federalismi.it
RIVISTA DI DIRITTO PUBBLICO ITALIANO, COMPARATO, EUROPEO

14 GIUGNO 2017

Il tempo nell'autotutela

di Annalisa Gualdani
Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena

Il tempo nell'autotutela*

di Annalisa Gualdani
Ricercatrice di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena

Sommario: 1. Premessa. **2.** La disciplina del termine nell'annullamento d'ufficio e la sempre attuale rilevanza del criterio della "ragionevolezza". **3.** La "conferma" della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio: una prova di resistenza. **4.** La natura del termine. **5.** L'indispensabilità della previsione di una disciplina del tempo anche nella revoca.

1. Premessa

Il "fattore temporale" nell'esercizio dei poteri con i quali la pubblica amministrazione ritorna sulle proprie decisioni ha da sempre attratto l'attenzione del dibattito scientifico e animato l'elaborazione pretoria e ciò in ragione dell'influenza preponderante che il suo decorso è chiamato ad avere sulla determinazione dell'amministrazione se procedere o meno al ritiro del provvedimento.

In passato l'assenza di una norma che disciplinasse i poteri di ritiro aveva condotto la dottrina ad assumere posizioni divergenti in merito al rapporto tra tempo e autotutela[1].

Se, da una parte, si era ritenuto che non potessero opporsi limiti temporali né all'esigenza di rimuovere i vizi di legittimità, né alla sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico, dall'altra si era sostenuto che, laddove fosse trascorso un significativo lasso temporale dall'emanazione del provvedimento, l'annullamento d'ufficio non fosse neppure legittimamente configurabile[2]. Ed invero il lungo periodo di tempo trascorso avrebbe potuto cagionare "una turbativa maggiore di quella derivante dalla presenza dell'atto illegittimo, stante il principio della necessità di certezza delle situazioni giuridiche"[3], nonché

* Articolo sottoposto a referaggio.

[1] A tal riguardo preme rammentare come anche la giurisprudenza si fosse premurata di supplire a tale lacuna individuando parametri che delineassero il rapporto tra autotutela e tempo, impiegando espressioni quali: "a distanza di tempo", "decorso di un notevole lasso di tempo", " a breve distanza di tempo", "poco tempo", Sul punto si rinvia a G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, fasc. 4, 2002, p. 690 e alla copiosa giurisprudenza ivi richiamata.

[2] In tal senso V. CERULLI IRELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Torino, 1999, 668; R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI - G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO - F.G. SCOCA, Bologna, 2001, II, p. 1506.

[3] R. VILLATA- M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, p. 567.

avrebbe potuto incidere sul consolidarsi dell'affidamento formatosi in capo ai destinatari del provvedimento favorevole, oggetto di ritiro[4].

Si era inoltre posto l'accento sul legame esistente tra l'elemento temporale e l'attualità dell'interesse, atteso che il venir meno di quest'ultimo avrebbe precluso all'amministrazione la possibilità di eliminare il precedente atto. Non è un caso allora che la giurisprudenza del Consiglio di Stato avesse affermato che, al fine di procedere all'annullamento d'ufficio di un atto, specie se emanato in epoca lontana e se produttivo di effetti favorevoli nella sfera giuridica dei destinatari, non fosse sufficiente un generico riferimento al ripristino della legalità violata, ma fosse altresì necessario dimostrare l'esistenza di un interesse pubblico attuale che postulasse la caducazione dell'atto[5].

Dunque il tempo ha da sempre rappresentato la chiave di volta destinata a influenzare la determinazione dell'amministrazione se procedere o meno al ritiro del provvedimento (sia per ragioni di legittimità che di merito), dovendo quest'ultima parimenti bilanciare l'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto con quello dei privati alla conservazione delle situazioni favorevoli da esso prodotte.

Non è un caso allora che in sede di lavori preparatori della legge di riforma della disciplina generale sul procedimento, fosse stata avanzata la proposta di introdurre la previsione di un termine di due anni per l'adozione del provvedimento di revoca, percependo l'indispensabilità dell'individuazione di un lasso temporale anche in tale fattispecie.

Venendo alle recenti modifiche introdotte dalla legge n. 124/2015, la quale ha dettato una precipua disciplina del termine con riguardo all'annullamento d'ufficio, si osserva come essa abbia risolto quelle incertezze che la formulazione del previgente art. 21 *nonies*, aveva incrementato ancorando il ritiro del provvedimento alla previsione di un termine ragionevole, tanto da costringere la giurisprudenza a continui esercizi ermeneutici per conferire ad esso un contenuto.

La riforma tuttavia non ha colto l'occasione di dettare una disciplina del tempo anche per la revoca[6], sulla base della convinzione che termine e indennizzo siano tra loro alternativi per concretizzare la tutela del principio dell'affidamento.

---

[4] A tal riguardo E. CASETTA, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, p. 521, aveva evidenziato che l'esistenza di situazioni già consolidate costituiscano impedimento all'annullamento d'ufficio, atteso che la loro rimozione configgerebbe con il principio di buona fede o di affidamento. Nel medesimo senso Cons. Stato, sez. VI, 15 novembre 1999, n. 1821; C.G.A. 21 novembre 1997, n. 499; Tar Puglia, sez. II, 17 dicembre 1996, n. 827.

