

ARGOMENTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

a cura di
Alfredo Contieri

manuali per l'università

ARGOMENTI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO

a cura di
Alfredo Contieri

EDITORIALE SCIENTIFICA
Napoli

Questa pubblicazione è stata realizzata con il contributo dell'Università degli Studi di Napoli Federico II. Dipartimento di Giurisprudenza.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica s.r.l.
Via S. Biagio dei Librai, 39
Palazzo Marigliano
80138 Napoli

Tutti i diritti (traduzione, adattamento) sono riservati per tutti i Paesi.
La riproduzione, anche parziale, e con qualsiasi mezzo
(compresi microfilms e fotostatiche) è vietata.

ISBN 979-12-5976-440-9

Premes

Notizi

Consi
m

Alfred

Il ries
de

Alfred

La seg
Fioren

Il sile
le

m

Alfred

Il lun
Alfred

La co
Giova

La de
Marg

Il pr
e

Vinic

INDICE

<i>Premessa di Alfredo Contieri</i>	VII
<i>Notizie sugli Autori</i>	IX

PARTE I ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E PROCEDIMENTO

Considerazioni sull'attività amministrativa consensuale nell'ordinamento italiano <i>Alfredo Contieri</i>	3
Il riesame del provvedimento amministrativo: annullamento e revoca dopo la legge n. 124/2015 (cosiddetta Legge Madia) <i>Alfredo Contieri</i>	25
La segnalazione certificata di inizio attività <i>Fiorenzo Liguori</i>	41
Il silenzio assenso tra le amministrazioni secondo l'art. 17-bis della legge n. 241/90: la resistibile ascesa della semplificazione meramente temporale <i>Alfredo Contieri</i>	73
Il lungo cammino della trasparenza tra accesso e accesso civico <i>Alfredo Contieri</i>	89
La conferenza di servizi <i>Giovanni Coccozza</i>	109
La decisione amministrativa algoritmica <i>Margherita Interlandi, Lorenza Tomassi</i>	133
Il procedimento espropriativo per pubblica utilità: questioni tradizionali e problemi attuali <i>Vinicio Brigante</i>	159

PARTE II
ORGANIZZAZIONE AMMINISTRATIVA E SERVIZI

Le Autorità amministrative indipendenti <i>Francesco Zammartino</i>	187
Deficit di rappresentatività delle autorità indipendenti e legalità procedurale <i>Alfredo Contieri</i>	221
La disciplina del servizio idrico integrato: qualche certezza e persistenti interrogativi <i>Bruno Mercurio</i>	231
La tutela multilivello del diritto alla salute: appunti per una nuova <i>governance</i> sanitaria globale <i>Mariaconcetta D'Arienzo</i>	261
Il "caso" delle concessioni demaniali balneari <i>Giuliana di Fiore</i>	281

SERVIZI

187

procedurale

221

persistenti

231

una nuova

261

281

Questo volume, senza alcuna presunzione di completezza, affronta alcuni argomenti di diritto amministrativo che considero rilevanti e meritevoli di approfondimento (di qui il titolo del libro) rispetto alla preparazione manualistica che lo studente acquisisce per l'esame di diritto amministrativo.

Ho raccolto e aggiornato alcuni miei lavori e invitato studiosi amici a scrivere su temi di attualità, cercando di contemperare le finalità didattiche del libro con analisi e metodi di indagini che caratterizzano la ricerca scientifica.

Alcuni argomenti prescelti fanno parte della storia della materia, come il riesame, l'amministrazione consensuale, le concessioni, i servizi pubblici, l'espropriazione; altri hanno un'origine più recente ma sono ormai dei classici del diritto amministrativo, come le autorità indipendenti, la conferenza di servizi, la trasparenza, la SCIA; altri ancora presentano caratteri fortemente innovativi, come il silenzio assenso tra le amministrazioni, la decisione amministrativa algoritmica.

Tutti i contributi danno conto della ricchezza dell'attuale dibattito dottrinario e del costante apporto creativo della giurisprudenza del giudice amministrativo.

Ringrazio gli autori che mi hanno seguito in questa avventura che speriamo possa trovare una positiva risposta tra gli studenti oltre che tra gli studiosi.

Un ringraziamento particolare va ai dottori Vinicio Brigante e Bruno Mercurio per l'impegno e la dedizione con cui hanno seguito la pubblicazione del volume.

Alfredo Contieri

NOTIZIE SUGLI AUTORI

VINICIO BRIGANTE, Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

GIOVANNI COCOZZA, Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

ALFREDO CONTIERI, Professore Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

MARIACONCETTA D'ARIENZO, Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli "Parthenope"

GIULIANA DI FIORE, Professore Associato di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

MARGHERITA INTERLANDI, Professore Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

FIRENZO LIGUORI, Professore Ordinario di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'Federico II'

BRUNO MERCURIO, Ricercatore di Diritto amministrativo presso l'Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale'

LORENZA TOMASSI, assegnista di ricerca presso l'Università degli Studi di Cassino e del Lazio meridionale

FRANCESCO ZAMMARTINO, Professore Associato di Diritto pubblico presso l'Università degli Studi di Napoli 'L'Orientale'

PARTE I
ATTIVITÀ AMMINISTRATIVA E PROCEDIMENTO

IL RIESAME DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO:
ANNULLAMENTO E REVOCA DOPO LA LEGGE N. 124/2015
(COSIDDETTA LEGGE MADIA)

Alfredo Contieri

SOMMARIO: 1. L'attuale configurazione dei provvedimenti di secondo grado. – 2. La codificazione dell'annullamento e della revoca nella legge n. 15/2005. – 3. Le ragioni della riforma Madia ed i tanti problemi ancora aperti.

1. *L'attuale configurazione dei provvedimenti di secondo grado*

La legge n. 124 del 7 agosto 2015, conosciuta come “*legge Madia*” costituisce un ambizioso progetto di ripensamento e riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche attraverso l'introduzione di norme volte a potenziare la semplificazione amministrativa, la trasparenza, la prevenzione della corruzione, e a introdurre modifiche sulla organizzazione degli uffici statali, sulla dirigenza e sul rapporto di lavoro.

Si tratta prevalentemente di una legge delega, destinata a produrre effetti attraverso successivi decreti delegati, ma contiene anche norme che sono entrate immediatamente in vigore. Vanno richiamati in particolare l'art. 3 che ha introdotto nella legge n. 241 l'innovativa disposizione di cui all'art. 17-bis in tema di “*silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni e servizi pubblici*” e l'art. 6 rubricato “*autotutela amministrativa*” che ridisegna il potere di riesame e la SCIA. Autotutela amministrativa e non autotutela decisoria come invece andrebbe inquadrata secondo la nota classificazione di Benvenuti¹.

Sebbene per le ragioni che si vedranno il termine autotutela potrebbe

¹ Sull'autotutela, per tutti F. BENEVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.* IV, Milano 1959, 537.

