soggetti privati è di regola libero».

⁽⁴³⁾ Cfr. F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità dei rapporti*, op. cit., p. 22, secondo cui: «se il mancato annullamento è fonte di responsabilità, è evidente che in tal modo si qualifica come doveroso l'esercizio del potere di autotutela e si ritiene che vi sia quindi un obbligo di provvedere in tal senso»; G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *giustamm.it*, 2015, n. 5, per cui l'intervento di riforma «sembra avere introdotto il dovere dell'amministrazione di agire in autotutela, verosimilmente al fine di ripristinare la legalità, pena le responsabilità connesse»; e P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge 164/14 (qualche passo verso la doverosità?)*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Gli effetti del decreto-legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in *Riv. giur. ed.*, 2005, supplemento al n. 6, p. 34: «il legislatore [...] sembra qui sospingere verso una sorta di doverosità obliqua dell'intervento in autotutela, scegliendo una strada tortuosa. L'amministrazione dovrebbe essere indotta a rimuovere i provvedimenti illegittimi, assicurando così il corretto esercizio della funzione – al fine di non incorrere in responsabilità». L'interpretazione dell'ultimo alinea dell'art. 21-*nonies*, comma 1, tuttavia, è tutt'altro che univoca; *contra*, cfr. G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, cit., p. 401 ss., C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, cit., A. GUALDANI, *Il tempo dell'autotutela*, cit., N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa*, cit.

⁽⁴⁴⁾ Come notato da S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2004, n. 4, p. 1245 ss., la definizione di annullamento doveroso è stata mutuata dal diritto amministrativo tradizionale, ove, veniva utilizzata in maniera differente da come è correntemente intesa: «Le situazioni in cui la manualistica del diritto amministrativo parla di annullamento doveroso sono quelle dell'ottemperanza ad una decisione del giudice ordinario passata in giudicato in cui un atto sia stato ritenuto illegittimo [...]; della decisione negativa di un'autorità di controllo cui non compete direttamente

rilevanza dell'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo e sulla sua prevalenza sull'interesse privato al mantenimento di tale provvedimento, ritenendosi sufficiente la mera allegazione dell'illegittimità provvedimentale ⁽⁴⁵⁾. Per altro verso, dagli oneri di partecipazione al procedimento officioso ⁽⁴⁶⁾.

Tale casistica ricomprende manifestazioni di annullamento officioso differenti, che possono essere ricondotte a due tipologie: i casi in cui assumerebbero rilevanza interessi pubblici sensibili o preminenti, necessariamente prevalenti rispetto all'interesse privato; i casi in cui l'interesse privato non assumerebbe rilevanza ⁽⁴⁷⁾.

4.1. I casi in cui l'interesse pubblico è rilevante e prevalente rispetto all'interesse privato: l'interesse ambientale e territoriale

Tra gli interessi pubblici sensibili che giustificano l'esercizio doveroso del potere di annullamento d'ufficio, i giudici amministrativi annoverano, tra gli altri, l'interesse alla tutela ambientale, l'interesse alla

il potere di annullamento; dell'annullamento di un atto consequenziale come necessaria conseguenza dell'annullamento (giurisprudenziale o amministrativo) dell'atto presupposto»; dai predetti casi «si diversificano molto quell[i] che vengono ricondott[i] all'annullamento doveroso nella giurisprudenza più recente, che non paiono connotate dalla totale assenza di poteri valutativi delle amministrazioni che procedono al riesame».

⁽⁴⁵⁾ Nei casi di annullamento doveroso, infatti, la motivazione sull'esercizio del potere officioso tende a esaurirsi in una mera giustificazione (cfr. A. ROMANO-TASSONE, *Motivazione dei provvedimenti amministrativi e sindacato di legittimità*, Milano, 1987, p. 7 ss.). In merito, cfr. M. RAMAJOLI, *Il declino della decisione motivata*, in *Dir. proc. amm.*, 2017, n. 3, p. 906 ss., ove si evidenzia come la giurisprudenza non si ponga neppure il problema dell'applicabilità o meno dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241, ritenendo «direttamente non necessaria la motivazione per alcune tipologie di atti eminentemente discrezionali, quali sono i provvedimenti d'annullamento d'ufficio, e ciò addirittura senza invocare alcun principio a sostegno di questa sostanziale disapplicazione della norma di legge». Sul problema dell'applicabilità del predetto articolo sull'illegittimità derivante dal difetto di motivazione cfr. altresì G. MANNUCCI, *Uno, nessuno, centomila. Le motivazioni del provvedimento amministrativo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, n. 3, p. 837 ss.

⁽⁴⁶⁾ Per i giudici amministrativi, nei casi di annullamento doveroso, la violazione delle norme sulla partecipazione al procedimento officioso configurerebbe una mera illegittimità non invalidante ai sensi dell'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241 del 1990. Cfr. recentemente TAR Napoli, sez. VIII, 18 gennaio 2018, n. 415, che, dalla constatazione per cui, «l'affidamento della parte privata alla stabilizzazione del rapporto giuridico in conformità del titolo in sanatoria appare recessivo al cospetto degli interessi pubblici di valore preminente», desumeva «la sufficienza e l'idoneità della motivazione del provvedimento di ritiro in questione, intervenuto nell'ambito di un tempo ragionevole, e senza che rilevi l'omesso invio di un previo avviso di avvio del relativo procedimento (essendo emerso che l'esito non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto avutosi [...])»; similmente, *ex plurimis*, TAR Roma, sez. I-*bis*, 13 marzo 2018, n. 2810; TAR Parma, sez. I, 19 giugno 2017, n. 212.

⁽⁴⁷⁾ La sistemazione degli orientamenti giurisprudenziali sull'annullamento doveroso è ripresa da S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit. p. 77 ss., che distingue tra «ipotesi di annullamento d'ufficio "doveroso" o "vincolato" nell'*an* nelle fattispecie di non meritevolezza dell'interesse alla stabilità» e «ipotesi di annullamento d'ufficio "doveroso" o "vincolato" nell'*an* nelle fattispecie di tutela degli interessi pubblici "differenziati", "sensibili" o "preminenti"».

tutela del paesaggio, l'interesse urbanistico-territoriale, l'interesse all'integrità economico-finanziaria e l'interesse comunitario ⁽⁴⁸⁾.

Dei predetti interessi, i primi tre, tipicamente, rilevano nei casi di annullamento d'ufficio intervenienti sulla tipologia provvedimento dei titoli edilizi ovvero sulle DIA o SCIA sostitutive delle stesse ⁽⁴⁹⁾; anche se, rispetto a tale casistica, non si può fare a meno di registrare un contrasto giurisprudenziale tra un orientamento maggioritario, secondo cui, derivando dal rilascio illegittimo di un titolo edilizio una situazione di permanente antigiridicità, l'esercizio del potere officioso diviene doveroso, e un orientamento di minoranza, secondo cui, invece, dev'essere valorizzata la discrezionalità dello stesso potere ⁽⁵⁰⁾.

Proprio il contrasto giurisprudenziale appena segnalato è stato oggetto della recente pronuncia dell'Adunanza plenaria.

In tale pronuncia, il Consiglio di Stato, prima, contesta apertamente l'orientamento giurisprudenziale sull'interesse pubblico *in re ipsa*, prendendo atto di come «de generali categorie in tema di annullamento *ex officio* di atti amministrativi illegittimi trovino applicazione (in assenza di indici normativi in senso contrario) anche nel caso di ritiro di titoli edilizi in sanatoria illegittimamente rilasciati, non potendosi postulare in via generale e indifferenziata un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione di tali atti» ⁽⁵¹⁾.

⁽⁴⁸⁾ Per un'ampia rassegna giurisprudenziale cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit., p. 77 ss. e S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, cit., p. 1245 ss.

⁽⁴⁹⁾ Sull'annullamento doveroso dei titoli edilizi di recente cfr. A. BORELLA, *La nuova autotutela di cui alla legge di riforma della pubblica amministrazione: annullamento d'ufficio e regolarizzazioni edilizie*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, n. 2, p. 144 ss.; A. GUALDANI, *L'annullamento d'ufficio in edilizia tra obbligo di motivazione e affidamento*, in *Riv. giur. urb.*, 2017, n. 3, p. 485 ss.; M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, in *federalismi.it*, 2015, n. 14.

⁽⁵⁰⁾ La giurisprudenza sull'annullamento officioso dei titoli edilizi è molto ampia; cfr. *ex plurimis* Cons. St., sez. IV, 18 agosto 2017, n. 4038, Cons. St., sez. IV, 16 agosto 2017, 4010; Cons. St. sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2885 e, tra i giudici di primo grado, TAR Roma, II-bis, 10 luglio 2017, 9135, secondo cui, in presenza di un titolo edilizio illegittimo, l'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio sarebbe rilevante *in re ipsa* e prevalente rispetto all'interesse privato, perché «correlato alla necessità di curare l'interesse pubblico concreto ed attuale al ripristino della legalità violata, atteso che il rilascio del titolo edilizio comporta la sussistenza di una permanente situazione *contra legem* e di conseguenza ingenera nell'amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita»; la valorizzazione della "efficacia permanente" del provvedimento illegittimo per giustificare tale orientamento, peraltro, è molto diffuso come si evince, altresì in Cons. Stato, sez. IV, 28 giugno 2016, n. 2885 e TAR Pescara, sez. I, 5 settembre 2017, n. 242. Sull'annullamento doveroso a tutela dell'interesse pubblico paesaggistico e ambientale, cfr. specificamente TAR Napoli sez. I, 8 maggio 2017, n. 869; TAR Catanzaro, sez. II, 18 novembre 2016, n. 2248; *contra*, TAR Cagliari, sez. II, 27 dicembre 2017, n. 848; TAR Firenze, sez. I, 20 gennaio 2017, n. 80; TAR Milano, sez. II, 13 agosto 2015, 1896. Sull'annullamento doveroso a tutela dell'interesse urbanistico-territoriale, cfr. specificamente TAR Napoli, sez. III, 5 settembre 2017, n. 4251 e TAR Salerno, sez. II, 1° marzo 2017, n. 397.

⁽⁵¹⁾ Cfr. Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 7, «Una cosa è infatti la tendenziale prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino dell'ordine giuridico rispetto agli altri interessi rilevanti; ben altra cosa è la radicale pretermissione, anche ai fini motivazionali, di tali ulteriori circostanze attraverso una loro innaturale espunzione dalla fattispecie (e tanto,

Poi, finisce per giustificare l'attenuazione dell'onere motivazionale in presenza di un interesse pubblico particolarmente sensibile, recuperando l'orientamento sull'annullamento doveroso poco prima contestato, in considerazione di ciò, che tale onere «non muta il rilievo relativo da riconoscere all'interesse pubblico e la preminenza che deve essere riconosciuta al complesso di interessi e valori sottesi alla disciplina edilizia e urbanistica»; e con l'ulteriore precisazione per cui «nelle ipotesi di maggiore rilievo, [...] (e laddove venga in rilievo la tutela di preminenti valori pubblici di carattere – per così dire – 'autoevidente'), [tale onere] potrà dirsi soddisfatto attraverso il richiamo alle pertinenti circostanze in fatto e il rinvio alle disposizioni di tutela che risultano in concreto violate le quali normalmente possano integrare le ragioni di interesse pubblico che depongono nel senso dell'esercizio del *ius poenitendi*»⁽⁵²⁾.

Le statuizioni dell'Adunanza plenaria, invero, non convincono appieno poiché l'attenuazione dell'onere motivazionale sul potere di annullamento d'ufficio, che essa sostiene nella seconda parte del suo ragionamento, può trovare giustificazione logica soltanto se si assume che un interesse pubblico sensibile debba essere ritenuto necessariamente prevalente sull'interesse privato contrapposto; ciò che, però, si pone in netta contraddizione rispetto alle argomentazioni impiegate dallo stesso Consiglio di Stato nella prima parte, come si evince pure da un altro passaggio, in cui si precisa che, «la teorica dell'interesse *in re ipsa* all'annullamento in autotutela del titolo edilizio illegittimo, laddove condivisa, finirebbe per rendere nei fatti vincolato l'esercizio del potere di autotutela che un consolidato orientamento giurisprudenziale (prima) e un'espressa previsione di legge (poi) hanno delineato come tipico potere discrezionale dell'amministrazione».

Tali argomentazioni, peraltro, consentono di porre l'accento sulle peculiarità della casistica giurisprudenziale in esame e, in particolare, di sottolineare che la rappresentazione dell'interesse pubblico come necessariamente prevalente sull'interesse privato contrapposto, per la sua sensibilità o preminenza, implica la trasmutazione del potere discrezionale di annullamento d'ufficio in un potere interamente vincolato, perché postula la doverosità del suo esercizio non all'esito concreto della ponderazione dell'uno

in distonia con la generale previsione di cui all'articolo 21-*nonies*, cit. il quale – con previsione applicabile anche al settore che ne occupa - impone al contrario una considerazione degli elementi sopra indicati)».

⁽⁵²⁾ La lettura prospettata nel testo, secondo cui l'Adunanza plenaria propende per l'orientamento maggioritario, che configura un potere doveroso di annullamento d'ufficio sui titoli edilizi illegittimi, peraltro, sembrerebbe essere stata recentemente condivisa nella sentenza resa dal TAR Campobasso, sez. I, 5 gennaio 2018, n. 3, che, in esplicita adesione alle argomentazioni del Consiglio di Stato, partendo dalla considerazione che, nel caso specifico, «è stata espressamente contestata la violazione, tra le altre, delle inderogabili disposizioni in materia di distanze tra edifici di cui all'art. 9 del D.M. n. 1444/1968, e di quelle sulle altezze, norme poste a tutela di primari interessi pubblici quali l'igiene e la salubrità degli ambienti, nonché quelle in materia di tutela paesaggistica dei centri storici anch'esse poste a tutela del Paesaggio, primario valore costituzionale», conclude affermando che «Il richiamo ai predetti parametri normativi evidenzia di per sé la natura degli interessi pubblici che in concreto si assumono pregiudicati dall'intervento in contestazione nonché la loro prevalenza rispetto agli interessi privati antagonisti, in ragione della loro rilevanza costituzionale e delle inderogabili finalità di interesse generale che sono chiamate a presidiare».

e dell'altro interesse, ma a prescindere, in astratto, da tale ponderazione; come se, al venire in rilievo di taluni interessi pubblici venisse meno l'esigenza di garantire la tutela del legittimo affidamento del privato⁽⁵³⁾.

La casistica giurisprudenziale in esame non trova ancoraggio nell'art. 21-*nonies*, l. n. 241, che non differenzia la tutela dell'affidamento privato in base allo specifico rilievo attribuito all'interesse pubblico. Poiché, però, non può escludersi a priori che una differenziazione di tal tipo possa trovare fondamento altrove, si rende necessario approfondire gli altri indici normativi offerti dall'ordinamento giuridico, al fine di verificare se l'interesse pubblico alla tutela ambientale, del paesaggio e del territorio debba ritenersi sensibile; e se, allorché sia ritenuto tale, debba considerarsi, per ciò solo, sempre prevalente sull'interesse privato contrapposto.

In relazione al primo profilo, oltre all'indubitabile rilevanza costituzionale di tali interessi, desumibile dagli artt. 9 e 117, comma 2, lett. s, Cost., di per sé sintomatici della sensibilità degli stessi, è sufficiente sottolineare la tendenza legislativa a delineare, a loro presidio, dei regimi giuridici differenziali e derogatori, come si evince, tra gli altri, dall'art. 14-*quinques*⁽⁵⁴⁾; dall'art. 16⁽⁵⁵⁾; dall'art. 17⁽⁵⁶⁾; e dagli artt. 19 e 20, della l. n. 241 del 1990⁽⁵⁷⁾. Relativamente al secondo profilo, tuttavia, è significativo che, a dispetto della summenzionata tendenza, una differenziazione di tal tipo non sia stata prevista né rispetto alla disciplina generale, né rispetto alle diverse discipline settoriali, che involgono il potere di

⁽⁵³⁾ Sempre secondo l'Adunanza plenaria, infatti, «una volta affermata la sussistenza di un interesse pubblico *in re ipsa* al ripristino della legittimità violata, non residuerebbero in alcun caso effettivi spazi per l'amministrazione per non esercitare il proprio *ius poenitendi* attraverso l'annullamento d'ufficio. L'amministrazione non potrebbe valutare a tal fine né il decorso del tempo (inidoneo, nell'ottica in esame, ad attenuare la prevalenza dell'interesse pubblico al ripristino), né la sussistenza di un interesse pubblico in senso contrario (il quale sarebbe per definizione insussistente, a meno di voler determinare un vero e proprio ossimoro), né – infine – l'interesse del privato destinatario dell'atto, che non potrebbe in alcun caso essere valorizzato neppure nell'ottica del legittimo affidamento».

⁽⁵⁴⁾ Cfr. art. 14-*quinques*, comma 1, l. n. 241, che, ricorrendo talune condizioni, consente alle «amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali o alla tutela della salute e della pubblica incolumità dei cittadini» di presentare opposizione al Presidente del Consiglio dei Ministri avverso le determinazioni assunte dalla Conferenza dei servizi.

⁽⁵⁵⁾ Cfr. art. 16, comma 3, l. n. 241, che esonera dall'applicazione della disciplina sui termini dell'attività consultiva, nel caso in cui «i pareri [...] debbano essere rilasciati da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistica, territoriale e della salute dei cittadini».

⁽⁵⁶⁾ Cfr. art. 17, comma 2, che esonera dall'applicazione della disciplina sui termini di rilascio delle valutazioni tecniche, nei casi in cui esse «debbono essere prodotte da amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale e della salute dei cittadini».

⁽⁵⁷⁾ Cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit., p. 97 ss., secondo cui «È dato significativo che, specie negli ultimi decenni, il legislatore abbia manifestato la tendenza a prefigurare – sia nell'ambito di normative speciali che di principio – discipline derogatorie rispetto a istituti giuridici di carattere generale. E ciò è stato fatto proprio in virtù della natura degli interessi pubblici in gioco».

annullamento d'ufficio, ove il proposito legislativo, piuttosto, è stato nel senso di garantire la tutela del legittimo affidamento del privato.

Nella disciplina contenuta nella legge generale sul procedimento amministrativo, tale opzione legislativa pare emergere in maniera emblematica – oltre che nell'art. 21-*nonies*, per come modificato dal recente intervento di riforma di cui alla n. 124 del 2015 ⁽⁵⁸⁾ – dall'art. 19, comma 4, che nella sua formulazione originaria, a presidio, tra gli altri, dell'interesse pubblico all'ambiente e al paesaggio, prevedeva l'esercizio di un potere di intervento tardivo sulle SCIA illegittime; ma che nella formulazione vigente, modificata sempre per effetto della predetta l. n. 124, senza differenziare tra interessi più o meno sensibili, correla l'esercizio dello stesso potere alla ricorrenza «delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies*» ⁽⁵⁹⁾. Similmente, nelle discipline settoriali, il proposito di garantire l'affidamento del privato, talune volte, è confermato, come si evince dall'art. 159, comma 9, del d.lgs. n. 42 del 2004, Codice dei beni culturali e del paesaggio, che prevede in via transitoria un potere propriamente discrezionale di annullamento della

⁽⁵⁸⁾ Cfr. A. GUALDANI, *L'annullamento d'ufficio in edilizia tra obbligo di motivazione e affidamento*, cit, p. 498 ss., secondo cui «Vi sarebbe [...] anche alla luce delle recenti riforme, la conferma della natura “massimamente discrezionale” dell'annullamento d'ufficio, con conseguente rilevanza della motivazione, che costituisce il parametro per valutare *ab externo* la ragionevolezza e la proporzionalità della scelta amministrativa» e, specificamente, della «imprescindibilità di corredare l'annullamento d'ufficio con una motivazione che dia analiticamente conto delle risultanze dell'istruttoria, rendendo così palesi le ragioni che hanno condotto l'amministrazione a dare preminenza all'interesse pubblico ad annullare, rispetto agli interessi dei privati alla conservazione del titolo edilizio». La mancata differenziazione tra interessi pubblici sensibili e non da parte della l. n. 124 del 2015 è stata sottolineata in A. BORELLA, *La nuova autotutela di cui alla legge di riforma della pubblica amministrazione*, cit., p. 155 e M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, cit., p. 7 ss. ma (come rilevato altrove, cfr. *supra* nota 29) criticata in Id., *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche*, cit., p. 5.

