

# L'autotutela amministrativa all'indomani della 'legge Madia' (\*)

\* \* \*

SOMMARIO: 1. Inquadramento della questione - 2. Le forme e i modi dell'autotutela - 3. Le ipotesi normative di riesame in autotutela con esito demolitorio: l'annullamento d'ufficio e la revoca - 4. L'autotutela e i rapporti con la SCIA e la nuova conferenza di servizi - 5. Questioni ancora aperte e nuovi profili problematici - 6. La questione dell'autotutela in materia edilizia: l'Ad. Plen. 8 del 2017

## 1. Inquadramento della questione

La nozione di **autotutela amministrativa** è oggetto di un dibattito interpretativo sempre attuale data la mancanza di un referente normativo adeguatamente certo e stabile al quale collegare con certezza le linee generali dell'istituto<sup>1</sup>.

*Aspetti generali  
della questione*

Se da un lato, infatti, la possibilità di “*farsi ragione da sé*” è riconosciuta, sin dagli albori del sistema di diritto amministrativo, come una delle più tipiche forme di manifestazione dell'*agere* pubblicistico (accanto alle figure dell'autonomia e all'autarchia), dall'altro, si è rivelato difficoltoso fino a tempi piuttosto recenti, il tentativo di fornire una sistematizzazione delle forme e dei modi in cui la P.A. può in concreto esercitare tale prerogativa.

Ad ogni modo mentre nel diritto amministrativo - sia pure con le difficoltà concettuali appena richiamate - le figure tipicamente riferibili all'autotutela (essenzialmente riconducibili alle due categorie dell'autotutela esecutiva e decisoria) hanno, ormai, ricevuto un espresso riconoscimento legislativo con l'introduzione nella legge sul procedimento amministrativo del Capo IV-bis (ad opera della l. 11 febbraio 2005, n. 14), al contrario, nel diritto civile manca a tutt'oggi un riconoscimento positivo e unitario degli istituti riferibili alla nozione di autotutela.

*Autotutela e  
diritto privato*

È noto infatti che, per quanto attiene ai rapporti interprivatistici vige, in linea di massima, un **generale divieto di autotutela** assistito, peraltro, dalla sanzione

---

(\*) Il presente scritto costituisce l'estratto di un volume di imminente pubblicazione (C. CONTESSA, *Studi e lezioni di diritto amministrativo*, La Tribuna, Piacenza, 2018).

Si ringrazia il dott. Oscar Costantini per il contributo svolto nella fase iniziale della sua impostazione.

-----  
<sup>1</sup> Le elaborazioni in tema di autotutela amministrativa hanno accompagnato sin dall'inizio l'evoluzione degli studi amministrativi.

Fra i numerosissimi contributi sul tema ci si limiterà qui a richiamare (e senza alcuna pretese di esaustività: F. BENVENUTI, *Autotutela (Dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959; G. GHETTI, *Autotutela della Pubblica Amministrazione*, in: *Dig. Disc. Pubbl., ad vocem*, 1987; G. CORAGGIO, *Autotutela (Dir. Amm.)*, in: *Enc. Giur.*, Ist. Enc. Treccani, Roma, 1988.

penale prevista dell'articolo 392 cod. pen. (in tema di *esercizio arbitrario delle proprie ragioni*).

Ne consegue che, in tale ambito, l'esercizio dei poteri e delle facoltà riconducibili alla generale nozione di autotutela sia ammesso nei soli casi espressamente previsti dalla legge.

Si tratta, del resto, di un corollario del generale principio di matrice civilistica secondo cui (salve le espresse previsioni di legge) nessuno può compiere atti unilaterali che hanno effetti sulla sfera giuridica dei terzi, quand'anche tali atti siano adottati in funzione ripristinatoria di un proprio diritto.

La centralità della tematica in esame risulta confermata e rafforzata dalle recenti riforme legislative che hanno prestato particolare attenzione al regime dell'autotutela, mirando a un **difficile contemperamento** tra (da un lato) l'esigenza di assicurare il rispetto della legalità e della correttezza nell'agire amministrativo e (dall'altro) quella di garantire agli operatori - e soprattutto agli investitori - la stabilità dei provvedimenti ampliativi della sfera giuridica individuale.

*Le esigenze sottese alle recenti riforme*

In particolare, l'esigenza di arginare gli effetti di una pervasiva crisi economica attraverso adeguate politiche di incentivazione degli investimenti ha indotto il Legislatore a rivedere la disciplina dell'autotutela sugli atti amministrativi incidenti sull'esercizio delle attività economiche, spingendolo a tenere in maggiore considerazione la tutela dell'affidamento ingenerato dal conseguimento di un titolo abilitativo.

Si inseriscono coerentemente nel richiamato orientamento di politica legislativa:

- i) la l. 11 novembre 2014, n. 164 (di conversione del decreto-legge 11 settembre 2014, n. 133 – c.d. decreto “sblocca-Italia” -) la quale ha circoscritto il potere di revoca disciplinato dall'articolo 21-*quinquies* della l. n. 241 del 1990 subordinandone l'esercizio a condizioni più rigorose che nel recente passato;
- ii) la l. 7 agosto 2015, n. 124 (c.d. ‘*legge Madia*’) la quale ha definito i limiti temporali del potere di sospensione e di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi.

## 2. Le forme e i modi dell'autotutela

Da un punto di vista classificatorio (e in base a un'impostazione dogmatica ampiamente condivisa), l'esercizio del **potere di autotutela** può essere ricondotto a “*quella parte dell'attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese*”<sup>2</sup> senza il necessario intervento di un'autorità giurisdizionale<sup>3</sup>.

*La nozione di autotutela*

Il potere in questione rappresenta una fra le più tipiche e coerenti espressioni del tipico carattere di autoritatività che caratterizza l'esplicazione dei pubblici poteri.

<sup>2</sup> F. BENVENUTI, voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. V, Milano, 1959, 540-544.

<sup>3</sup> G. CORAGGIO, *Autotutela (Dir. Amm.)*, in: *Enc. Giur. Treccani (ad vocem)*, Roma, 1989.

In via generale, dunque, soltanto agli **enti pubblici** è riconosciuta la potestà di autotutela essendo tali soggetti gli unici abilitati dall'ordinamento a poter intervenire, ricorrendone i presupposti, su di un assetto provvedimento, documentale o fattuale già cristallizzatosi a seguito di un precedente esercizio della funzione amministrativa.

Secondo tale impostazione, l'esercizio del potere di autotutela rappresenta l'esplicazione di **un potere dello stesso segno di quello inizialmente esercitato attraverso l'adozione dell'atto che ne costituisce oggetto.**

Pertanto, così come l'attribuzione legale di un certo ambito di potestà amministrativa presuppone la valutazione *ex lege* della meritevolezza degli interessi pubblici perseguiti, così anche la medesima valutazione di interessi è sottesa al riconoscimento del potere di adozione di atti di ritiro.

In base al descritto angolo visuale, un interesse è considerato *pubblico* non in virtù di suoi caratteri intrinseci ma poiché l'Ordinamento, apprezzata la rilevanza collettiva dello stesso, lo ha demandato a un soggetto giuridico tenuto istituzionalmente a perseguirlo. Pertanto, l'ente è pubblico (e in quanto tale munito *anche* del potere di agire in autotutela) in quanto caratterizzato da una particolare vocazione al perseguimento dell'interesse dalla legge imputatogli<sup>4</sup>.

In definitiva, così come l'interesse pubblico influenza e determina l'attribuzione dei poteri e delle funzioni amministrative, così anche l'interesse pubblico legittima e condiziona *a contrario* l'esercizio del potere di autotutela.

Le considerazioni appena svolte consentono di meglio esaminare i caratteri propri del potere di autotutela, il cui esercizio rappresenta **funzione di amministrazione attiva** e, in quanto tale, risulta soggetto ai principi tipici dell'*agere* amministrativo.

Dunque, non può in generale prescindersi dalla sussistenza di un **interesse pubblico attuale e concreto ai fini dell'esercizio del potere di autotutela**, non essendo sufficiente il generale interesse al mero ripristino della legalità violata (e ciò, anche alla luce dei principi di economicità ed efficacia che, legislativamente previsti dall'articolo 1, comma 1, della legge sul procedimento amministrativo, direttamente richiamano il principio di buon andamento di cui all'articolo 97 della Costituzione).

*La necessaria  
sussistenza  
di un interesse  
pubblico*

Tradizionalmente si è soliti distinguere tra

- un'**autotutela esecutiva**, che consiste nel compimento di operazioni, quali ad esempio la tutela in via amministrativa dei beni appartenenti al demanio pubblico (articolo 823, comma 2, c.c.), mediante l'esecuzione coattiva dei provvedimenti amministrativi ai sensi dell'articolo 21-ter della l. 7 agosto 1990 n. 241 e
- un'**autotutela decisoria** la quale, avendo ad oggetto precedenti provvedimenti amministrativi, si sostanzia in quello che è stato definito in dottrina un "*controllo mediante richiesta di riesame*"<sup>5</sup>.

*Autotutela  
esecutiva  
e autotutela  
decisoria*

L'**autotutela esecutiva**, intesa in via generale quale potere di far eseguire coattivamente i provvedimenti amministrativi senza il ricorso all'Autorità

*Autotutela  
esecutiva*

<sup>4</sup> E. CASSETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2015, 84-86.

<sup>5</sup> F. BENVENUTI, *Il controllo mediante richiesta di riesame*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1954.

giudiziaria, costituisce il corollario del carattere di esecutorietà del provvedimento amministrativo e cioè, della capacità, dell'atto amministrativo di imporsi unilateralmente esplicando efficacia diretta e immediata nella sfera giuridica dei destinatari.

Tale carattere del provvedimento, richiamato ora dall'articolo 21-ter della l. 241 del 1990 soggiace a un rigido **principio di tipicità**. Ai fini dell'esercizio dell'autotutela esecutiva occorre, quindi, una norma specifica attributiva alla pubblica amministrazione del potere di agire in via diretta ed immediata per l'attuazione coattiva dei propri interessi.

L'**autotutela decisoria** si sostanzia, invece, in una potestà generale per mezzo della quale alla P.A. è consentito riesaminare i propri atti al fine di emendarli da vizi di legittimità o di merito (ovvero al fine di far conseguire al rilievo di tali vizi la caducazione dell'atto che ne risulta viziato).

*Autotutela  
decisoria*

È evidente che, in tali casi, uno degli aspetti problematici del fenomeno è legata alla necessità di assicurare comunque – e laddove possibile - un certo grado di protezione agli interessi dei privati i quali abbiano riposto un affidamento incolpevole sul provvedimento oggetto di riconsiderazione da parte dell'autorità.

Chi, ad esempio, abbia ottenuto una concessione, deve poter confidare nel fatto di poterne beneficiarne per il tempo stabilito, così da poter programmare la propria attività e i propri investimenti economici (*scil.*: sempre che il soggetto interessato non abbia dato egli stesso luogo all'illegittimità attizia e sempre che il suo contegno non sia per altra ragione immeritevole di tutela).