[5] Sul punto F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, p. 80.

[6] A tal riguardo M.A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, in M.A. Sandulli (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, p. 12 ha rilevato che il legislatore del 2015 non ha colto l'occasione di "reintervenire sulla disciplina della revoca", eliminando così gli evidenti problemi di sovrapposizione con l'annullamento d'ufficio che l'introduzione del comma 1 *bis*. E invero la sovrapposizione con l'annullamento d'ufficio va riferita a un'ipotesi di revoca per "erronea valutazione della compatibilità dell'atto con l'interesse pubblico", <<imputabile addirittura all'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti: una forma di autotutela che, pacificamente, investe un vizio originario dell'atto e rientra piuttosto nella categoria

Tale impostazione tuttavia non pare essere così granitica, sia perché da più parti è stata sottolineata l'indispensabilità di prevedere una misura indennitaria anche nell'ipotesi di annullamento d'ufficio[7], sia perché l'esercizio del potere di revoca senza limiti temporali può risultare pregiudizievole per l'affidamento del privato, considerato che il mero indennizzo (peraltro parametrato al solo danno emergente) può non essere bastevole a compensare il sacrificio da questi sopportato.

2. La disciplina del termine nell'annullamento d'ufficio e la sempre attuale rilevanza del criterio della "ragionevolezza"

La novella apportata all'art. 21 *nonies,* dall'art. 6, della legge n. 124/2015, pur confermando la previsione per cui l'annullamento d'ufficio può essere disposto *"entro un termine ragionevole"*, ha introdotto un limite, corrispondente a diciotto mesi, entro cui l'amministrazione può esercitare il potere caducatorio, decorrente "dall'adozione *dei* provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione i vantaggi economici"[8], inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20[9].

La norma in esame conferma dunque la condizione del termine ragionevole, "sia perché la sua previsione continua ad operare per tutti i provvedimenti che esulano dall'ambito applicativo oggettivo della regola

dell'annullamento, come confermato dai richiamati pareri del Consiglio di Stato a proposito dei casi di "annullamento travestito">>.

[7] In tal senso M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in http://www.giustamm.it, n. 6/2016. Sul punto sia consentito rinviare ad A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, pp. 208 ss..

[8] Sul punto si rammenta Tar Puglia, Bari, sez. III, 17 marzo 2016, n. 351, in http://www.lexitalia.it con nota di O. CARPARELLI, *Autotutela della P.A.: 18 mesi perentori*, il quale ha dichiarato l'illegittimità del provvedimento con il quale il Comune ha annullato in autotutela il permesso di costruire, che sia stato adottato oltre il termine di 18 mesi espressamente previsto dall'art. 21 *nonies*, della legge n. 241 del 1990, come novellato dalla legge n. 124 del 2015, a nulla rilevando che entro il medesimo termine, la P.A. abbia effettuato nei confronti dell'interessato, la comunicazione di avvio del relativo procedimento amministrativo; infatti, il tenore letterale della suindicata disposizione normativa rinvia chiaramente, a tal fine, al momento di adozione effettiva del provvedimento di autotutela. Sulla non sufficienza della comunicazione all'interessato di avvio del procedimento di riesame, al fine di scongiurare la consumazione del potere di autotutela, cfr. C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, *cit.,* p. 1184.

[9] E' stato ritenuto che la formula di cui all'art. 6, della legge n. 124/2015, che ha modificato l'art. 21 *nonies*, comma 1 "provvedimenti autorizzatori o attributivi di vantaggi economici" vada interpretata in senso lato, ricomprendendovi qualsiasi provvedimento ampliativo. In tal senso M. MACCHIA*, La riforma della pubblica amministrazione. Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 621 ss.
Sul punto anche M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, *cit.*, p. 6, che rileva che l'espressione di cui all'art. 21 *nonies*, comma 1, non è nuova e riecheggia anzitutto quella utilizzata dall'art. 12, della legge n. 241/90 – intitolato "Provvedimenti attributivi di vantaggi economici"- ai sensi della quale la concessione di sovvenzioni, contributi, sussidi finanziari e ausiliari finanziari e l'attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere, sono subordinate alla predeterminazione amministrativa di criteri e modalità cui le amministrazioni stesse devono attenersi" e a cui la giurisprudenza ha attribuito il significato onnicomprensivo di qualsiasi fattispecie di attribuzione di vantaggi economici in senso lato (Tar Trento, sez. I, 1 marzo 2014, n. 86; Tar Napoli, sez. VII, 7 giugno, 2013, n. 3032; Tar Perugia, sez. I, 22 gennaio 2013, n. 40.

del termine massimo dei diciotto mesi, sia perché, anche per questi ultimi, deve ritenersi valido il relativo canone di azione"[10].

Spetterà dunque all'interprete, nell'arco temporale indicato dal legislatore, effettuare una valutazione sulla "ragionevolezza dei tempi del ritiro", potendo così l'annullamento d'ufficio intervenire anche in un lasso di tempo inferiore a quello dei diciotto mesi [11].

La permanenza del riferimento alla "ragionevolezza" del termine impone di soffermarsi su tale criterio.