Sulla legge n. 124 possono annoverarsi svariati commenti da parte della dottrina. Vanno richiamati in proposito quelli pubblicati sulla rivista *Federalismi.it*. In particolare cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 l. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, *ivi*, 16 settembre 2015; F. FRANCIOSI, *Autotutela Amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, *ivi*, 24 ottobre 2015; M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, *ivi*, 21 ottobre 2015; F. DE LEONARDIS, *Il silenzio assenso in materia ambientale: considerazioni critiche sull'art. 17-bis introdotto dalla cd. riforma Madia*, *ivi*, 21 ottobre 2015; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il “tempo dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri unilaterali 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*, *ivi*, 23 dicembre 2015; Infine, sui profili generali della riforma, G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, *ivi*, 21 ottobre 2015.

non più considerarsi necessario, potendo questi poteri farsi rientrare nei procedimenti di secondo grado o di riesame, il termine autotutela viene normalmente utilizzato non solo nella legislazione come si è visto, ma anche nella giurisprudenza.

Basterebbe ricordare due diverse figure di autotutela contenute nell'importantissima sentenza dell'Adunanza Plenaria n. 14 del 2014, in tema di recesso dai contratti e di potere dell'amministrazione di intervenire con provvedimenti autoritativi come revoca e annullamento sull'aggiudicazione. La sentenza introduce la nozione di autotutela *privatistica*, ovvero sia di recesso, una volta stipulato il contratto di appalto e richiama in proposito gli artt. 134 e 135 del codice dei contratti pubblici, nonché l'art. 21-*septies* della legge 241/1990 che riconosce il potere di recesso dai contratti se previsto dalla legge. Si scorge, dunque, un ulteriore settore di autotutela che possiamo definire privatistico. La stessa sentenza n. 14/2014 parla anche di autotutela *autoritativa*, senza riferirsi a quella decisoria, ma ad un'altra forma di intervento dell'amministrazione sui contratti di appalto, in applicazione delle norme antimafia. Infine abbiamo le ipotesi di annullamento o revoca dell'aggiudicazione, che dovrebbero invece rientrare nella tradizionale autotutela *decisoria*.

Tornando all'art 6 della legge Madia intitolato come si è detto autotutela amministrativa, si può notare che è paradossale che al suo interno si fa riferimento anche alla SCIA proprio nel momento in cui sono stati eliminati quei poteri di autotutela (artt. 21-*quinques* e 21-*nonies*) previsti invece in passato dal legislatore a proposito di questo istituto. La disposizione in esame infatti, si limita a stabilire che l'amministrazione può intervenire se ricorrono le condizioni di cui all'art. 21 *nonies*, espungendo finalmente il potere di revoca e limitando il potere di intervento successivo solo entro dodici² mesi e per motivi di interesse pubblico. È opinione comune che questi interventi successivi di tipo interdittivo dell'attività non dovrebbero costituire manifestazioni di autotutela, sebbene figurino in questo articolo.

Volendoci ancora soffermare sulla norma chiave, l'art. 6, va ricordato che nella disciplina del potere di annullamento contenuta nell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 si aggiunge all'espressione "entro un termine ragionevole" quella "non superiore a diciotto mesi (termine ridotto successivamente a dodici) dal momento dell'adozione di provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici incluso i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'art. 20" (e cioè in caso di silenzio assenso). Il comma 2-*bis*, poi, prevede che lo spirare dei diciotto mesi non costituisce più un limite all'an-

² Il termine di diciotto mesi originariamente introdotto dalla l. n. 124 nell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 è stato ulteriormente ridotto a dodici dal D. L.n. 77/2021 (art. 60).

nullamento nell' di certificazione costituenti reato, guenza, possono l'annullamento c

È necessario, posito di autotut Si tratta della cd molto significativ *ius poenitendi* det che in questo ca attribuitivi di var ampliativi della ministrazione pr originario, in cu *poenitendi*.

Sempre con l mento, che il dir o anche dal man che ha riaperto i za di riesame³.

Occorre chie perché anche la frammentari, epi sioni del presente me, esiste un chi precisi.

La riforma v ministrazione rivolu zione delle attivi totutela. Liberali rispetto all'autot l'amministrazion autoritatività, ca) vedimento di pr In proposito

³ Sulla legge n. 1 Gli effetti del decreto leg Unico dell'Edilizia. In 1 dopo la l. n. 164/2014

nullamento nell'ipotesi in cui vi siano state false dichiarazioni sostitutive di certificazione o di atti di notorietà, o false rappresentazioni della realtà, costituenti reato, ma accertate con sentenza passata in giudicato. Di conseguenza, possono trascorrere anche molti anni tra la falsa rappresentazione e l'annullamento del provvedimento favorevole.

È necessario, comunque, ancor prima di trattare della legge 124, a proposito di autotutela o di riesame, richiamare anche la legge n. 164 del 2014. Si tratta della cd. legge "Sblocca Italia" che è invece intervenuta in maniera molto significativa sulla revoca: in particolare, ha abolito la cosiddetta revoca *ius poenitendi* detta anche revoca pentimento o ripensamento, allorché, anche in questo caso, si sia al cospetto di provvedimenti di autorizzazione o attribuitivi di vantaggi economici. Nel caso ricorrano questi provvedimenti ampliativi della sfera giuridica del destinatario non è possibile che l'amministrazione proceda ad una nuova rivalutazione dell'interesse pubblico originario, in cui si configurava tradizionalmente l'essenza della revoca *ius poenitendi*.

Sempre con la legge n. 164 si è previsto, questa volta in tema di annullamento, che il dirigente è responsabile per i danni causati dall'annullamento o anche dal mancato annullamento del provvedimento, disposizione questa che ha riaperto il dibattito sul problema dell'obbligo di pronuncia sull'istanza di riesame³.

Occorre chiedersi se tutto ciò sia il risultato di un disegno consapevole, perché anche la tecnica utilizzata induce a riflettere. Sembrano interventi frammentari, episodici. In realtà può dirsi, senza voler anticipare le conclusioni del presente lavoro, che comunque almeno in questa riforma del riesame, esiste un chiaro motivo ispiratore, poiché si vogliono realizzare obiettivi precisi.

La riforma va inserita nel lungo processo di trasformazione dell'amministrazione rivolto verso la semplificazione delle procedure e la liberalizzazione delle attività economiche, che è approdato oggi nei territori dell'autotutela. Liberalizzazione e semplificazione sembrano caratteri antitetici rispetto all'autotutela, che si è sempre connotata per essere un'area in cui l'amministrazione è chiamata ad esercitare un potere che ha un alto tasso di autoritatività, capace di prevalere sulle situazioni favorevoli sorte dal provvedimento di primo grado.