Per quanto riguarda la **fase dell'iniziativa**, finalizzata all'esercizio dei poteri di autotutela, si distingue solitamente tra:

*La fase  
dell'iniziativa*

- un'**iniziativa autonoma** (o autotutela spontanea) che sussiste quando è la stessa P.A. ad attivare *sua sponte* l'attività finalizzata al riesame dell'atto e
- un'**iniziativa eteronoma** (o autotutela contenziosa) che sussiste quando è il destinatario finale dell'atto a chiedere alla P.A. l'esercizio del potere di riesame della fattispecie.

E' qui appena il caso di osservare che, sulla base di un orientamento più che consolidato, non sussiste in capo all'Amministrazione alcun obbligo di attivarsi a fronte di un'istanza di autotutela contenziosa, restando l'adozione dei conseguenti atti espressione di una lata discrezionalità amministrativa.

#### **Cons. Stato, V, 15 settembre 2017, n. 4351**

*“E’ noto (...) che non sussiste alcun obbligo giuridico per l’Amministrazione di pronunziarsi su di un’istanza del privato volta ad ottenere l’esercizio dei poteri di riesame di una situazione inoppugnabile (...) ovvero nell’ipotesi di un’istanza di estensione “ultra partes” del giudicato (in termini Cons. Stato, V, 3 maggio 2012, n. 2748) o pretestuosa.*

*Si tratta infatti di fattispecie espressione di un’amplissima discrezionalità, in quanto tali non coercibili dall’esterno, e che si pongono come deroga alla regola generale per cui, in presenza di una formale istanza del privato, l’Amministrazione è tenuta a concludere il procedimento anche se ritiene che la proposta domanda sia irricevibile, inammissibile od infondata, non potendo rimanere inerte, atteso che l’art. 2 della legge n. 241*

*del 1990, nel testo novellato, le ha imposto di rispondere in ogni caso alle istanze dei privati (Cons. Stato, III, 8 settembre 2016, n. 3827).*

Per quanto riguarda la tipologia dei vizi che possono essere valutati e dedotti ai fini dell'esercizio dell'autotutela decisoria, è noto che occorre al riguardo distinguere fra

*I vizi  
suscettibili di  
venire  
in rilievo*

- i **vizi di legittimità**, che possono dare luogo all'annullamento d'ufficio ai sensi dell'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990 (fatte salve le ipotesi di illegittimità non invalidante le quali, ai sensi dell'articolo 21-*octies*, non consentono l'annullamento d'ufficio)
- e **vizi inerenti il merito della scelta amministrativa** (*i.e.*: il procedimento di selezione e ponderazione comparativa degli interessi coinvolti nella vicenda amministrativa), che possono dar luogo soltanto a revoca ai sensi dell'articolo 21-*quinquies*, l. proc..

Con riferimento, invece, all'**esito del processo di riesame** occorre distinguere tra: *a*) un riesame con **esito demolitorio**, il cui effetto è quello di rimuovere l'atto oggetto di autotutela attraverso gli istituti dell'annullamento (articolo 21-*nonies*, l. proc.) e della revoca (articolo 21 *quinquies*) e *b*) un riesame con **esito conservativo**, il cui effetto è quello di emendare l'atto dal vizio che lo inficia e consentire così la sua ulteriore produzione di effetti.

*L'esito del  
riesame*

La tipologia di riesame da ultimo richiamata si esplica attraverso le figure della **convalida** (consistente nella rimozione del profilo di illegittimità dell'atto), della **ratifica** (che si sostanzia nell'adozione di un provvedimento nuovo ed autonomo per mezzo del quale viene eliminato il vizio di incompetenza relativa da parte dell'autorità astrattamente competente) e, infine, della **sanatoria** (nel caso in cui l'atto viziato, originariamente privo dei requisiti o presupposti di legittimità, venga munito *ex post* di tali requisiti).

Merita, infine, accennare, non fosse altro perché i recenti interventi legislativi hanno riguardato anche tale istituto, alla problematica riconducibilità del **potere di sospensione** al generale potere di autotutela decisoria.

*Il potere di  
sospensione  
quale modalità  
di autotutela*

Occorre in particolare collocare nel corretto alveo sistematico la previsione di cui al comma 2 dell'articolo 21-*quater* della l. 241 del 1990, secondo cui «*l'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge (...)*».

Secondo parte degli interpreti l'istituto della sospensione troverebbe il suo fondamento nell'articolo 7, comma 2 della l. 241 del 1990 (il quale facoltizza l'Amministrazione all'adozione di provvedimenti cautelari), in tal modo ponendosi al di fuori dell'ambito dei poteri di autotutela in senso proprio, atteso che le esigenze sottese all'adozione di un provvedimento interinale e soprassessorio sono diverse da quelle sottese all'adozione di un atto di autotutela.

Secondo un diverso (e invero più persuasivo) orientamento deve ritenersi che la sospensione dell'atto costituisca una delle possibili misure adottabili dall'amministrazione nell'ambito dell'esercizio dei poteri di riesame sussumibili nel più ampio *genus* dell'autotutela decisoria.

Depongono in tal senso non solo la collocazione sistematica della disposizione che regola il potere di sospensione, ma anche la rubrica dell'articolo 6 della l. 124 del 2015 il quale, intervenendo in materia di "Autotutela amministrativa", apporta modifiche proprio all'articolo 21-*quater*, comma 2 della l. 241 del 1990.

Vero è che nel caso della sospensione di cui all'articolo 21-*quater* l'atto non viene rimosso dall'ordinamento (al contrario di quanto avviene nelle ipotesi tipiche dell'annullamento e della revoca); è altresì vero – però – che **il potere di incidere sull'idoneità dell'atto a produrre effetti rappresenta a propria volta un dato del tutto compatibile con le modalità di esercizio proprie dell'autotutela decisoria.**

### **3. Le ipotesi normative di riesame in autotutela con esito demolitorio: l'annullamento d'ufficio e la revoca**

L'**annullamento d'ufficio** consiste nell'eliminazione del provvedimento amministrativo illegittimo dal mondo giuridico. La giurisprudenza del Consiglio di Stato ha più volte sottolineato che **il provvedimento di auto-annullamento di un precedente atto amministrativo costituisce la principale espressione del potere di autotutela spettante alla P.A.**, giacché la necessità della continua rispondenza dell'assetto dei rapporti amministrativi all'interesse pubblico fa sì che all'amministrazione sia riconosciuta la potestà, quante volte l'interesse pubblico lo richieda, di tornare sulle proprie statuizioni, annullando, a talune condizioni, gli atti che risultino viziati *ab initio* per ragioni di illegittimità<sup>6</sup>.

*L'annullamento d'ufficio*

A tal fine, pare utile isolare i presupposti, **cumulativi**, legittimanti l'esercizio di tale potere, ormai, espressamente riconosciuto dall'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990.

*Condizioni di esercizio del potere di annullamento*

Rileva, in primo luogo, l'**illegittimità del provvedimento** amministrativo oggetto del ritiro in autotutela. L'illegittimità, come espressamente previsto dalla norma, deve essere valutata ai sensi dell'articolo 21-*octies* della l. 241 del 1990 e dunque alla stregua delle tipiche ipotesi riconducibili alla violazione di legge, all'eccesso di potere e all'incompetenza relativa.

*a) l'illegittimità del atto*

Giova segnalare che il decreto-legge n. 133 del 2014 (c.d. *sblocca-Italia*), nel modificare l'articolo 21-*nonies*, comma 1 della l. 241 del 1990, ha stabilito che la possibilità di procedere all'annullamento d'ufficio resti esclusa nei casi di cc.dd. illegittimità non invalidanti di cui all'articolo 21-*octies*, comma 2 della l. 241 del 1990 in tal modo ponendo fine a una divergenza di opinioni che si era manifestata sino a tempi piuttosto recenti.

Prima della modifica normativa del 2014, infatti, una parte degli osservatori riteneva che, a fronte delle ipotesi di illegittimità non invalidante di cui all'articolo 21-*octies*, non fosse attivabile il potere di annullamento d'ufficio, non essendo esse qualificabili come ipotesi di invalidità in senso proprio, quanto – piuttosto – come

---

<sup>6</sup> R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell'atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007; si veda anche N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, p. 369.

mere irregolarità (in quanto tali, non ascrivibili all'ambito di applicazione dell'articolo 21-*nonies*).

Secondo altra parte degli osservatori, invece, a fronte delle ipotesi di illegittimità non invalidanti era ben configurabile l'esercizio dell'annullamento d'ufficio, trattandosi pur sempre di atti amministrativi illegittimi, ancorché non annullabili in giudizio per una sostanziale carenza di interesse all'impugnativa.

Il secondo presupposto rilevante ai fini dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è la **sussistenza di ragioni di interesse pubblico** all'adozione del provvedimento di ritiro.

*b) la sussistenza di un interesse pubblico*

Pertanto l'annullamento in autotutela, che ha la finalità di tutelare l'interesse pubblico, si distingue dall'annullamento giurisdizionale, che ha la finalità di tutelare situazioni giuridiche dei privati, secondo la logica della **giurisdizione di diritto soggettivo** che caratterizza il vigente modello processuale amministrativo.

Tale rilievo concorre, appunto, a spiegare perché, oltre alla illegittimità dell'atto, occorra altresì la sussistenza di un pubblico interesse che giustifichi l'eliminazione dal mondo giuridico dell'atto medesimo e degli effetti da questo prodotti. L'annullamento d'ufficio è, infatti, subordinato ad un'attenta ponderazione degli effetti che lo stesso può determinare sulle posizioni consolidate dei soggetti privati che sull'atto hanno riposto un legittimo affidamento: l'annullamento in autotutela presuppone, cioè, il riscontro relativo alla sussistenza di un interesse pubblico in concreto prevalente sull'affidamento ingenerato nel privato.

Tale requisito rappresenta la traduzione legislativa dell'orientamento giurisprudenziale secondo cui, al fine di supportare il legittimo esercizio del potere di annullamento, non è sufficiente la mera finalità di ripristinare la legittimità violata essendo altresì necessario che sussistano specifiche ragioni di interesse pubblico concreto ed attuale di cui l'amministrazione dovrà dare esatto conto nella motivazione del provvedimento di annullamento<sup>7</sup>.

**Ciò non vuol dire che, ai fini dell'esercizio di autotutela, l'interesse pubblico sia posto su un piano di sostanziale equiordinazione con l'interesse del privato** inizialmente avvantaggiato dal provvedimento oggetto di annullamento. Non a caso, l'articolo 21-*nonies* richiama una mera valutazione dell'interesse del privato (attraverso l'uso della locuzione «tenendo conto») e non certo una vera e propria ponderazione fra i due tipi di interessi che sono e restano distinti.

In definitiva, ciò che regola la fattispecie e che giustifica il legittimo esercizio del potere di annullamento è la sola consistenza dell'interesse pubblico, laddove la valutazione dell'interesse del privato inciso dal suo esercizio, pur se rilevante nell'ambito della fattispecie (e in particolare ai fini motivazionali), rappresenta uno soltanto dei molteplici elementi di cui l'amministrazione deve tener conto nella sua scelta discrezionale.