Il recepimento nel nostro ordinamento del parametro della ragionevolezza rinviene le proprie radici nell'ordinamento comunitario. Ed invero l'indispensabilità di esercitare il ritiro di un precedente provvedimento entro un tempo ragionevole fu evidenziata in epoca risalente dalla Corte di Giustizia nella celebre sentenza *Algera Dineke* [12].

A partire da tale *leading case* la giurisprudenza europea è pervenuta all'elaborazione di due diversi orientamenti relativi al rapporto elemento cronologico/esercizio dei poteri con i quali la pubblica amministrazione ritorna sulle proprie decisioni. E così, se da una parte il trascorrere di un termine ragionevole rappresenterebbe di per sé un impedimento all'esercizio del potere di autotutela, atteso che "il decorso trasforma l'affidamento in fattore rigidamente ostativo"[13], dall'altra si è ritenuto il tempo condizionante, ma non preclusivo della stessa. Se infatti il decorso del tempo fa maturare l'affidamento, ai fini del corretto esercizio del potere di ritiro dovrà emergere, a fronte dell'affidamento medesimo, un preponderante interesse pubblico[14].

La dottrina ha inoltre osservato come il requisito del termine ragionevole sia stato interpretato dalle pronunce comunitarie "con un rigore per noi inconsueto"[15]. Infatti, pur essendo legato alla natura del provvedimento esso viene individuato in riferimento a uno spazio cronologico molto ristretto: tre mesi in tema di rapporti con i dipendenti comunitari, non più di sei mesi negli altri[16].

Con precipuo riguardo alla disciplina interna, si osserva come nel silenzio della legge sull'interpretazione da assegnare alla ragionevolezza del termine, la determinazione dei relativi parametri sia stata rimessa all'elaborazione pretoria. D'altra parte, stante la fluidità di tale criterio su cui influiscono una molteplicità

---

[10] In tal senso cfr. C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, *cit.,* p. 1198.

[11] In tal senso M. RAMAJOLI, *ult.op.cit.*, p. 3.

[12] Sul punto si rammenta la sentenza Corte giust. sent. 12 luglio 1957, in cause riun. 7/56, 3/57 a 7/57, Algera Dineke e.a.c. Alta Autorità, *in Racc.* 1957, 81 ss., punto III.

[13] Sul punto cfr. F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in http://www.giustizia-amministrativa.it che rinvia a Corte giust. 17 aprile 1997, C- 90/95.

[14] Corte giust. 22 marzo 1961 C- 42 e 39/59; Corte giust. 18 luglio 2007.

[15] G. GRECO*, Il potere amministrativo nella (più recente) giurisprudenza del giudice comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2009, p. 816 ss.

[16] Trib. Funzione Pubblica, 11 settembre 2008, F-51/07 e Corte giust. CE, sez. VI, 17 aprile 1997, in causa CC-90/95)

di fattori (il carattere palese o meno del vizio, il tempo della sua scoperta, la consapevolezza che i privati possano averne, la rispettiva rilevanza degli interessi pubblici e privati) la sua delineazione non poteva che essere affidata alle pronunce dei giudici[17].

La giurisprudenza ha così enucleato propri elementi discretivi di valutazione di tale parametro, affermando come esso vada "necessariamente valutato caso per caso, tenendo conto degli effetti tipici che ogni provvedimento produce nella sfera degli interessati che hanno confidato nella legittimità dell'azione amministrativa"[18], oppure "in relazione al grado di interessi coinvolti"[19], o alla tipologia del vizio che inficia il provvedimento[20]. Altre volte invece, al fine di meglio ponderare il succitato criterio, sono stati utilizzati parametri soggettivi, facendo leva sulla mala fede, sulla colpa del destinatario, sulla conoscenza dei vizi [21].

La locuzione utilizzata dal legislatore (nella legge 15/2005 prima, nella legge 124/2015, poi) ha in sostanza dato vita "a un parametro indeterminato ed elastico – a differenza di altre fattispecie tipiche di annullamento nidificate da norme speciali, quali l'art. 1, comma 136, della legge n. 311/2004 – finendo così per lasciare all'interprete il compito di individuarlo in concreto, in considerazione del grado di complessità degli interessi coinvolti e del relativo consolidamento, secondo il parametro costituzionale (art. 3) di ragionevolezza"[22].

Tale previsione tuttavia non deve essere letta in termini di incertezza e neppure secondo un'accezione strettamente temporale, anche se è indubbio che maggiore è il tempo trascorso dall'emanazione dell'atto, "più disagevole sarà dimostrare che l'interesse pubblico ne esige la caducazione"[23]. E invero, al fine di fornire un'adeguata interpretazione all'espressione normativa in esame, "non va riguardata soltanto la

---

[17] G. FALCON, *Lezioni di diritto amministrativo*, I, *L'attività*, Padova, 2005, p. 179.

[18] T.A.R. Abruzzo L'Aquila, sez. I , sent. 11 aprile 2013 n. 330, in *Foro amm. Tar,* 2013, 4, p. 1252.

[19] Tar Lombardia, sez. II, 30 gennaio 2007, n. 115, in http://www.giustizia - amministrativa.it. Sul punto per una completa ricostruzione del canone della ragionevolezza si rinvia a S. D'ANCONA, l'*Annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, p. 71.