⁽⁵⁹⁾ Cfr. art. 19, comma 4, l. n. 241, nella sua formulazione originaria, di cui all'art. 49, comma 4-*bis*, d.l. n. 78 del 2010, ove era previsto che: «Decorso il termine per l'adozione [dei provvedimenti di controllo], *all'amministrazione è consentito intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale* e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente» (c.a.); e art. 19, comma 4, l. n. 241 del 1990, nella sua formulazione vigente, come modificata dall'art. 6, comma 1, lett. a, l. n. 124 del 2015, ove è previsto che: «Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di [controllo], l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 *in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-*nonies**» (c.a.). Che tali modifiche siano significative della volontà legislativa di garantire tutela all'affidamento legittimo del privato, è stato sottolineato anche dal Consiglio di Stato, Adunanza della Commissione speciale, parere del 30 marzo 2016, n. 839, secondo cui «in coerenza con le novità introdotte dalla legge n. 124 del 2015, lo schema di decreto legislativo *in subiecta* materia confermi e rafforzi l'inquadramento della SCIA come 'istituto non provvedimentale', che si inserisce in un quadro informato ai principi di liberalizzazione e di semplificazione, nonché ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento legittimo»; sempre secondo lo stesso Collegio, in particolare, «L'art. 21-*nonies* detta [...], per la SCIA, la 'disciplina di riferimento' per l'esercizio del potere *ex post* dell'amministrazione: un potere inibitorio, repressivo o conformativo da esercitarsi solo “in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies*” – e quindi motivando sulle ragioni di interesse pubblico e sugli interessi dei destinatari e dei controinteressati – oltre che, ovviamente, entro un “termine ragionevole”, che deve essere “comunque non superiore a diciotto mesi”, per adottare il relativo provvedimento definitivo».

soprintendenza ⁽⁶⁰⁾, talune altre volte, persino rafforzato: si fa riferimento, in particolare, all'art. 38 del d.P.R. n. 380 del 2001, Testo unico dell'edilizia (TUE), che connota in senso discrezionale pure gli effetti derivanti dall'esercizio del potere di annullamento officioso ⁽⁶¹⁾; e all'art. 39 TUE, che prevede un termine perentorio per l'esercizio del potere discrezionale di annullamento regionale dei titoli edilizi ⁽⁶²⁾.

Gli indici normativi offerti dall'ordinamento giuridico, in definitiva, consentono di affermare che gli interessi pubblici alla tutela dell'ambiente, del paesaggio e del territorio, pur assumendo una certa preminenza all'interno del dettato costituzionale, della disciplina generale sul procedimento e delle discipline settoriali, e pur potendo essere considerati, per tale ragione, come particolarmente sensibili, non possono essere per ciò solo ritenuti necessariamente prevalenti rispetto all'interesse privato

⁽⁶⁰⁾ Cfr. art. 159, comma 9, d.lgs. n. 42 del 2004: «Nei confronti delle autorizzazioni paesaggistiche adottate dopo la data di entrata in vigore del decreto legislativo 26 marzo 2008, n. 63, e prima della data di entrata in vigore della presente disposizione, la soprintendenza, qualora non abbia già esercitato il potere di annullamento, può esercitare detto potere, ai sensi dei precedenti commi 2 e 3, entro i trenta giorni decorrenti dalla data di entrata in vigore della presente disposizione; qualora l'autorizzazione, corredata dalla relativa documentazione, sia stata rinviata dalla soprintendenza all'Autorità competente al rilascio dell'autorizzazione ai fini dell'applicazione dell'articolo 146, il predetto termine decorre dalla data in cui viene nuovamente trasmessa alla soprintendenza».

⁽⁶¹⁾ Cfr. art. 38 TUE: «In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite». Su tale previsione v. da ultimo TAR Salerno, sez. II, 5 dicembre 2017, n. 1705, secondo cui «L'art. 38, d. P. R. n. 380 del 2001 detta una norma di favore che assiste l'affidamento qualificato del privato che ha realizzato la costruzione in base a titolo abilitativo poi venuto meno e all'uopo prevede tre alternative possibili: a) la sanabilità della stessa mediante la rimozione dei vizi delle procedure amministrative; b) la demolizione dell'opera divenuta abusiva; c) l'applicazione di una sanzione pecuniaria, quando non sia tecnicamente possibile la rimozione, ad esempio qualora soltanto una parte del fabbricato risulti abusivamente realizzata e, nel contempo, sia stato accertato che la sua demolizione esporrebbe a serio rischio statico la residua parte legittima del fabbricato medesimo»; la stessa massima ricorre, *ex plurimis*, in TAR Napoli, sez. II, 17 ottobre 2016, n. 4731; TAR Parma, sez. I, 15 marzo 2016, n. 95; TAR Napoli, sez. III, 19 giugno 2015, n. 3301, TAR Napoli, sez. VIII, 12 gennaio 2015, n. 124.

⁽⁶²⁾ Cfr. art. 39 TUE: «Entro dieci anni dalla loro adozione le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla regione». Tale previsione, invero, se al tempo della sua entrata in vigore poteva essere interpretata come una norma di favore per l'affidamento del privato, oggi appare del tutto inadeguata, in ragione del termine perentorio introdotto all'art. 21-*nonies* della legge generale sul procedimento; a riguardo, possono essere riprese le perplessità espresse da M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, cit., p. 5, che denuncia «la grave antinomia di un sistema che, mentre in linea generale si preoccupa di circoscrivere il potere amministrativo di autotutela, lascia in vita un potere decennale di annullamento da parte della Regione, esperibile anche in riferimento alla scia», proprio in considerazione di ciò, «che il termine decennale fissato per l'esercizio di tale potere straordinario di annullamento in un contesto che non prevedeva limiti a quello ordinario è oggi contraddittorio con un sistema che, invece, nell'ottica di incentivare gli investimenti, fissa stretti limiti temporali all'autotutela ordinaria».

contrapposto, che le stesse discipline spesso mettono in specifico risalto, al fine di garantire e integrare la tutela dell'affidamento ⁽⁶³⁾.

Negata la prevalenza *in re ipsa* dei predetti interessi sensibili, seguendo il medesimo metodo di indagine, nel prosieguo è necessario verificare se la giurisprudenza sull'annullamento doveroso possa trovare fondamento perlomeno rispetto all'interesse pubblico economico-finanziario e all'interesse pubblico comunitario.

4.2. L'interesse economico

Tra gli interessi pubblici ritenuti rilevanti e prevalenti *in re ipsa* dev'essere annoverato, ancora, l'interesse economico, vale a dire, l'interesse a evitare che un provvedimento illegittimo possa recare con sé un pregiudizio, per l'appunto, di tipo economico o finanziario. Rispetto a esso la casistica giurisprudenziale involge una pluralità di tipologie diverse di provvedimenti, riguardando le illegittime erogazioni di denaro o di altri vantaggi economici o patrimoniali; l'illegittima attribuzione di pubblici impieghi, da cui origina o può originare l'erogazione di denaro o di altri vantaggi economici o patrimoniali; i casi in cui il pregiudizio è attuale, per essere le predette erogazioni già conseguite dal provvedimento illegittimo (talché l'interesse pubblico dev'essere soddisfatto con il recupero dell'indebito, oltre che con la rimozione del provvedimento); i casi in cui il pregiudizio è soltanto potenziale (sicché l'interesse pubblico può essere soddisfatto mediante la rimozione del provvedimento illegittimo e, con esso, dell'impegno di spesa) ⁽⁶⁴⁾.

In merito, l'orientamento dei giudici amministrativi è monolitico: l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è doveroso ⁽⁶⁵⁾.

⁽⁶³⁾ A riguardo, non è privo di rilievo neppure che il regime giuridico derogatorio previsto dall'art. 20, comma 4, l. n. 241 del 1990, a tutela dei suddetti interessi pubblici non sia stato, per così dire, replicato all'interno dell'art. 17-*bis* della stessa legge, che disciplina il "Silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici". Infatti, mentre l'art. 20 non si applica «agli atti e procedimenti riguardanti», tra gli altri, «il patrimonio culturale e paesaggistico, l'ambiente, la tutela dal rischio idrogeologico», l'art. 17-*bis*, introdotto per opera della l. 124 del 2015, si applica «anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assenti, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, per l'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi di competenza di amministrazioni pubbliche»; e ciò pare confermare ulteriormente la recessività degli interessi pubblici sensibili dinanzi ad altri interessi parimenti pubblici o privati.

⁽⁶⁴⁾ Su tali ipotesi di annullamento doveroso cfr., in particolare, G. BARONE, *L'Autotutela a presidio del denaro pubblico. Consigli per un uso ragionevole*, in *giustamm.it*, 2007, n. 7.

⁽⁶⁵⁾ Cfr. TAR Firenze, sez. I, 24 ottobre 2017, n. 1277: «l'esercizio del potere di autotutela su provvedimenti comportanti un illegittimo esborso di denaro pubblico non richiede una particolare motivazione, né quindi una più specifica valutazione sulla sussistenza e prevalenza dell'interesse pubblico, essendo questo rinvenibile *in re ipsa* nel fatto dell'indebita erogazione di benefici a danno della finanze collettive, senza che possa assumere rilievo in senso contrario la valutazione delle posizioni dei destinatari»; la stessa massima ricorre, *ex plurimis*, in TAR Roma, sez. III-*ter*, 1° settembre 2015, n. 10980; TAR L'Aquila, sez. I, 19 marzo 2015, n. 206; TAR Roma, sez. III-*ter*, 8 gennaio 2015, n. 158 e 142. Sempre a presidio dell'interesse pubblico economico, presso la giurisprudenza, peraltro, spesso si ricorre alla figura dell'indebito oggettivo di cui all'art. 2033 c.c.; il ricorso alla norma codicistica, in luogo dell'art.

Neppure tale orientamento, tuttavia, trova conforto nelle scelte del legislatore, che, in maniera non dissimile da ciò che è stato messo in rilievo nel precedente paragrafo, pur riconoscendo una certa preminenza alla necessità di garantire l'integrità economico-finanziaria – come emerge in maniera significativa dal dettato costituzionale, soprattutto a seguito dell'introduzione del patto di stabilità interno e del principio del pareggio di bilancio, di cui agli artt. 81, 97, 117 e 119 Cost. – sembrerebbero segnalare, piuttosto, l'esigenza di tenere ferma la ponderazione del predetto interesse pubblico, sempre a tutela dell'affidamento del privato. Tanto emerge, in primo luogo, dall'art. 21-*nonies*, come modificato dalla l. n. 124 del 2015, che pare preoccuparsi più dell'interesse economico del privato, presidiato con un termine perentorio per l'esercizio del potere officioso sui provvedimenti «di attribuzione di vantaggi economici», che del corrispondente interesse pubblico ⁽⁶⁶⁾. In secondo luogo, dall'intervenuta abrogazione di alcune discipline speciali. Si pensi all'art. 1, comma 136, della l. n. 311 del 2004, che, «al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari», prevedeva un potere di annullamento doveroso ⁽⁶⁷⁾; e all'art. 14,

21-*nonies* della legge n. 241, non è priva di ripercussioni rispetto agli oneri procedimentali cui l'amministrazione è sottoposta: cfr. TAR Roma, sez. I-*bis*, 10 luglio 2017, n. 8155, secondo cui «come chiarito da ormai consolidato orientamento giurisprudenziale [...] il “provvedimento” col quale l'Amministrazione dispone il recupero di somme indebitamente corrisposte al proprio dipendente non ha carattere autoritativo, ma costituisce esercizio di un vero e proprio diritto soggettivo ex art. 2033 Cod. civ., non ritenendosi più condivisibile la tesi che ricollega la natura autoritativa dell'atto in questione (e quindi ritiene applicabile il termine di decadenza per la sua impugnazione) alla asserita necessità per l'Amministrazione di procedere in via di autotutela al previo annullamento d'ufficio del pregresso provvedimento recante la determinazione dell'emolumento in misura maggiore di quella dovuta. [...] Il recupero di emolumenti indebitamente corrisposti a pubblici dipendenti costituisce per la P.A. l'esercizio di un vero e proprio diritto soggettivo a contenuto patrimoniale, ex art. 2033 cod.civ., avente carattere di doverosità e privo di valenza provvedimento ed in tale ottica vanno rivisti gli oneri procedimentali cui l'amministrazione è sottoposta: più che la “motivazione” dell'atto, in quest'ambito di giurisdizione esclusiva, si tratta di verificare la giustificazione sostanziale dell'atto di recupero, che non segue la logica della valutazione della comparazione degli opposti interessi in gioco – che caratterizza invece il giudizio di legittimità – bensì la logica stringente dell'atto vincolato mettendo a confronto somme erogate – importo dovuto secondo la prescrizione normativa -, per cui è sufficiente che l'atto in contestazione specifichi il titolo del recupero e cioè indichi “la mancanza di causa” dell'avvenuto trasferimento delle somme, che configura una ragione necessaria e sufficiente per chiedere la restituzione di somme indebitamente corrisposte; non è tenuta a fornire una motivazione sull'elemento soggettivo riconducibile all'interessato; non è necessaria invece una “motivazione” sull'elemento soggettivo riconducibile all'interessato in quanto la buona fede del pubblico dipendente nel percepire e nell'utilizzare le somme non dovute non costituisce un ostacolo al recupero dell'indebito».

⁽⁶⁶⁾ Sull'impatto del suddetto intervento di riforma sull'interesse economico del privato cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della l. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche*, cit.; A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio e libertà economiche*, reperibile su diritto-amministrativo.org, secondo cui «A legger sotto le «attività economiche», con gli occhi dell'ordinamento e delle riforme, e già nel testo stesso dell'art. 21 *nonies*, viene fuori tutta la libertà economica. Non è una libertà pregiudiziale, ma un preciso diritto economico del soggetto; e appare come un termine da considerare, già nell'autotutela e nella giurisdizione amministrativa di sola legittimità. Così l'assetto cambia e appare in modo diverso l'annullamento d'ufficio: era massima tutela dell'interesse pubblico ed ora è tutela eccezionale, condizionata alla garanzia delle attività economiche»; Id., *Annullamento d'ufficio, interesse generale e libertà economiche*, in A. SCOGNAMIGLIO, A. RALLO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, p. 75 ss.

⁽⁶⁷⁾ L'abrogazione dell'art. 1, comma 136, della l. n. 311 del 2004, peraltro, è ancor più significativa se si considera che, come rilevato in R. GIOVAGNOLI, *Autotutela e risparmio di spesa nella finanziaria 2005*, in *Urbanistica e appalti*,

comma 20, del d.l. n. 78 del 2000, che prospettava un vero e proprio potere di annullamento officioso interamente vincolato, con la previsione secondo cui, «Gli atti adottati dalla Giunta regionale o dal Consiglio regionale durante i dieci mesi antecedenti alla data di svolgimento delle elezioni regionali, con i quali è stata assunta la decisione di violare il patto di stabilità interno, sono annullati senza indugio dallo stesso organo»⁽⁶⁸⁾.

La medesima esigenza, poi, pare emergere dagli orientamenti più recenti della stessa giurisprudenza, che tende a riconoscere pure una tutela risarcitoria all'affidamento del privato. L'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, infatti, esponendo a una responsabilità per danni derivanti da provvedimento legittimo, anziché soddisfare il predetto interesse, potrebbe paradossalmente comprometterlo⁽⁶⁹⁾.

2005, p. 395 ss., essa, a sua volta, era intervenuta a positivizzare lo stesso orientamento giurisprudenziale che, in presenza di un interesse economico finanziario, configurava il potere di annullamento officioso come doveroso. La genesi di tale previsione normativa, peraltro, spiega perché presso la giurisprudenza l'interpretazione del potere introdotto dalla stessa come doveroso sia rimasta prevalente – cfr. da ultimo Cons. St., sez. VI, 27 luglio 2015, n. 3659, secondo cui «la sopra menzionata disciplina speciale, come si vede, non fa riferimento, a differenza dell'art. 21 *nonies* legge 241 del 1990, alla comparazione tra interesse pubblico e interessi configgenti, e al limite temporale. Al contrario, prevede che l'annullamento possa essere disposto “sempre” al fine di conseguire risparmi di spesa o minori oneri finanziari, codificando una ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa*» e, nello stesso senso, *ex plurimis*, TAR Lecce, sez. III, 18 marzo 2015, n. 923 e TAR Aosta, 13 gennaio 2015, n. 4 – nonostante le contrarie indicazioni ministeriali, contenute nella *Direttiva in materia di annullamento d'ufficio di provvedimenti illegittimi* del 17 ottobre 2005, con cui, nel tentativo di armonizzare l'art. 1, comma 136, della l. n. 311 del 2004 e il testo dell'art. 21-*nonies* della legge generale sul procedimento, introdotto poco dopo, con l. n. 15 del 2005, si tentava di fare salva la ponderazione tra l'interesse pubblico economico e l'interesse privato. Presso la giurisprudenza, recentemente, l'abrogazione della predetta previsione di legge è stata ritenuta irrilevante da Cons. St., sez. V, 7 febbraio 2018, n. 805, 801, 799, ss., secondo cui «Anche a prescindere dalla rilevanza o meno nella vicenda in esame dell'art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311 – peraltro successivamente abrogato dal comma 2 dell'art. 36 della legge 7 agosto 2015, n. 124 – trova comunque applicazione in materia il consolidato principio – dal quale non vi è ragione di discostarsi – secondo cui l'annullamento d'ufficio di provvedimenti che comportano l'illegittimo esborso di risorse pubbliche non richiede una specifica valutazione in ordine all'interesse pubblico, atteso che esso deve considerarsi *in re ipsa* [...], con la conseguente irrilevanza “di ogni altra circostanza idonea a qualificare il contrapposto interesse del privato, quale, ad esempio, il perdurare nel tempo della situazione di fatto a lui vantaggiosa”».

⁽⁶⁸⁾ L'art. 14, comma 20, del d.l. n. 78 del 2000 è stato abrogato per opera della l. n. 122 del 2010. Per una recente applicazione di tale potere di annullamento cfr. TAR Napoli, sez. III, 15 gennaio 2018, n. 299; sulla sua natura, cfr. Cons. St., sez. V, 7 giugno 2012, n. 3361, ove viene descritto come uno «strumento di autotutela obbligatoria e di tipo sanzionatorio». Secondo i giudici amministrativi, in particolare, «tale norma non è neppure configurabile quale particolare ipotesi di intervento sostitutivo dello Stato nei confronti delle Regioni [...] bensì costituisce esso stesso strumento di coordinamento della finanza pubblica per rendere cogenti, e quindi per costringere a rispettare, i vincoli di bilancio suddetti, che altrimenti resterebbero in mano alla mera volontà degli enti di decentramento, mettendo potenzialmente a repentaglio, come detto, l'unità economica della Repubblica. L'autotutela obbligatoria (inquadabile nel concetto ampio, di matrice dottrinale, di autotutela esecutiva) di cui al citato comma 20 dell'art. 14, dunque, non è contrastante con il principio di leale collaborazione, ma anzi costituisce una sua manifestazione che deve caratterizzare il rapporto di tutti gli enti costituzionali o aventi rilevanza costituzionale e dotati di reciproca autonomia garantita dalla Costituzione».