**Consiglio di Stato, VI, 27 gennaio 2017, n. 341**

<sup>7</sup> *Contra* F. BENVENUTI, *Scritti giuridici*, Vol. I, Monografie e manuali, Milano, 2006, 528 secondo il quale tale ultimo aspetto può suscitare perplessità soprattutto alla luce della considerazione che “non vi è interesse pubblico più alto di quello dell'osservanza della legge”.

*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 (...).*

Nel prosieguo del presente Capitolo si svolgeranno alcune considerazioni sulla più recente giurisprudenza del Consiglio di Stato in materia di autotutela decisoria, con particolare riguardo ai limiti e alle modalità di esercizio del potere di annullamento d'ufficio dei titoli edilizi invalidi, laddove l'autotutela intervenga dopo un notevole lasso di tempo dall'adozione dell'atto illegittimo (e dopo che il privato abbia quindi beneficiato per lungo tempo dei relativi effetti).

Ai fini che qui rilevano (e rinviando al par. 6 per ogni approfondimento) ci si limita ad osservare che negli anni più recenti si è svolto un dibattito piuttosto vivace in ordine al *quantum* di motivazione che deve assistere il provvedimento di annullamento d'ufficio della concessione edilizia in sanatoria intervenuto a notevole distanza temporale dal suo rilascio.

*La controversa questione dell'interesse pubblico in re ipsa*

Ebbene, un **primo orientamento (Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341)**, ha affermato che il potere di annullamento ha un presupposto rigido (l'illegittimità dell'atto da annullare) e due presupposti riferiti a concetti indeterminati, affidati all'apprezzamento discrezionale dell'amministrazione: la ragionevolezza del termine di adozione dell'atto (comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici) e la sussistenza dell'interesse pubblico alla sua rimozione unitamente alla considerazione dell'interesse dei destinatari. Si è ritenuta, pertanto, necessaria la presenza di una motivazione in ordine all'apprezzamento degli interessi dei destinatari dell'atto in relazione alla preminenza dell'interesse pubblico alla eliminazione d'ufficio di un titolo illegittimo. E ciò, tanto più, in presenza di un provvedimento, come quello in materia edilizia destinato ad esaurirsi con l'adozione dell'atto abilitativo, in cui assume – almeno tendenzialmente - maggiore rilevanza l'interesse dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore quello pubblico all'eliminazione di effetti che si sono prodotti in via definitiva.

Con l'ulteriore corollario che l'interesse pubblico alla rimozione attuale dell'atto non può coincidere con l'esigenza del mero ripristino della legalità violata e deve essere integrato da ragioni differenti.



Un **secondo orientamento** ha, invece, affermato che il provvedimento di annullamento di una concessione edilizia illegittima è *in re ipsa* 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 in capo all'amministrazione il potere-dovere di annullare in ogni tempo la concessione illegittimamente assentita (**Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660**; *id.*, Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5691). E ciò soprattutto quando l'illegittimità è dipesa dalle prospettazioni non veritiere del privato.

Il tema dell'interesse pubblico all'annullamento di un atto illegittimo pone all'interprete la questione se, a fronte di interessi di carattere particolarmente rilevante (si pensi alla tutela dell'ambiente, della salute o del rispetto dei vincoli di bilancio), possa configurarsi un **interesse pubblico in re ipsa** alla rimozione dell'atto illegittimo, irrilevante essendo il momento in cui interviene l'atto di autotutela.

Una traduzione positiva della figura dell'interesse pubblico *in re ipsa* era contenuta nella **l. 30 dicembre 2004, n. 311, art. 1, comma 136** secondo cui «*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso*».

*L. 311/2004,  
art. 1, co. 136*

Già nella sua iniziale formulazione, tuttavia, la disposizione in parola attenuava in qualche misura la portata del principio, stabilendo che l'annullamento non potesse comunque intervenire decorso un triennio a fronte di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati.

L'individuazione da parte del Legislatore di un **limite temporale per l'esercizio dell'autotutela** anticipava così di alcuni anni la previsione delle c.d. 'legge Madia', la quale fissa ora – per un gran numero di ipotesi – il limite dei diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio.

Ad ogni modo il richiamato comma 136 è stato da ultimo abrogato dall'articolo 6 della 'legge Madia' del 2015, in tal modo espungendo dall'Ordinamento interno l'unico richiamo espresso all'interesse pubblico *in re ipsa*.

Come si avrà modo di osservare nel prosieguo, l'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato, con la sentenza n. 8 del 2017 ha infine negato che la figura in esame trovi un effettivo spazio sistematico nell'ordinamento pubblicistico nazionale.

Maggiormente articolata risulta, invece, la questione circa la sussistenza di un interesse pubblico *in re ipsa* all'annullamento nell'ipotesi di **atto amministrativo illegittimo per contrasto con il diritto dell'Unione Europea**. Occorre, dunque, indagare l'attualità dell'assunto secondo il quale il rispetto della legittimità europea “*rappresenterebbe un interesse superiore, dotato di prevalenza su tutti gli*

*Interesse  
in re ipsa  
e annullamento  
dell'atto  
anticomunitario*

altri”<sup>8</sup> idoneo, quindi, a far sorgere un obbligo in capo alla P.A. di provvedere all’annullamento in autotutela dei provvedimenti antieuropei<sup>9</sup>.

In una prima fase il giudice amministrativo, facendo leva sul principio di leale cooperazione di cui all’articolo 4 paragrafo 3 del trattato sull’Unione europea ha affermato che l’interesse pubblico al ritiro del provvedimento è da considerare non solo *in re ipsa*, ma anche sempre prevalente su altri interessi privati.<sup>10</sup>

Più di recente la giurisprudenza amministrativa ha in parte mutato il proprio orientamento e ha negato che, nelle ipotesi di violazione del diritto europeo, l’esercizio dell’autotutela demolitoria sia configurabile come obbligatoria.

Ha evidenziato in particolare al riguardo che “*anche nell’ordinamento comunitario la sola illegittimità dell’atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo*”<sup>11</sup>.

La giurisprudenza amministrativa, quindi, dopo aver sostenuto la doverosità dell’annullamento d’ufficio da parte della P.A. nel caso di atto amministrativo contrastante con il diritto UE, ha in seguito affermato la **permanenza di una scelta discrezionale in capo all’amministrazione in ordine all’attivazione dei poteri di autotutela** valorizzando il richiamo normativo agli “*interessi dei destinatari e dei controinteressati*”.

Dal canto suo, la giurisprudenza della Corte di Giustizia dell’UE ha sempre subordinato la legittimità degli atti di ritiro di provvedimenti delle Istituzioni europee alla ponderazione tra la tutela dell’interesse pubblico alla legalità e la tutela dell’affidamento ragionevolmente riposto dai beneficiari dei provvedimenti nella stabilità dell’azione amministrativa.

Inoltre, la giurisprudenza della Corte di Lussemburgo non impone che l’autorità amministrativa nazionale sia sempre obbligata a riesaminare – ai fini dell’autotutela - una decisione amministrativa che ha acquisito il carattere della definitività per il decorso del termine di impugnativa oppure in seguito

*Gli orientamenti della Corte di Giustizia dell’Unione europea*

---

<sup>8</sup> G. GARDINI, *Rinvio pregiudiziale, disapplicazione, interpretazione conforme: i deboli anticorpi europei e la “forza sovrana” dell’atto amministrativo inoppugnabile*, in *Dir. amm.*, 1, 2015, 217-264.

<sup>9</sup> *Ex multis*, N. PIGNATELLI, *L’illegittimità “comunitaria” dell’atto amministrativo*, in *Giur. Cost.*, 2008; M. SINISI, *La “doverosità” dell’esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, *Foro Amm.vo TAR*, 2007, 10.

<sup>10</sup> Cons. Stato 5 giugno 1998 n. 918.

<sup>11</sup> Così Cons. Stato, 3 marzo 2006, n. 1023; in senso analogo, cfr. Cons. Stato, 8 settembre 2008, n. 4263, in cui il Collegio ha ritenuto che “*un provvedimento amministrativo, [...] il cui contenuto sia in contrasto con norme o principi comunitari, non possa essere disapplicato dall’amministrazione, sic et simpliciter, ma debba essere rimosso con il ricorso ai poteri di autotutela di cui la stessa amministrazione dispone. L’esercizio di tali poteri, peraltro, deve ritenersi soggetto, anche in questi casi, ai principi che sono a fondamento della legittimità dei relativi provvedimenti, rappresentati dalla contemporanea presenza di preminenti ragioni di interesse pubblico alla rimozione dell’atto, se si tratta di situazioni consolidate o di atti che abbiano determinato un legittimo affidamento in coloro che ne sono interessati, e dalla osservanza delle garanzie che l’ordinamento appresta per i soggetti incisi dall’atto di autotutela, prima fra tutte quella di consentire ai soggetti interessati di partecipare al relativo procedimento*”.

all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, e ciò conformemente al principio di certezza del diritto.

In tale ottica va però evidenziato che, nonostante l'affermazione del tradizionale principio circa l'insufficienza del mero interesse al ripristino della legalità per giustificare un procedimento di secondo grado con esiti caducatori, alcune pronunce della Corte di Giustizia hanno prefigurato un **parziale cambio di rotta** rispetto a tale orientamento.

Infatti, in alcune sentenze, la CGUE sembra in qualche modo mettere in dubbio il principio della discrezionalità dei provvedimenti di secondo grado con effetto demolitorio sugli atti amministrativi nazionali contrastanti con il diritto europeo. In particolare, il Giudice europeo sembra giungere a tali conclusioni facendo leva sul principio dell'*effet utile* del diritto europeo, nonché sul principio di *leale cooperazione* di cui all'art. 4, paragrafo 3 del TUE, in base al quale "*gli Stati membri adottano ogni misura di carattere generale o particolare atta ad assicurare l'esecuzione degli obblighi derivanti dai trattati o conseguenti agli atti delle istituzioni dell'Unione*".

A corollario di tale principio la Corte di Giustizia con la **sentenza del 13 gennaio 2004 C-453/00, Kühne & Heitz** ha affermato che, in caso di atto amministrativo illegittimo per violazione del diritto UE, sussiste l'obbligo per l'Autorità amministrativa nazionale di riesaminare tale atto anche laddove questo sia divenuto inoppugnabile ai sensi del diritto interno, **a condizione che l'ordinamento nazionale conferisca tale potere.**

In sintesi:

- se da un lato (e conformemente al **principio di certezza del diritto**) il diritto eurounitario non esige in via generale che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa la quale abbia acquisito il carattere della definitività alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale (e ciò, al fine di evitare che atti amministrativi produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione *sine die*)
- dall'altro lato la Corte evidenzia che, in taluni casi, il citato principio può risultare limitato e in parte attenuato nei suoi effetti. Sotto tale aspetto viene in particolare in rilievo il **principio di equivalenza** nella somministrazione di tutela a fronte delle posizioni giuridiche di matrice UE rispetto a quelle fissate dal diritto interno. Se, infatti, in applicazione di norme di diritto nazionale, l'amministrazione è tenuta a ritirare una propria decisione divenuta definitiva la quale risulti manifestamente incompatibile con il diritto interno, identico obbligo deve sussistere nel caso di atto illegittimo per manifesta incompatibilità sia il diritto europeo.