[20] Sul punto Tar Emilia Romagna, Parma 22 febbraio 2006, n. 76, in http://www.giustizia-amministrativa.it.

[21] Tar Calabria Catanzaro, sez. II 24 luglio2007, n. 1023, in http://www.giustizia - amministrativa.it e nel medesimo tenore Cons. Stato, sez. VI, 20 febbraio 2008, n. 578, in *Foro amm. CDS*, 2008, 2, I, p. 549. Per un'ampia trattazione del tema ed ivi ampi riferimenti giurisprudenziali cfr. S. D'ACONA, *ult.op. cit.* , p. 73.

[22] In tal senso Tar Puglia Bari, sez. III, sent. 13 gennaio 2012, n. 184, in *Foro amm Tar*, 2012, 1, p. 260. In senso adesivo, Tar Campania Napoli, sez. I, 9 ottobre 2013, n. 4529, in *Foro amm. Tar* (II), 2013, 10, p. 3130: "l'art. 21 *nonies* della legge n. 241/90 , nel prevedere il limite temporale del "termine ragionevole", ha introdotto un parametro indeterminato ed elastico (…), finendo così per lasciare all'interprete il compito di individuarlo nel caso concreto, in considerazione del grado di complessità degli interessi coinvolti e del relativo consolidamento, secondo il canone costituzionale della ragionevolezza. Orbene, nel caso di annullamento in autotutela delle procedure di gara, deve qualificarsi sicuramente come non ragionevole un termine di intervento che superi la scadenza naturale del contratto stipulato a valle, non avendo evidentemente senso provocare la caducazione di un contratto che ha ormai esaurito i suoi effetti".

[23] R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento*, *cit.*, p. 569.

frazione temporale in sé e per sé considerata, decorrente tra la data del provvedimento ampliativo della sfera giuridica del destinatario e il suo ritiro in autotutela, né è dirimente considerare il termine di durata complessivo dell'operatività del provvedimento, quanto piuttosto gli effetti che *medio tempore* quel provvedimento ha prodotto"[24].

Il tempo infatti va misurato non in termini quantitativi, bensì qualitativi: sei mesi dal rilascio per l'annullamento di un permesso di costruire può essere un termine eccessivo se la costruzione è ultimata o breve se non sono ancora iniziati i lavori: occorre pertanto guardare alle attività che hanno occupato quel tempo[25].

La conferma dell'operatività del parametro della "ragionevolezza" per l'esercizio del potere in esame consente di concludere la rilevanza che esso è chiamato ad assumere, anche dopo la novella del 2015.

Con riguardo ai provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, per i quali l'individuazione del termine è stata pensata, sembra corretto ritenere che l'amministrazione, nell'arco temporale individuato dal legislatore, debba comunque esser guidata dal precetto della ragionevolezza circa il momento del ritiro, potendo quest'ultimo intervenire anche prima dei diciotto mesi [26] e ciò "proprio al fine di evitare il consolidamento dell'affidamento sulla stabilità dell'atto viziato"[27].

In sostanza la ragionevolezza deve presidiare tutto l'arco temporale (diciotto mesi) individuato dal legislatore per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio ha poi introdotto un'eccezione alla regola generale dei diciotto mesi per l'esercizio di tale potere di ritiro. Il comma 2 *bis,* all'art. 21 *nonies*, ha disposto infatti che detto limite temporale non trova applicazione nei casi di *"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, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al* d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445*"*.

L'individuazione di tale deroga rinviene la sua ragione nella circostanza che, in determinati casi, l'esigenza di ripristino della legalità violata viene considerata prevalente rispetto al tempo trascorso[28].

La disposizione in esame tuttavia non ha mancato di suscitare perplessità.

---

[24] Cons. Stato, sez. VI, sent. 14 novembre 2014, n. 5609, in *Foro amm*, (II), 2014, 11, p. 2810.

[25] G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, *cit*., p. 225.

[26] In tal senso M. Ramajoli, *ult.op.cit*., p. 3, che ha evidenziato che "il termine ragionevole entro il quale l'amministrazione è tenuta a esercitare il potere di annullamento d'ufficio ben potrà essere inferiore a quello massimo di diciotto mesi".

[27] Sul punto cfr. C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in http://www.federalismi.it, , n. 7/2017, p. 8.

[28] M. LIPARI, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi,* in http://www.federalismi.it, p. 16.

Infatti, se è pur vero che la norma tutela l'affidamento del privato, atteso che subordina l'annullamento d'ufficio oltre il termine dei diciotto mesi alla presenza di una sentenza penale passata in giudicato che abbia accertato le falsità ivi descritte[29], d'altro canto fa soggiacere il potere di autotutela dell'amministrazione ai tempi propri del giudizio penale [30].

3. La "conferma" della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio: una prova di resistenza

La novella introdotta all'art. 21 *nonies* ha indotto a chiedersi se con tale modifica il nostro ordinamento abbia trasformato la natura dell'annullamento d'ufficio da discrezionale in doveroso, invocando a supporto di tale argomentazione il dettato di cui all'art. 2, comma 1, della legge n. 241/90 [31], nonché quello di cui all'art. 21 *nonies*, comma 1, ultimo periodo, relativo alle responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo[32].