⁽⁶⁹⁾ La risarcibilità del danno da affidamento è stato riconosciuto dalle Sezioni Unite della Corte di Cassazione con le ordinanze “sorelle” nn. 6594, 6595 e 6596 del 2011. Ciò nonostante la possibilità di prospettare una responsabilità da provvedimento di annullamento d'ufficio legittimo è correntemente contestata sia presso la giurisprudenza amministrativa – nonostante alcune sentenze che sembrerebbero essere di segno contrario, cfr. Cons. St., sez. V, 17 gennaio 2014, n. 183, con commento di M. MAGRI, *Il Consiglio di Stato sul danno da provvedimento*

Si perviene, pertanto, alle stesse conclusioni prospettate per gli interessi pubblici alla tutela ambientale, paesaggistica e territoriale. Gli indici normativi passati in rassegna, infatti, suggeriscono che neppure l'interesse pubblico economico può essere ritenuto necessariamente prevalente sull'interesse privato contrapposto; e che, pertanto, pure rispetto a esso, deve negarsi che per la giurisprudenza sull'annullamento d'ufficio doveroso in esame possa essere rinvenuto un sicuro fondamento giuridico.

4.3. L'interesse comunitario

L'orientamento giurisprudenziale secondo cui l'interesse pubblico comunitario deve essere ritenuto rilevante e prevalente *in re ipsa* in tutti i casi in cui un provvedimento sia illegittimo per violazione del diritto europeo e che, per tali casi, prospetta l'esercizio doveroso del potere di annullamento d'ufficio, nonostante trovi sostegno nella scienza giuridica, appare minoritario e, per così dire, in corso di superamento ⁽⁷⁰⁾. La maggior parte dei giudici, infatti, tende a garantire la tutela dell'affidamento del privato, valorizzando le indicazioni provenienti dall'ordinamento giuridico dell'Unione europea ⁽⁷¹⁾.

illegittimo favorevole, in *Giorn. dir. amm.*, 2014, n. 7, p. 704 – sia presso la scienza giuridica: cfr., tra gli altri, M.A. SANDULLI, *Il risarcimento del danno nei confronti delle pubbliche amministrazioni: tra soluzione di vecchi problemi e nascita di nuove questioni (brevi note a margine di Cons. Stato, ad plen., 23 marzo 2011, n. 3, in tema di autonomia dell'azione risarcitoria e di Cass. SS. UU. 23 marzo 2011, n. 6594, 6595 e 6596, sulla giurisdizione ordinaria sulle azioni per il risarcimento del danno conseguente all'annullamento di atti favorevoli)*, in *federalismi.it*, 2011, n. 7; A. TRAVI, *Annullamento del provvedimento favorevole e responsabilità dell'amministrazione*, in *Foro it.*, 2011, n. 9, p. 2398. Sempre presso la scienza giuridica, peraltro, in passato è stata negata pure la possibilità di riconoscere una mera indennità da affidamento, cfr. G. MANFREDI, *Le indennità di autotutela*, *Dir. amm.*, 2008, n. 1, p. 190 ss. e Id. *Annullamento d'ufficio, tutela dell'affidamento, indennità*, in *Urb. e app.*, 2007, n. 11, p. 1433 ss.

⁽⁷⁰⁾ Cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, cit., p. 135, secondo cui in giurisprudenza «la violazione del diritto comunitario è trattata come una *super* violazione di legge»; la stessa espressione ricorre in S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico*, cit., p. 1257. Sulla doverosità del potere di annullamento officioso nei casi di illegittimità provvedimentale per violazione del diritto europeo, cfr. G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. Amm.*, 2002, n. 4, p. 689 ss., e in particolare, p. 698 ss.; G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, *Dir. amm.*, 2014, 1-2, p. 246 ss.; F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, *Dir. Amm.*, 2010, n. 2, p. 439 ss. e G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2014, p. 643 ss.; M. SINISI, *La «doverosità» dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, in *Foro Amm.-TAR*, 2007, p. 3265 ss.

⁽⁷¹⁾ Cfr. TAR Cagliari, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 27 e TAR Palermo, sez. II, 28 settembre 2007, n. 2049. In merito, G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, op. cit., p. 242 ss., nel ripercorrere l'andamento degli orientamenti del Consiglio di Stato, evidenzia il tentativo di superare la giurisprudenza sull'annullamento doveroso; secondo l'A., tuttavia, «Il *revirement* del Consiglio di Stato influenza senza dubbio l'ordinamento dei giudici, ma non riesce a trascinare con sé l'intera giurisprudenza amministrativa: anche dopo il 2005, infatti, appaiono alcune (per verità piuttosto isolate) pronunce dei tribunali amministrativi orientate ad ammettere il carattere "doveroso" all'annullamento d'ufficio al ricorrere di specifiche circostanze»; evidenzia il carattere ondivago della giurisprudenza amministrativa in materia anche F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, op. cit. e G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo*, op. cit.

Nell'ordinamento giuridico dell'Unione europea, l'esercizio del potere di ritiro dei provvedimenti illegittimi è stato progressivamente razionalizzato, sia nell'ambito dell'amministrazione europea diretta – in cui sono gli stessi organismi sovranazionali ad agire nel perseguimento dell'interesse europeo – sia nell'ambito dell'amministrazione europea indiretta – in cui gli organismi nazionali agiscono in funzione europea all'interno di procedimenti compositi che coinvolgono anche gli organismi sovranazionali – dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, mediante la rielaborazione dei principi desumibili dagli ordinamenti giuridici degli stati membri ⁽⁷²⁾.

Il giudice europeo definisce il potere di ritiro dei provvedimenti illegittimi ricorrendo spesso al termine di *revoca*; per comodità espositiva, tuttavia, nel prosieguo si preferisce continuare a parlare di *annullamento* ⁽⁷³⁾.

Nell'ambito dell'amministrazione europea diretta, il processo di razionalizzazione del potere di annullamento dei provvedimenti illegittimi è stato completato in appena un lustro, soprattutto per merito delle sentenze *Algera* del 1957, *S.N.U.P.A.T.* e *Gabriel Simon* del 1961 e *Hoogovens* del 1962, con cui la giurisprudenza è intervenuta a delineare un preciso sistema di regole. In base a esso, l'annullamento è un potere a connotazione discrezionale, il cui esercizio postula la ponderazione di un interesse pubblico comunitario e di un interesse privato (*Algera*) ⁽⁷⁴⁾; tale interesse pubblico trova fondamento sul principio di legalità, rimanendo estranea all'elaborazione dei giudici europei l'indagine su un interesse “ulteriore e diverso”, mentre l'interesse privato sul principio di certezza del diritto (*S.N.U.P.A.T.*) ⁽⁷⁵⁾; l'esito della predetta ponderazione non è necessariamente un giudizio di prevalenza, potendo esso risolversi nella

⁽⁷²⁾ Per una rassegna della giurisprudenza europea sul potere di annullamento dei provvedimenti illegittimi, cfr. D-U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2005, p. 35 ss.; G. GRUNER, *L'annullamento d'ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri dall'altro*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Comp.*, 2007, p. 240 ss.; C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2016, p. 1531 ss.; della stessa A. si segnala la recente opera monografica dal titolo *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018.

⁽⁷³⁾ D-U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, op. cit., in cui, in premessa, si sottolinea che «“Il giudice comunitario [...] utilizza quasi sempre il termine di revoca. E questo sia con riguardo a veri e propri provvedimenti di revoca, che con riguardo a provvedimenti che – per il diritto italiano, così come per quello francese e tedesco – andrebbero piuttosto classificati come provvedimenti di annullamento d'ufficio o di mero ritiro”».

⁽⁷⁴⁾ Cfr. C. Giust., sent. 12 luglio 1957, *Dineke Algera, Giacomo Cicconardi, Simone Couturaud, Ignazio Genuardi, Félicie Steichen c. Commissione*, cause riunite C-7/57, 3/57 E 7/57, in cui a esito di una succinta comparazione dei sistemi di regole impiegate negli ordinamenti giuridici dei diversi stati membri, il giudice europeo prendeva atto di ciò «che nei sei Stati membri un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo», e che, tuttavia, se «l'atto amministrativo è invece illegale, il diritto oggettivo di tutti gli Stati membri ammette la possibilità della revoca».

⁽⁷⁵⁾ Cfr. C. Giust., sent. 22 marzo 1961, *Snupat c. Alta Autorità*, C-42/59 e C-49/59, secondo cui «il principio della certezza del diritto, per quanto importante sia, non va applicato in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità. La decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto».

mera modulazione dell'efficacia *ex tunc* o *ex nunc* dell'annullamento (*Gabriel Simon*) ⁽⁷⁶⁾; l'esercizio discrezionale di tale potere deve rimanere assoggettato al vaglio giurisdizionale (*Hoogovens*) ⁽⁷⁷⁾.

Tali statuizioni, di recente, sono divenute oggetto di due tentativi di positivizzazione, avanzati con altrettante risoluzioni del Parlamento europeo e recanti, rispettivamente, una raccomandazione alla Commissione per l'emanazione di un regolamento contenente un vero e proprio codice del procedimento amministrativo europeo, il c.d. codice ReNEUAL (risoluzione del 15 gennaio 2013 (2012/2024 (INL))); e una proposta, indirizzata sempre alla Commissione, per l'adozione di un *Regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente* (risoluzione del 9 giugno 2016 (2016/2610 (RSP))) ⁽⁷⁸⁾.

Soprattutto, per ciò che maggiormente inerisce alla presente trattazione, il summenzionato sistema di regole è stato ripreso dalla giurisprudenza sull'esercizio del potere di annullamento dei provvedimenti illegittimi nell'ambito dell'amministrazione europea indiretta, nonostante le iniziali perplessità suscitate dalla sentenza *Alcan* del 1997 ⁽⁷⁹⁾, poi definitivamente superate con le sentenze *Delena Wells* e *Kühne &*

⁽⁷⁶⁾ Cfr. C. giust., sent. 1° giugno 1961, *Gabriel Simon c. Corte di giustizia*, C-15-60, in cui, a proposito degli effetti correlati all'esercizio del potere di annullamento dei provvedimenti illegittimi, il giudice europeo affermava che «La revoca per illegittimità — anche se in determinati casi, a cagione dei diritti quesiti, non può avere effetto *ex tunc* — ha sempre effetto *ex nunc*». In C. Giust., sent. 12 luglio 1962, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken NV c. Alta Autorità*, C-14/61, tuttavia, la Corte rivedeva parzialmente il proprio precedente orientamento, per rilevare che «nel confrontare gli interessi onde stabilire se la revoca di un provvedimento illegittimo vada effettuata *ex nunc* ovvero *ex tunc*, si deve senza dubbio tener conto della situazione concreta degli amministrati»; lo stesso orientamento sarà confermato, poco tempo dopo, in C. Gius., sent. 9 marzo 1978, *Antoon Herpels c. Commissione*, C-54/77: «se è vero che la revoca “*ex tunc*” d'un atto viziato od errato è generalmente sottoposta a condizioni molto rigorose, ne rimane invece sempre possibile l'abrogazione per il futuro».

⁽⁷⁷⁾ Cfr. C. Giust., sent. 12 luglio 1962, *Koninklijke Nederlandsche Hoogovens en Staalfabrieken NV c. Alta Autorità*, C-14/61, in cui partendo dalla premessa per cui «La tesi dell'Alta Autorità secondo la quale la sentenza SNUPAT le avrebbe riconosciuto poteri discrezionali circa la revoca delle esenzioni con effetto retroattivo risponde al vero, nel senso che la valutazione delle circostanze è stata rimessa all'Alta Autorità», il giudice europeo precisava come ciò non ostasse alla possibilità che «la legittimità della decisione [fosse] assoggettata al controllo giurisdizionale»; e ciò per la ragione che, «il riconoscimento del potere di valutazione dell'Alta Autorità non esclude il sindacato della Corte sulla corretta applicazione, da parte dell'Alta Autorità, del Trattato, delle decisioni di base e dei principi posti dalla sentenza SNUPAT, cioè sulla legittimità della decisione».

⁽⁷⁸⁾ Si tratta di due proposte di regolamento elaborate dal *Research Network on EU Administrative Law (ReNEUAL)*, un gruppo di ricerca composto da professori e ricercatori universitari di diritto amministrativo, pubblico ed europeo, provenienti da diversi stati membri. Sul processo di elaborazione del c.d. codice ReNEUAL e sui successivi tentativi di codificazione cfr. C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, cit.; Id., *EU Administrative Procedures. Presenting and Discussing the ReNEUAL Draft Model Rules*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2014, n. p. 889 ss.; G. DELLA CANANEA, D-U. GALETTA, H.C.H. HOFMANN, J.P. SHNEIDER, J. ZILLER et. al. (a cura di), *Codice ReNEUAL del procedimento amministrativo dell'Unione Europea*, Napoli, 2016; P. L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, 2016, n. 20, in particolare, p. 10 ss.

⁽⁷⁹⁾ Cfr. C. giust., sent. 20 marzo 1997, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH*, C-24/95. In tale sentenza, il giudice europeo attribuiva rilevanza al principio di effettività, ponendolo a presidio del principio di legalità, e contrapponeva l'uno e l'altro al principio di certezza del diritto; era proprio all'esito del bilanciamento di tali principi che essa riconosceva in capo all'amministrazione statale un vero e proprio obbligo di ritiro del provvedimento

Heitz del 2004 e *Kempter* del 2006 ⁽⁸⁰⁾. In tali pronunce, infatti, è stato recisamente escluso che le amministrazioni degli stati membri siano in dovere di ritirare il provvedimento anticomunitario, almeno finché sussista l'esigenza di garantire la tutela del legittimo affidamento e a meno che le discipline statali non prevedano diversamente ⁽⁸¹⁾.

Dell'esigenza di garantire la tutela dell'affidamento, nonostante l'intervenuta costituzionalizzazione dell'interesse al rispetto del diritto comunitario all'art. 117, comma 1, Cost., sintomatica della sua sensibilità, tiene conto anche il nostro legislatore, tutte le volte in cui, a presidio di tale interesse, attribuisce all'amministrazione dei poteri assimilabili, per presupposti e per effetti, all'annullamento d'ufficio ⁽⁸²⁾. A riguardo, sono significative due previsioni del Codice dei contratti pubblici (d.lgs. n. 50 del 2016).

anticomunitario: la Corte, pertanto, non negava, teoricamente, l'esigenza di ponderare l'interesse pubblico e l'affidamento privato; tuttavia, nella pratica, provvedeva essa stessa a tale ponderazione per poi affermare la prevalenza del primo.

⁽⁸⁰⁾ Cfr. C. giust., sent. 7 gennaio 2004, *Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02; sent. 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, C-453/00; sent. 12 febbraio 2008, *Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-2/06.

⁽⁸¹⁾ Cfr. D. DE PRETIS, «Illegittimità comunitaria» dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, n. 7, p. 723 ss., che, nel commentare la sentenza *Kühne & Heitz*, condivisibilmente, sottolinea come «L'idea che, nel caso di contrasto con il diritto comunitario, l'annullamento (o il riesame) dell'atto costituisca ineludibile adempimento dell'obbligo derivante agli Stati membri dall'art. 10 del Trattato è stata sostenuta in dottrina e non è assente nella giurisprudenza nazionale; anche se risulta poi invece più convincente – e ora confermata dalla sentenza in commento – la tesi opposta per cui, così come avviene nel caso di autotutela per contrasto con il diritto interno, il semplice accertamento dell'illegittimità comunitaria non è condizione sufficiente per l'annullamento, essendo necessario che l'amministrazione dia conto anche dell'interesse pubblico concreto alla rimozione dell'atto e della sua prevalenza su altri interessi in gioco, segnatamente su quelli dei soggetti nei quali la stessa amministrazione può avere ingenerato affidamenti». Secondo la stessa A., peraltro, «nemmeno la sussistenza [...] di un vero e proprio obbligo di riesame derivante dal diritto comunitario, snatura, secondo la Corte, il carattere comunque sempre discrezionale dell'attività amministrativa di riesame [...]. La scelta ultima, quindi, spetta pur sempre all'autorità amministrativa nazionale che sarà chiamata a compierla discrezionalmente in applicazione delle regole e dei criteri generali operanti nel sistema statale in materia di riesame degli atti invalidi».

⁽⁸²⁾ Presso la scienza giuridica, la doverosità dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è stata desunta, oltre che dal principio di primazia del diritto europeo (cfr. specificamente M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012, p. 361 ss.), pure dalla valorizzazione di alcuni indici normativi interni al nostro ordinamento giuridico. In particolare, secondo F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, cit., p. 453 ss., tale doverosità sarebbe dovuta discendere dal combinato disposto tra l'art. 16-bis, l. n. 11 del 2005, ora ripresa dall'art. 43, l. n. 234 del 2012 (in cui è previsto che «Al fine di prevenire l'instaurazione delle procedure d'infrazione di cui agli articoli 258 e seguenti del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea o per porre termine alle stesse, le regioni, le province autonome, gli enti territoriali, gli altri enti pubblici e i soggetti equiparati adottano ogni misura necessaria a porre tempestivamente rimedio alle violazioni, loro imputabili, degli obblighi degli Stati nazionali derivanti dalla normativa dell'Unione europea. Essi sono in ogni caso tenuti a dare pronta esecuzione agli obblighi derivanti dalle sentenze rese dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, ai sensi dell'articolo 260, paragrafo 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea») e l'art. 1, comma 136, l. n. 311 del 2004 (che consentiva l'esercizio del potere officioso «al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari») in considerazione di ciò: che la violazione del diritto comunitario può esporre a delle sanzioni pecuniarie. Tuttavia, la previsione da ultimo menzionata è stata recentemente abrogata e il predetto art. 43 è troppo generico e insufficiente a giustificare l'annullamento doveroso, potendosi ripetere con G. GARDINI,

L'art. 108, comma 1, lett. d), prevede che «le stazioni appaltanti *possono* risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia», nel caso in cui «l'appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati, come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea in un procedimento ai sensi dell'articolo 258 TFUE»⁽⁸³⁾. Inoltre, l'art. 176, comma 1, lett. b), per effetto della d.lgs. n. 56 del 2017, prevede che «Fermo restando l'esercizio dei poteri di autotutela, *la concessione può cessare*, in particolare», nel caso in cui «la stazione appaltante ha violato con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea»⁽⁸⁴⁾.

Si può concludere, pertanto, affermando che neppure l'interesse pubblico comunitario può essere considerato necessariamente prevalente sull'interesse privato contrapposto; e ciò, peraltro, pare essere confermato, oltre che dagli indici normativi offerti dal nostro ordinamento giuridico, pure dalle indicazioni fornite dall'ordinamento giuridico europeo e, specificamente, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia⁽⁸⁵⁾.

Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile, cit., p. 261, che esso «non necessariamente riguarda l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ma comprende soluzioni che vanno dall'obbligo per gli enti territoriali di motivare adeguatamente i propri atti, ad una generica sollecitazione ad adottare ogni cautela nelle scelte politiche o nell'adozione di atti normativi (e non necessariamente amministrativi) spettanti a tali enti».

⁽⁸³⁾ Tale disposizione appare ancor più significativa se messa a confronto con il comma secondo dello stesso art. 108, ove, invece, è previsto che, in una serie di casi, «Le stazioni appaltanti *devono* risolvere un contratto pubblico durante il periodo di efficacia dello stesso».