Strettamente connesso alla sussistenza delle ragioni dell'interesse pubblico all'annullamento risulta il **terzo presupposto** legittimante l'esercizio di tale potere: ci si riferisce al **termine ragionevole** decorso il quale, in via generale, non è più consentito alla P.A. esercitare i poteri di cui all'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990.

*c)il termine ragionevole*

Infatti, tanto maggiore sarà il tempo trascorso dal momento dell'adozione dell'atto illegittimo, tanto più tenderanno a consolidarsi le posizioni individuali dei

soggetti destinatari del provvedimento oggetto di riesame, con la conseguenza che risulterà molto più difficile per la P.A. fornire la prova in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico davvero concreto ed **attuale** alla rimozione dell'atto.

Sul tema dei rapporti fra decorso del tempo e possibilità di fare legittimo ricorso all'autotutela è di recente intervenuta la l. 124 del 2015 la quale ha chiarito che il **termine ragionevole per l'adozione dell'annullamento d'ufficio** non può essere comunque “*superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20*”.

*Il termine di diciotto mesi (l. 124/2015) ha valenza generale?*

Si è stabilita quindi (e almeno per il caso di provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici) una **presunzione di non ragionevolezza del termine** decorso il quale è precluso l'esercizio del potere di autotutela.

Ciò non toglie, naturalmente, che nelle medesime ipotesi sarà comunque possibile dimostrare che – in relazione alle peculiarità del caso di specie – persino un termine più breve di quello pari a diciotto mesi potrebbe in concreto rivelarsi irragionevole.

Sotto tale aspetto la *ratio* sottesa alla novella del 2015 è da rinvenire nell'intento di responsabilizzare la P.A., la quale sarà chiamata, secondo il generale **principio di comportamento secondo buona fede**, a sopportare le conseguenze sfavorevoli delle proprie pregresse determinazioni, senza che possa risultare leso il soggetto privato il quale abbia riposto un legittimo affidamento su di una situazione provvedimentale, fattuale o documentale ormai cristallizzata.

Si è in tal modo posta una **limitazione alla possibilità per la P.A. di intervenire mediante provvedimenti di secondo grado**, e tanto al fine di assicurare una maggiore certezza e stabilità delle situazioni giuridiche ormai consolidate in capo ai privati.

Un'**eccezione** ai principi appena richiamati è prevista dallo stesso articolo 21-*nonies*, comma 2-*bis* e riguarda i provvedimenti amministrativi ottenuti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive false e mendaci per effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato.

Resta, altresì, ferma l'ipotesi dell'**annullamento governativo per gravi motivi** che rimane libero da qualsiasi limite temporale (**art. 2, comma 3, lett. p) L. 23 agosto 1988, n. 400**).

Nonostante il disposto dell'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990 suggerisca di distinguere, ai fini dell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, tra provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici e ogni altra tipologia di provvedimento, la commissione speciale del Consiglio di Stato, in sede di **parere 30 marzo 2016, n. 839**<sup>12</sup> ha ritenuto che la richiamata previsione costituisca espressione di un più generale **principio di sostanziale consumabilità del potere di agire in autotutela per effetto del decorso del tempo**.

*Si va verso la generalizzazione e del criterio dei diciotto mesi?*

---

<sup>12</sup> Il parere in questione è stato reso sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCIA).

Si tratterebbe, in definitiva, di una previsione che sancisce la nascita di una **nuova regola generale di certezza applicabile a tutti i rapporti tra amministrazione e privati** prevista proprio a vantaggio dei secondi.

**Consiglio di Stato, Commissione speciale,  
parere 30 marzo 2016, n. 839**

*“Tale confine temporale introduce un ‘nuovo paradigma’ nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l’inoppugnabilità degli atti nell’interesse dell’amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell’interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati. In altri termini, ad avviso della Commissione Speciale, è possibile affermare che la legge n. 124, con la novella all’art. 21-nonies della legge n. 241, abbia introdotto una nuova ‘regola generale’ che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende imm modificabile 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). 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*

Ad avviso di chi scrive, tuttavia, l’enucleazione del richiamato principio generale (pur autorevolmente affermata dal Consiglio di Stato) non appare pacifica.

Si osserva al riguardo che, per quanto la formula “**provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici**”, data la sua ampiezza, ben si presta ad inglobare pressoché la maggior parte degli atti suscettibili di interesse per il privato, la lettura proposta dalla Commissione speciale non appare del tutto compatibile con l’ultimo periodo dell’articolo 21-*quater*, comma 2 della l. 241 del 1990 il quale, al fine di delimitare temporalmente la sospensione dell’efficacia o dell’esecutività dei provvedimenti amministrativi, richiama espressamente (non già *il* termine di diciotto mesi di cui all’articolo 21-*nonies*), bensì - al plurale - *i* termini di quello stesso articolo.

Sembra quindi che il Legislatore miri a **distinguere** tra

- (da un lato) i **provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici** (il cui annullamento è consentito entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi) e

- (dall'altro) tutti gli **altri provvedimenti amministrativi** passibili di annullamento entro un limite temporale ragionevole (ma sostanzialmente elastico), senza alcuna specificazione volta ad oggettivizzare tale concetto indeterminato e, pertanto, rientrante nell'ambito della discrezionalità amministrativa.

Dal canto suo, lo stesso articolo 21-*quater*, comma 2 della l. 241 del 1990 sembra testimoniare la volontà del Legislatore di coordinare il potere di sospensione e quello di annullamento, posto che *“la sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21-nonies”*.

Sembra che in tal modo il Legislatore abbia inteso scongiurare l'ipotesi che l'amministrazione, dopo essere decaduta dalla potestà di determinarsi in via di annullamento d'ufficio, possa surrettiziamente avvalersi del potere di cui all'articolo 21-*quater*, optando per una sospensione *sine die* dell'atto illegittimo.

E' ora possibile svolgere alcune considerazioni sull'istituto della **revoca, pubblicistica**<sup>13</sup> cui la novella del 2005 ha dedicato la previsione dell'articolo 21-*quinquies* della legge generale sul procedimento.

*L'istituto della revoca pubblicistica*

In base alla teoria generale, la revoca dell'atto amministrativo costituisce un atto di ritiro, con **effetto non retroattivo**, la cui adozione presuppone (non un vizio di legittimità, bensì) il sopraggiungere di motivi di pubblico interesse, la modifica della situazione di fatto rilevante, ovvero una nuova e diversa valutazione dell'**opportunità** dell'atto stesso. La revoca incide, pertanto, sull'efficacia del provvedimento, rendendolo inidoneo, *ex nunc*, a produrre ulteriori effetti in contrasto con l'interesse pubblico.

Nel diritto amministrativo è generalmente ammessa la possibilità per la pubblica amministrazione di riesaminare i propri atti e di revocarli, al contrario di quanto avviene nel diritto civile, nel cui ambito è necessaria una espressa pattuizione o una disposizione normativa affinché sia consentito incidere unilateralmente su un precedente atto (si pensi all'ipotesi prevista dall'art. 1723 c.c., secondo cui al mandante è consentito disporre la revoca del mandato).

Passando ora ad esaminare i **presupposti legittimanti il ricorso all'istituto della revoca**, giova evidenziare, preliminarmente, l'esistenza di una sorta di *fil rouge* che unisce l'intervento riformatore di cui alla 'legge Madia' 2015 e il pregresso intervento legislativo in tema di revoca del provvedimento (si tratta del decreto-legge n. 133 del 2014 - c.d. 'Sblocca-Italia'). Anche in tema di revoca, infatti, si è provveduto, sempre nell'ottica di riconoscere maggiore stabilità e certezza alle situazioni giuridiche scaturenti in capo ai privati dalla efficacia degli stessi provvedimenti, a circoscrivere in modo stringente le ipotesi legittimanti il ricorso all'autotutela nelle forme, appunto, di cui all'articolo 21-*quinquies* della l. 241 del 1990.

*Condizioni di esercizio del potere di revoca*

In base all'articolo 21-*quinquies* tre sono i **presupposti alternativi che legittimano l'adozione di un provvedimento di revoca**: a) il **sopraggiungere di motivi di pubblico interesse**; b) il **mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento originario**; c) una

<sup>13</sup> P. SALVATORE, *Revoca degli atti amministrativi*, in: *Enc Giur. Treccani (ad vocem)*, Roma, 1989.

**nuova valutazione dell'interesse pubblico**, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

Siccome la revoca, come già si è accennato, incide sul regime di efficacia del provvedimento, è evidente che la stessa possa avere ad oggetto i soli provvedimenti amministrativi ad **efficacia durevole**, e cioè i soli provvedimenti ancora idonei a produrre effetti nell'ordinamento giuridico nel momento in cui la P.A. si determina a rivalutarne l'opportunità. Di conseguenza, non sono revocabili i provvedimenti ad efficacia istantanea e i provvedimenti che hanno comunque già esaurito i loro effetti. È il caso, ad esempio, dell'ordine già eseguito o della concessione ormai estinta per decorso del suo termine di durata.

*La revoca opera solo per gli atti ad efficacia durevole*

Per tale ragione suscita alcuni interrogativi la previsione dell'articolo 21-*quinquies*, comma 1-*bis* il quale ascrive all'ambito di applicazione dell'istituto in parola anche i **provvedimenti ad efficacia istantanea**.

*Criticità interpretative: efficacia istantanea e parametrizzazione dell'indennizzo*

Ai sensi della richiamata disposizione, infatti, *“ove la revoca di un atto amministrativo ad efficacia durevole o istantanea incida su rapporti negoziali, l'indennizzo liquidato dall'amministrazione agli interessati è parametrato al solo danno emergente e tiene conto sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico”*.

Infatti, rispetto agli atti amministrativi i cui effetti si sono già esauriti in quanto istantanei, non è agevole comprendere in che modo la revoca possa inibire la produzione di ulteriori effetti, posto che un atto ad efficacia istantanea è *ex se* ontologicamente idoneo a produrre effetti nel corso del tempo.

Una possibile interpretazione in grado di ricondurre a sistema il disposto dell'intero art. 21-*quinquies* è quella di ritenere che il Legislatore, nell'introdurre il comma 1-*bis* dell'articolo 21-*quinquies*<sup>14</sup>, abbia inteso riferirsi agli atti ad efficacia istantanea allorché questi non siano stati ancora portati ad effetto completo<sup>15</sup>.

Un ulteriore profilo di non agevole comprensione della disposizione in esame deriva dalla previsione relativa alla **parametrizzazione dell'indennizzo in favore del soggetto inciso dall'esercizio del potere di revoca**.

Ai sensi dell'articolo 21-*quinquies*, comma 1-*bis*, infatti, ai fini di tale parametrizzazione occorre tenere conto *«sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico»*.