L'analisi della questione richiede un prodromico esame delle disposizioni addotte a sostegno della tesi sulla doverosità.

Si rammenta che l'art. 2, comma 1, della legge n. 241/90 (come novellato dalla legge n. 190/2012) prevede che nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda le pubbliche amministrazioni debbano concludere il procedimento con un provvedimento espresso in forma semplificata. Ciò ha indotto a ritenere che, in virtù di tale disposizione - che impone di dare comunque una risposta al cittadino anche in presenza di domanda inammissibile o infondata - sorga, in capo all'amministrazione, un obbligo di provvedere sulle istanze di autotutela, trasformando così detto potere da discrezionale in doveroso.

La circostanza che da un'istanza di autotutela possa derivare per l'amministrazione un obbligo di provvedere è avversata in modo pressoché unanime dalla giurisprudenza, la quale non esita ad evidenziare - con il precipuo intento di evitare che attraverso tale meccanismo si giunga ad eludere il termine

[29] In tal senso G. CORSO, *La riorganizzazione della P.A. nella legge Madia: a survey*, in http://www.federalismi.it, p. 3.

[30] M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il tempo dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di scia. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in http://www.federalismi.it, n. 24/2015, 1 ss., la quale rileva che "la norma, se da una parte garantisce l'attività amministrativa dall'ingerenza delle indagini penali, dall'altra va incontro ai tempi propri del giudizio necessari per l'ottenimento di una sentenza definitiva".

[31] Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza, ovvero debba essere iniziato d'ufficio, le pubbliche amministrazioni hanno il dovere di concluderlo mediante l'adozione di un provvedimento espresso. Se ravvisano la manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pubbliche amministrazioni concludono il procedimento con un provvedimento espresso redatto in forma semplificata, la cui motivazione può consistere in un sintetico riferimento al punto di fatto o di diritto ritenuto risolutivo.

[32] Per un'ampia trattazione delle modifiche introdotte dal Decreto Sblocca Italia si rinvia a M.A. SANDULLI, (a cura di), *Gli effetti del decreto legge Sblocca Italia convertito nella legge 164/2014 sulla legge 241/1990 e sul Testo Unico dell'Edilizia*, in supplemento al fasc. n. 6/2015 della *Riv.giur. edilizia.*

decadenziale per la proposizione del ricorso[33] - che "l'istanza, volta ad ottenere l'esercizio del potere di autotutela, non fa sorgere alcun obbligo di provvedere, in quanto tale richiesta è da considerarsi una mera denuncia"[34]. E ancora che: "i poteri amministrativi di autotutela sono espressione dell'esercizio di un potere tipicamente discrezionale e, pertanto, ad eventuali istanze volte a sollecitare l'esercizio di siffatto potere non può che essere riconosciuta una funzione meramente sollecitatoria, inadeguata a determinare l'obbligo di provvedere (…)"[35].

Dunque la norma non varrebbe da sé ad incidere sulla natura discrezionale del potere di annullamento d'ufficio.

Vero è che i fautori della tesi della doverosità chiamano altresì in soccorso la norma sulla responsabilità, di cui alla parte finale del comma 1, dell'art. 21 *nonies*[36]. Tale previsione di cesura chiosa con l'affermazione: "*rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*".

Il richiamo alla responsabilità non pare, ad avviso di chi scrive, deporre per la natura doverosa del suddetto potere. La lettura della disposizione infatti induce ad effettuare una serie di considerazioni che condurrebbero a escluderla.

Come è stato puntualmente rilevato tale disposizione non va considerata come "significativa della responsabilità del funzionario, che pur essendovi tenuto, non annulla l'atto illegittimo (con conseguente doverosità di quest'ultimo)", indicando semmai la configurabilità "della responsabilità del funzionario che ha adottato l'atto illegittimo di primo grado, anche se non è stato annullato in sede di autotutela (con la conferma quindi del carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio)[37]".

Il legislatore d'altra parte ha utilizzato un lemma al plurale (le responsabilità), intendendo che l'adozione o la mancata adozione del provvedimento può dar luogo alle diverse ipotesi di responsabilità in cui può incorrere il dipendente: civile, amministrativa, disciplinare ecc., a seconda della fattispecie che va a concretizzarsi. La norma pare avere come principale destinatario il giudice e, solo limitatamente

---

[33] S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?,* in http://www.federalismi.it, n. 16/2016, P. 5.