⁽⁸⁴⁾ Non è privo di rilievo, a riguardo, che l'art. 176, comma 1, previgente, negli stessi casi, prevedeva la cessazione automatica della concessione («La concessione cessa quando: [...] la stazione appaltante ha violato con riferimento al procedimento di aggiudicazione, il diritto dell'Unione europea come accertato dalla Corte di Giustizia dell'Unione europea ai sensi dell'articolo 258 del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea»). L'esigenza di correggere tale disposizione era stata segnalata dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato prima nel parere del 28 dicembre 2016, n. 2777, reso sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del nuovo Codice dei contratti pubblici, poi nel parere 30 marzo 2017, n. 782, reso sul decreto correttivo del nuovo Codice dei contratti pubblici; in tale ultimo parere, in particolare, il Collegio osservava che «Secondo le direttive europee, la "risoluzione" per vizi genetici dell'aggiudicazione è □ facoltativa, non doverosa, e questo risulta coerente con l'assetto nazionale dell'autotutela provvedimentale, sempre discrezionale, risultando necessario, oltre al presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento (art. 21-*novies*, della l. n. 241/1990). Sotto tale profilo, mentre l'art. 108, codice □ coerente con le direttive e con il citato art. 21-*novies*, prevedendo una risoluzione facoltativa, l'alinea in rassegna prevede una autotutela doverosa, che sembra dunque costituire un *gold plating* non consentito».

⁽⁸⁵⁾ In merito si può convenire con G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la "forza sovrana" dell'atto amministrativo inoppugnabile*, cit., p. 242 ss., secondo cui, «Nel quadro normativo vigente [...] non è più consentito ricavare dalla (esclusiva) considerazione dell'interesse pubblico primario la doverosità dell'annullamento d'ufficio per violazione del diritto europeo: è senz'altro vero che il vincolo comunitario ex art. 117 Cost. rappresenta un interesse pubblico prevalente e assorbente, ma è altrettanto vero che la regola procedimentale interna (riservata all'autonomia degli Stati) affianca all'interesse pubblico altri elementi necessari di valutazione, come il tempo e l'affidamento dei terzi. La risposta all'interrogativo sulla doverosità

Tali conclusioni consentono di raccogliere le fila del discorso e di ricondurlo sia su un piano generale sia su un piano più specifico. In generale, si può convenire con la giurisprudenza, che definisce doveroso l'annullamento d'ufficio per l'azzeramento, in concreto, della discrezionalità, nei casi in cui l'interesse pubblico viene ritenuto prevalente sull'interesse privato contrapposto. Nello specifico, e con riferimento alla tipologia di casi sinora esaminati, tuttavia, si deve dissentire dai giudici amministrativi, poiché la discrezionalità del predetto potere – a meno di una diversa indicazione legislativa, derogatoria dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241 – non può mai considerarsi azzerata per la mera rilevanza di un interesse pubblico sensibile o preminente, che non può essere ritenuto necessariamente prevalente sull'interesse privato contrapposto.

Se ne desume che l'attenuazione dell'onere motivazionale, riconosciuta in tale casistica giurisprudenziale, è priva di giustificazione logico giuridica e si sostanzia in una violazione dell'art. 3, comma 1, l. n. 241: la ponderazione degli interessi coinvolti, infatti, deve emergere logicamente dalla motivazione sull'esercizio del potere officioso, per non precluderne l'effettiva giustiziabilità.

4.4. I casi in cui l'interesse privato è irrilevante

La seconda tipologia di casi giurisprudenziali di annullamento doveroso, a differenza della prima, sembrerebbe poter trovare fondamento logico-giuridico nell'art. 21-*nonies*: la rilevanza dell'interesse pubblico, infatti, non può non implicare la sua prevalenza, se l'interesse privato contrapposto viene ritenuto irrilevante. È necessario, nondimeno, approfondire i predetti casi, al fine di verificare se, tenuto conto degli indici normativi offerti dall'ordinamento giuridico, l'interesse privato possa propriamente ritenersi irrilevante.

Dalla rassegna giurisprudenziale emerge che l'interesse privato, tipicamente, viene qualificato come irrilevante quando l'affidamento non può considerarsi consolidato o quando è considerato colpevole. Segnatamente, per i giudici amministrativi, l'affidamento deve essere ritenuto: *non consolidato*, qualora sia decorso un breve periodo di tempo tra l'emanazione del provvedimento illegittimo e la sua rimozione

dell'annullamento in autotutela dell'atto antieuropeo, pertanto, non potrà che passare per la considerazione, paritaria e complessiva, di *tutti* questi elementi valutativi».

(⁸⁶); ovvero qualora esso non sia nel frattempo divenuto definitivo (⁸⁷); *colpevole*, qualora l'emanazione del provvedimento illegittimo sia stato conseguito attraverso delle dichiarazioni false o infedeli (⁸⁸).

Le condizioni di rilevanza dell'interesse privato possono essere ricondotte a due diverse tesi, comparse presso la scienza giuridica per giustificare la tutela dell'affidamento legittimo, fondandosi, ora sulla buona fede di diritto oggettivo, manifestazione del principio di correttezza *nei* rapporti giuridici, che preclude la tutela dell'affidamento non consolidato; ora sulla buona fede di diritto soggettivo, manifestazione del principio di certezza *dei* rapporti giuridici, che preclude la tutela dell'affidamento colpevole (⁸⁹).

Nella tesi che valorizza il principio di correttezza nei rapporti giuridici, l'affidamento deriverebbe dal mancato annullamento del provvedimento illegittimo, poiché il rispetto della regola generale della buona fede di diritto oggettivo imporrebbe all'amministrazione o di annullare tempestivamente il predetto provvedimento, per non ingenerare delle aspettative nell'amministrato, ovvero di riconoscere rilevanza

(⁸⁶) Cfr. TAR Roma, sez. II-*quater*, 7 marzo 2017, n. 3204: «quando non si sia ingenerato alcun legittimo affidamento nel destinatario del titolo abilitativo (perché, ad esempio, l'annullamento d'ufficio interviene a breve distanza di tempo dal rilascio del titolo illegittimo), non è necessaria una penetrante motivazione sull'interesse pubblico, né una comparazione di tale interesse con l'interesse privato sacrificato, posto che in tali casi l'interesse pubblico all'annullamento può considerarsi *in re ipsa*»; con la precisazione per cui, «ogni qualvolta la posizione del destinatario di un provvedimento amministrativo si sia consolidata, suscitando un affidamento sulla legittimità del titolo stesso, l'esercizio del potere di autotutela rimane subordinato alla sussistenza di un interesse pubblico, concreto e attuale all'annullamento, diverso da quello al mero ripristino della legalità violata e comunque prevalente sull'interesse del privato alla conservazione del titolo illegittimo»; nello stesso senso pure TAR Catania, sez. IV, 20 gennaio 2017, n. 108.

(⁸⁷) Cfr. TAR Roma, Sez. I-bis, 6 aprile 2017, n. 4324: «La natura giuridica di atto provvisorio ad effetti instabili tipica dell'aggiudicazione provvisoria non consente [...] di applicare nei suoi riguardi la disciplina dettata dagli artt. 21 *quinquies* e 21 *nonies* della legge n. 241/1990 in tema di revoca e annullamento d'ufficio: la revoca dell'aggiudicazione provvisoria (ovvero, la sua mancata conferma) non è, difatti, qualificabile alla stregua di un esercizio del potere di autotutela, sì da richiedere un raffronto tra l'interesse pubblico e quello privato sacrificato. Fino a quando non sia intervenuta l'aggiudicazione definitiva rientra, dunque, nel potere discrezionale dell'amministrazione disporre la revoca del bando di gara e degli atti successivi, laddove sussistano concreti motivi di interesse pubblico tali da rendere inopportuna, o anche solo da sconsigliare, la prosecuzione della gara». Similmente, cfr. TAR Reggio Calabria, sez. I, 10 febbraio 2016, n. 171; TAR Roma, sez. I, 8 giugno 2015, n. 8050. (⁸⁸) Oltre alla sentenza della Ad. plen., 17 ottobre 2017 n. 8, che verrà ripresa a breve, cfr. *ex plurimis* Cons. St., sez. VI, 28 luglio 2016, n. 3403; Cons. St., sez. V, 28 maggio 2012, n. 3150; TAR Napoli, sez. VIII, 23 maggio 2013, n. 2724 TAR Salerno, sez. II, 24 gennaio 2013.

(⁸⁹) La formulazione della teoria sull'affidamento nell'ambito del diritto amministrativo si deve a F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, che, nel fondare l'affidamento sul principio di correttezza, a p. 120 sottolinea che «nell'ordinamento italiano, esistono due concetti positivamente rilevanti di buona fede: il comportarsi *secondo buona fede* e l'essere *in buona fede* sono due cose profondamente diverse che hanno in comune, per un accidente linguistico, una medesima espressione. Si tende pertanto a distinguere una nozione di *buona fede oggettiva* che esprime una regola di condotta, da una *buona fede soggettiva* che si riferisce ad una situazione psicologica di ignoranza o di errore tutelata, in determinati casi, dall'ordinamento giuridico». La contrapposizione tra buona fede oggettiva e soggettiva è stata ripresa da D-U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario: un'analisi comparata*, in *Dir. amm.*, 2008, n. 4, p. 757 ss., e in particolare, p. 762, e F. TRIMARCHI-BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005, n. 4, p. 843 ss., che sottolinea i diversi risvolti pratici derivanti dall'impiego dell'una o dell'altra.

alle aspettative eventualmente ingenerate dall'annullamento non tempestivo ⁽⁹⁰⁾. Nella tesi che valorizza il principio di certezza dei rapporti giuridici, diversamente, l'affidamento dovrebbe essere definito come l'aspettativa derivante dall'emanazione del provvedimento illegittimo, e non dal suo mancato annullamento, posto che la regola della buona fede di diritto soggettivo imporrebbe di riconoscere rilevanza alla condizione psicologica di ignoranza o di errore giustificabile dell'amministrato, ingenerata dall'amministrazione proprio con l'emanazione del predetto provvedimento ⁽⁹¹⁾.

Nelle due tesi, come pare evidente, il tempo trascorso tra l'emanazione del provvedimento illegittimo e il suo successivo annullamento viene ad assumere valore diverso, e ciò non rimane privo di risvolti ⁽⁹²⁾.

Per come prospettate presso la scienza giuridica, infatti, l'opzione per l'una o per l'altra tesi dovrebbe condurre ad affermare, alternativamente, o che il decorso di un lungo lasso di tempo rende l'affidamento rilevante, pur non sussistendo una condizione di ignoranza giustificabile circa l'illegittimità del provvedimento (come esigerebbe l'impiego della buona fede oggettiva) ⁽⁹³⁾; ovvero che, nonostante il decorso di un breve lasso temporale, l'affidamento può essere ritenuto rilevante se sussiste una condizione di ignoranza giustificabile circa l'illegittimità del provvedimento (come esigerebbe l'impiego della buona fede soggettiva) ⁽⁹⁴⁾. Le predette tesi, tuttavia, più o meno consapevolmente, sono state sovrapposte presso la giurisprudenza, per affermare *sia* che, nonostante il decorso di un lungo lasso di

⁽⁹⁰⁾ Cfr. F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, op. cit., p. 145 ss., ove, proprio in merito all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, si rileva che «nel caso di atti amministrativi favorevoli viziati dall'eventuale affidamento, generato nel destinatario dalla prolungata inerzia dell'amministrazione di fronte all'atto viziato, deve essere valutato dall'amministrazione secondo buona fede» (c.a.).

⁽⁹¹⁾ Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., p. 853 ss., ove si osserva che «L'affidamento deve essere considerato oggi non come aspettativa che perduri l'inerzia dell'amministrazione, ma come fiducia nella stabilità del provvedimento: cioè come fiducia nella certezza, salvo sopravvenienze, delle situazioni giuridiche costituite dall'amministrazione. Ma se l'affidamento nasce con l'emanazione del provvedimento e non in seguito ad una condotta dell'amministrazione (l'inerzia) considerata di per sé come sufficiente ad originare l'affidamento stesso, esso deve necessariamente soddisfare il requisito della buona fede soggettiva».

⁽⁹²⁾ In merito, cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, op. cit., p. 853 ss.: «se ciò che origina l'affidamento è il passaggio del tempo (più precisamente la condotta dell'amministrazione che lascia passare il tempo senza assumere iniziative), tutto quello che precede il momento nel quale la condotta dell'amministrazione diviene "inerzia" non ha rilevanza per la configurabilità dell'affidamento; al più le circostanze che riguardano l'emanazione del provvedimento originario e la buona fede del destinatario potranno venire in considerazione nel momento, successivo, nel quale si valutano gli interessi contrapposti e, in questa valutazione, quelle circostanze potranno eventualmente influenzare il peso da attribuire all'interesse del privato». Peraltro, si potrebbe aggiungere, se ciò che origina l'affidamento è il passaggio del tempo dall'emanazione del provvedimento illegittimo, solo il decorso di un lungo periodo può giustificare la sua rilevanza, mentre l'esercizio del potere di annullamento in un breve volgere di tempo renderà superflua la valutazione delle situazioni giuridiche originate dal predetto provvedimento.

⁽⁹³⁾ E, per converso, che il decorso di un breve periodo di tempo rende l'affidamento irrilevante, nonostante la condizione di ignoranza giustificabile.

⁽⁹⁴⁾ E, per converso, che una condizione di ignoranza *non* giustificabile rende l'affidamento irrilevante, nonostante il decorso di un lungo periodo di tempo.

tempo, l'affidamento non può essere ritenuto rilevante se non sussiste una condizione di ignoranza giustificabile (buona fede soggettiva); *sia* che il decorso di un breve lasso di tempo rende l'affidamento irrilevante, pur sussistendo una condizione di ignoranza giustificabile (buona fede oggettiva) ⁽⁹⁵⁾.

Tale sovrapposizione rivela come nella specificazione delle condizioni di rilevanza dell'interesse privato i giudici impieghino le regole della buona fede oggettiva e soggettiva, vale a dire, a tutto detrimento dell'affidamento.

Tuttavia, se può convenirsi sulla valorizzazione della prima regola, che preclude la rilevanza dell'affidamento colposo, trovando essa riscontro anche nelle più recenti scelte legislative, secondo cui le dichiarazioni false o infedeli fanno venir meno persino la presunzione di prevalenza dell'interesse privato, correlata al decorso di un preciso periodo di tempo ⁽⁹⁶⁾; non si può parimenti convenire sulla valorizzazione della seconda regola, trovando essa smentita nelle stesse scelte del legislatore, in cui il decorso temporale viene preso in considerazione per presumere la prevalenza dell'interesse privato e non certo per precluderne la rilevanza ⁽⁹⁷⁾.

L'opzione per la regola della buona fede di diritto soggettivo, peraltro, non soltanto sembrerebbe essere suffragata dall'interpretazione del predetto art. 21-*nonies*. Essa a sua volta, sembrerebbe suggerire una reinterpretazione dello stesso articolo, posto che finirebbe per condizionare: la valutazione del termine ragionevole e l'individuazione del suo *dies a quo* ⁽⁹⁸⁾; la valutazione del termine perentorio di diciotto mesi ⁽⁹⁹⁾; l'individuazione dei presupposti per l'esercizio tardivo del potere officioso, vale a dire, oltre il termine perentorio dei diciotto mesi ⁽¹⁰⁰⁾.

⁽⁹⁵⁾ Sull'irrilevanza dell'affidamento, derivante dal decorso di un breve periodo di tempo tra l'emanazione del provvedimento illegittimo e la sua rimozione, pur in presenza di buona fede, cfr. *supra* nota 13. Sull'irrilevanza dell'affidamento, derivante da mala fede, pur in presenza del decorso di un lungo periodo di tempo, emblematica è la sentenza dell'Adunanza plenaria, 17 ottobre 2017 n. 8, che verrà ripresa a breve.

⁽⁹⁶⁾ Secondo M. SINISI, *La nuova azione amministrativa*, cit., p. 3, «il profilo della buona fede del destinatario dell'atto [...] sembra costituire il *fil rouge* delle disposizioni in tema di autotutela (dall'apprezzamento dell'affidamento legittimo, alla “sanzione” comminata dall'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* per benefici conseguiti sulla base di false rappresentazioni per effetto di condotte costituenti reato)». Similmente, M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche*, cit., p. 9: «la novella del 2015 ha peraltro cercato di operare un opportuno bilanciamento tra le [...] esigenze di certezza degli operatori in buona fede e i fenomeni (purtroppo non infrequenti) di dichiarazioni false o mendaci per effetto di illeciti penali, inserendo nello stesso art. 21-*nonies* il citato co. 2-*bis*, il quale, fatte salve le sanzioni penali e le sanzioni previste dal capo VI del d.P.R. n. 45 del 2000, esclude l'operatività del limite dei diciotto mesi per l'annullamento dei provvedimenti conseguiti in modo fraudolento, “per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato».

⁽⁹⁷⁾ Nello stesso senso, cfr. M.A. SANDULLI, *Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*, op. cit., p. 9, secondo cui: «in uno Stato di diritto, non può non essere tenuta in debito conto la circostanza che il legislatore abbia considerato il tempo solo come limite al potere di annullamento e non come elemento da considerare in *malam partem* per l'operatore».

⁽⁹⁸⁾ Cfr. *supra* § 1, nota 17.

⁽⁹⁹⁾ Cfr. *supra* § 1, nota 24.

⁽¹⁰⁰⁾ Cfr. *supra* § 1.1., nota 35.

Non è privo di importanza poi che pure presso la giurisprudenza della Corte di giustizia europea la tutela dell'affidamento sia stata fondata sulla buona fede di diritto soggettivo, manifestazione del principio di certezza del diritto ⁽¹⁰¹⁾.

Presso la giurisprudenza amministrativa, di recente, tale regola è stata impiegata nella sentenza resa dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, in cui si è preso atto del venir meno della «esigenza di tutelare l'affidamento di chi abbia ottenuto un titolo edilizio – anche in sanatoria – rappresentando elementi non veritieri, e ciò anche qualora intercorra un considerevole lasso di tempo fra l'abuso e l'intervento repressivo dell'amministrazione» ⁽¹⁰²⁾. Pervenendosi poi alla conclusione per cui: «l'oggettiva falsità della prospettazione dei fatti rilevanti e la sua incidenza ai fini dell'adozione dell'atto illegittimo non consentiranno di configurare una posizione di affidamento legittimo e consentiranno all'amministrazione di limitare l'onere motivazionale alla dedotta falsità, non sussistendo un interesse privato meritevole di tutela da porre in comparazione con quello pubblico (comunque sussistente) al ripristino della legalità violata» ⁽¹⁰³⁾.

Le conclusioni a cui perviene il Consiglio di Stato restituiscono una differenza fondamentale tra la casistica dell'annullamento doveroso derivante dalla rilevanza di un interesse pubblico sensibile o preminente e quella, qui in considerazione, derivante dalla irrilevanza dell'interesse privato contrapposto. I giudici amministrativi, infatti, ritengono che l'onere motivazionale sull'esercizio del potere di

⁽¹⁰¹⁾ Sull'affidamento come manifestazione del principio di certezza del diritto, fondata sulla buona fede in senso soggettivo cfr. S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005, Id. *Recenti conferme della Corte di giustizia circa la ricostruzione di un principio fondamentale di tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2002, p. 1130; D-U. GALETTA, *La tutela dell'affidamento nella prospettiva del diritto amministrativo italiano, tedesco e comunitario*, cit., p. 783, ove si rileva che: «Così come nel diritto tedesco, anche nella giurisprudenza dei tribunali comunitari il principio di tutela dell'affidamento è desunto dal principio di certezza del diritto. E i due principi sono parimenti autonomi, l'uno dall'altro: sicché li si può trovare richiamati congiuntamente, ovvero anche disgiuntamente».