In tal modo, tuttavia, sembra che il Legislatore riferisca la previsione in tema di revoca a un provvedimento *ab origine* invalido (il quale, dunque, sarebbe piuttosto ascrivibile alle ipotesi di annullamento d'ufficio)<sup>16</sup>.

<sup>14</sup> La disposizione è stata introdotta nel *corpus* della l. 241 del 1990 ad opera del decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7.

<sup>15</sup> Potrebbe, inoltre, trattarsi di atti potenzialmente istantanei che, però, non abbiano ancora prodotto effetto alcuno perché, ad esempio, sospesi o ad efficacia condizionata.

<sup>16</sup> F.G. SCOCA (a cura di) *Diritto amministrativo* Torino, 2014, 314 ss.

*Revoca  
e affidamento  
del privato*

In disparte i profili problematici appena rilevati, resta fermo che, mentre per l'annullamento d'ufficio (come si è visto) la **tutela dell'affidamento** passa attraverso la previsione di un limite temporale (di carattere rigido o elastico a seconda dei casi), nel caso della revoca la tutela della posizione degli interessati risulta invece garantita da un obbligo di indennizzo a carico dell'amministrazione.

Anche alla luce della previsione di tale ristoro compensativo del pregiudizio economico patito, un orientamento ormai consolidato ritiene che le situazioni giuridiche soggettive favorevoli del privato fondate sull'atto revocando non costituiscono un limite all'esercizio del potere di revoca.

**I criteri di commisurazione del quantum indennitario sono positivamente previsti dall'articolo 21-quinquies, comma 1-bis, della l. 241 del 1990.**

*La commisurazione del quantum indennitario*

In base a tale disposizione l'indennizzo deve essere rapportato al solo **danno emergente** (perdita subita), con esclusione, quindi, del lucro cessante (mancato guadagno), vale a dire degli eventuali guadagni attualmente o potenzialmente collegati al provvedimento revocato.

E ciò sul presupposto che, in presenza di un atto di revoca legittimamente adottato, gli eventuali danni non devono essere risarciti bensì indennizzati limitatamente alle spese effettivamente sostenute e documentate dal destinatario del provvedimento oggetto di revoca. Nonostante la lettera del comma in esame faccia espresso riferimento esclusivamente agli atti di revoca incidenti su rapporti negoziali, deve ritenersi che anche nelle altre ipotesi (quelle, cioè, incidenti sulla generalità dei rapporti amministrativi), l'indennizzo vada parametrato unicamente al danno emergente con esclusione, quindi, del lucro cessante.

Logicamente incompatibile con la domanda di indennizzo di cui all'articolo 21-quinquies (la quale presuppone una revoca legittima) è la domanda di risarcimento del danno patito in conseguenza dell'atto di revoca, atteso che una siffatta pretesa postula in via necessaria il carattere dell'antigiuridicità (e quindi l'illegittimità dell'atto di ritiro).

**Rientra nell'ambito della giurisdizione esclusiva la determinazione e la corresponsione dell'indennizzo dovuto in caso di revoca del provvedimento amministrativo** (articolo 133, comma 1, lettera a), n. 4) del cod. proc. amm.).

#### **4. L'autotutela e i rapporti con la SCIA e la nuova conferenza di servizi**

Si ritiene utile, a questo punto della trattazione, esaminare in modo sintetico alcuni aspetti di **interferenza** tra la disciplina dell'autotutela, come risultante dalle modifiche apportate dalla l. 124 del 2015 e dai successivi decreti di attuazione e gli istituti della SCIA e della conferenza di servizi (anch'essi inclusi nell'ambito dell'ampia delega conferita nel 2015 in materia di riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche).

*Autotutela e SCIA: possibili punti di interferenza*

Non a caso, il **parere del Consiglio di Stato n. 839 del 2016** (già richiamato in precedenza per aver fornito alcune indicazioni generali sui recenti orientamenti normativi in tema di autotutela) si sofferma, tra l'altro, sui rapporti tra la disciplina dell'annullamento d'ufficio e l'istituto della SCIA come risultante, appunto, dalle modifiche apportate all'articolo 19 della l. 241 del 1990 ad opera dell'articolo 6



della l. 124 del 2015. Ulteriori modifiche sono successivamente intervenute ad opera del decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 126 (c.d. 'decreto SCIA-1') e del decreto legislativo 25 novembre 2016, n. 222 (c.d. 'decreto SCIA-2').

In particolare, la giurisprudenza amministrativa (v. sul punto Cons. Stato, Ad. Plen. 15 del 2011) e in seguito lo stesso Legislatore hanno configurato la **SCIA come istituto di liberalizzazione** (*rectius* affrancamento autorizzatorio) delle attività e non di mera semplificazione amministrativa.

Depone nel medesimo senso la riconosciuta **natura non provvedimentoale** della stessa (in tal senso l'articolo 19, comma 6-ter della l. 241 del 1990), nonché l'espunzione dal testo normativo di ogni riferimento alla potestà di autotutela in ordine alle attività oggetto di segnalazione certificata (riferimento in precedenza contenuto nell'articolo 19 il quale rinviava all'istituto di cui all'articolo 21-*quinquies*, l. n. 241 del 1990).

L'intervento del Legislatore ha quindi chiarito che, siccome in materia di SCIA non viene in rilievo alcun provvedimento (fosse anche tacito), il richiamo agli istituti tipicamente espressione di potestà di autotutela risulterebbe incongruo e inficerebbe una piana ricostruzione sistematica dell'istituto: ciò, in quanto l'autotutela ha per definizione ad oggetto un provvedimento (o un fatto equipollente) il quale, appunto, difetta con riguardo alla SCIA.

Dunque, il legislatore si è mostrato consapevole delle oggettive differenze fra la SCIA e gli istituti provvedimentoali in senso proprio, i soli - questi ultimi - suscettibili di essere incisi da un provvedimento di secondo grado.

Al riguardo si evidenzia che, mentre il testo dell'articolo 19 della l. 241 del 1990 anteriore alle modifiche della 'legge Madia' faceva espressamente salvo «*il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies*», quello vigente, a seguito delle modifiche sopra richiamate stabilisce invece che «*decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti [repressivi e inibitori alla prosecuzione dell'attività], l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti [repressivi e inibitori] in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies*».

Pertanto, la novella del 2015 ha chiarito che non di autotutela si tratta (ostandovi il carattere non provvedimentoale della SCIA), quanto – piuttosto – dell'attivazione di poteri di repressione e inibizione di un'attività sotto ogni altro aspetto liberalizzata.

L'attivazione di tali poteri viene legittimata al ricorrere di condizioni analoghe a quelle dell'articolo 21-*nonies* (es.: previa valutazione del pubblico interesse; attivazione entro un termine ragionevole), senza che tale richiamo normativo possa indurre a ritenere applicabili in tali ipotesi le categorie proprie dell'autotutela).

Più problematico risulta, invece, il coordinamento tra l'istituto della SCIA e l'articolo 21-*nonies*, comma 2-*bis*, della l. 241 del 1990, il quale dispone che all'amministrazione è consentito annullare «*i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato*» anche

*Rapporti fra  
SCIA e tempo  
per l'esercizio  
del ius  
poenitendi*

dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al medesimo articolo 21-*nonies*.

Infatti, dato il richiamo che l'articolo 19, comma 4, l. proc. opera alle *condizioni* previste dall'art. 21-*nonies* della medesima legge, dovrebbe ritenersi – specularmente – che la P.A. possa adottare *sine die* i provvedimenti inibitori e repressivi dell'attività privata in corso di svolgimento laddove questa sia stata intrapresa per effetto di condotte costituenti reato, sulla base di false dichiarazioni o attestazioni poste a corredo della SCIA.

Invero, tale conclusione per quanto plausibile, non pare del tutto suffragata dalla lettera della legge giacché l'articolo 21-*nonies*, comma 2-*bis* della l. 241 del 1990 fa espresso riferimento ai “*provvedimenti amministrativi*” e, come si è visto, la SCIA non è ascrivibile all'ambito provvedimentoale.

Per quanto riguarda, poi, l'istituto della **conferenza di servizi**, il problema che si pone, per quanto qui interessa, riguarda l'**individuazione dei soggetti autorizzati a ritirare in autotutela la determinazione conclusiva della conferenza** e l'*iter* all'esito del quale il relativo provvedimento può essere adottato.

*Autotutela  
e conferenza  
di servizi*

Posto che «*la determinazione motivata di conclusione della conferenza, adottata dall'amministrazione procedente all'esito della stessa, sostituisce a ogni effetto tutti gli atti di assenso, comunque denominati, di competenza delle amministrazioni e dei gestori di beni o servizi pubblici interessati*» (articolo 14-*quater*, comma 1 della l. 241 del 1990), occorre individuare quali siano i soggetti e gli organi abilitati ad agire in via di autotutela una volta conclusasi la conferenza di servizi.

Secondo un **primo orientamento** le singole amministrazioni, previa adeguata motivazione, sarebbero legittimate, anche dopo l'esito della conferenza, ad annullare o revocare in sede di autotutela gli assensi espressi nel corso della procedura.

Il presupposto logico-concettuale posto a fondamento di tale tesi è quello secondo cui le singole amministrazioni, pur agendo in modo collaborativo e coordinato in sede di conferenza, restano comunque gli unici e autonomi centri di imputazione del tratto decisionale di propria competenza, ragione per cui alle stesse non sarebbe preclusa la possibilità di esprimere in un secondo momento una volontà di segno opposto (o comunque diverso) rispetto a quella rappresentata in sede di conferenza.

Tale possibilità risulterebbe logicamente preclusa laddove la conferenza di servizi fosse qualificabile come un organo collegiale munito di competenza autonoma rispetto alle originarie amministrazioni. Tuttavia, come è noto, **la conferenza di servizi non assurge né a collegio né ad ufficio dell'amministrazione configurandosi, piuttosto, quale modulo procedimentale privo, in quanto tale, di una propria autonomia ed individualità** rispetto ai singoli membri partecipanti alla conferenza.

In base a un **secondo orientamento**, la possibilità di ritirare in autotutela la volontà espressa in sede di conferenza non sarebbe riconosciuta a tutte le amministrazioni intervenute, ma solo all'amministrazione chiamata ad adottare la determinazione conclusiva.

Il presupposto sistematico a sostegno di tale tesi è quello secondo cui, una volta intervenuta la determinazione motivata di conclusione della conferenza, tale statuizione oggettivizza gli apporti forniti dalle diverse amministrazioni e li sintetizza in un'unica determinazione finale, la quale rientra nella responsabilità (e quindi nella disponibilità) della sola amministrazione procedente.

Pertanto, tale amministrazione potrebbe (valutate tutte le circostanze rilevanti ai fini dell'esercizio dell'autotutela – e *in primis*, l'interesse pubblico al ritiro -) procedere *motu proprio*, senza la necessità di indire una nuova conferenza di servizi.