In proposito va condivisa l'opinione di chi ha osservato che la riduzione

³ Sulla legge n. 164, si veda il *Supplemento alla Rivista Giuridica dell'Edilizia* n. 6/2014, dal titolo: *Gli effetti del decreto legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014, sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*. In particolare, su revoca e annullamento si veda P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n. 164/2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, *ivi*, 21 e ss.

dell'autoritatività anche in questo settore è da ricondurre alla riduzione del ruolo del provvedimento e dello stesso procedimento, come dimostra l'introduzione nel nostro ordinamento degli accordi, del silenzio assenso, della SCIA⁴.

Il potere di riesame ha subito forti limitazioni, per cui occorre comprendere fino a che punto abbia perso i suoi caratteri distintivi, come hanno affermato i primi commentatori della legge Madia⁵.

Certamente il motivo ispiratore di questa legislazione è quello di favorire e rafforzare l'esigenza di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici, con particolare attenzione agli operatori economici, la cui azione risulta condizionata da decisioni amministrative. Il tutto, quindi, sembrerebbe concepito in danno della legittimità dell'azione amministrativa, allo scopo di rilanciare l'economia e favorire gli investimenti.

I principi ai quali questa normativa sembra ispirarsi sono quello dell'affidamento e in misura minore il principio di proporzionalità, per la particolare rilevanza che assumono le posizioni favorevoli.

Ma, se si guarda alla configurazione del potere di riesame nella sua evoluzione storica, oltre al suo carattere fortemente autoritativo, si evidenzia che i due principali istituti, ossia l'annullamento e la revoca, da sempre sono stati profondamente condizionati dalla esigenza di considerazione anche delle posizioni favorevoli.

È vero che si tratta di poteri fortemente autoritativi, ma è altrettanto vero che sono istituti di origine giurisprudenziale, la cui disciplina è stata forgiata dal giudice. Questi istituti nascono nella prospettiva del giudice, al quale si rivolge il titolare della posizione favorevole sorta dal provvedimento annullato o revocato che ne rivendica il consolidamento. In altri termini, l'annullamento nasce già come istituto in cui devono trovare contemperamento l'interesse pubblico alla legalità e quelli privati alla conservazione dei benefici acquisiti dal provvedimento illegittimo.

La natura discrezionale del potere, l'obbligo di una motivazione congrua ed adeguata allo stato di consolidamento delle posizioni private, l'esistenza di un interesse pubblico all'annullamento diverso rispetto a quello al mero ripristino della legalità sono, dunque, le coordinate giurisprudenziali che condizionano, hanno sempre condizionato e limitato fin dall'inizio il potere, rispetto al quale l'interesse alla legalità non è mai stata al centro delle valutazioni: nel codice genetico dell'annullamento, l'interesse al ripristino della legalità violata è sempre stato secondario rispetto all'interesse pubblico all'annullamento ed alla dovuta considerazione delle posizioni favorevoli.

⁴ F. FRANCIOSI, *op. cit.*, 9.

⁵ F. FRANCIOSI, *op. cit.*, 5, M. SINISI, *op. cit.*, 6.

Sul fronte, parallelo dell'interesse pubblico legittimamente sorto perplessità e resistenza di questi istituti tutela, prima della introduzione della legge n. 15/2005 lo stato di diritto, può come espressione di un antico privilegio dell'attività sui propri atti unilaterali per antica tradizione, viene giustificare l'inquinamento particolarmente arduo nello stato di diritto, e riconosciuto dalla giurisprudenza contemporanea era paradossale amministrativa. Sul versante il sacrificio di situazioni senza neanche indennità l'esistenza di questi istituti potere, cioè espressione di funzione⁶.

2. La codificazione del

La legge 15/2005, e li ha procedimentalizzato dell'annullamento a mio parere, in ordinamenti normativizzati e tipici del confronto di tutti i legittimi, del resto da sempre aspetti più rilevanti di

Sicché, la legge 15/2005 dottrinari e giurisprudenziali. Attraverso gli articoli

⁶ G. CORSO, *L'efficacia del riesame del provvedimento amministrativo*.

Sul fronte, parallelo, della revoca, l'affermazione di una nuova visione dell'interesse pubblico che determina il sacrificio di posizioni incolpevoli, legittimamente sorte dall'atto revocato, ha destato per molto tempo forti perplessità e resistenze anche nella stessa giurisprudenza. La stessa sussunzione di questi istituti, cioè annullamento e revoca, nel concetto di autotutela, prima della introduzione degli artt. 21-*quinqüies* e 21-*nonies* da parte della legge n. 15/2005, è sembrato un modo per renderli compatibili con lo stato di diritto, pur non essendo previsti dalla legge. Autotutela intesa come espressione di sovranità, di forza del potere pubblico, retaggio di un antico privilegio dell'amministrazione, come diritto potestativo di tornare sui propri atti unilateralmente ed autoritativamente, come potere esistente per antica tradizione, anche se al di fuori della legge. È sempre stato difficile giustificare l'inquadramento di questi poteri nell'autotutela. È risultato particolarmente arduo immaginare un potere che, pur avendo cittadinanza nello stato di diritto, perché riconosciuto, esercitato dalle amministrazioni e riconosciuto dalla giurisprudenza, non era previsto dalla legge, ma nel contempo era paradossalmente finalizzato ad assicurare la legalità dell'azione amministrativa. Sul versante della revoca era ancor più complicato accettare il sacrificio di situazioni sorte all'epoca da un atto legittimo, in passato senza neanche indennizzo. Risultava secondo alcuni più agevole giustificare l'esistenza di questi istituti con l'idea che fossero forme di riesercizio del potere, cioè espressione di un'amministrazione che riprende ad esercitare la funzione⁶.

2. La codificazione dell'annullamento e della revoca nella legge n. 15/2005

La legge 15/2005, più di 15 anni fa, ha codificato gli istituti del riesame e li ha procedimentalizzati, riconoscendo il carattere ampiamente discrezionale dell'annullamento e a maggior ragione della revoca, trasformandoli, a mio parere, in ordinarie forme di gestione dell'interesse pubblico, ormai normativizzate e tipizzate. L'interesse pubblico viene inteso come risultato del confronto di tutti gli interessi coinvolti, emarginando la tutela della mera legalità, del resto da sempre considerata secondaria. Questi mi sembrano gli aspetti più rilevanti degli artt. 21-*nonies* e 21-*quinqüies*.

Sicché, la legge 15 del 2005 ha recepito nel diritto positivo principi dottrinari e giurisprudenziali, e li ha tramutati in procedimenti tipizzati. Attraverso gli articoli poc'anzi richiamati questi procedimenti divengono

⁶ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 206 e ss.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 206 e ss.

diritto positivo, per cui non è più necessario ricorrere all'autotutela per giustificare l'esistenza. La trasposizione normativa dei principi tradizionali è risultata abbastanza fedele, senza particolari innovazioni, ad eccezione dell'introduzione del "termine ragionevole" e dell'indennizzo per la revoca. La disciplina normativa della revoca è talmente rispettosa della tradizione che addirittura nell'art. 21-*quinquies* è stata prevista la revoca pentimento che era l'istituto più discusso.