⁽¹⁰²⁾ Il ragionamento del Consiglio di Stato pone premessa nella considerazione secondo cui non è possibile «affermare [...] la sussistenza di un affidamento legittimo e incolpevole al mantenimento dello *status quo ante* in capo al soggetto il quale abbia determinato, attraverso la non veritiera prospettazione delle circostanze rilevanti, l'adozione di un atto illegittimo a lui favorevole», non deponendo «in favore del maturare di uno stato di affidamento incolpevole» neppure «il contegno negligente ed erroneo dell'amministrazione la quale non abbia tempestivamente rilevato l'oggettiva falsità delle circostanze rappresentate».

⁽¹⁰³⁾ Conclusione, invero, anticipata nella risposta al terzo quesito, in cui il Consiglio di Stato osservava: «che l'onere motivazionale richiesto all'amministrazione in sede di adozione dell'atto di ritiro risulterà altresì agevolato nelle ipotesi in cui la non veritiera prospettazione dei fatti rilevanti da parte del soggetto interessato abbia sortito un rilievo determinante per l'adozione dell'atto illegittimo. Se infatti è vero in via generale che il potere della P.A. di annullare in via di autotutela un atto amministrativo illegittimo incontra un limite generale nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'iniziale adozione dell'atto (i quali plasmano il conseguente obbligo motivazionale), è parimenti vero che le medesime esigenze di tutela non possono dirsi sussistenti qualora il contegno del privato abbia consapevolmente determinato una situazione di affidamento non legittimo. In tali casi l'amministrazione potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato, in capo al quale non sarà configurabile una posizione di affidamento legittimo da valutare in relazione al concomitante interesse pubblico».

annullamento d'ufficio, nella prima tipologia di casi, rimanga attenuato sia sul versante dell'interesse pubblico che sul versante dell'interesse privato; mentre nella seconda tipologia di casi, rimanga attenuato solo sul versante dell'interesse pubblico, che, essendo identificato con l'interesse alla legalità, è immediatamente desumibile dall'allegazione dell'illegittimità provvedimentoale. Sul versante dell'interesse privato, diversamente, essi esigono una motivazione da cui emergano le ragioni della irrilevanza dell'affidamento, in maniera tale che possa essere garantita la giustiziabilità del predetto potere ⁽¹⁰⁴⁾.

Ferme restando le considerazioni precedentemente effettuate circa le condizioni di rilevanza dell'affidamento, in definitiva, si può affermare che la giurisprudenza sull'annullamento doveroso, nei casi di irrilevanza dell'interesse privato, può trovare fondamento giuridico nello stesso art. 21-*nonies*, l. n. 241, posto che, in tali casi, la rilevanza dell'interesse pubblico non può non implicare, di per sé, pure la sua prevalenza.

5. Il “*dovere di annullare*” i provvedimenti illegittimi nella giurisprudenza amministrativa

Circoscritti i casi in cui il potere di annullamento d'ufficio può ritenersi in concreto vincolato nell'*an* e in cui, correlativamente, si può prospettare un “annullamento doveroso” per l'azzeramento della discrezionalità, occorre specificare se a tali casi corrisponda per l'amministrazione pure un “dovere di annullamento” su domanda dell'amministrato. Ciò impone di verificare, in primo luogo, se possa configurarsi un dovere di avviare e di concludere il procedimento di annullamento d'ufficio, vale a dire, se sussista “*un dovere di provvedere in senso formale*”; in secondo luogo, se si possa prefigurare un dovere di concludere tale procedimento officioso con un provvedimento di annullamento, vale a dire, se sussista un “*dovere di provvedere in senso sostanziale*” ⁽¹⁰⁵⁾.

⁽¹⁰⁴⁾ *Contra*, N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa*, cit., p. 14, secondo cui, «se è vero che nel caso di malafede del destinatario del provvedimento da annullare non sia da considerare il di lui interesse privato alla stabilità del titolo, a voler esser rigorosi, resta comunque valido quanto stabilito dalla norma in relazione agli altri elementi, dunque: [...] affinché si configuri la possibilità di procedere all'annullamento, è comunque necessario sussista un interesse pubblico diverso da quello al mero ripristino della legalità, il quale deve essere debitamente “spiegato” nella motivazione finale (la quale si configura, così, quale espressione necessaria dei principi di imparzialità e di trasparenza, quale strumento per legittimare l'esercizio del potere agli occhi della collettività)». Tale interpretazione, tuttavia, sembrerebbe dare per scontato che le «ragioni di interesse pubblico» di cui all'art. 21-*nonies*, debbano necessariamente essere individuate in un interesse diverso e ulteriore dalla mera legalità; mentre la vaghezza del dettato legislativo sembrerebbe non precludere l'identificazione di tali ragioni pure nel mero interesse alla legalità. Inoltre, come si tenterà di sottolineare nel prosieguo (cfr. *infra* § 4.2.), l'elaborazione della scienza giuridica sull'interesse pubblico ulteriore e diverso può essere spiegata proprio dall'esigenza di garantire la sua ponderazione con l'interesse privato contrapposto; il venir meno di tale esigenza, di conseguenza, dovrebbe rendere sufficiente l'interesse alla legalità, desumibile dall'allegazione dell'illegittimità provvedimentoale.

⁽¹⁰⁵⁾ Si riprende la tesi di A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, cit., p. 107, che individua tre versioni del dovere di provvedere, il “dovere di iniziare il procedimento”, il “dovere di concludere il procedimento”, il “dovere di provvedere in senso sostanziale”; e rappresenta i primi due doveri come parte dell'unico “*dovere di provvedere in senso formale*”, contrapposto al “*dovere di provvedere in senso sostanziale*”: «Il dovere di

Con un'espressione apparentemente ossimorica si parlerà di *dovere di procedere e provvedere d'ufficio su domanda dell'amministrato*, nel convincimento che il riconoscimento di un dovere di tal tipo non trasformerebbe il potere di annullamento officioso dell'amministrazione in un potere a istanza di parte, poiché esso, pure dinanzi a una domanda, sarebbe sempre esercitato per il soddisfacimento dell'interesse pubblico ⁽¹⁰⁶⁾.

5.1. Il dovere di provvedere “in senso formale”

Presso la dottrina il problema del dovere dell'amministrazione di annullare d'ufficio su domanda dell'amministrato, viene correntemente affrontato circoscrivendo il campo dell'indagine al dovere di provvedere in senso formale (al dovere di avviare e di concludere il procedimento di annullamento d'ufficio) più che in senso sostanziale (al dovere di concludere il procedimento officioso con un provvedimento di annullamento). Secondo tale dottrina, infatti, dall'immanenza del vincolo finalistico del predetto potere conseguirebbe ciò: che ogni volta in cui dovesse essere prospettata l'esigenza di soddisfare l'interesse pubblico che funzionalizza l'esercizio dello stesso, l'amministrazione dovrebbe essere tenuta ad avviare il procedimento officioso e, correlativamente, a concluderlo con un provvedimento, che potrebbe poi essere di annullamento ovvero di conferma del provvedimento illegittimo. Lo stesso dovere verrebbe in rilievo pure dinanzi alle domande di riesame avanzate dagli amministrati, che possano lamentare un pregiudizio derivante dal provvedimento illegittimo, a cui,

provvedere sostanziale è fattore giuridico del provvedimento e determina l'esercizio del potere. Il dovere di agire prepara l'uso del potere e riguarda l'attività funzionale. È fattore giuridico dell'atto conclusivo, che si specifica nelle due figure [...] di rifiuto del procedimento e di rifiuto del provvedimento. Il dovere di agire, così, “concorre” all'esercizio del potere. Si annette al dovere sostanziale di provvedere, nel senso che integra l'esercizio di ogni potere amministrativo, ne prefigura l'esercizio, preparando alcuni effetti preliminari; e poi anticipandone la chiusura, se il procedimento non debba essere iniziato, se il provvedimento venga rifiutato. Potrebbe, allora, delinearci il rapporto tra le diverse specie di potere, dicendo che il dovere di agire, di considerare l'istanza e di rispondere rappresenta un unico dovere: il dovere di provvedere in senso formale. Esso è dovere che ha rilevanza generale e che precede il dovere sostanziale. In fondo, il dovere sostanziale di provvedere è, interamente, funzionalizzato all'interesse pubblico».

⁽¹⁰⁶⁾ Nello stesso senso, M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in *federalismi.it*, 2018, n. 8, secondo cui: «mentre nei procedimenti a istanza di parte la doverosità dell'azione amministrativa si trasforma in una obbligatorietà nei confronti di qualcuno (l'istante), nei procedimenti d'ufficio il dovere nei confronti dell'ordinamento (o dell'interesse pubblico) non si trasforma mai in un obbligo verso qualcuno». S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *federalismi.it*, 2016, n. 16., che «non intende supportare una ricostruzione volta a trasformare un potere tipicamente ad iniziativa d'ufficio in un potere ad istanza di parte e ciò perché, decorso il termine per l'impugnazione giurisdizionale, la situazione giuridica del privato si trasforma divenendo astrattamente coincidente con altri interessi (pubblici e privati) e resta invece in tutta la sua pienezza il dovere dell'amministrazione di esercitare un potere per risolvere un conflitto attuale e/o potenziale»; secondo la stessa A., peraltro, «attesa la natura officiosa del potere, l'interesse dell'istante non si configura come pretesa qualificata, ma resta di carattere oppositivo rispetto agli effetti di un provvedimento che si ritiene lesivo della propria sfera giuridica». A differenza dell'A. da ultimo richiamata, tuttavia, si ritiene che il riconoscimento di una pretesa qualificata in capo al domandante, non modificherebbe la natura d'ufficio del potere (cfr. *infra* nota 114).

pertanto, dovrebbe essere riconosciuta la titolarità di un interesse legittimo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio ⁽¹⁰⁷⁾.

L'elaborazione scientifica segnalata contesta apertamente la giurisprudenza maggioritaria, che ritiene inammissibili i ricorsi presentati ex art. 117, d.lgs. n. 104 del 2010, (Codice del processo amministrativo, nel prosieguo c.p.a.), avverso il silenzio serbato dall'amministrazione sulle domande di riesame dei provvedimenti illegittimi, avanzate dagli amministrati a seguito dell'intervenuta inoppugnabilità degli stessi ⁽¹⁰⁸⁾. Per i giudici amministrativi, infatti, il rito sul silenzio sarebbe esperibile soltanto laddove venga in rilievo una previsione impositiva di un obbligo di provvedere su *istanza*. Poiché, però, una previsione di tal tipo non è rinvenibile né all'interno dell'art. 21-*nomies*, l. n. 241 del 1990, né altrove, la domanda di riesame dei provvedimenti illegittimi dell'amministrato configurerebbe una mera *denuncia* sollecitatoria, come tale, inidonea a far sorgere il predetto obbligo in capo all'amministrazione ⁽¹⁰⁹⁾.

⁽¹⁰⁷⁾ Cfr. M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un "fossile vivente" nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, op. cit.; della stessa A. si segnala il recente lavoro monografico, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2017; D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio: riflessioni sui recenti sviluppi dottrinari e giurisprudenziali fra diritto interno e diritto comunitario*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Com.*, 2009, p. 537 ss; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, op. cit. Tale dottrina trova riscontro nell'autorevole opinione di F. LEDDA, *Il rifiuto del provvedimento amministrativo*, Torino, 1964, p. 128, che sottolineava come «da facoltà di scelta discrezionale (...) non riguarda mai l'agere in se stesso (anche l'apprezzamento discrezionale è un'operazione dovuta)», posto che, «se così non fosse, lo stesso scopo del riconoscimento di una facoltà di determinazione discrezionale verrebbe ad essere frustrato, poiché, restando l'amministrazione inerte, verrebbe a mancare proprio quella valutazione di interessi cui questa facoltà è preordinata».

⁽¹⁰⁸⁾ Ai ricorsi avverso il silenzio sulla domanda di esercizio del potere di annullamento d'ufficio (cfr. nota seguente) la giurisprudenza parifica, al fine di dichiararne l'inammissibilità, i ricorsi avverso il diniego espresso di esercitare il medesimo potere; cfr. TAR Bari, sez. I, 25 maggio 2017, n. 522 «Il diniego di autotutela, laddove [...] non contenga alcuna nuova valutazione degli interessi coinvolti, costituisce un atto meramente confermativo, privo di autonoma portata lesiva, per il quale manca pertanto, un interesse a contestarlo»

⁽¹⁰⁹⁾ Cfr., di recente, Cons. St. sez. IV, 9 gennaio 2017, n. 20, ove si rinvia alla massima secondo cui «non sussiste alcun obbligo per l'Amministrazione di pronunciarsi su un'istanza volta a ottenere un provvedimento in via di autotutela, non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto ex art. 117 CPA - D.Lgs. n. 104/2010». [Ciò] appare altresì coerente con l'impostazione secondo cui il rito del silenzio è esperibile soltanto laddove ci si trovi al cospetto di una disposizione puntuale impositiva di un obbligo di provvedere, ovvero laddove quest'ultimo sia univocamente ricavabile dal sistema giuridico [...]; in nessun caso è utile a tali fini il "sollecito" all'esercizio dei generici ed immanenti poteri di autotutela»; similmente Cons. St., sez. V, n. 5821 del 2015 e 25 luglio 2014, n. 3964. Tra le sentenze dei giudici di primo grado TAR Bologna, sez. I, 2 novembre 2017, n. 704; TAR Bari, sez. I, 25 maggio 2017, n. 522; TAR Napoli, sez. VI, 18 aprile 2017, n. 2101; TAR Catania, sez. III, 19 dicembre 2016, n. 3299, ove si rinviene la seguente argomentazione: «Costituisce orientamento giurisprudenziale consolidato, dal quale non vi è motivo di discostarsi nel caso di specie, quello in forza del quale non sussiste in capo all'Amministrazione alcun obbligo giuridico di pronunciarsi in maniera esplicita su una "diffida -messa in mora" diretta essenzialmente a ottenere provvedimenti in via di autotutela, "non essendo coercibile dall'esterno l'attivazione del procedimento di riesame della legittimità dell'atto amministrativo mediante l'istituto del silenzio-rifiuto e lo strumento di tutela offerto (oggi dall'art. 117 c. p. a.) [...] Il giudizio sul silenzio è diretto ad accertare se il comportamento silenzioso tenuto violi l'obbligo dell'amministrazione di adottare un provvedimento esplicito sull'istanza del privato, titolare di una posizione qualificata che ne legittimi l'istanza, mentre le istanze dei privati

Il ragionamento invalso presso la giurisprudenza maggioritaria, sul piano teorico-sistematico, poggia sulla valorizzazione della bipartizione tra “*procedimenti a iniziativa di parte*” e “*procedimenti a iniziativa d'ufficio*” e, correlativamente, della simmetrica contrapposizione tra le “istanze”, condizione necessaria per l'esercizio del potere amministrativo, e le “denunce”, condizione non necessaria per l'esercizio del potere amministrativo⁽¹¹⁰⁾. Sul piano positivo, invece, poggia sull'art. 2, comma 1, della legge sul procedimento amministrativo, in cui la predetta bipartizione trova recepimento, prevedendosi che «ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad una istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, la pubblica amministrazione ha il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso»⁽¹¹¹⁾.

Nelle argomentazioni che la dottrina impiega per contestare gli orientamenti dei giudici amministrativi, spesso, la contrapposizione tra istanze e denunce viene presa di mira, sia sul piano teorico⁽¹¹²⁾; sia sul piano positivo⁽¹¹³⁾. Non mancano, però, gli argomenti per tentare di superare le obiezioni giurisprudenziali alla configurabilità di un obbligo di provvedere sulle domande di riesame, tenendo ferma la predetta sistemazione.

volte a sollecitare l'esercizio del potere di autotutela da parte della p.a. hanno una funzione di mera denuncia o sollecitazione e non creano in capo alla medesima amministrazione alcun obbligo di provvedere, non dando luogo a formazione di silenzio inadempimento in caso di mancata definizione dell'istanza».

⁽¹¹⁰⁾ Sulla differenza tra le istanze e le denunce, cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Denuncia (voce) e Istanze alla pubblica amministrazione (voce)* entrambi in S. CASSESE (a cura di), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, pp. 1784 ss. e 3284 ss.; e tra i lavori monografici, cfr. A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005 e, recentemente, G. MANNUCCI, *La tutela del terzo nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Rimini, 2016, p. 332 ss. La differenza tra istanze e denunce viene efficacemente sintetizzata, altresì, in M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande inammissibili o manifestamente infondate*, in *Dir. amm.*, 2010.

⁽¹¹¹⁾ Su tale disposizione, *ex plurimis*, cfr. A. TRAVI, *Commento all'art. 2*, in Id. (a cura di), *Nuove norme in materia di procedimento amministrativo e di diritto di accesso ai documenti amministrativi*, in *Le nuove leggi civ. comm.*, 1995, 8 ss. e, più di recente, N. PAOLANTONIO, *Art. 2, Parte II*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, cit., p. 301 ss.

⁽¹¹²⁾ M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio*, cit., p. 11 ss. ove rimarca criticamente la sovrapposizione tra legittimazione procedimentale e legittimazione processuale, che sarebbe sottesa al ragionamento giurisprudenziale, per sottolineare che la doverosità dell'*agere* amministrativo desumibile dall'art. 2, comma 1, primo alinea, l. n. 241 del 1990, dovrebbe essere ritenuto sufficiente a fondare un interesse legittimo all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio in capo all'amministrato e, correlativamente, un obbligo (*rectius*: un dovere) di provvedere in capo all'amministrazione.

⁽¹¹³⁾ S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, cit., p. 4, ove sembrerebbe prospettarsi la possibilità di fondare l'obbligo di provvedere sulle denunce di riesame sull'art. 2, comma 1, l. n. 241 del 1990, per come riformulato dalla l. n. 190 del 2012, introduttivo del secondo alinea, ove si prevede che «Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo». Secondo l'A., «Se, infatti, la formulazione antecedente alla legge anticorruzione (l. n. 190/2012) non consentiva di configurare la sussistenza di un obbligo di provvedere in capo alla p.a., considerata la natura ufficiosa e ampiamente discrezionale del potere di riesame, l'odierna rilevanza attribuita a qualunque istanza, quand'anche inammissibile o infondata, onde far sorgere l'obbligo di risposta del soggetto pubblico, ha reso l'iniziale linea di pensiero non più così pacifica».

Tale sistemazione, infatti, è stata puntellata per opera di quegli studiosi che, approfondendo il rapporto dicotomico tra istanza e denuncia, ritengono di poter distinguere ulteriormente tra “*denunce semplici*”, dalle quali, per le ragioni sopra esposte, non originerebbe alcun obbligo di provvedere, e “*denunce qualificate*”, alle quali dovrebbero essere riconosciuti gli stessi effetti delle istanze e da cui, pertanto, trarrebbe origine un obbligo di provvedere ⁽¹¹⁴⁾. In merito, due sono le tesi principali prospettate: secondo la tesi più restrittiva, le denunce sarebbero qualificate quando la legge, oltre a prevedere che un procedimento venga avviato d’ufficio, contempra altresì la possibilità, per chi ne sia interessato, di presentare delle denunce per sollecitare l’avvio d’ufficio del procedimento ⁽¹¹⁵⁾; secondo la tesi più estensiva, invece, le denunce sarebbero tali, quando il denunciante sia titolare di una situazione giuridica soggettiva protetta dall’ordinamento giuridico, e non necessariamente da una precisa disposizione di legge, e quindi, quando la denuncia sia proposta da chi è titolare di un interesse specifico e differenziato all’esercizio del potere ⁽¹¹⁶⁾. Tanto nell’una quanto nell’altra tesi il *discrimen* tra denunce semplici e qualificate e, quindi, tra obbligo e non-obbligo di provvedere, viene sempre rinvenuto nella legittimazione del denunciante e, correlativamente, nella meritevolezza di tutela degli interessi di cui questi sono portatori ⁽¹¹⁷⁾.