Un **terzo orientamento**, invece, ritiene che gli atti adottati in seno alla conferenza di servizi costituiscono il frutto di una sintesi decisionale non unilateralmente ricusabile dalle singole amministrazioni (ovvero dalla sola amministrazione procedente).

*Prevale la  
logica del  
contrarius actus*

L'eventuale adozione di un atto di ritiro della determinazione conclusiva della conferenza, quindi, dovrebbe necessariamente tenere conto del principio del *contrarius actus* il quale impone di seguire, al fine di rimuovere dal mondo giuridico un atto già adottato, il medesimo *iter* procedimentale osservato per l'emanazione dello stesso.

D'altronde, laddove si propendesse per la soluzione opposta (nel senso, cioè, di ammettere che il potere di autotutela possa essere esercitato anche dalla sola amministrazione procedente), si consentirebbe a uno solo dei soggetti coinvolti nella vicenda di comportarsi quale sostanziale *dominus* della conferenza e dei relativi effetti e questo rischio sarebbe particolarmente evidente nel caso di revoca per le ipotesi di “nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”<sup>17</sup>.

E' evidente, infatti, che la valutazione collegiale e condivisa dell'interesse pubblico sotteso ai lavori della conferenza verrebbe del tutto vanificata laddove si ammettesse che una singola amministrazione – in particolare, quella procedente – possa travolgere *motu proprio* le valutazioni delle altre amministrazioni coinvolte.

L'approccio in questione è stato fortemente auspicato dalla Commissione speciale del Consiglio del Stato in sede di parere dell'aprile del 2016 sullo schema di decreto legislativo di riforma dell'istituto della conferenza di servizi.

#### **Consiglio di Stato, Commissione speciale, parere n. 860/2016**

*“(...) per quanto riguarda l'articolo 14-quater, comma 2, si suggerisce di precisare che l'adozione del provvedimento di autotutela con cui si travolgono gli effetti della determinazione motivata di conclusione, in quanto *contrarius actus*, deve pervenire all'esito di un procedimento in conferenza di servizi strutturato in modo simmetrico rispetto a quello che ha condotto all'adozione del provvedimento annullato o revocato.*

*E infatti, laddove si propendesse per la soluzione opposta (i.e.: nel senso che il potere di autotutela possa essere esercitato anche dalla sola amministrazione procedente), si consentirebbe a uno solo dei soggetti coinvolti nella vicenda di comportarsi quale sostanziale *dominus* della conferenza e dei relativi effetti (e questo rischio sarebbe particolarmente*

<sup>17</sup> In tal senso si esprime il Parere 7 aprile 2016, n. 890 reso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato sullo schema di decreto sulla conferenza di servizi.

*evidente nel caso di revoca per le ipotesi di “nuova valutazione dell’interesse pubblico originario”)*”.

Il Governo ha infine condiviso le indicazioni fornite dal Consiglio di Stato in sede consultiva (e prima ancora in sede giurisdizionale)<sup>18</sup> e ha pertanto riformulato l’articolo 14-*quater*, comma 2 il quale, nel testo scaturente dal decreto legislativo n. 127 del 2016, stabilisce ora che «le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l’amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell’articolo 21-*nonies*. Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell’articolo 14-*ter*, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell’articolo 21-*quinquies*».

*Anche il Legislatore opta per la tesi del contrarius actus*

Si segnala che, per ciò che riguarda la sollecitazione da parte delle amministrazioni intervenute a *revocare* il provvedimento adottato in seno alla conferenza di servizi (articolo 14-*quater*, comma 2, secondo periodo), la nuova disposizione non richiede espressamente né una congrua motivazione a corredo della sollecitazione né, soprattutto, l’indizione di una nuova conferenza.

*Conferenza di servizi e sollecitazione all’autotutela*

Ponendo a raffronto i due periodi della disposizione appena richiamata (il primo dei quali tratta di tutte le forme di autotutela, mentre il secondo si occupa della sola revoca), si ritiene che il primo di tali periodi stabilisca i presupposti generali affinché l’amministrazione procedente possa agire in via di autotutela una volta sollecitata dalle amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza.

Il secondo periodo del citato comma assume, invece, connotati di specialità rispetto al primo richiedendo, per l’esercizio del potere di revoca, un **ulteriore requisito rappresentato dalla partecipazione alla conferenza dei servizi** (o dalla manifestazione, nei termini, della propria posizione in ordine all’oggetto del procedimento).

La *ratio* di tale previsione sembra da ricercare nella diversa funzione assolta dalla revoca rispetto all’annullamento d’ufficio e quindi nei diversi presupposti legittimanti i due istituti.

Per le ipotesi di revoca (in cui l’esercizio dell’autotutela presuppone una nuova o diversa valutazione dell’interesse pubblico) risulta, allora, condivisibile la scelta legislativa volta a precludere l’attivazione dei poteri prodromici al ritiro del provvedimento alle amministrazioni che non abbiano partecipato alla conferenza, o che comunque siano rimaste inerti. Ciò in quanto tali amministrazioni, omettendo scientemente di prendere parte ai lavori della conferenza, hanno

<sup>18</sup> Cons. Stato, 5 marzo 2014, n. 1036 statuisce la necessità e l’obbligo che il procedimento sia “*espressione di una funzione amministrativa di contenuto identico, seppure di segno opposto, a quella esplicitata in precedenza. Tale funzione, deve, dunque, articolarsi secondo gli stessi moduli già adottati, senza i quali rischia di risultare monca o, comunque, difettosa rispetto all’identica causa del potere, sicché l’amministrazione è tenuta a porre in essere un procedimento omologo, anche per quel che concerne le formalità pubblicitarie, di quello a suo tempo seguito per l’adozione dell’atto modificato, richiedendosi una speculare, quanto pedissequa, modalità dello svolgimento procedimentale*”.

consapevolmente rinunciato alla possibilità di contribuire alla definizione dell'interesse pubblico prevalente posto a fondamento della determinazione conclusiva.

**Non è quindi ammissibile** (anche alla luce del principio di concentrazione e speditezza che ispira l'istituto in esame) **che l'amministrazione *ab initio* desistente pretenda poi di imporre un proprio (tardivo) apporto di in sede di rivalutazione dell'interesse pubblico alla cui individuazione essa si è – per fatto proprio – sottratta.**

Al contrario, nelle ipotesi di annullamento per motivi di legittimità, avendo il Legislatore ritenuto prevalente l'interesse alla rimozione dell'atto illegittimo, è consentito sollecitare l'adozione del provvedimento di cui all'articolo 21-*nonies* della l. 241 del 1990 anche alle amministrazioni rimaste inerti.

## 5. Questioni ancora aperte e nuovi profili problematici

La riforma degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies* intervenuta nel corso del 2015 ha fornito rilevanti (ma non determinanti) spunti per avviare a soluzione alcune antinomie insite nel sistema nazionale degli istituti di autotutela.

In particolare, la c.d. 'riforma Madia' ha mirato a ricercare un **non agevole contemperamento fra** (da un lato) **l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata** e (dall'altro) **il riconoscimento di forme adeguate di tutela in favore del privato destinatario del (favorevole) atto amministrativo** in seguito fatto oggetto di ritiro.

Nella costante dialettica fra i due poli della questione (e nella consapevolezza che risulti pressoché impossibile riconoscere in via definitiva prevalenza all'uno o all'altro di essi) il Legislatore sembra aver optato per una soluzione volta a riconoscere **tendenziale prevalenza alla stabilità delle posizioni giuridiche e all'effettività delle misure di semplificazione e di liberalizzazione delle attività economiche.**

La novella del 2015 sembra indurre, infatti, ad un sostanziale ripensamento sul potere di autotutela il quale, da strumento ordinario e di ri-esercizio del potere in funzione della massima tutela dell'interesse pubblico, tende a trasformarsi in termini sempre più netti in **strumento eccezionale** nel cui ambito operativo non possono essere trascurate le esigenze di certezza e di stabilità dei rapporti giuridici.

Nel paragrafo seguente si esamineranno le risposte di recente offerte dall'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato (sentenza n. 8 del 2017) sul tema del contemperamento fra i diversi interessi pubblici e privati che vengono in rilievo a fronte dell'esercizio di autotutela, pur dovendosi sin da ora anticipare che la decisione in parola ha ad oggetto vicende anteriori all'entrata in vigore della l. 124 del 2015.

*Qui e ora* si impongono, tuttavia, alcune riflessioni.

In primo luogo si osserva che il Legislatore avrebbe potuto risolvere espressamente le distonie logico-giuridiche caratterizzanti il sopra richiamato articolo 21-*quinquies*, comma 1-*bis* della l. 241 del 1990 in tema di revoca. In

*I meriti delle recenti modifiche legislative in materia di autotutela*

*Revoca e atti ad efficacia istantanea*

particolare – come già osservato in precedenza – non è chiaro come sia possibile coniugare l’espreso richiamo legislativo agli atti ad efficacia istantanea con la nuova valutazione dell’interesse pubblico (la quale presuppone evidentemente uno sviluppo in senso diacronico della vicenda).

Per quanto riguarda poi il profilo dell’**interesse pubblico**, si è evidenziato il rischio che l’introduzione di un **limite temporale** generalizzato - pari diciotto mesi – per l’esercizio dell’autotutela a fronte di atti di notevole impatto e senza distinzioni di sorta circa la tipologia delle norme violate, rischi di lasciare **privi di adeguata protezione interessi di rango primario come l’ambiente, la sicurezza, la salute, la difesa, la tutela del patrimonio culturale** (si tratta di un novero di interessi che, sino a tempi recenti, erano stati considerati tendenzialmente prevalenti rispetto all’affidamento del soggetto destinatario del provvedimento)<sup>19</sup>.

*Autotutela,  
interesse  
pubblico e  
limite temporale  
per l’esercizio*

Vero è che il più volte richiamato limite di diciotto mesi risulta riferito dal Legislatore ai soli **provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici**; ma è anche evidente la possibilità che tale previsione sia intesa come espressiva di un **più generale principio volto a riconoscere tendenziale prevalenza all’esigenza di certezza e stabilità delle situazioni giuridiche rispetto alla necessità di tutelare valori e interessi anche di notevole rilievo**.

Ciò, a tacere del fatto che la rigida previsione di un termine massimo oltre il quale all’amministrazione è inibito l’annullamento in autotutela dell’atto illegittimo (e quale che sia la causa di tale illegittimità) appare difficilmente conciliabile con il potere di annullamento straordinario ancora riconosciuto al Governo “*in qualunque tempo*”<sup>20</sup>.

Un problema diverso (e, per così dire, più “classico”) concerne poi la **tutela giurisdizionale che può essere garantita al terzo controinteressato nell’ambito della SCIA (o DIA)**. La tutela del terzo costituisce, infatti, una delle questioni maggiormente problematiche con cui l’interprete è chiamato a confrontarsi all’indomani della novella 2015<sup>21</sup> la quale ha rafforzato la rilevanza dell’elemento-tempo ai fini dell’esercizio del potere di autotutela, valorizzando altresì l’esigenza di garantire certezza e stabilità ai rapporti giuridici.