La vera novità della legge 15/2005, in tema di codificazione di questi istituti, consiste in ciò che le norme non dicono; ci si riferisce, in particolare, alla mancata previsione della retroattività degli effetti dell'annullamento e della convalida, che forse il legislatore ha considerato del tutto scontati, essendo tradizionalmente legati al concetto di annullamento. Sta di fatto che l'art. 21-*nonies*, non parla di retroattività degli effetti, né a proposito dell'annullamento, né della convalida.

Probabilmente il legislatore ha fatto affidamento sull'impatto evocativo della nozione di annullamento che ontologicamente è associato alla retroattività degli effetti ed ha ritenuto superfluo specificarlo. Questa omissione può dar luogo a qualche conseguenza rilevante?

In realtà, la retroattività degli effetti dell'annullamento d'ufficio costituisce un assioma non necessario.

L'effetto retroattivo è collegato indissolubilmente all'annullamento d'ufficio perché quest'ultimo ha nella tradizione uno stretto rapporto di analogie con l'annullamento giurisdizionale, come l'annullamento su ricorso o in sede di controllo, istituti con i quali condivide il nome ed ha condiviso la funzione di ripristino della legalità violata. Ma, non a caso, tutte le altre forme di annullamento hanno natura vincolata. Il carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio lo rende del tutto diverso dagli altri istituti, ne ha trasformato la originaria funzione di rimedio all'errore, per renderla una forma di rinnovato esercizio del potere.

Se è così, proprio la discrezionalità del potere di annullare potrebbe indurre l'amministrazione, alla luce del delicato confronto fra gli interessi coinvolti, a graduare la misura demolitoria nei suoi effetti temporali, al fine di non sacrificare eccessivamente ed ingiustificatamente le posizioni consolidate meritevoli di affidamento.

Del resto, l'effetto retroattivo sembra strumentale ad assicurare l'effetto ripristinatorio: il ripristino può essere in sé uno strumento di soddisfazione dell'interesse, oltre che, ovviamente, essere finalizzato a predeterminare lo scenario per un diverso e successivo provvedimento, attraverso il quale regolare nuovamente la fattispecie.

L'ordinamento conosce casi nei quali per ragioni giuridiche e non per impossibilità materiale, di mero fatto cioè, il ripristino non viene assicurato:

si pensi alla con essendo stato an emolumenti non cupero integrale dell'esistenza sua stinatorio collide to l'ambito temp priva di utilità.

Sul tema è to Germania l'istitut to in maniera div l'annullamento gi che su quella di a riamente caratter clusioni sottoline teresse pubblico a essere più adegu: che limiti effetti r al principio di pro come stabilisce la nitari contenuto : all'amministrazione nella misura strett co. Lo stesso ordi l'annullamento co negativo di questa

Per tutte ques troattività degli e legge n. 15, cioè i tipizzazione in via ratteri essenziali, v significativi cambi correnza degli effe concreto una mig minore sacrificio p

Questa soluzic

⁷ G. FALCON, *Questi del XLVIII Convegno di S* 202 ss.

⁸ G. BARONE, *Autotu*

⁹ G. LICUGNANA, *Pr*

si pensi alla conservazione degli atti adottati dal funzionario di fatto, pur essendo stato annullato l'atto di investitura, o al mancato recupero degli emolumenti non dovuti percepiti in buona fede dal dipendente allorché il recupero integrale sulle future retribuzioni può mettere in pericolo la dignità dell'esistenza sua e del suo nucleo familiare. Pertanto, quando l'effetto ripristinatorio collide con interessi meritevoli di tutela ne può essere attenuato l'ambito temporale. Il che rende la totale retroattività dell'annullamento priva di utilità.

Sul tema è tornato Falcon⁷ ed ha osservato che in Francia, Inghilterra e Germania l'istituto analogo al nostro annullamento d'ufficio viene chiamato in maniera diversa dal corrispondente termine con il quale si definisce l'annullamento giurisdizionale, poiché si fa più leva sulla funzione di ritiro che su quella di annullamento ed in nessuno di tali ordinamenti ha necessariamente carattere retroattivo. Anche Barone⁸ perviene alle medesime conclusioni sottolineando come l'amministrazione potrebbe ritenere che l'interesse pubblico al quale tende l'esercizio del potere di annullamento possa essere più adeguatamente curato tramite un provvedimento demolitorio che limiti effetti retroattivi. Del resto, questa soluzione sembra più conforme al principio di proporzionalità, al quale l'azione amministrativa deve ispirarsi come stabilisce la stessa legge n. 15 attraverso il richiamo ai principi comunitari contenuto nell'art. 1. Proprio il principio di proporzionalità impone all'amministrazione di limitare gli effetti sfavorevoli al destinatario dell'atto nella misura strettamente necessaria alla soddisfazione dell'interesse pubblico. Lo stesso ordinamento comunitario sull'autotutela⁹, conosce ed applica l'annullamento con efficacia non retroattiva al fine di graduare l'impatto negativo di questa misura sui destinatari.

Per tutte queste ragioni, l'omissione di qualunque riferimento alla retroattività degli effetti dell'annullamento d'ufficio nell'art. 21-*nonies* della legge n. 15, cioè in una disposizione dichiaratamente volta finalmente alla tipizzazione in via generale dell'istituto ed alla individuazione dei suoi caratteri essenziali, voluta o non voluta che sia, potrebbe essere produttiva di significativi cambiamenti, consentendo un dosaggio più elastico della decorrenza degli effetti dell'annullamento d'ufficio al fine di favorire nel caso concreto una migliore soddisfazione dell'interesse pubblico, attraverso un minore sacrificio per i privati.

Questa soluzione sembra volta unicamente a tutelare maggiormente i

⁷ G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Atti del XLVIII Convegno di Studi di Varenna, Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Milano, 2003, 202 ss.

⁸ G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Atti del XLVIII Convegno*, cit., 227 ss.

⁹ G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 102.

titolari di situazioni favorevoli sorte dall'atto annullato, ma potrebbe tuttavia rivelarsi idonea ad assicurare una maggiore efficacia dell'azione amministrativa, poiché l'amministrazione potrebbe sentirsi più libera di intervenire su un rapporto non conforme all'interesse pubblico

Potrebbe addirittura ipotizzarsi che, nel corso del procedimento volto all'annullamento, amministrazione e privati pervengano alla decisione di stipulare un accordo *ex art. 11, L. n. 241/90*, con il quale disciplinare la decorrenza degli effetti dell'annullamento, ottenendo così entrambi un vantaggio: il privato limita gli effetti sfavorevoli dell'annullamento, l'amministrazione si garantisce così che il provvedimento non potrà essere impugnato.