Ebbene, le obiezioni giurisprudenziali alla configurabilità di un obbligo di provvedere sulle denunce di riesame, avanzate da chi possa lamentare un pregiudizio derivante dal mancato esercizio del potere officioso sul provvedimento illegittimo, potrebbero essere superate proprio speculando scientificamente sulle predette tesi. E infatti, rispetto a quella più restrittiva, per cui la legittimazione del denunciante dovrebbe essere prevista in una specifica disposizione di legge, si potrebbe valorizzare il tenore letterale dell’art. 21-*nonies*, che, prevedendo di doversi «tenere conto» degli interessi dei «controinteressati» all’esercizio del potere di annullamento d’ufficio, oltre agli «interessi dei destinatari», sembrerebbe ritenere meritevole di tutela l’interesse (non di fatto, ma legittimo) di coloro i quali domandano la rimozione del

⁽¹¹⁴⁾ Un obbligo di tal tipo, peraltro, non trasforma la natura officiosa del procedimento, poiché la denuncia rimarrebbe un atto di sollecitazione del potere d’ufficio. Cfr. i rilievi di N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro Amm.*, 2015, p. 2682: «in alcuni casi, i giudici e la dottrina hanno ravvisato la sussistenza di un dovere di provvedere (e prima ancora, quindi, di procedere) della p.a., a fronte d’un atto di sollecitazione dei poteri di ufficio: ciò è successo al ricorrere delle denunce qualificate, in corrispondenza delle quali, s’è detto, il privato vanta un interesse legittimo vero e proprio (situazione giuridica qualificata) che fa sorgere, in capo all’amministrazione, il previo dovere di procedere».

⁽¹¹⁵⁾ Cfr. L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005, p. 141 ss.; in cui trova ulteriore sviluppo la tesi prospettata in Id, *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Dir. amm.*, 2002, p. 717 ss., ove si contrappongono le denunce «contemplate dal legislatore» alle denunce «non previste da norme di legge».

⁽¹¹⁶⁾ Cfr. A. SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004, p. 153 ss. in cui si contrappone la denuncia che sia proposta «da parte di chi è titolare di un interesse specifico e differenziato all’esercizio del potere» alla denuncia proposta da chi è portatore «di un interesse non meritevole di tutela, ovvero un mero interesse indifferenziato».

⁽¹¹⁷⁾ Cfr. M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento*, cit., p. 135.

provvedimento illegittimo, oltre all'affidamento legittimo di coloro i quali, all'opposto, pretendono il mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive originate da tale provvedimento ⁽¹¹⁸⁾. Rispetto alla tesi più estensiva, per cui la legittimazione del denunciante potrebbe essere desunta in generale dall'ordinamento giuridico, invece, potrebbe essere sufficiente mettere in relazione la lettera dell'art. 21-*nonies* predetto, che di per sé è sintomatica della differenziabilità dell'interesse specifico del denunciante, agli orientamenti degli stessi giudici amministrativi, che, pur negando l'obbligo di provvedere dinanzi alle domande di riesame avanzate a seguito dell'intervenuta inoppugnabilità del provvedimento illegittimo, per la non meritevolezza di tutela dell'interesse di mero fatto sotteso alle stesse, tendono ad affermare tale obbligo dinanzi alle domande avanzate prima della decorrenza dei termini per l'impugnazione giurisdizionale, finendo di fatto per riconoscere tutela a un interesse legittimo ⁽¹¹⁹⁾.

Gli orientamenti per ultimo menzionati svelano l'intrinseca contraddittorietà della giurisprudenza riportata e rivelano che la ragione per la quale viene negata la configurabilità giuridica dell'obbligo dell'amministrazione di provvedere sulle denunce di riesame degli amministrati risiede, non tanto nella carente legittimazione procedimentale (e, conseguentemente, processuale, ex art. 117 c.p.a.) del denunciante, quanto nell'esigenza di evitare l'aggiramento del termine di impugnazione dei provvedimenti illegittimi, che – sempre secondo i giudici amministrativi – si realizzerebbe mediante il ricorso al rito del silenzio ⁽¹²⁰⁾.

⁽¹¹⁸⁾ Similmente, cfr. S. D'ANCONA, *Interesse pubblico discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio*, cit., p. 548, «va considerato che dall'uso della terminologia nell'ambito dell'art. 21-*nonies*, sembrerebbe che il legislatore voglia cedere alle suggestioni dell'annullamento ad istanza di parte ritenendo accettabile l'ipotesi sopra tracciata. Ed invero, non ci si può infatti esimere dal notare che, secondo una pacifica interpretazione dei termini giuridici, “controinteressato” non è un soggetto titolare di un semplice vantaggio di fatto, bensì titolare di una posizione giuridica “qualificata”». In altri termini, con riferimento alla lettera dell'art. 21-*nonies*, si potrebbe ripetere con P. STELLA-RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento amministrativo*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1981, n. 1, p. 20, che «La distinzione, che si va qui delineando, tra le due posizioni fondamentali che può assumere l'interesse del privato nei confronti del procedimento amministrativo, è dunque tra la posizione di difesa dello *status quo*, cioè dell'assetto giuridico attuale, e quella invece di aspettativa di una innovazione che può scaturire solamente da un nuovo provvedimento dell'amministrazione».

⁽¹¹⁹⁾ Similmente, cfr. M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio*, cit., p. 17; secondo l'A., «non vi è dubbio, infatti, che chi chiede l'annullamento d'ufficio di un atto che lo danneggia sia titolare di un interesse legittimo. Ciò è confermato dalla stessa giurisprudenza la quale, nonostante affermi che il cittadino non può pretendere una risposta sulla sua istanza di annullamento d'ufficio, da tempo riconosce, contraddittoriamente, che il diniego espresso e motivato di annullamento d'ufficio si confronta invece con l'interesse legittimo pretensivo del richiedente il quale è, dunque, ritenuto certamente legittimato all'impugnazione di tale scelta. Simile impostazione denuncia la consapevolezza, da parte dei giudici amministrativi, che una posizione soggettiva differenziata e qualificata in realtà esiste a fronte del potere di annullamento d'ufficio (visto che esso, come è noto, è idoneo a causare un pregiudizio o un vantaggio concreto e attuale)». *Contra*, N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso (anche alla luce del parere del Consiglio di Stato, comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del Codice dei contratti)*, in *federalismi.it*, 2017, n. 5, p. 9.

⁽¹²⁰⁾ In merito, è particolarmente significativa è la massima riportata in Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2017, n. 2751: «Ora, è ben noto che qualificata giurisprudenza ha evidenziato che la preclusione del ricorso al silenzio rifiuto onde

Neppure l'obiezione inerente all'inoppugnabilità pare, però, irresistibile, posto che all'impugnazione del provvedimento illegittimo e del mancato esercizio del potere officioso sono sottese pretese completamente diverse ⁽¹²¹⁾: in un caso, infatti, si chiede l'accertamento dell'illegittimità provvedimentale e, conseguentemente, l'annullamento; nell'altro caso, si chiede l'accertamento dei presupposti per l'annullamento d'ufficio, presupposti che non si esauriscono nella mera illegittimità provvedimentale, inerendo, altresì, alla rilevanza dell'interesse pubblico e alla sua prevalenza sugli interessi privati contrapposti ⁽¹²²⁾.

Nel nostro ordinamento giuridico, pertanto, nulla pare ostare alla configurazione, in capo all'amministrazione, di un dovere di avviare il procedimento di annullamento d'ufficio su denuncia dell'amministrato. Non rimane che verificare se possa essere pure prefigurato un dovere di concludere tale procedimento officioso con un provvedimento di annullamento; ciò che interroga l'effettiva azionabilità dell'interesse legittimo del denunciante.

5.2. Il dovere di provvedere “in senso sostanziale”

Se si tiene fermo che la doverosità è un connotato tipico pure del potere di annullamento d'ufficio e che essa discende dalla sua funzionalizzazione legislativa, deve affermarsi che tutte le volte in cui l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo sia rilevante e prevalente sull'interesse privato al mantenimento dello stesso, il predetto potere debba essere esercitato pure su denuncia dell'amministrato. Senonché, nelle argomentazioni impiegate dalla giurisprudenza all'interno delle sentenze inerenti alle denunce di riesame, tale funzionalizzazione legislativa sembrerebbe essere negata, posto che la valutazione sull'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio viene riservata al merito amministrativo ⁽¹²³⁾.

ottenere l'intervento dell'Amministrazione in autotutela rinviene, tra l'altro, la propria *ratio* nell'esigenza di evitare l'aggiornamento della regola del termine decadenziale di impugnazione dell'atto amministrativo. Il vietato *escamotage* postula, in particolare, una sequenza procedimentale in cui sussista un provvedimento inoppugnato e inoppugnabile e si instauri una procedura del silenzio rifiuto allo scopo di provocare l'adozione di un nuovo provvedimento di riesame, il quale, assorbendo o sostituendo il precedente, riconosca all'interessato il bene della vita dapprima denegato ovvero lo rimetta in termini per tutelarsi giurisdizionalmente avverso la reiterata pronuncia sfavorevole». Nello stesso senso cfr. giurisprudenza segnalata *supra* in nota 109.

⁽¹²¹⁾ Sul concetto di inoppugnabilità, sono sempre attuali le riflessioni di P. STELLA-RICHTER, *L'inoppugnabilità*, Milano, 1970.

⁽¹²²⁾ Diversa è, correlativamente, la situazione giuridica di cui il ricorrente pretende tutela: nel primo caso, l'interesse legittimo (o il diritto soggettivo) compromesso dall'esercizio del potere amministrativo di primo grado; nel secondo caso, l'interesse legittimo compromesso dall'esercizio del potere amministrativo di secondo grado. E ciò nonostante, almeno tipicamente, l'interesse materiale sotteso alla situazione giuridica di cui il ricorrente pretende tutela, nell'uno e nell'altro caso, sia il medesimo.

⁽¹²³⁾ Cfr. Cons. St. sez. IV, 9 gennaio 2017, n. 20, ove si rinvia alla massima secondo cui «il riesame di legittimità di un provvedimento amministrativo ai fini del suo annullamento in via di autotutela implica l'esercizio di una potestà discrezionale *rimessa alla più ampia valutazione di merito dell'Amministrazione, circa la sussistenza delle “ragioni di interesse pubblico”*» (c.a.). La stessa massima si rinviene, altresì, in Cons. St., sez. V, 26 maggio 2015, n. 2611 e Con. St., sez.

In tali sentenze, il potere officioso viene a perdere la connotazione tipica della doverosità, per assumere la parvenza di ciò che, senza nessuna remora, viene definita facoltà ⁽¹²⁴⁾; talché il *dovere di annullamento* finisce per essere escluso persino nei casi in cui – almeno nella prospettiva degli stessi giudici amministrativi – la discrezionalità del predetto potere dovrebbe essere ritenuta azzerata, vale a dire, nei casi di *annullamento doveroso* precedentemente descritti ⁽¹²⁵⁾.

V, 25 luglio 2014, n. 3964 e, tra i giudizi di primo grado, in TAR Bologna, sez. I, 2 novembre 2017, n. 704; TAR Bari, sez. I, 25 maggio 2017, n. 522; similmente cfr. inoltre Cons. Stato, sez. IV, 2 febbraio 2017, n. 611; TAR Napoli, sez. VI, 18 aprile 2017, n. 2101; TAR Catania, sez. III, 19 dicembre 2016, n. 3299. Cfr. A. CIOFFI, *L'interesse pubblico nell'azione amministrativa*, in *Dir. Amm.*, 2015, n. 4, p. 806, che spiega gli orientamenti giurisprudenziali sull'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio, ripercorrendo il processo di oggettivizzazione della causa di tale potere: «nell'annullamento d'ufficio l'interesse pubblico non aveva una identità autonoma e forse nemmeno esisteva un'idea di causa in senso oggettivo, dacché tutto era implicito nella soggettività dell'amministrazione. Tuttavia, presto la causa sarebbe emersa ad opera della giurisprudenza della prima metà del secolo scorso. Difatti, a giustificare l'annullamento, accanto all'esistenza di un vizio di legittimità, il Consiglio di Stato imponeva un'altra condizione: l'interesse pubblico. Lo identificava in una "particolare ragione" e lo assumeva come condizione di validità dell'annullamento d'ufficio. Infine, lo definiva in questa formula: "interesse concreto e immediato dell'amministrazione". Ovvero, la "causa propria" dell'annullamento. Soprattutto, la dottrina intuiva l'essenziale: quell'interesse doveva essere un interesse "diverso" dal vizio di legittimità». E ancora Id. A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio e libertà economiche*, cit., ove si rileva come il predetto processo di oggettivizzazione non si sia realmente compiuto, essendo rimasto l'interesse pubblico nella disponibilità dell'amministrazione: «l'interesse pubblico assume il valore di fattore trascendente. A veder la cosa in termini soggettivi, è un *quid* dell'amministrazione: nel senso che è, sì, un termine oggettivato, ma resta un qualcosa che è nella "disponibilità giuridica" dell'amministrazione. Finisce per rispecchiare il fine istituzionale dell'ente, ma resta qualcosa di intimamente connesso all'amministrazione, per un profilo finale di opportunità e di risultato, secondo una formula folgorante: l'interesse pubblico è ciò che sia utile all'amministrazione».

⁽¹²⁴⁾ Cfr. TAR Bari, sez. I, 25 maggio 2017, n. 522 «la potestà di intervenire in via di autotutela su provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili è rimessa dal legislatore alla più ampia valutazione di merito dell'amministrazione che li ha emanati, all'esito della verifica in ordine all'attualità dell'interesse pubblico sotteso all'annullamento, nonché alla sua preminenza rispetto ai contrapposti interessi privati. L'esercizio del potere di annullamento ex art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990 costituisce, in altri termini, una facoltà della pubblica amministrazione che ha emanato il provvedimento e non può mai derogare al principio di decadenza dell'impugnazione»; alla stessa massima si rinvia in TAR Roma, sez. I-ter, 6 settembre 2016, n. 9563. Cfr. altresì Cons. St., sez. IV, 7 giugno 2017, n. 2751, Cons. St., sez. IV, 13 febbraio 2017, n. 611 e TAR Roma, sez. I-bis, 20 gennaio 2016, 589, ove si sottolinea la differenza tra l'annullamento "facoltativo" ex art. 21-*nonies* e l'annullamento doveroso ex art. 19, comma 4, l. n. 241. Presso la scienza giuridica, l'alterazione del potere di annullare d'ufficio viene paventata in G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, n. 1, p. 327 ss., che a sostegno della tesi prospettata, secondo cui «non si può escludere a priori che istanze siffatte servano a evidenziare situazioni in cui in concreto l'amministrazione ha il potere (e, quindi, il potere-dovere o, se si preferisce, il potere di esercizio doveroso) di provvedere ad annullare un proprio provvedimento, sussistendovi i presupposti individuati dall'art. 21-*nonies* della legge n. 241: e, di conserva, che i soggetti interessati (che non sono necessariamente coincidenti con gli istanti) possono censurare le determinazioni con cui la pubblica amministrazione decide di non procedere in tal senso», sottolinea che, «Opinando diversamente, si dovrebbe ritenere che il potere in parola si risolva in una qualche sorta di mera facoltà: il che però cozzerebbe contro la segnalata doverosità dell'azione amministrativa».

⁽¹²⁵⁾ A riguardo, particolarmente significative sono le argomentazioni impiegate in TAR Salerno, sez. I, 19 ottobre 2016, n. 2294, «Ne consegue che la tesi attorea, secondo la quale l'interesse pubblico all'annullamento dell'atto illegittimo dovrebbe considerarsi, in *subiecta materia, in re ipsa*, non può essere – in linea generale e con specifico riferimento alla vicenda oggetto di giudizio – condivisa, dovendo esso comunque costituire oggetto di un autonomo accertamento e valutazione da parte dell'amministrazione, quale elemento costitutivo ulteriore, rispetto alla mera illegittimità dell'atto ed alla ragionevolezza del tempo trascorso, della fattispecie legittimante l'esercizio

Il difetto di funzionalizzazione del potere di annullamento d'ufficio può essere spiegato in ragione della genericità della formula legislativa di «ragioni di interesse pubblico», di cui all'art. 21-*nonies*, che i giudici legano all'identificazione di un imprecisato interesse, concreto e attuale, diverso e ulteriore dalla mera legalità ⁽¹²⁶⁾.

Si comprende, pertanto, perché l'unico tentativo di riconoscere il dovere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi su denuncia di riesame, presso la stessa giurisprudenza, sia stato accompagnato dallo sforzo di sottrarre alla valutazione di merito le ragioni di interesse pubblico, per il tramite della sua identificazione con l'interesse al ripristino della legalità, immediatamente desumibile dall'allegazione dell'illegittimità provvedimentoale ⁽¹²⁷⁾. Si fa riferimento a una sentenza assai significativa e, tuttavia, rimasta del tutto priva di seguito, in cui un giudice di primo grado, nell'accogliere il ricorso avverso il diniego che era stato opposto alla denuncia di riesame di un provvedimento illegittimo divenuto inoppugnabile, perveniva ad affermare tale dovere, valorizzando – tramite di un'interpretazione evolutiva dell'art. 21-*nonies* – la rilevanza dell'interesse pubblico alla legalità, a fronte dell'irrilevanza dell'interesse privato contrapposto ⁽¹²⁸⁾.

del potere di autotutela»; e TAR Firenze, sez. I, 27 giugno 2016, n. 1107, «Neppure si versa, del resto, in alcuna delle fattispecie cui la ricorrente riconduce l'obbligo dell'amministrazione di intervenire in autotutela, e che, a ben vedere, si atteggiano piuttosto a ipotesi nelle quali la giurisprudenza ha ritenuto sussistente *in re ipsa* l'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio, senza con ciò significarne la doverosità (la sussistenza di una sorta di presunzione di interesse pubblico all'annullamento si riflette sull'ampiezza degli oneri motivazionali gravanti sull'amministrazione, riducendola). Questo non toglie che l'iniziativa dell'autotutela, a monte, rimane il frutto di una scelta discrezionale non coercibile».

⁽¹²⁶⁾ La difettosa funzionalizzazione legislativa del potere di annullamento d'ufficio, peraltro, interroga la stessa nozione di discrezionalità, che si risolve nella ponderazione di un interesse pubblico primario, *quello per il quale è attribuito il potere dal legislatore*; proprio con la funzionalizzazione del potere pubblico, infatti, si compie la divaricazione concettuale tra discrezionalità e libertà, come evidenziato da B. G. MATTARELLA, *Discrezionalità amministrativa*, cit., p. 1993 ss., secondo cui «Il potere amministrativo è discrezionale e non è libero perché, nel compimento della scelta, l'amministrazione deve perseguire l'interesse pubblico indicato dalla norma o desumibile dall'attribuzione dell'amministrazione e dalla competenza dell'ufficio». La difettosa funzionalizzazione dell'annullamento d'ufficio, correlativamente, revoca in dubbio la stessa legittimazione all'esercizio del potere officioso, che, in quanto pubblico, deve trovare un fondamento di tipo oggettivo, a differenza del potere privato, il quale si fonda su formule legittimative di tipo soggettivo: cfr. A. ROMANO TASSONE, *A proposito del potere, pubblico e privato, e della sua legittimazione*, in *Dir. amm.*, 2013, n. 4, p. 565 ss., e in particolare, p. 573, in cui si rileva che «Potere “privato” e potere “pubblico” vanno [...] distinti, dal punto di vista della pretesa legittimativa, proprio per questo: perché il primo viene posto al servizio della persona del titolare, di cui è destinato a realizzare i valori (per preventivo libero accordo tra le parti in ordine alla costituzione del rapporto autoritario, ovvero per “naturali” superiori qualità del detentore rispetto al soggetto passivo), sicché esso risulta legittimato in chiave pienamente soggettiva, mentre il secondo è funzionalizzato rispetto a valori che sono in effetti estranei al soggetto che riceve l'investitura, soggetto la portata legittimativa della cui “competenza” non si estende dunque fino a garantire copertura generale al flusso di decisioni da esso emanate».