*Autotutela,  
SCIA e tutela  
del terzo*

Prima di esaminare *funditus* la questione della tutela che in tali casi può essere garantita al terzo, si ritiene utile richiamare alcuni aspetti rilevanti della disciplina in esame (con particolare riguardo al regime della SCIA).

Si osserva al riguardo che l’articolo 19 della l. 241 del 1990 facoltizza il privato ad avviare *immediatamente* l’attività oggetto della SCIA, ponendo in capo allo stesso unicamente l’assolvimento di un obbligo informativo circa l’avvio dell’attività. In tale circostanza la P.A. non è chiamata a verificare *ex ante* la

<sup>19</sup> M.A. SANDULLI, *Autotutela*, in *Treccani, Libro dell’anno del diritto*, Roma, 2016.

<sup>20</sup> Decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, art. 138: «*in applicazione dell’articolo 2, comma 3, lettera p), della legge 23 agosto 1988, n. 400, il Governo, a tutela dell’unità dell’ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministro dell’interno, ha facoltà, in qualunque tempo, di annullare, d’ufficio o su denuncia, sentito il Consiglio di Stato, gli atti degli enti locali viziati da illegittimità*».

<sup>21</sup> M. LIPARI, *La SCIA e l’autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi* 20/15, 3.

sussistenza dei presupposti e delle condizioni per il rilascio di un titolo ampliativo, essendo, piuttosto, chiamata ad effettuare un mero controllo *successivo* al fine di accertare l'effettiva sussistenza dei requisiti e dei presupposti necessari a configurare come legittimo lo svolgimento dell'attività da parte del privato.

Nel caso in cui tale controllo postumo abbia esito negativo l'amministrazione competente, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione, adotta i **provvedimenti inibitori, di rimozione o conformativi dell'attività intrapresa** (articolo 19, comma 3 della l. 241 del 1990).

Ciò che più interessa è, però, il successivo comma 4 a norma del quale «*decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies*» (laddove fra tali condizioni è incluso anche il rispetto del termine temporale massimo di diciotto mesi).

Al riguardo, l'articolo 24, comma 4 del decreto legislativo n. 222 del 2016 (c.d. 'decreto SCIA-2) stabilisce che «*nei casi del regime amministrativo della SCIA, il termine di diciotto mesi di cui all'articolo 21-nonies, comma 1, l. 241 del 1990, decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l'esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell'amministrazione competente*».

Così richiamate le coordinate generali dell'istituto, è ora possibile esaminare specificamente gli **strumenti di tutela offerti al soggetto terzo a fronte del perfezionamento di una SCIA**.

Al riguardo rileva in primo luogo l'**articolo 19, comma 6-ter della l. 241 del 1990** secondo cui gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione. Ma il punto è che la disposizione in esame non fissa un termine certo entro il quale tale sollecitazione deve essere rivolta all'amministrazione affinché questa possa valutarla e determinarsi di conseguenza<sup>22</sup>.

Ebbene, se le verifiche cui la disposizione fa riferimento coincidono – come sembra – con quelle stesse che possono essere realizzate nel ristretto limite temporale di 60 giorni (ovvero 30 in materia di edilizia), sembrerebbe incongruo e a-sistematico consentire che, su iniziativa di un privato, l'amministrazione possa essere rimessa sostanzialmente in termini per l'esercizio di un'attività dal cui esercizio sia ormai decaduta per decorso dei termini.

Ben diverso sarebbe il caso in cui la sollecitazione del privato controinteressato intervenga all'interno del richiamato periodo di 60 (o 30) giorni: in questa ipotesi, però, per riconoscere un effettivo valore aggiunto alla disposizione occorrerebbe ritenere che le verifiche possano essere effettuate nel corso di un ulteriore, congruo lasso di tempo. E' evidente infatti che, se si ritenesse che al potere del controinteressato di sollecitare le verifiche sia applicabile il medesimo termine finale riconosciuto all'amministrazione, il riconoscimento di quel potere non avrebbe un effettivo senso in termini disciplinari.

---

<sup>22</sup> 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*, n. 24/15.

Diverso è ancora il caso in cui il terzo controinteressato possa plausibilmente dimostrare di non avere potuto avere in precedenza cognizione del rilascio della SCIA.

In questo caso (conformemente all'evidente *ratio* di tutela sottesa alla previsione dell'articolo 19, comma 6-ter) dovrebbe ritenersi che al controinteressato sia da assegnare *ex novo* un congruo termine per la sollecitazione del potere di verifica, indipendentemente dal fatto che sia *medio tempore* decorso il termine riconosciuto all'amministrazione al fine di attivare di propria iniziativa i poteri inibitori e repressivi.

Per il terzo controinteressato resta comunque salva la possibilità di **agire in giudizio avverso l'inerzia serbata dalla P.A.** a fronte della sollecitazione del potere di verifica.

*Tutela del terzo  
e azione  
avverso il  
silenzio*

Un problema di ordine sistematico si pone per il caso in cui il controinteressato all'attività posta in essere a seguito di una SCIA abbia sollecitato l'attivazione dei poteri di verifica di cui all'articolo 19, comma 6-ter da parte dell'amministrazione e quest'ultima non si sia tempestivamente attivata, in tal modo costringendo l'interessato ad adire il Giudice amministrativo in sede di rito avverso il silenzio.

In tali ipotesi

- non solo è ben difficile che il Giudice amministrativo possa pronunciarsi sulla fondatezza della stessa pretesa sostanziale (cioè, dell'illegittimità della SCIA), ostandovi in via di principio la previsione del comma 4 dell'articolo 31 del cod. proc. amm.<sup>23</sup>
- ma inoltre occorre domandarsi se, all'esito del favorevole giudizio avverso il silenzio (e laddove la decisione pervenga dopo il decorso dei diciotto mesi) l'amministrazione abbia l'obbligo di provvedere attivando comunque i poteri di verifica, inibitori e repressivi, ovvero se tale opzione resti impedita dal decorso dei diciotto mesi, residuando per il privato la sola via del ristoro del danno ingiusto.

La prima di tali opzioni appare maggiormente conforme al principio di **pienezza ed effettività della tutela** in favore del terzo controinteressato mentre la seconda di esse appare compatibile con le esigenze di certezza dei rapporti giuridici, già più volte richiamata, che costituisce il *Leitgrundsatz* della riforma del 2015.

La questione deve considerarsi allo stato aperta e su di essa sarà chiamata e pronunciarsi la giurisprudenza.

## 6. La questione dell'autotutela in materia edilizia: l'Ad. Plen. 8 del 2017

Con la decisione dell'**Adunanza plenaria n. 8 del 2017** il Consiglio di Stato ha fornito una serie di rilevanti indicazioni per la corretta comprensione delle categorie dell'autotutela decisoria.

*La rilevanza  
generale di  
Ad. Plen.  
8/2017*

<sup>23</sup> Ai sensi di tale disposizione, in caso di azione avverso il silenzio della P.A., «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 (...)»



La sentenza in parola (resa su un'ordinanza di rimessione della Quarta Sezione)<sup>24</sup> si pronuncia su una situazione piuttosto frequente nella pratica anche se indubbiamente peculiare: si tratta di declinare l'esercizio in concreto del potere di **annullamento d'ufficio** nel caso in cui l'amministrazione abbia in un primo momento rilasciato un **titolo in sanatoria** (illegittimo) a fronte di un'edificazione abusiva e poi – dopo un lungo lasso di tempo – di attivi *ex officio* per rimediare al proprio errore e annullare il titolo in sanatoria erroneamente e illegittimamente rilasciato<sup>25</sup>.

E' evidente che in siffatte ipotesi si fronteggino **due gruppi finalità difficilmente riconducibili a sistema**:

- da un lato l'**interesse pubblico al ripristino della legittimità violata** a fronte di attività (come l'abusivismo edilizio) idonee a compromettere rilevanti interessi pubblici;
- dall'altro, la considerazione che il **lungo lasso di tempo** deve comunque essere tenuta in qualche rilievo, anche perché il privato che ha realizzato l'immobile abusivo si è comunque avvantaggiato per molto tempo di un titolo favorevole comunque rilasciato dall'amministrazione (e quindi, non basato sul mero dato di fatto dell'edificazione abusiva). D'altra parte occorre domandarsi fino a che punto l'ordinamento possa farsi carico di tutelare le aspettative di un soggetto che abbia indotto in errore l'amministrazione e che aspiri alla permanenza di una situazione comunque *contra ius* (i.e.: il mantenimento *in loco* dell'immobile abusivo).

Si osserva comunque che, nonostante la sentenza in esame si occupi del peculiare caso dell'annullamento *ex officio* del titolo edilizio in sanatoria illegittimamente rilasciato, essa reca altresì affermazioni di principio certamente idonee a trovare applicazione a fronte di tutte le modalità di esercizio dell'autotutela decisoria.

Una seconda osservazione preliminare circa la sentenza n. 8 del 2017 riguarda il **regime giuridico applicabile** al *casus decisis*.

Ed infatti, **nonostante la decisione in esame sia stata resa su una vicenda anteriore al 2015** (e in relazione alla quale non trovavano quindi applicazione le novità in tema di autotutela recate dalla c.d. 'legge Madia'), **la maggior parte dei suoi enunciati risulta riferibile anche al quadro normativo vigente** (ci si riferisce in particolare al generale tema dell'interesse pubblico *in re ipsa*, all'effetto del decorso del tempo sul potere di autotutela e al quantum di onere motivazionale ricadente sull'amministrazione che intenda annullare *ex officio* un atto illegittimo a distanza di un notevole lasso di tempo dalla sua adozione).

I Giudici di Palazzo Spada venivano in particolare chiamati a chiarire **quattro aspetti** del multiforme tema devoluto:

- **in primo luogo** occorre domandarsi se l'annullamento *ex officio* di un titolo edilizio in sanatoria presupponga – sulla base di generali principi trasfusi nella previsione dell'articolo 21-*nonies*, cit. – la **motivata valutazione dell'interesse pubblico** al ripristino della legalità violata, anche

*Il difficile equilibrio fra finalità antinomiche*

*Circa il regime giuridico applicabile*

*Le questioni demandate all'Ad. Plen.*

<sup>24</sup> Ordinanza 19 aprile 2017, n. 1830.

<sup>25</sup> Per un commento (parzialmente critico) alla sentenza in esame, v. E. ZAMPETTI, *La motivazione nell'annullamento d'ufficio*, in *Il libro dell'anno Treccani del diritto*, Roma, 2018, p. 169, segg.

alla luce degli interessi dei destinatari alla permanenza di effetti di tale titolo, ovvero se in tale particolare materia possa affermarsi la non necessità di un siffatto onere motivazionale, sussistendo un **interesse pubblico in re ipsa** al ripristino dell'ordine giuridico violato;

- **in secondo luogo** (e laddove risultassero applicabili al caso in esame le generali categorie di cui all'articolo 21-*nonies*, cit.) occorre domandarsi se il decorso di un considerevole lasso di tempo possa incidere in radice sul potere di annullamento d'ufficio e **quale sia il corretto dies a quo** per l'individuazione del termine 'ragionevole' di esercizio di tale potere;
- **in terzo luogo** (e sempre laddove si considerino applicabili al caso in esame le richiamate, generali categorie) ci si domandava se l'**onere motivazionale** comunque gravante sull'amministrazione possa restare **in qualche misura attenuato** in ragione della rilevanza degli interessi pubblici tutelati;
- **in quarto luogo** ci si domandava se la **non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto** sottese all'adozione dell'iniziale provvedimento favorevole consenta comunque di configurare in capo a lui una posizione di affidamento incolpevole e se (in caso negativo) l'amministrazione possa adeguatamente motivare l'adozione dell'atto di annullamento in base al mero dato dell'originaria, inveritiera prospettazione.