Sono consapevole che questa tesi rischia di portare ad un appiattimento dell'annullamento sulla revoca, ma nel momento in cui si prende atto del carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio, con la conseguenza che il vizio di legittimità pur essendo un elemento costitutivo della fattispecie, è necessario ma non sufficiente, poiché diventa solo l'occasione per il riesercizio del potere funzionalizzato, gli elementi di affinità delle due figure sono già oggi molti significativi.

La (forse) involontaria omissione del legislatore dunque giustifica l'interpretazione secondo cui nella discrezionalità dell'annullamento può rientrare anche la graduazione temporale degli effetti, introducendone una modulazione diversa rispetto a quella tradizionale, così da poter soddisfare ancor di più l'interesse pubblico e al contempo ridurre gli effetti lesivi della sfera giuridica del privato. In realtà, graduando gli effetti dell'annullamento, può essere anche più facile per l'amministrazione disporre l'annullamento, proprio perché non si trova di fronte un controinteresse altrettanto forte e rigido¹⁰.

Questo principio ha iniziato a farsi strada anche in giurisprudenza. Va ricordata in proposito una sentenza del Consiglio di Stato del 2011 che addirittura parla di possibilità di graduazione degli effetti temporali dell'annullamento anche per le sentenze del giudice amministrativo¹¹.

¹⁰ A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15/2005*, in *Nuove autonomie*, 2005, 303; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. Amm.*, 2005, 843 ss.; G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. Amm.*, 2003, 38; M. IMMORDINO, *I provvedimenti di secondo grado*, in E.G. SCOCA, (a cura di) *Diritto Amministrativo*, Torino 2011, 329; G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, VI ed., Torino, 2013, 305.

¹¹ Sezione VI, 10.5.2011, n. 2755. Su tale problema si veda R. DI PACE, *L'annullamento tra tradizione e innovazione; la problematica flessibilità dei poteri del giudice amministrativo*, in *Giust. Amm.*, 2012.

3. Le ragioni della riforma

Negli anni che precedono i diversi cambiamenti europei, in particolare le direttive di armonizzazione della sfera dell'interesse pubblico, la riforma ha ridefinito il nuovo ruolo sociale della collettività in cui si tratta di realizzare quelle esistenti e non falsare la concorrenza.

Quelli appena riformati sono il risultato di un movimento verso maggiore certezza delle situazioni e maggiore coerenza, prevedibilità e trasparenza delle tendenze e delle scelte.

Volendo sintetizzare ad affermare che la riforma si è svolta sull'altro piatto della bilancia, si può dire che seguire costantemente la funzione quest'ultima ha ancor più dell'interesse pubblico.

Il passaggio successivamente alla legge 124 del 2015 – e successivamente alla D. L. n. 77/2021) per *poenitendi*, di ripensare vi è senz'altro una situazione in cui sono uguali – vi è una attribuzione di vantaggio al privato.

Alcuni fra i principi della riforma sono nella previsione della permanenza e dell'inesauribilità della cura dell'interesse pubblico e dell'autotutela decisoria.

Sul punto si può dire che con la legge n. 15 e con la legge n. 124 del 2015 si è

¹² F. FRANCIARIO, *op. cit.*

3. Le ragioni della riforma Madia ed i tanti problemi ancora aperti

Negli anni che ci separano dalla legge n. 15 del 2005, sono intervenuti diversi cambiamenti: l'incalzare della crisi economica, l'influenza del diritto europeo, in particolare il principio di proporzionalità che non consente limitazioni della sfera privata che non siano assolutamente giustificate dall'interesse pubblico, la centralità assunta dalla iniziativa economica privata e il nuovo ruolo sociale dell'impresa come unica fonte di sviluppo economico della collettività in carenza di risorse pubbliche e nell'impossibilità di utilizzare quelle esistenti al fine di non incorrere nel divieto di aiuti di Stato, per non falsare la concorrenza.

Quelli appena ricordati sono i fattori che hanno indirizzato il cambiamento verso maggiore semplificazione dei procedimenti e liberalizzazione delle attività economiche. In questo clima si sono rafforzate le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche, di stabilità delle attività economiche e di coerenza, prevedibilità e non mutevolezza delle decisioni amministrative. Si tratta di tendenze e processi a cui abbiamo assistito negli ultimi anni.

Volendo sintetizzare tutto questo in un principio, si potrebbe giungere ad affermare che la tutela dell'affidamento è il valore cardine che si pone sull'altro piatto della bilancia rispetto al dovere dell'amministrazione di perseguire costantemente l'interesse pubblico, anche ritornando sui propri atti, funzione quest'ultima che costituisce l'essenza stessa del potere di riesame, ancor più dell'interesse al ripristino della legalità.

Il passaggio successivo – e veniamo alla legge 164 del 2014 ed alla legge 124 del 2015 – è stato proprio quello di limitare l'esercizio del riesame a diciotto mesi e successivamente, come si è detto a dodici mesi (con il D. L. n. 77/2021) per l'annullamento o escludendolo nelle ipotesi di *ius poenitendi*, di ripensamento nel caso di revoca. In entrambe le ipotesi – e qui vi è senz'altro una scelta coerente, in quanto le espressioni nelle due leggi sono uguali – vi è un riferimento a provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, ossia alle posizioni favorevoli sorte in capo al privato.

Alcuni fra i primi commentatori della legge Madia, hanno individuato nella previsione del termine di 18 mesi il venir meno dei caratteri della immanenza e dell'inesauribilità del potere della pubblica amministrazione di cura dell'interesse pubblico, caratteri da sempre costituenti il *proprium* della autotutela decisoria¹².

Sul punto si può però osservare che l'inesauribilità era venuta meno già con la legge n. 15 e cioè fin dal momento in cui era stato previsto il termine

¹² F. FRANCIARIO, *op. cit.*, 9; M. SINISI, *op. cit.*, 6.

“ragionevole”; sebbene termine non rigido e predeterminato, si trattava pur sempre di un limite all’inesauribilità. Pure l’immanenza è un concetto che non ha più ragion d’essere, ma risulta anch’esso già estinto con la codificazione di cui alla legge 15/2005 prima richiamata, che ha tipizzato quei poteri.

Nel corso del tempo si è assistito ad un processo di normalizzazione della funzione di riesame e di trasformazione di un potere straordinario e non codificato in un potere ordinario procedimentalizzato. Da rimedio volto ad assicurare la legalità i provvedimenti di secondo grado sono divenuti strumenti di cura dell’interesse pubblico, ma stiamo parlando ancora di una fase intermedia, rispetto all’avvento della legge Madia, nella traiettoria della parabola che si sta cercando di descrivere.

Dalla tutela della mera legalità, quale finalità perseguita con l’annullamento, si è passati alla cura dell’interesse pubblico, per giungere poi alla situazione attuale, in cui quest’ultimo e cioè l’interesse pubblico tende a coincidere con la stabilità delle situazioni favorevoli: la loro intangibilità diviene essa stessa strumento per soddisfare l’interesse generale, oggi ritenuto prevalente, allo sviluppo economico; si potrebbe dire che la stabilità è strumentale all’interesse pubblico allo sviluppo economico. Stabilità e certezza delle situazioni giuridiche sono a loro volta interesse pubblico primario e prevalente e la conseguente intangibilità di queste ultime è bene da perseguire.