⁽¹²⁷⁾ TRGA Trento, 16 dicembre 2009, n. 305; tra i tanti commenti alla sentenza cfr., in particolare, A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso*, in *Foro Amm.-TAR*, 2010, p. 810 ss., e G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, cit.

⁽¹²⁸⁾ Il ragionamento del TRGA Trento, 16 dicembre 2009, n. 305 poneva premessa in un'interpretazione inedita dell'art. 21-*nonies*, in base a cui, «appare dubbio che la norma in questione abbia confermato la necessità di un concorrente interesse

Nell'impianto argomentativo impiegato dal giudice, in particolare, l'enunciazione del dovere di esercitare il potere di annullamento officioso derivava dalla constatazione dell'azzeramento della discrezionalità⁽¹²⁹⁾. Esito di un *modus operandi* che, seppure insolito nelle sentenze pronunciate sulle denunce di riesame dei provvedimenti illegittimi, è tutt'altro che estraneo alla logica del nostro ordinamento giuridico, come pare potersi evincere, tra gli altri, dall'art. 30, comma 2, ultimo alinea, c.p.a., che prevede il risarcimento del danno in forma specifica e, per tale via, la possibilità di condannare l'amministrazione a un *facere* provvedimento, pure rispetto all'esercizio di un potere discrezionale⁽¹³⁰⁾; e dall'art. 31, comma 3, c.p.a., ove è previsto che «Il giudice può pronunciare sulla fondatezza della pretesa dedotta in giudizio solo quando si tratta di attività vincolata o quando risulta che non residuano ulteriori margini di esercizio della discrezionalità e non sono necessari adempimenti istruttori che debbano essere compiuti dall'amministrazione»⁽¹³¹⁾.

Tali argomentazioni suffragano l'opinione di una parte della dottrina che, nel sottrarre l'identificazione delle ragioni di interesse pubblico alla valutazione di merito, tende a correlare un dovere generalizzato di

pubblico attuale ad annullare, quale presupposto dell'autotutela in stretta connessione con il dovere di ripristino della legalità violata, come predicato dal costante indirizzo del Consiglio di Stato: l'esercizio del potere trova, infatti, il limite positivamente tracciato dal "ragionevole" termine di adozione della relativa statuizione, il che induce ad affermare che, fermo il rispetto del relativo termine, il ripristino della legalità non subisca alcuna preclusione di tale natura»; e si concludeva nella constatazione per cui «alla solitaria posizione dell'odierno controinteressato, da tempo esposto al rischio di un intervento repressivo» e, proprio perché tale, non meritevole di tutela, «si contrappongono congiuntamente sia l'interesse al ripristino della legalità violata sia quello della ricorrente, il cui affidamento in una tempestiva sanzione da parte del Comune rafforza dunque l'interesse pubblico a disporre l'annullamento in via di autotutela, sicché dal loro stretto connubio si costituisce – ragionevole essendo il tempo dell'intervento del quale era stato dato tempestivo avviso – un indeclinabile obbligo di darvi corso» (c.a.).

⁽¹²⁹⁾ Nella stessa argomentazione impiegata dal TRGA trentino si parla di "azzeramento della discrezionalità" e del dovere di annullare un provvedimento illegittimo il cui mantenimento in vigore risulterebbe, altrimenti, "semplicemente insopportabile", secondo una definizione che il giudice amministrativo prende in prestito dall'elaborazione della giuspubblicistica tedesca; ne deriva la conclusione per cui: «In tali peculiari vicende, la graduazione degli interessi pubblici e privati coinvolti può dunque autorizzare la conclusione che la preminente soglia da riconoscersi a taluno di essi, pubblici o privati che siano, possa così incisivamente astringere l'esercizio della discrezionalità, riducendo la potestà pur in astratto prevista ad un mero obbligo, del tutto analogamente a quanto ricorre in un tratto d'attività amministrativa strettamente vincolata».

⁽¹³⁰⁾ Cfr. altresì l'art. 34, comma 1, lett. c), c.p.a. Sull'azione di condanna ad un *facere*, recentemente A. CARBONE, *L'azione di condanna ad un facere. Riflessioni sul processo amministrativo fondato sulla pluralità delle azioni*, in *Dir. Proc. Amm.*, 2018, n. 1, p. 175 ss.

⁽¹³¹⁾ Cfr. G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, cit., p. 327 ss., in cui si sottolinea che «l'idea della consumazione e dell'elisione in concreto della discrezionalità, su cui si basa l'*iter* argomentativo della sentenza annotata, è in circolazione ormai da tempo anche nel nostro ordinamento [...]. Ora, non è dato comprendere perché l'elisione della discrezionalità non dovrebbe verificarsi anche in ordine al potere di annullamento d'ufficio»; come si è tentato di sottolineare, tuttavia, è verosimile che nella giurisprudenza maggioritaria ciò non si verifichi proprio in ragione della riserva di merito sull'identificazione dell'interesse pubblico all'esercizio del potere officioso. *Contra*, A. CASSATELLA, *Una nuova ipotesi di annullamento doveroso?*, cit., p. 828 ss., in cui non si nasconde un certo scetticismo rispetto all'intervenuto azzeramento della discrezionalità e alla riconducibilità del caso di specie al novero dei casi in cui, in linea con la giurisprudenza tedesca, la perdurante efficacia del provvedimento illegittimo apparirebbe "semplicemente insopportabile".

annullamento d'ufficio alla sua funzionalizzazione all'interesse alla legalità. In ragione di tale funzionalizzazione, infatti, un provvedimento illegittimo dovrebbe essere rimosso pure se divenuto inoppugnabile, a meno che non si motivi puntualmente sulla prevalenza dell'interesse privato o di un contro-interesse pubblico al mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive, originate da tale provvedimento ⁽¹³²⁾.

La rilevanza di un contro-interesse pubblico, in tale prospettiva, sarebbe infatti giustificabile in ragione dello stesso principio di certezza del diritto, che fonda l'affidamento del privato; principio che, del resto, è implicito pure nelle regole che governano l'inoppugnabilità provvedimentoale per la decorrenza dei termini di ricorso ⁽¹³³⁾.

Le precedenti considerazioni suggeriscono che la riserva di merito amministrativo sull'interesse pubblico all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio rischia di vanificare il tentativo di riconoscere la legittimazione procedimentale di chi, portatore di un interesse specifico e differenziato, avanzi delle denunce in cui si prospetti l'esigenza di soddisfare l'interesse pubblico a cui è funzionalizzato l'esercizio del potere officioso ⁽¹³⁴⁾. Pure se si riconoscesse una legittimazione di tal tipo, infatti, la predetta riserva precluderebbe l'effettiva azionabilità dell'interesse legittimo del denunciante, posto che, in primo luogo, impedirebbe di distinguere le denunce che renderebbero doveroso l'avvio del procedimento officioso, perché non si potrebbe stabilire se all'interno di esse sia o meno prospettata la rilevanza dell'interesse pubblico che funzionalizza l'esercizio del potere ⁽¹³⁵⁾. In secondo luogo, non permetterebbe di stabilire

⁽¹³²⁾ Sulla valorizzazione dell'interesse pubblico alla legalità come condizione necessaria alla configurazione di un generalizzato dovere di annullamento d'ufficio, cfr. C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessione su una figura ancipite*, in *Foro amm. – C.d.S.*, 2012, n. 11, p. 2969 ss.: «Per giungere alla doverosità dell'annullamento, infatti, dei quattro fattori generalmente riconosciuti, di cui all'art. 21-*nonies*, in realtà se ne elide uno: l'interesse pubblico attuale e concreto ulteriore rispetto al ripristino della legalità violata. Più precisamente, il primo ed il secondo (illegittimità ed interesse pubblico) vengono fusi insieme, fino a costituirne uno solo. A ben vedere, cioè, l'unico presupposto positivo per procedere all'autoannullamento si dovrebbe rinvenire nella sola illegittimità dell'atto: esattamente come se il provvedimento venisse impugnato in sede giurisdizionale».

⁽¹³³⁾ In merito, cfr. A. TRAVI, *Lezioni di giustizia amministrativa*, Torino, 2014, p. 249, secondo cui «La previsione di un termine decadenziale, di durata limitata, riflette l'esigenza di certezza delle situazioni giuridiche, per l'amministrazione e per i cittadini interessati che possono aver prestato affidamento nel provvedimento in questione. Le ragioni della tutela del cittadino, leso in un suo interesse legittimo da un provvedimento amministrativo, devono così conciliarsi con quelle generali e di garanzia di terzi».

⁽¹³⁴⁾ La correlazione tra specificazione dell'interesse pubblico che funzionalizza il potere di annullamento d'ufficio e tutela dell'interesse privato al suo esercizio, trova spiegazione, su un piano più generale, se si tiene presente che, come efficientemente sottolineato da P. STELLA-RICHTER, *L'aspettativa di provvedimento amministrativo*, cit., p. 22: «l'aspettativa di provvedimento risulterà tanto più tutelata, per quanto più ristretto risulterà il margine di discrezionalità, in senso proprio, riconosciuto all'Amministrazione delle norme attributive e disciplinatrici del potere; e viceversa la tutela verrà a ridursi progressivamente nel caso che la legge allarghi gli spazi dell'impropriamente detto agire libero dell'Amministrazione».

⁽¹³⁵⁾ La prospettazione della rilevanza, in concreto, dell'interesse pubblico all'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, infatti, rappresenterebbe una condizione di ammissibilità della denuncia; in mancanza essa dovrebbe essere ritenuta inammissibile. In tal senso cfr. M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di*

se sulla denuncia si debba eventualmente provvedere con l'annullamento, talché il procedimento officioso, pure nei casi di irrilevanza dell'affidamento del privato, potrebbe concludersi con un provvedimento in cui si adduca insindacabilmente l'irrilevanza dell'interesse pubblico all'esercizio del predetto potere ⁽¹³⁶⁾.

Viene in rilievo il duplice e diverso ruolo che, presso la scienza giuridica maggioritaria sul potere di annullamento d'ufficio, assume l'elaborazione sull'interesse pubblico diverso e ulteriore dalla mera legalità: esso, per un verso, permette la tutela dell'affidamento legittimo, dovendo tale interesse essere specificato, nella sua attualità e concretezza, in vista della sua ponderazione con l'interesse privato contrapposto; per altro verso, però, preclude la tutela del contro-interesse privato, come interesse legittimo azionabile ⁽¹³⁷⁾.

5.3. Il dovere di annullare i provvedimenti illegittimi nella giurisprudenza comunitaria

Discrezionalità e doverosità sembrerebbero trovare una composizione peculiare all'interno dell'ordinamento giuridico europeo ⁽¹³⁸⁾.

annullamento d'ufficio, cit. p. 11, «i procedimenti ufficiosi sono avviati dall'amministrazione ogni qual volta si verifichi in concreto un'esigenza di cura dell'interesse pubblico: la denuncia o segnalazione ha dunque una mera "efficacia attualizzante" di un dovere che già esiste in capo all'amministrazione e non muta i caratteri del potere e la sua intrinseca doverosità nell'interesse generale»; e S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, cit., p. 9, «Si può per questa via affermare l'esistenza di un dovere di attivarsi da parte del soggetto pubblico a fronte di una istanza di autotutela, a prescindere dalla sua natura – istanza vera e propria, denuncia qualificata, sollecitazione – allorché sia possibile anche solo ipotizzare l'esistenza di un interesse pubblico concreto da soddisfare. [...] In sostanza, ferma restando la natura discrezionale ed officiosa del potere di autotutela, si può giungere ad affermare la doverosità della deliberazione dell'istanza laddove si verifichi la sussistenza dell'interesse pubblico di cui è portatrice l'amministrazione a intervenire per riequilibrare gli interessi pregiudicati, anche solo in via potenziale, dal comportamento amministrativo».

⁽¹³⁶⁾ Cfr. M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio*, cit., p. 21, in cui si sottolinea che le valutazioni dell'amministrazione nell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio «sono sindacabili solo nei limiti dell'eccesso di potere»; di maniera tale che «l'intrinseco della scelta discrezionale dell'amministrazione (ossia l'eventuale diniego di annullamento d'ufficio giustificato sotto il profilo della sussistenza dell'interesse pubblico) non verrà comunque sindacato».

⁽¹³⁷⁾ cfr. S. D'ANCONA, *Interesse pubblico, discrezionalità amministrativa e istanza di parte nell'annullamento d'ufficio*, cit., p. 539, secondo cui «Nella giurisprudenza e nella dottrina maggioritaria l'interesse pubblico è stato da sempre posto a "presupposto" fondamentale dell'annullamento d'ufficio ricoprendo, da una parte, un ruolo di garanzia a tutela dei privati destinatari del provvedimento di riesame e attribuendo, dall'altra parte, un ampio margine di discrezionalità alla Pubblica Amministrazione nella decisione se annullare o meno un provvedimento illegittimo dalla stessa precedentemente adottato».

⁽¹³⁸⁾ Sulla composizione tra discrezionalità e doverosità del potere di annullamento dei provvedimenti illegittimi per anticomunitarietà, cfr. B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 2007, p. 1253 ss. e, tra la bibliografia riportata *supra* § 3.3., cfr. C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, cit.; P.L. PORTARLURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, cit.

Nei paragrafi precedenti si è detto che, *nell'ambito della amministrazione europea diretta*, il potere di annullamento dei provvedimenti illegittimi è stato razionalizzato, per opera delle sentenze rese dalla Corte di giustizia europea sui casi *Algera, S.N.U.P.A.T., Gabriel Simon e Hoogovens*, come un potere discrezionale, il cui esercizio postula la ponderazione di un interesse pubblico-comunitario, fondato sul principio di legalità, e di un interesse privato, fondato sul principio di certezza del diritto. Si è pure detto che, così come razionalizzato dai giudici, tale potere è stato oggetto di due successivi tentativi di positivizzazione da parte del Parlamento europeo, esperiti con altrettante risoluzioni dirette alla Commissione: la prima del 15 gennaio 2013 (2012/2024 (INL), recante raccomandazioni per l'emanazione del c.d. codice ReNEUAL; la seconda del 9 giugno 2016 (2016/2610 (RSP)), recante proposta di adozione del *Regolamento per un'amministrazione dell'Unione europea aperta, efficace e indipendente* ⁽¹³⁹⁾.

Nel testo della proposta parlamentare di regolamento, i presupposti per l'esercizio del predetto potere sono stati diversificati a seconda dell'effetto sfavorevole ovvero favorevole che il ritiro dei provvedimenti illegittimi potrebbe arrecare all'interesse del privato, destinatario del provvedimento illegittimo. In particolare, ai sensi dell'art. 23, rubricato *Rettifica o revoca di atti amministrativi pregiudizievoli ad una parte*, è stato previsto che «L'autorità competente rettifica o revoca, di sua iniziativa o su richiesta della parte interessata, un atto amministrativo illegittimo che rechi pregiudizio ad una parte» e che «La rettifica o la revoca ha effetto retroattivo» (par. 1); con l'ulteriore precisazione per cui «Qualora un atto amministrativo sia pregiudizievole ad una parte e al tempo stesso vantaggioso per altre parti, viene redatta una valutazione del suo possibile impatto su tutte le parti e le conclusioni di tale valutazione sono incluse nella motivazione della rettifica o della revoca» (par. 4). Ai sensi dell'art. 24, rubricato *Rettifica o revoca di atti amministrativi vantaggiosi per una parte*, similmente, è stato previsto che «L'autorità competente rettifica o revoca, di sua iniziativa o su richiesta di un'altra parte, l'atto amministrativo illegittimo vantaggioso per una parte» (par. 1), che «Si tiene in debito conto delle conseguenze della rettifica o della revoca per le parti che potevano legittimamente aspettarsi che l'atto fosse legittimo. Nel caso in cui queste parti, per aver fatto affidamento sulla legittimità della decisione, dovessero sostenere delle perdite, l'autorità competente valuta se tali parti abbiano diritto a un risarcimento» (par. 2), e che «La rettifica o la revoca ha effetto retroattivo soltanto se effettuata entro un periodo di tempo ragionevole. Se una parte poteva legittimamente aspettarsi che l'atto fosse legittimo e ha sostenuto che esso doveva essere mantenuto, la rettifica o la revoca non ha effetto retroattivo nei confronti di tale parte» (par. 3) ⁽¹⁴⁰⁾.

⁽¹³⁹⁾ V. *supra* § 3.3.

⁽¹⁴⁰⁾ Il testo degli artt. 23 e 24 della proposta di regolamento 9 giugno 2016 (2016/2610 (RSP)) è ripreso da C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, cit., p. 1565, nota n. 126; mentre il testo degli artt. III-35 e III-36 della proposta di regolamento 15 gennaio 2013 (2012/2024 (INL), recante il c.d. codice

Nella proposta parlamentare, pertanto, il potere di annullamento rimane discrezionale, posto che l'interesse pubblico-comunitario alla legalità dev'essere ponderato con l'interesse contrapposto dei privati; tuttavia, al suo interno si prevede, al contempo, che l'amministrazione «revoca» e non che «può revocare» – come, peraltro, era stato previsto all'interno del c.d. Codice ReNEUAL – un provvedimento illegittimo. Ne deriverebbe, per la stessa, non soltanto l'obbligo di avviare il procedimento di annullamento, pure su «richiesta della parte interessata» o «di un'altra parte»; ma un vero e proprio obbligo di provvedere all'annullamento, nei casi di azzeramento della discrezionalità ⁽¹⁴¹⁾.

Ciò troverebbe conferma, peraltro, nel *Considerando n. 37* della stessa proposta regolamentare, ove l'annullamento dei provvedimenti illegittimi viene configurato, propriamente, come «obbligo» per l'amministrazione, pur rimanendo ferma l'esigenza di garantire tutela all'affidamento legittimo dell'amministrato. Per il Parlamento europeo, infatti, «Il principio di legalità, in quanto corollario dello Stato di diritto, impone all'amministrazione dell'Unione l'obbligo di rettificare o revocare gli atti amministrativi illegittimi. Tuttavia, considerando che la rettifica o la revoca di un atto amministrativo potrebbe essere in contrasto con la tutela dell'affidamento e il principio della certezza del diritto, l'amministrazione dell'Unione dovrebbe valutare in modo accurato e imparziale gli effetti della rettifica o della revoca sulle altre parti e includere le conclusioni di tale valutazione nella motivazione della rettifica o della revoca» ⁽¹⁴²⁾.

ReNEUAL, è reperibile in P. L. PORTARLURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.*, cit., p. 11, nota 1.