Si tratta, come si è già osservato, di un complesso di questioni la cui rilevanza supera il limitato ambito applicativo della l. 124 del 2015 e che impone riflessioni più generali sull'istituto dell'autotutela decisoria in generale.

Ebbene, per quanto riguarda la **prima questione** il Collegio conclude nel senso che il pertinente quadro normativo non conforti l'enucleazione di un **interesse pubblico in re ipsa** al ripristino della legalità violata.

*Esiste  
l'interesse  
pubblico  
in re ipsa?*

Non si tratta di attenuare la risposta che l'Ordinamento deve approntare a fronte di gravi fenomeni (quale l'abusivismo edilizio) idonei a compromettere valori di grande rilievo sistematico.

Neppure si tratta di negare che un interesse pubblico al ripristino della legittimità violata sussista anche a notevole distanza di tempo dall'abuso.

Occorre, tuttavia, che il perseguimento dei richiamati interessi sia iscritto nell'ambito di un rigoroso quadro normativo e – al riguardo – non esiste alcuna ragione per ritenere che la rilevanza dell'interesse tutelato consenta di non tener conto degli ulteriori elementi normativi i quali vengono in rilievo nell'esercizio dell'autotutela (in particolare, la ragionevolezza del termine e l'obbligo per l'amministrazione di valutare motivatamente i diversi interessi in gioco).

Semplicemente, quindi, la tesi dell'interesse *in re ipsa* non può essere condivisa perché priva di un effettivo fondamento positivo.

**Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8**

*“[Se] è certamente condivisibile l'intento di agevolare le amministrazioni nel contrastare anche ex post l'abusivismo edilizio (consentendo loro di motivare anche in modo sintetico in ordine alla prevalenza delle ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento dei provvedimenti di sanatoria illegittimamente concessi), non emergono invece argomenti che legittimino la*

*sostanziale de-responsabilizzazione delle amministrazioni stesse attraverso una radicale e indistinta esenzione dal generale obbligo di motivazione.*

*(...)*

*il riconoscimento di un interesse pubblico al ripristino della legalità violata (la cui sussistenza è di intuitiva evidenza, anche a notevole distanza di tempo dall'originaria adozione dell'atto) non sta necessariamente a significare che tale interesse sia l'unico fattore idoneo a orientare le scelte discrezionali dell'amministrazione in caso di risalenti violazioni in materia urbanistica, sì da esonerare in radice l'amministrazione da qualunque motivata valutazione in ordine ad ulteriori fattori e circostanze rilevanti.*

*Si intende con ciò rappresentare che la sussistenza di un interesse pubblico alla rimozione di un atto amministrativo illegittimo (anche a prescindere dal ricorso alla formula dell'interesse in re ipsa) è oggettivamente connaturata alla rilevata sussistenza di una situazione anti-giuridica.*

*Ma ciò non sta a significare che il riconoscimento di un tale interesse (peraltro, espressamente richiamato dal comma 1 del più volte richiamato articolo 21-nonies) comporti di per sé la pretermissione di ogni altra circostanza rilevante (come gli interessi dei destinatari dell'atto, di cui la disposizione chiede espressamente di tener conto) ed esoneri l'amministrazione da qualunque – seppur succintamente motivata – valutazione sul punto.*

*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, 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).*

*(...)*

*Si osserva inoltre che, laddove si aderisse senza riserve alla tesi dell'interesse pubblico in re ipsa (e conseguentemente alla teorica dell'inconsumabilità del relativo potere), si finirebbe per legittimare nel settore che qui rileva – e in assenza di un solido fondamento normativo – un assetto in tema di presupposti per l'esercizio dell'autotutela decisoria tale da espungere in via ermeneutica due elementi normativamente indefettibili quali la ragionevolezza del termine e la motivata valutazione dei diversi interessi in gioco (...)"*

Per quanto riguarda la **seconda questione**, l'Ad. Plen. si domanda se il **decorso di un considerevole lasso di tempo** 'consumi' in qualche misura il potere stesso di agire in autotutela, ovvero se ne condizioni soltanto le modalità di esercizio (imponendo via via un esame sempre più accorto circa la ponderazione dei diversi interessi in gioco).

Il Collegio osserva al riguardo che:

*Il decorso del tempo consuma il potere di autotutela?*

- se (per un verso) deve ritenersi ormai definitivamente superato il pregresso orientamento che postulava la **perennità del potere di autotutela** (quale corollario dell'inconsumabilità del potere pubblico)
- per altro verso, neppure può ritenersi che il decorso del tempo produca l'effetto di **consumare del tutto il potere di annullamento d'ufficio**. Più semplicemente, il decorso di un lasso temporale particolarmente lungo imporrà all'amministrazione di dimostrare e motivare in modo via via più approfondito quali siano le ragioni di pubblico interesse sottese all'esercizio dell'autotutela.

Il potere di autotutela, in definitiva, non svanisce del tutto per effetto del decorso del tempo, ma si modula in senso diacronico, rafforzando di tempo in tempo l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione.

Per quanto riguarda, poi, la **quarta questione** (relativa alla corretta individuazione del **terminus a quo per il computo del termine ragionevole** rilevante ai fini dell'annullamento d'ufficio), il Collegio osserva che occorre dare rilievo all'eventuale comportamento decettivo dell'interessato il quale, attraverso dichiarazioni false e fuorvianti, abbia in ipotesi sviato l'amministrazione dall'effettiva comprensione del complesso delle circostanze del caso.

*Falsa  
prospettazione  
dei fatti  
e decorso  
del termine  
per l'autotutela*

In tali ipotesi è del tutto ragionevole che il decorso del termine ragionevole per l'esercizio del potere di autotutela inizi dal momento in cui l'amministrazione ha potuto prendere conoscenza dell'effettivo stato dei fatti e dei luoghi, non potendo il privato giovare del decorso del tempo laddove vi abbia contribuito il suo comportamento doloso o colposo.

#### **Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8**

*“Deve quindi concludersi nel senso che, in relazione alle vicende sorte nella vigenza della l. 15 del 2005, il decorso di un considerevole lasso di tempo dal rilascio del titolo edilizio non incide in radice sul potere di annullare in autotutela il titolo medesimo, ma onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora a un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale.*

*(...) La locuzione ‘termine ragionevole’ richiama evidentemente un concetto non parametrico ma relazionale, riferito al complesso delle circostanze rilevanti nel caso di specie.*

*Si intende con ciò rappresentare che la nozione di ragionevolezza del termine è strettamente connessa a quella di esigibilità in capo all'amministrazione, ragione per cui è del tutto congruo che il termine in questione (nella sua dimensione ‘ragionevole’) decorra soltanto dal momento in cui l'amministrazione è venuta concretamente a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto.*

*In particolare, in caso di titoli abilitativi rilasciati sulla base di dichiarazioni oggettivamente non veritiere (e a prescindere dagli eventuali risvolti di ordine penale), laddove la fallace prospettazione abbia sortito un effetto rilevante ai fini del rilascio del titolo, è parimenti congruo che il termine*

*'ragionevole' decorra solo dal momento in cui l'amministrazione ha appreso della richiamata non veridicità.*

*Si tratta del resto (e ai limitati fini che qui rilevano) di un'impostazione del tutto coerente con il nuovo comma 2-bis dell'articolo 21-nonies, cit. (per come introdotto con la novella del 2015), secondo cui "i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 44".*

Per quanto riguarda, infine la **terza questione** (relativa a **quantum di onere motivazionale** che grava sull'amministrazione che intenda esercitare l'autotutela nel caso in cui l'atto illegittimo abbia inciso su **valori di primario rilievo**) l'Adunanza plenaria ricerca una soluzione idonea a coniugare l'indefettibilità dell'onere motivazionale con l'esigenza di salvaguardare in massimo grado la tutela dei valori sensibili.

*Autotutela,  
violazione di  
valori sensibili  
e onere  
di motivazione*

Ebbene, il supremo Organo nomofilattico delinea una sorta di *chiasmo* in virtù del quale

- **tanto maggiore è il rilievo – anche costituzionale - dei valori tutelati**
- **tanto più l'onere motivazionale risulterà attenuato** e, in qualche misura, *'assorbito'* dal richiamo alle pertinenti e inderogabili disposizioni di tutela.

Pertanto, a fronte di valori di superiore rango costituzionale (e a fronte di vincoli di carattere inderogabile, come quelli relativi alle aree a maggiore rischio sismico), l'amministrazione potrà legittimamente fondare l'esercizio del potere di autotutela – anche a notevole distanza di tempo dall'adozione dell'atto illegittimo – sul mero richiamo alla disciplina vincolistica violata e sulle pertinenti circostanze in fatto.

#### **Cons. Stato, Ad. Plen., 17 ottobre 2017, n. 8**

*"E' ora possibile (...) domandarsi se l'onere motivazionale comunque gravante sull'amministrazione nel caso di annullamento in autotutela del titolo edilizio in precedenza adottato possa restare in qualche misura attenuato in ragione della rilevanza degli interessi pubblici tutelati.*

*Al quesito deve essere fornita risposta in senso affermativo alla luce della pregnanza degli interessi pubblici sottesi alla disciplina in materia edilizia e alla prevalenza che deve essere riconosciuta ai valori che essa mira a tutelare.*

*Vero è infatti che – per le ragioni dinanzi esposte – il decorso del tempo onera l'amministrazione che intenda procedere all'annullamento in autotutela di un titolo edilizio illegittimo di motivare puntualmente in ordine alle ragioni di interesse pubblico sottese all'annullamento e alla valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. E' parimenti vero, però, che tale onere*

*motivazionale 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.*

*Si pensi (e solo a mo' di esempio) al titolo edilizio illegittimamente rilasciato in area interessata da un vincolo di inedificabilità assoluta o caratterizzata da un grave rischio sismico: in tali ipotesi la motivazione dell'atto di ritiro potrà essere legittimamente fondata sul richiamo all'inderogabile disciplina vincolistica oggetto di violazione, ben potendo tale richiamo assumere un rilievo preminente in ordine al complesso di interessi e di valori sottesi alla fattispecie.*

*Nelle ipotesi di maggiore rilievo, quindi (e laddove venga in rilievo la tutela di preminenti valori pubblici di carattere – per così dire – 'autoevidente'), l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione 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”.*

**Claudio Contessa**

**Consigliere di Stato**

Publicato il 4 aprile 2018