In questa prospettiva va interpretato il parere del Consiglio di Stato del 30 marzo 2016 n. 839 sul decreto attuativo della legge n. 124 del 2015 in materia di SCIA, in cui si parla della introduzione di una “nuova regola generale” che ispira il rapporto tra potere pubblico e privati al valore della certezza; tale conclusione è senz’altro applicabile anche al riesame.

Nel confronto e nella composizione degli interessi in gioco bisogna allora riconoscere che il legislatore ha compiuto una scelta precisa, facendo prevalere in partenza l’interesse dell’impresa; nella comparazione operata dalla legge, fra gli interessi da perseguire, viene considerato prioritario l’interesse dell’impresa, senza più alcuna delega all’amministrazione e alla dinamica del procedimento per l’individuazione in concreto dell’interesse pubblico primario. Si dice spesso che la legge non è più in grado di individuare l’interesse pubblico e che la sua definizione e concretizzazione è rimessa all’amministrazione; in questo caso, invece vi è stata una scelta legislativa precisa a monte; non è rimessa all’amministrazione la valutazione della gerarchia degli interessi, avendovi già provveduto il legislatore.

Una volta trascorsi i dodici mesi senza che l’amministrazione abbia disposto l’annullamento, le posizioni favorevoli sorte dall’atto illegittimo sono destinate a prevalere, per un’esigenza di certezza.

Quindi, vi delle situazioni buona fede ed zioni. Infatti, se o la inconfigur sorte da atti di bene sottolinea un soggetto in nell’altra norm cui siano conse tore, sia necess individua nell’a mendaci. A sua attuale esclude sopravvenuti, al limiti, legati alla riesame.

Il tema dell’ dici mesi nell’ar della giurisprud

Il giudice a dell’annullamen intervenire a rip di essere consid

Va innanzitu in materia di an preliminarmente non essendo an sancito che in ca la pubblica amm to favorevole, il quale può essere re solo dal mom non veridicità d

Il principio è

In seguito il t interpretazione c sarebbe possibile

¹³ A.P. del Consig

¹⁴ A.P. n. 16 del 2

Quindi, vi è prevalenza del principio dell'affidamento, con intangibilità delle situazioni consolidate, ma solo in presenza di un privato che sia in buona fede ed a condizione che non si sia avvantaggiato con false dichiarazioni. Infatti, solo a queste condizioni può valere il limite dei diciotto mesi o la inconfigurabilità della revoca-ripensamento nei confronti di situazioni sorte da atti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. È bene sottolineare che le norme che tutelano l'affidamento si rivolgono ad un soggetto in buona fede, perché tale tutela viene meno, sia nell'una che nell'altra norma, quando ci si serva di false dichiarazioni, certificazioni da cui siano conseguiti vantaggi, sebbene, almeno nelle intenzioni del legislatore, sia necessaria una sentenza passata in giudicato. La medesima *ratio* si individua nell'art. 21-*sexies* che prevede sanzioni nell'ipotesi di dichiarazioni mendaci. A sua volta l'art. 21-*quinquies* della l. n. 241/90 nella sua versione attuale esclude non solo la revoca-ripensamento, ma anche quella per fatti sopravvenuti, allorché essi fossero prevedibili. Esistono pertanto, una serie di limiti, legati alla buona fede di chi può avvantaggiarsi del provvedimento di riesame.

Il tema dell'affidamento e della derogabilità o meno del termine di dodici mesi nell'annullamento d'ufficio merita di essere approfondito alla luce della giurisprudenza.

Il giudice amministrativo ha cercato di estendere il limite temporale dell'annullamento al fine di recuperare il potere della amministrazione di intervenire a ripristinare la legalità a fronte di situazioni che non meritavano di essere considerate intangibili.

Va innanzitutto ricordata in proposito un'Adunanza Plenaria del 2017¹³ in materia di annullamento di un permesso di costruire in sanatoria, che ha preliminarmente stabilito che l'annullamento deve essere sempre motivato, non essendo ammissibile la cosiddetta motivazione in *re ipsa*, ma ha anche sancito che in caso di dichiarazione falsa del privato, che ha indotto in errore la pubblica amministrazione e gli ha consentito di ottenere il provvedimento favorevole, il termine ragionevole, ed in particolare il termine entro il quale può essere esercitato il potere di annullamento, (allora 18 mesi) decorre solo dal momento in cui la pubblica amministrazione abbia appreso della non veridicità della dichiarazione.

Il principio è stato ribadito in un'altra Adunanza Plenaria¹⁴.

In seguito il Consiglio di Stato si è posto un altro problema in ordine alla interpretazione dell'art. 21-*nonies* comma 2-*bis*, se cioè in base a tale norma sarebbe possibile superare il limite temporale per l'annullamento, nel caso di

¹³ A.P. del Consiglio di Stato 17 ottobre 2017 n. 8

¹⁴ A.P. n. 16 del 25 settembre 2020.

provvedimenti che attribuiscono vantaggi economici, anche a prescindere dal passaggio in giudicato della sentenza penale di condanna nei confronti di colui che ha ottenuto il beneficio dichiarando il falso. E ciò sulla base delle sanzioni previste dal D.P.R. 28.12.2000 n. 445 in tema di autocertificazioni. Il Consiglio di Stato, facendo leva sull'art. 75 del D.P.R. 445/2000 che prevede come sanzione che, in caso di non veridicità del contenuto della dichiarazione "il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera" ha stabilito che ai fini dell'applicazione di detta norma, che si fonda sul principio di autoresponsabilità, è irrilevante l'accertamento penale della falsità in forza di una sentenza passata in giudicato.

In altre parole, la decadenza dal beneficio ingiustamente acquisito può avvenire attraverso l'annullamento d'ufficio, senza che possa avere rilevanza "un mero elemento di fatto quale il trascorrere del termine di 18 mesi"¹⁵.

In tal caso, dunque, il principio dell'affidamento non può prevalere, dovendo la sanzione amministrativa della "decadenza dai benefici" considerarsi aggiuntiva rispetto a quelle penali.

Solo nell'ipotesi in cui è stato già avviato nei confronti del dichiarante un procedimento penale, è impedito all'amministrazione di annullare il provvedimento amministrativo. Al contrario, nel caso in cui non sia pendente un procedimento penale, l'amministrazione ha il "dovere" di annullare il provvedimento amministrativo adottato illegittimamente "per cause assolutamente rilevanti ed esclusivamente riconducibili all'apporto procedimentale infedele della parte interessata, ciò anche nel rispetto del principio di leale collaborazione"¹⁶.

L'ordinamento non può tollerare lo sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata che ha determinato una non veritiera percezione della realtà e della sussistenza dei presupposti richiesti dalla legge per rilasciare il provvedimento favorevole.