[34] Tar Basilicata, Potenza, sez. I, 15 marzo 2016, n. 258. Sull'insussistenza dell'obbligo di provvedere in caso di istanza del privato per ottenere l'esercizio da parte dell'amministrazione dei poteri di ritiro, cfr. Tar Campania, sez. II, 10 febbraio 2016, n. 703; Tar Emilia Romagna, Parma, sez. I, 29 ottobre 2015, n. 283; Tar Calabria, Catanzaro, sez. II, 9 ottobre 2015, n. 1553; Tar Abruzzo, Pescara, sez. I, 5 ottobre 2015, n. 380, reperibili in http://www.giustizia-amministrativa.it

[35] Tar Lazio, Roma, sez. II, 9 giugno 2015, n. 8108. Nel medesimo senso anche Cons. Stato, sez. V, 4 maggio 2015, n. 2237, in http://www.giustizia-amministrativa.it

[36] In tal senso F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo*, in http://www.federalismi.it, n. 8/2017, p. 22, il quale rileva che: "se il mancato annullamento è fonte di responsabilità, è evidente che in tal modo si qualifica come doveroso l'esercizio del potere di autotutela e si ritiene che vi sia quindi un obbligo di provvedere in tal senso". Sul tema si veda anche A. CIOFFI, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa, in L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Torino, 2016, p. 134 ss.

[37] C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, *cit*., p. 11.

all'esercizio del potere disciplinare, l'amministrazione, entrambi chiamati ad accertare, nel caso concreto, la sussistenza degli elementi strutturali della responsabilità, *in primis* l'elemento soggettivo.

La disposizione pertanto sarebbe un mero richiamo tautologico "ad effetto" dei principi già presenti nel nostro ordinamento in tema di responsabilità, in nulla incidendo sul potere dell'amministrazione di determinarsi nel caso concreto se ritirare o conservare un provvedimento.

Sullo sfondo era emersa un'ulteriore disposizione: l'art. 211, comma 2, del d.lgs. n. 50/2016, di recente abrogata dal d. lgs. n. 56/2017, "correttivo" al nuovo codice degli appalti, che aveva indotto taluno a spezzare una lancia a favore della doverosità dell'annullamento d'ufficio.

La norma in esame prevedeva che: *"qualora l'ANAC, nell'esercizio delle proprie funzioni, ritenga sussistente un vizio di legittimità in uno degli atti della procedura di gara invita mediante atto di raccomandazione la stazione appaltante ad agire in autotutela e a rimuovere altresì gli eventuali effetti degli atti illegittimi, entro un termine non superiore a sessanta giorni. Il mancato adeguamento della stazione appaltante alla raccomandazione vincolante dell'Autorità entro il termine fissato è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria entro il limite minimo di euro 250 e il limite massimo di euro 25.000, posta a carico del dirigente responsabile. La sanzione incide altresì sul sistema reputazionale delle stazioni appaltanti, di cui all'articolo 36 del presente codice. La raccomandazione è impugnabile innanzi ai competenti organi della giustizia amministrativa ai sensi dell'articolo 120 del codice del processo amministrativo".*

A ben vedere però, l'art. 211, comma 2, si configurava *sic et simpliciter* come una norma specifica destinata ad avere un'incidenza solo indiretta sulla fattispecie generale di cui all'art. 21 *nonies*. In buona sostanza è dato ritenere che il legislatore del nuovo Codice degli appalti avesse voluto introdurre, nel nostro ordinamento, un'ulteriore ipotesi di annullamento doveroso che andava ad aggiungersi a quelle già esistenti (nell'edilizia, nell'illecito esborso di somme di denaro pubblico, nell'illegittimità comunitaria), costituenti eccezioni alla regola della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio[38].

Quanto sin qui sostenuto pare confermato dall' interpretazione fornita dal Consiglio di Stato, nel parere reso sullo *"schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2 e 213 del D.lgs. 18 aprile 2016, n. 50"* [39], il quale ha ribadito la natura discrezionale "dell'assetto nazionale

[38] Sul punto cfr. N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in http://www.federalismi.it, 5/2017, p. 14, il quale evidenzia che non si può negare che pur configurandosi l'invito rivolto dall'Anac alla stazione appaltante come un precetto corredato da sanzione, tuttavia non venga meno l'esercizio del potere discrezionale dell'amministrazione ordinante (Anac) che dovrà compiere una ponderazione di interessi in merito all'emanazione della raccomandazione contenente l'ordine di eliminare il provvedimento illegittimo.

[39] Parere Cons. Stato, Comm. Spec. del 28 dicembre 2016, n. 2777, in http://www.giustiziaamministrativa.it

dell'autotutela provvedimentale", il cui esercizio richiede "oltre che il presupposto della violazione di legge, quello ulteriore della sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale all'annullamento"[40].

A sostegno della mutazione dell'annullamento d'ufficio da discrezionale in doveroso non pare inoltre possa invocarsi la posizione di quella parte della giurisprudenza che, di recente, ha rievocato il fantasma della legalità (violata) a supporto della doverosità dell'annullamento nell'edilizia, nell'illecito esborso di somme di denaro pubblico, nell'illegittimità comunitaria, attesa l'impossibilità di trasformare la casistica induttiva in assioma generale[41].

Inoltre il dubbio avanzato viene ben presto fugato a fronte di una più attenta analisi dell'art. 21 *nonies*. Il termine dei diciotto mesi, infatti, rappresenta soltanto il limite massimo, restando pur sempre in vigore la previsione per cui l'annullamento può essere disposto entro un termine ragionevole, non implicando la nuova clausola una lettura restrittiva della disposizione[42].