⁽¹⁴¹⁾ Cfr. art. III-35, *Rettifica e ritiro di decisioni aventi effetti sfavorevoli*, e III-36, *Rettifica e ritiro di decisioni aventi effetti favorevoli*, del Codice ReNEUAL, in cui si ripete l'espressione «L'autorità pubblica può rettificare o ritirare una decisione amministrativa illegittima». Tanto l'art. III-35 che l'art. III-36, peraltro, si chiudono con la precisazione per cui, la «revoca» dei provvedimenti «costituisce un procedimento amministrativo, così come definito all'articolo I-4(2)»; previsione che, a sua volta, stabilisce che deve essere considerato tale «il processo tramite il quale una pubblica autorità prepara e formula l'azione amministrativa il cui esito è una decisione» e ciò, secondo alcuni A., consentirebbe di desumere già dal testo del predetto Codice un obbligo di riesame dei provvedimenti illegittimi. Cfr. C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, cit., p. 1560: «In questo modo l'esercizio del potere di autotutela diviene integralmente giuridicizzato e inalveato nell'azione amministrativa proceduralizzata: deve dunque terminare necessariamente con un provvedimento. Inoltre, è regolato dai principi generali del giusto procedimento e del diritto a una buona amministrazione ed è altresì assistito dalle garanzie di partecipazione racchiuse nelle altre disposizioni del codice»; e P. L. PORTARLURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.*, cit., p. 13: «Ne deriva, se non ci s'inganna, la piena riconduzione a diritto dell'autotutela, soggetta alle regole del diritto procedimentale, fra le quali quella dell'obbligo di procedere e provvedere: un chiaro passo in avanti in direzione della doverosità dell'autotutela, quantomeno con riguardo all'esigibilità dell'obbligo appena detto».

⁽¹⁴²⁾ Cfr. C. NAPOLITANO, *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, cit., p. 1568, che dal combinato disposto tra il *Considerando n. 37* e il *Considerando n. 41*, secondo cui «Il principio della tutela del legittimo affidamento deriva dallo Stato di diritto ed implica che le azioni degli organismi pubblici non dovrebbero interferire con i diritti acquisiti e le situazioni giuridiche finali, a meno che ciò sia assolutamente necessario nel pubblico interesse. Le aspettative legittime dovrebbero essere tenute nel debito conto quando un atto amministrativo sia rettificato o revocato», desume che: «Il principio di legittimo affidamento [...] non prevale di per sé sul potere di revoca – che, come s'è visto, è un vero e proprio obbligo – ma si traduce in un dovere motivazionale rafforzato per

La medesima composizione tra discrezionalità e doverosità, *mutatis mutandis*, sembrerebbe desumibile pure dalla giurisprudenza della Corte di giustizia resa *nell'ambito dell'amministrazione europea indiretta*.

Nella sentenza *Alcan*, il giudice europeo, pur confermando, in generale – e nel rispetto del principio di autonomia procedurale – la compatibilità con l'ordinamento giuridico comunitario delle legislazioni statali, che connotano discrezionalmente il potere di annullamento dei provvedimenti illegittimi, finisce per affermare, nel caso di specie – e in applicazione del principio di leale collaborazione e di effettività – un vero e proprio obbligo all'esercizio di tale potere, scaturente dalla constatata irrilevanza dell'affidamento del privato e dalla conseguente prevalenza dell'interesse comunitario alla legalità ⁽¹⁴³⁾.

Nelle sentenze *Delena Wells* e *Kühne & Heitz*, la Corte afferma, in generale, un obbligo di avviare il procedimento di annullamento ⁽¹⁴⁴⁾.

l'Amministrazione che intenda stabilire la legalità comunitaria violata con l'atto illegittimo: ferma restando l'ammissibilità di correttivi ulteriori quali la monetizzazione del pregiudizio o, ancora, l'irretroattività degli effetti del ritiro nei confronti di chi aveva legittimamente confidato sulla legittimità dell'atto ritirando».

⁽¹⁴³⁾ C. giust., sent. 20 marzo 1997, *Land Rheinland-Pfalz c. Alcan Deutschland GmbH*, C-24/95, in cui il giudice europeo, dalla constatazione per cui, «sebbene non contrasti con l'ordinamento giuridico comunitario una legislazione nazionale che garantisce la tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto in materia di ripetizione, si deve tuttavia rilevare che, tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 93 del Trattato, le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista dal menzionato articolo»; posto che, «Un operatore economico diligente [...] deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata», traeva la conclusione che «l'autorità nazionale competente è tenuta, in forza del diritto comunitario, a revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva con cui la Commissione dichiara l'incompatibilità dell'aiuto e ne ordina il recupero, anche quando abbia lasciato scadere il termine a tal fine previsto dal diritto nazionale a tutela della certezza del diritto». Come precedentemente avvertito (v. *supra* § 3.3.), tale sentenza potrebbe far pensare alla prefigurazione di un generale obbligo alla rimozione del provvedimento anticomunitario in capo alle amministrazioni statali; tuttavia, è maggiormente in linea con le argomentazioni impiegate dalla Corte di giustizia, che si premura di far salva la «tutela del legittimo affidamento», ritenere che tale obbligo fosse stato affermato, nel caso specifico, a seguito della constatata irrilevanza dell'affidamento legittimo, per l'asserita conoscibilità dell'illegittimità provvedimentoale (v. *supra* nota 78).

⁽¹⁴⁴⁾ Cfr. C. giust., sent. 7 gennaio 2004, *Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, e C. giust., sent. 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, C-453/00, in cui l'obbligo di riesame veniva affermato rispetto a un provvedimento illegittimo, divenuto definitivo per effetto del giudicato. All'interno di tale ultima sentenza, la Corte, premesso che «la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario» e che «il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza», per cui «il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia, in linea di principio, obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquisito tale carattere definitivo», subordinava il predetto obbligo al ricorrere di alcune condizioni: (i) che si «disponga secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione»; (ii) che «la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza»; (iii) che «tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE [art. 267 TFUE]»; (iv) che «l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza». Su tale ultima condizione, peraltro, il giudice europeo sarebbe successivamente intervenuto con sentenza 12 febbraio 2008, *Willy Kempter KG c. Hauptzollamt Hamburg-Jonas*, C-

Pure nelle ultime due sentenze menzionate, però, il principio di autonomia procedurale trova, per così dire, correzione nel principio di leale collaborazione e di effettività, di maniera tale che, oltre all'obbligo di riesame, potrebbe prefigurarsi un obbligo di annullamento, nei casi specifici di azzeramento della discrezionalità⁽¹⁴⁵⁾.

Le precedenti considerazioni suggeriscono che, per come razionalizzato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia e dal Parlamento, sia nell'ambito dell'amministrazione europea diretta, che nell'ambito dell'amministrazione europea indiretta, l'annullamento dei provvedimenti illegittimi potrebbe essere definito come un potere discrezionale a esercizio doveroso⁽¹⁴⁶⁾. Infatti, nei casi in cui l'interesse del privato al mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive fosse ritenuto irrilevante, l'esigenza di soddisfare l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento illegittimo, renderebbe obbligatorio

2/06, per precisare che «il diritto comunitario non impone alcun termine preciso per la presentazione di una domanda di riesame. Di conseguenza la quarta condizione menzionata dalla Corte nella sua sentenza *Kühne & Heitz*, citata, non può essere interpretata come obbligo di presentare la domanda di riesame di cui trattasi entro un certo e preciso lasso di tempo dopo che il richiedente sia venuto a conoscenza della giurisprudenza della Corte su cui la domanda stessa si fondava»; e che, nondimeno, «spetta all'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi giurisdizionali intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza delle norme di diritto comunitario, purché tali modalità, da un lato, non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) né, dall'altro, rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)».

⁽¹⁴⁵⁾ Cfr. C. giust., sent. 7 gennaio 2004, *Delena Wells c. Secretary of State for Transport, Local Government and the Regions*, C-201/02, in cui la Corte affermava che, in forza del principio di leale collaborazione «le autorità competenti hanno l'obbligo di adottare, nell'ambito delle loro attribuzioni, tutti i provvedimenti, generali o particolari, atti a rimediare» all'illegittimità comunitaria; fermo restando che «le modalità processuali applicabili in tale contesto rientrano nell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro in forza del principio dell'autonomia procedurale degli Stati membri, purché, tuttavia, esse non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività). A tale proposito spetta al giudice nazionale accertare se il diritto interno preveda la possibilità di revocare o di sospendere» il provvedimento illegittimo. E C. giust., sent. 13 gennaio 2004, *Kühne & Heitz NV c. Productschap voor Pluimvee en Eieren*, C-453/00, secondo cui «l'organo amministrativo interessato è tenuto, in applicazione del principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE, a riesaminare tale decisione al fine di tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente di diritto comunitario nel frattempo accolta dalla Corte. Il detto organo dovrà stabilire in funzione dei risultati di tale esame se sia tenuto a ritornare, senza ledere gli interessi di terzi, sulla decisione in questione». In dottrina sostiene la tesi della funzionalizzazione del principio di autonomia procedurale all'interesse pubblico comunitario D-U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost?*, Torino, 2009; cfr. in particolare p. 65 ss. ove ci si occupa della funzionalizzazione del potere di annullamento dei provvedimenti illegittimi.

⁽¹⁴⁶⁾ La definizione di “potere discrezionale a esercizio doveroso” è mutuata da B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., p. 1230, che riferisce la stessa formula al potere di annullamento d'ufficio, valorizzando la sua funzione di reintegrazione della legalità; secondo l'A., in particolare, «quelli dell'amministrazione, che agisce in via di autotutela» sono «poteri a esercizio doveroso: la componente del potere e quella dell'obbligo coesistono in tutti i poteri amministrativi. Ma nei poteri di autotutela la dimensione dell'applicazione del diritto e, quindi, dell'obbligo, è più forte che negli altri poteri amministrativi. Lo dimostra chiaramente l'istituto dell'annullamento d'ufficio, che ha per presupposto non solo l'esistenza di un interesse pubblico concreto e attuale, ma anche l'illegittimità del provvedimento».

l'esercizio del predetto potere, pure dinanzi alle domande di riesame avanzate dai privati contro-interessati⁽¹⁴⁷⁾.

La differenza rispetto al nostro ordinamento statale è notevole e merita di essere sottolineata. La funzionalizzazione del potere di annullamento d'ufficio a un interesse pubblico, attuale e concreto, diverso e ulteriore dalla mera legalità, infatti, permette la tutela ponderativa del legittimo affidamento, ma preclude la tutela dell'interesse legittimo all'esercizio dello stesso. La funzionalizzazione del potere 'europeo' di annullamento all'interesse pubblico alla legalità, invece, non soltanto permette la tutela dell'affidamento, potendo tale interesse essere specificato, nella sua attualità e concretezza, in vista della ponderazione con l'interesse privato contrapposto; ma non preclude neppure la tutela del contro-interesse privato all'esercizio di tale potere⁽¹⁴⁸⁾.

A ciò si aggiunge la constatazione per cui, rispetto all'esercizio di tale ultimo potere, la tutela dell'interesse al mantenimento delle situazioni giuridiche soggettive originate dal provvedimento illegittimo e dell'interesse alla rimozione di tale provvedimento, non è necessariamente alternativa. La ponderazione tra tali interessi, infatti, non si esaurisce in un giudizio finale di prevalenza dell'uno ovvero dell'altro, potendo pure risolversi nella mera modulazione degli effetti in senso retroattivo o irretroattivo dell'annullamento; talché diventa possibile la tutela contemporanea di entrambi⁽¹⁴⁹⁾.

⁽¹⁴⁷⁾ Cfr. B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, op. cit., p. 1256, secondo cui i casi in cui, secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia europea, ricorrebbe un obbligo di riesame ovvero un obbligo di avviare il procedimento di riesame, pur essendo eccezionali, «sono significativi, perché conformano l'esercizio dei poteri di autotutela in modo diverso da come essi vivono nell'ordinamento interno e danno loro una più forte connotazione nel senso della tutela della legalità».

⁽¹⁴⁸⁾ La differente funzionalizzazione del potere di annullamento d'ufficio statale e, per così dire, europeo è messa in risalto anche da C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessione su una figura ancipite*, cit., p. 2969 ss. (ripreso *supra* in nota 132); e, con particolare riferimento all'esperienza europea di codificazione del procedimento amministrativo, da Id. *Riflessioni sull'autotutela nel diritto procedimentale europeo*, cit., p. 1570, secondo cui l'adozione del codice europeo «Sarebbe un passo avanti rispetto al nostro art. 21-*nonies* l. n. 241 del 1990, il quale, limitandosi a prescrivere il temperamento tra gli interessi privati e l'interesse pubblico all'annullamento, ha lasciato spazio all'apporto pretorio che, se da un lato risolve quegli interessi privati nella tutela del legittimo affidamento, dall'altro è consolidato nella ricerca di un interesse ulteriore rispetto al ripristino della legalità violata: aspetti, questi, che nessun intervento normativo interno ha finora preso in considerazione. Il codice, invece, semplifica i termini della questione: se il provvedimento favorevole è illegittimo, la p.A. può ritirarlo, può anche modulare gli effetti del ritiro e per fare questo deve tener conto del grado di affidamento di coloro i quali da quel provvedimento illegittimo hanno tratto, o avrebbero potuto trarre, vantaggio o che sulla scorta dello stesso hanno già compiuto investimenti irreversibili. Legalità e affidamento sono posti in diretta ed esclusiva correlazione, senza cioè le note torsioni italiane derivanti dalla ricerca di ragioni ulteriori rispetto a quella meramente ripristinatoria»; e da P. L. PORTARLURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, cit., p. 13, che, a commento del codice ReNEUAL, sottolinea che: «Alla disciplina codicistica, inoltre, è estranea la ricerca – che invece connota il diritto italiano – di un interesse ulteriore rispetto al ripristino della legalità quale condizione di legittimità dell'autotutela, poiché al cospetto del decisore amministrativo europeo si pongono solo due interessi/valori: la legalità e l'affidamento».

⁽¹⁴⁹⁾ Cfr., specificamente, sentenze *Algera* e *Gabriel Simon* menzionate; valorizzando, tra l'altro, la giurisprudenza della Corte di giustizia, argomenta in ordine alla possibilità di modulare gli effetti del potere di annullamento

L'esigenza di tutela dell'affidamento legittimo, che postula la discrezionalità del potere 'europeo' di annullamento, in definitiva, pare trovare composizione con l'esigenza di garantire ciò che, prendendo in prestito la terminologia adusa nel nostro ordinamento giuridico, potrebbe essere definito come l'interesse legittimo al suo esercizio.

6. Conclusione

Nel presente scritto, partendo da una reinterpretazione letterale e sistematica dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241 del 1990, si è sostenuto che l'annullamento d'ufficio può essere rappresentato come un potere *discrezionale*, perché il suo esercizio postula la ponderazione dell'interesse pubblico primario alla rimozione del provvedimento illegittimo, con l'interesse privato secondario al mantenimento delle situazioni giuridiche, originate da tale provvedimento, e *doveroso*, perché in tutti i casi in cui l'interesse pubblico sia prevalente sull'interesse privato contrapposto, esso dev'essere esercitato.

Tale rappresentazione non è estranea alla giurisprudenza, in cui, tuttavia, agli orientamenti che definiscono l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio come doveroso, si contrappongono degli orientamenti che escludono il dovere di annullare su denuncia dell'amministrato e definiscono l'esercizio del potere officioso come facoltativo. I giudici, specificamente, negano che per l'amministrazione possa essere configurato un *dovere di avviare il procedimento d'ufficio* su denuncia degli amministrati, in ragione della loro carente legittimazione procedimentale; e negano, parimenti, che dinanzi a una mera denuncia possa prefigurarsi un *dovere di concludere l'eventuale procedimento officioso con un provvedimento di annullamento*, in ragione della riserva di merito sulla valutazione dell'interesse pubblico all'esercizio del potere, identificato in un interesse diverso e ulteriore dalla legalità.

Proprio la predetta riserva di merito sembrerebbe vanificare i tentativi, esperiti da una parte della dottrina, di riconoscere la legittimazione procedimentale di coloro che, portatori di un interesse specifico e differenziato, avanzino delle denunce in cui si prospetti l'esigenza di soddisfare l'interesse pubblico a cui è funzionalizzato l'esercizio del potere officioso. Pure se si riconoscesse una legittimazione di tal tipo, infatti, la riserva di merito precluderebbe l'effettiva azionabilità dell'interesse legittimo del denunciante,

d'ufficio, B. MAMELI, *Le novità della riforma Madia – Annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, in *giur. it.*, 2016, n. 12, p. 2793 ss., «l'art. 21 *nonies*, L. n. 241/1990 e s.m., non fa alcun riferimento [alla] decorrenza temporale, limitandosi a tutelare il legittimo affidamento del privato nella certezza e stabilità degli effetti favorevoli del provvedimento e ad imporre una valutazione e comparazione di tutti gli interessi coinvolti. Pare, quindi, di poter legittimamente riconoscere in capo all'Amministrazione il potere di valutare discrezionalmente gli effetti dell'annullamento d'ufficio, graduando gli effetti retroattivi o adottando annullamenti d'ufficio con decorrenza *ex nunc*, in modo da garantire un corretto bilanciamento tra la tutela della legalità e dell'interesse pubblico e l'affidamento del privato». Della stessa A. si segnala, inoltre, il recente lavoro monografico Id., *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017.

posto che, in primo luogo, impedirebbe di distinguere le denunce che renderebbero doveroso l'avvio del procedimento officioso, perché non si potrebbe stabilire se all'interno di esse sia o meno prospettata la rilevanza dell'interesse pubblico, che funzionalizza l'esercizio del potere. In secondo luogo, non permetterebbe di stabilire se sulla denuncia si debba eventualmente provvedere con l'annullamento, talché il procedimento officioso, pure nei casi di irrilevanza dell'affidamento del privato, potrebbe concludersi con un provvedimento motivato adducendo l'irrilevanza dell'interesse pubblico all'esercizio del predetto potere.

I rilievi che precedono suggeriscono che il tentativo di trovare una nuova composizione tra discrezionalità e doverosità dell'annullamento d'ufficio dovrebbe essere accompagnato dallo sforzo di, per così dire, sottrarre al merito amministrativo la valutazione dell'interesse pubblico e di rifunzionalizzare l'esercizio del potere officioso al mero ripristino della legalità. Se il predetto potere fosse funzionalizzato all'interesse alla legalità, dinanzi a qualunque denuncia qualificata dell'amministrato in cui si prospettasse l'illegittimità provvedimentoale, l'amministrazione dovrebbe essere ritenuta in dovere sia di avviare il procedimento d'ufficio, sia di concluderlo con l'annullamento, a meno di una puntuale motivazione sull'interesse privato o pubblico contrapposto e, specificamente, sull'esigenza di tutelare l'affidamento legittimo nel frattempo consolidatosi.

L'identificazione dell'interesse pubblico con l'interesse alla legalità non soltanto non precluderebbe la giustiziabilità dell'*esercizio* del potere di annullamento d'ufficio, a garanzia dell'azionabilità dell'interesse legittimo oppositivo; essa, soprattutto, permetterebbe di garantire la giustiziabilità del *mancato esercizio* di tale potere e, correlativamente, l'effettiva azionabilità dell'interesse legittimo pretensivo.

Con una notazione conclusiva è necessario sottolineare che la rifunzionalizzazione del potere di annullamento d'ufficio alla mera legalità non è affatto preclusa dalla formulazione dell'art. 21-*nomies*, l. n. 241, che non specifica in cosa debbano consistere le «ragioni di interesse pubblico»; non è estranea alla giurisprudenza amministrativa, che, non a caso, la valorizza negli orientamenti sull'annullamento doveroso; è adusa presso la giurisprudenza della Corte di giustizia europea.