Ecco che il limite temporale dei diciotto mesi (oggi dodici), che appariva un ostacolo insuperabile all'esercizio del potere di annullamento, sembrando derogabile solo a seguito della sentenza passata in giudicato, attraverso un'interpretazione creativa dell'art. 21-*nonies* da parte del giudice amministrativo è stato fortemente ridimensionato.

Sono ancora tanti gli interrogativi che bisogna porsi a fronte del testo novellato dell'art. 21-*nonies*.

Il limite temporale si applica anche a situazioni diverse da autorizzazioni o attribuzione di vantaggi economici, ma pur sempre favorevoli per i privati? La risposta dovrebbe essere positiva. Come si farebbe a giustificare un

¹⁵ Cons. Stato, VI, 15.3.2021 n. 2207.

¹⁶ *Ibidem*.

potere esercitato o il provvedimento da cui si conclude che l'effetto estensivo, per cui si ha ad effetti favorevoli di vantaggi economici dodici mesi. Vero è esercitabile anche davanti ad una situazione favorevole ad un provvedimento.

Il tema della decadenza da qualche modo connesso all'annullamento si configura attualmente.

Viene in rilievo, il diritto comunitario anche ipocritamente in autonomia procedurale degli aiuti comunitari confligge con gli obblighi e dal primato del suo.

L'introduzione certamente rende il

L'obbligo di riti dell'atto contrastante dalla Corte di Giustizia europea impone un provvedimento dissonante con la doverosità e non il limite temporale.

Un'altra ipotesi è discusso art. 211 del C

¹⁷ In dottrina: M. INTI, *La effettività comunitaria e autorizzativa*, in: D.U. GALETTA, *Autotutela e poteri amministrativi*, in: S. SINISI, *La doverosità dell'esercizio del potere amministrativo con regolamenti comunitari*, in: *La nuova azione amministrativa*.

¹⁸ Corte di Giustizia

potere esercitato oltre il termine in caso di situazioni favorevoli sorte dal provvedimento da annullare? La ragionevolezza ed il buon senso inducono a concludere che l'espressione usata dal legislatore vada interpretata in senso estensivo, per cui al di là dei vantaggi economici, in ogni provvedimento, ad effetti favorevoli, anche diverso dall'autorizzazione e dall'atto attributivo di vantaggi economici, è possibile considerare efficace l'attuale limite dei dodici mesi. Vero è semmai il contrario: è altrettanto chiaro che il potere è esercitabile anche dopo i diciotto mesi nell'ipotesi in cui non si sia di fronte ad una situazione favorevole, ma sfavorevole, cioè quando si intende annullare un provvedimento che ha prodotto effetti lesivi per il privato.

Il tema della derogabilità del termine per l'annullamento si interseca in qualche modo con quello della natura esclusivamente discrezionale o meno dell'annullamento stesso e cioè se sopravvivano all'art. 21-*nonies* nella sua attuale configurazione figure di annullamento doveroso.

Viene in rilievo, l'antico problema dell'annullamento per violazione del diritto comunitario, da considerarsi doveroso. Molto eufemisticamente, e anche ipocritamente, la Corte di Giustizia riconosce che va rispettata l'autonomia procedurale di ogni Stato, ma è noto che soprattutto nel settore degli aiuti comunitari, la discrezionalità del nostro annullamento d'ufficio configge con gli obblighi derivanti dalla appartenenza all'Unione Europea e dal primato del suo diritto¹⁷.

L'introduzione del termine rigido di dodici mesi per l'annullamento certamente rende il conflitto tra ordinamenti ancor più grave.

L'obbligo di ritiro, da parte dell'amministrazione dello Stato nazionale dell'atto contrastante con il diritto comunitario è stato più volte ribadito dalla Corte di Giustizia¹⁸. Sicché il principio del primato del diritto dell'Unione Europea impone all'amministrazione di procedere nel senso di emanare un provvedimento di annullamento che ha caratteristiche del tutto dissonanti con la disciplina dell'art. 21-*nonies*, poiché non solo dovrebbe essere doveroso e non discrezionale, ma non può essere sottoposto ad un limite temporale.

Un'altra ipotesi di annullamento doveroso poteva individuarsi nel discusso art. 211 del Codice dei Contratti pubblici (D. Lg. vo n. 50/2016), che

¹⁷ In dottrina: M. INTERLANDI, *Annullamento d'ufficio e aiuti di Stato illegittimi: la difficile convergenza tra effettività comunitaria e autonomia dei sistemi normativi nazionali*, in *Nuove Autonomie*, 4-6/20105, 823 e ss.; D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.* 2008, 425; M. SINISI, *La "doverosità" dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, in *FA-TAR*, 2007, 10.

Sul rapporto tra legge Madia e "doverosità" dell'annullamento comunitario, cfr. inoltre, M. SINISI, *La nuova azione amministrativa*, cit., 8; M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 13; M. LIPARI, *op. cit.*, 17.

¹⁸ Corte di Giustizia UE Sentenza Kuhne & Heitz 13/1/2014 in C 453/00.

prevedeva che l'Anac, nell'esercizio del potere di vigilanza, individuato un vizio di legittimità in una procedura di gara invitasse con raccomandazione vincolante la stazione appaltante a rimuoverne entro 60 giorni gli eventuali effetti illegittimi. La raccomandazione determinava un obbligo di provvedere, avendo carattere autoritativo, con conseguente comunicazione e sanzione amministrativa pecuniaria nei confronti del dirigente inadempiente a sanzione reputazionale per la stazione appaltante. Tale norma è stata però abrogata dall'art. 123 del D. Lg.vo n. 56/2017, che ha previsto che l'Anac possa direttamente impugnare dinanzi al giudice amministrativo il provvedimento illegittimo.

Sempre il Codice dei contratti pubblici prevede altre due ipotesi che richiamano l'art. 21-*nonies*. Ci si riferisce agli artt. 108 e 176 del D. lg.vo n. 50/2016 che prevedono rispettivamente la risoluzione unilaterale del contratto da parte della stazione appaltante per una serie di ipotesi tipizzate, fra cui il contrasto con il diritto dell'Unione Europea e in entrambi i casi è stabilito, che a tali interventi "non si applicano i termini previsti dall'art. 21-*nonies* della legge 7 agosto 1990 n. 241".

In ambedue le disposizioni, la deroga alla disciplina dell'annullamento d'ufficio, sembra limitarsi al rispetto del termine per l'adozione del provvedimento e quindi deve ritenersi che si tratti di un potere discrezionale e non vincolato.

In realtà, concludendo sul punto, può individuarsi una generale tendenza a riconoscere a tutte le ipotesi di annullamento diverse da quello di origine comunitaria, carattere discrezionale, come dimostra la già ricordata Adunanza Plenaria n. 8/2017, in materia edilizia, che stabilisce che l'interesse pubblico alla base dell'annullamento va comunque comparato con gli altri interessi coinvolti, e che non è accettabile la cosiddetta motivazione "in re ipsa" grazie alla quale l'amministrazione si sente, per così dire, esentata dal porre in essere una vera e propria comparazione fra interesse alla legalità e interessi coinvolti.