Non si configurerebbe pertanto una sostanziale differenza tra la vecchia e la nuova disciplina tanto da modificare la natura dell'annullamento, non valendo cioè a limitare o escludere, pur nei ranghi di una ragionevolezza circoscritta nei diciotto mesi, la valutazione dell'interesse pubblico (diverso dalla restaurazione della legalità violata) e la ponderazione degli interessi coinvolti. Infatti, se il legislatore avesse voluto obliterare la discrezionalità nell'annullare, avrebbe imposto un unico termine decadenziale, valevole per tutti i tipi di provvedimenti, disancorando l'amministrazione da una valutazione comunque legata al parametro della ragionevolezza.

A supporto di quanto sin qui sostenuto, può essere invocato il dettato di cui all'art. 21 *nonies*, comma 2 *bis*, dove nelle fattispecie ivi descritte il termine dei diciotto mesi non trova applicazione, potendo l'Amministrazione esercitare il potere di ritiro anche dopo detto termine, ma pur sempre sussistendone le ragioni di interesse pubblico e con la necessità di procedere all'onere ponderativo, giacché anche in tali

---

[40] Sul punto cfr. M.A. SANDULLI, *Il codice dell'azione amministrativa: il valore dei suoi principi e l'evoluzione delle sue regole*, *cit*., p. 10, che rileva come il sopra citato parere espresso dalla Commissione speciale del Consiglio di Stato abbia evidenziato che il potere di autotutela delle stazioni appaltanti dovrebbe essere esercitabile entro la soglia del 18 mesi, di cui all'art. 21 *nonies*:<<con la precisazione peraltro che, stante la diversità dei soggetti, il relativo *dies a quo* dovrebbe farsi decorrere "dal momento in cui l'ANAC viene a conoscenza dell'atto di gara sospetto di illegittimità e quindi, normalmente, nell'avvio del procedimento (di vigilanza ndr) d'ufficio o su segnalazione per la verifica delle gravi illegittimità" o dalla comunicazione integrativa prevista a tal fine dal regolamento>>.

[41] Con riferimento alla giurisprudenza in merito alla doverosità dell'annullamento d'ufficio per illegittimità comunitaria cfr. Tar Sicilia Palermo, sez. II, 28 settembre 2007, n. 2049;Tar Sardegna Cagliari, sez. I, 13 gennaio 2012, n. 27 entrambe reperibili in http://www.giustiziaamministrativa.it; con riguardo all'edilizia Cons. Stato, sez. IV, 23 febbraio 2012, n. 1041; Cons. Stato, sez. V, 19 giugno, 2009, n. 4053., mentre per l'illecito esborso di denaro pubblico cfr. Cons. Stato, sez. IV, 8 aprile 1991, n. 236, in *Foro amm*., 1991, p. 1009.

[42] In tal senso G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno. L'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.* n. 1/2016, p. 3.

casi occorre tener conto delle situazioni consolidatesi in capo al destinatario del provvedimento che si intende ritirare o di terzi[43].

A sostegno della tesi della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio potrebbe inoltre utilizzarsi una convincente argomentazione addotta da attenta dottrina, la quale ha avuto modo di evidenziare che un'indicazione nel senso della natura discrezionale del potere di annullamento possa ulteriormente ricavarsi dall'abrogazione, ad opera della Riforma Madia, dell'annullamento d'ufficio per motivi finanziari (di cui al comma 136, dell'art. 1, della legge n. 311/2004), interpretata da taluni come fattispecie di annullamento doveroso[44].

4. La natura del termine

L'art. 21 *nonies* non specifica la natura del termine (diciotto mesi) ivi contemplato. Vero è che la finalità perseguita con la previsione di un arco temporale massimo per procedere all'annullamento d'ufficio, volta a contemperare le ragioni dell'amministrare con quelle della stabilità delle situazioni giuridiche dei privati sorte dal provvedimento ampliativo, non può che far deporre per la natura perentoria del medesimo.

In questo senso si è espressa anche la giurisprudenza che ha evidenziato la perentorietà del termine, di cui all'art. 21 *nonies*, laddove ha affermato che quest'ultimo non può essere interrotto dalla doverosa comunicazione di avvio del procedimento nei confronti della parte[45]. Invero l'avviso di avvio del procedimento non implica di per sé il rispetto del termine perentorio, atteso che quest'ultimo richiede "la formalizzazione, entro la data di consumazione del potere, dell'adozione dell'atto di secondo grado"[46].

Se è vero infatti che all'amministrazione non può essere negato il potere di annullare i provvedimenti illegittimi al ricorrere di uno specifico interesse pubblico, tale potere però non può che essere esercitato entro rigorosi limiti temporali per evitare di rimettere costantemente in discussione situazioni consolidate[47].

Sulla natura del termine si è espresso anche il Consiglio di Stato - nel parere, reso sullo schema di decreto legislativo attuativo della delega in materia di segnalazione certificata di inizio di attività (di cui all'art. 5,

---

[43] Sulla permanenza della natura discrezionale del potere di annullamento d'ufficio anche in seguito all'introduzione del comma 2 *bis*, dell'art. 21 *nonies*, cfr. C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, *cit.,* p. 1185, il quale rileva che: "la potestà di autotutela resta, anche in questo caso, discrezionale, come si evince dall'uso lessicale del verbo servile potere (possono essere annullati), con la conseguenza che non è sufficiente l'accertamento penale irrevocabile del falso per giustificare l'annullamento d'ufficio, dovendo concorrere anche le ulteriori condizioni stabilite in via generale dall'art. 21 *nonies*".