In dottrina si è posto anche il problema della compatibilità dell'annullamento regionale dei permessi di costruire, che può essere esercitato nei dieci anni dalla emanazione del titolo abilitativo ed il limite dei diciotto mesi: in proposito dovrebbe ritenersi prevalente la norma speciale, di cui all'art. 39 del T.U. dell'Edilizia¹⁹.

Analogo problema si pone per la compatibilità del termine dei dodici mesi, con l'annullamento governativo, che com'è noto può essere esercitato in ogni tempo. Il carattere straordinario del potere riconosciuto al Governo

¹⁹ Dubbi sulla compatibilità tra le due norme e perplessità in ordine alla mancata abrogazione dell'art. 39 sono espressi da M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 10.

dall'art. 138 concludere

Infine, n go di provv a sua volta l si tratta di s mangono feri del provvedin l'obbligo di del provved nullamento. l vento in auto provvedere j esiste secon 241, come i ha l'obbligo inammissibili quelle pales perché non

Potrebbe l'amministra prodotti dall quella giuris ancora spirat to, poiché in per aggirare

La dottri quale si rico

²⁰ In propo potere straordina sura del sistema, pandemia Covid

²¹ P.L. PORT

²² Cons. St: ricostruzione dei in *Dir. dir. pubbl.*,

Di recente, : tazioni di S. Tucc anche N. POSTER menti giurispruden Campobasso l'8:

²³ Cons. Sta

dall'art. 138 del T.U.EE.LL. a tutela dell'unità dell'ordinamento fa senz'altro concludere per la prevalenza di tali disposizioni²⁰.

Infine, non può essere ignorato il tema della esistenza o meno dell'obbligo di provvedere sull'istanza di riesame. Nella legge 164 che ha modificato a sua volta l'art. 21-*nonies*, un breve passaggio – tale è la tecnica legislativa, si tratta di spezzoni, ritagli di norme che si incollano – lascia perplessi: “*rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*”. Se c'è una istanza di riesame, il dirigente non ha l'obbligo di provvedere, ma nello stesso tempo è responsabile dell'adozione del provvedimento – come lo era già da prima – *nonché del suo mancato annullamento*. Al riguardo, in dottrina si è parlato di “*doverosità obliqua dell'intervento in autotutela*”²¹; è una norma strisciante e ipocrita: esiste un obbligo di provvedere perché diversamente si è responsabili, ma nello stesso tempo non esiste secondo giurisprudenza consolidata²², nonostante l'art. 2 della legge 241, come integrato della legge 190/2012, stabilisca che l'amministrazione ha l'obbligo di pronunciarsi anche sulle istanze considerate improponibili, inammissibili e palesemente infondate. Ma se è richiesta una pronuncia su quelle palesemente inammissibili e improcedibili, è allora lecito domandarsi perché non ci si dovrebbe esprimere sulle istanze di riesame.

Potrebbe configurarsi oggi un obbligo di procedere, al fine di evitare che l'amministrazione prima ed il funzionario poi siano tenuti a risarcire i danni prodotti dalla loro inerzia. Qualche timido segnale comincia a comparire in quella giurisprudenza che riconosce l'obbligo di procedere quando non è ancora spirato il termine per impugnare l'atto di cui si chiede l'annullamento, poiché in questo caso la domanda del privato non costituirebbe un modo per aggirare gli effetti della inoppugnabilità²³.

La dottrina recente richiama analogie con l'ordinamento finanziario, nel quale si riconosce la doverosità dell'annullamento in caso di errore su istanza

²⁰ In proposito si condividono pienamente le conclusioni di M.A. SANDULLI, *op. cit.*, 10. Tale potere straordinario, il cui esercizio è abbastanza raro, trattandosi per così dire, di una norma di chiusura del sistema, è stato recentemente adottato nei confronti del Sindaco di Messina, in periodo di pandemia Covid, che aveva vietato con ordinanza lo sbarco di cittadini non siciliani.

²¹ P.L. PORTALURI, *op. cit.*, 34.

²² Cons. Stato, V, n. 4054/2002; VI, 1427/2007; di recente V, 22.1.2015 n. 273. Per un'attenta ricostruzione della dottrina: M. IMMORDINO, M.C. CAVALLARO, *Revoca del provvedimento amministrativo*, in *Dir. dir. pubbl.*, a cura di S. Cassese, Milano, 2006, 5210.

Di recente, alla luce delle modifiche normative richiamate nel testo, cfr. le condivisibili argomentazioni di S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, 2016 nonché in questo volume. Cfr. anche N. POSTERARO, *Sussiste un dovere di provvedere, a fronte delle istanze di riesame? Critiche agli orientamenti giurisprudenziali recenti*, contributo reperibile sul sito AIPDA fra gli atti del Convegno tenutosi a Campobasso l'8 aprile 2016.

²³ Cons. Stato, V, 10.10.2016.

del contribuente, per non incorrere nell'arbitrio²⁴, oppure, sottolinea che nella normativa in esame il legislatore sembra ispirato dall'esigenza di scongiurare la responsabilità dell'amministrazione ponendo riparo agli errori commessi nella precedente manifestazione autoritativa: la doverosità del riesame avrebbe dunque una funzione riparatoria e non più ripristinatoria²⁵.

È lecito attendersi ora una risposta innovativa del giudice amministrativo.

LA SEGNALAZIONE

SOMMARIO: 1. Il diritto di
ante al controllo *ex post*
segnalazione certificata
Le trasformazioni del
amministrativi e tutele
necessaria "depurazione"

1. Il diritto di intraprendere

La legittimazione nostra tradizione ordi spesso a contenuto di compatibilità con l'int presupposto della sua

Sia che si tratti di specie vincolate, è il p dell'attività privata.

L'autorizzazione h *sine titulo*, ed è cioè ill

In alcuni casi il me non solo il controllo così dire, negativi e di tività privata, ponend autorizzativa.

Con il moltiplicar mia, si fa luogo pure a esigenze di tutela dell il fenomeno autorizza

Se prima il model (in cui è essenziale la

²⁴ P.L. PORTALURI, *op. cit.* 34 e 35.

²⁵ S. TUCCILLO, *op. cit.*, 14. Il tema è specificamente affrontato nel lavoro di M. IMMORDINO, *Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso C.P.A.*, in A. CONTIERI (a cura di), *Approfondimenti di diritto amministrativo*, Napoli, 2021, 42 ss.

¹ G. ZANOBINI, *Corso di*

² A. ORSI BATTAGLINI, ss. Sul provvedimento ammi Autorizzazioni (dir. amm.), in

³ V. SPAGNUOLO VIGORITA