[44] Cfr. G. MANFREDI, *ult. op. cit.*, p 4. Si rammenta tuttavia che già la direttiva del 17 ottobre 2005 del Ministero della Funzione pubblica chiarì che anche a tale fattispecie andassero applicati i presupposti di cui all'art. 21 *nonies.*

[45] Tar Puglia Bari, sez. III, 17 marzo 2016, n. 351, in Redazione Giuffrè amministrativo.

[46] C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, *cit.,* p. 11.

[47] M. RAMAJOLI, *ult. op. cit.*, 4.

della legge n. 124 del 2015) - il quale ha affermato che il nuovo confine temporale (di cui all'art. 21 *nonies*), abbia introdotto un "nuovo paradigma" nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione, una nuova regola "di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale - documentale e fattuale) che si è consolidato nel tempo e che fa prevalere l'affidamento". Dunque il legislatore ha fissato termini decadenziali di valenza nuova volti "non più 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" [48].

5. L'indispensabilità della previsione di una disciplina del tempo anche nella revoca

Prima facie parrebbe che con la previsione di un termine all'esercizio dell'annullamento d'ufficio introdotta dalla riforma Madia, il legislatore abbia voluto arginare il divario esistente con la revoca in punto di affidamento dei privati, configurandolo come una sorta di parallelo dell'indennizzo.

A ben vedere però tale intento non pare raggiunto, per le ragioni che si andrà ad esporre, confermando la disparità esistente in punto di affidamento dei privati a fronte dell'esercizio del potere di revoca e di annullamento d'ufficio.

E' noto che nella redazione finale del testo di modifica alla legge sul procedimento amministrativo non ha trovato ingresso ciò che invece era emerso durante l'*iter* parlamentare e cioè la previsione di un termine di due anni per l'adozione del provvedimento di revoca.

L'introduzione di un breve limite temporale sarebbe invece stata auspicabile in tutte le ipotesi di revoca, ma in particolare nel caso della revoca *jus poenitendi*, per la quale "non possono invocarsi ragioni oggettive che giustifichino il trascorrere di un lungo periodo tra la prima e la seconda valutazione dello stesso fatto"[49].

La ragione per cui non si è pensato di introdurre, anche per la revoca, l'indicazione di un termine per il suo esercizio, va probabilmente rinvenuta nella convinzione che l'equilibrio tra le due figure della revoca

[48] Il Parere del Consiglio di Stato del 30 marzo 2016, n. 839, è reperibile su https://www.giustizia-amministrativa.it. Sul punto cfr. N. PAOLOANTONIO, *La segnalazione certificata di inizio di attività, in M.A. SANDULLI* (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, *cit.,* p. 929, il quale sottolinea che: "la nuova formulazione dell'art. 21 *nonies* , che fissa in diciotto mesi il termine "ragionevole" per intervenire in autotutela, ossia per l'eventuale esercizio dei poteri conformativi o inibitori indicati al 3° comma, è un termine massimo, decorso il quale si assiste ad una vera e proprie estinzione del potere".

[49] A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005: prime riflessioni, in G. Clemente di San Luca* (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005,p. 222.

e dell'annullamento d'ufficio potesse essere realizzato per la prima attraverso la previsione dell'indennizzo[50], per la seconda attraverso la ponderazione di interessi e la previsione del termine.

Tale costruzione, tuttavia, risulta, a mio avviso cedevole.

E invero, anche nell'esercizio del potere di revoca si ritiene che debba esservi ponderazione di interessi e indicazione di un limite temporale che scandisca il ritiro.

In relazione al primo aspetto: solo attraverso la ponderazione l'amministrazione potrà correttamente considerare se i nuovi fatti sopravvenuti, il mutamento dello stato di fatto, o la nuova valutazione dell'interesse pubblico originario siano preponderanti rispetto alla conservazione dell'atto, tanto da sacrificare le posizioni di vantaggio conseguite dai privati attraverso il provvedimento originario. Né potrebbe valere a escludere la ponderazione la diversa natura del vizio, atteso che proprio il ritiro di un atto valido dovrebbe implicare un più intenso bilanciamento di interessi.

Con riguardo al secondo aspetto: il fattore temporale assume rilevanza non solo nell'annullamento d'ufficio, ma anche in tutte le ipotesi di revoca: in entrambi i casi l'interesse pubblico che soggiace all'esercizio di siffatti poteri richiede l'attualità, da valutarsi in uno con tutti gli altri interessi coinvolti. E' evidente, infatti, come un tempo indeterminato concesso all'amministrazione per procedere al ritiro del precedente provvedimento vada a scontrarsi con una ponderata valutazione degli interessi coinvolti. Né varrebbe a escludere la rilevanza del tempo nella revoca la circostanza che essa presuppone il requisito dell'inopportunità dell'atto (originaria e sopravvenuta) e che quest'ultima possa pertanto intervenire in ogni momento.

Già in passato la dottrina aveva osservato come la previsione di un termine appaia imprescindibile anche in caso di revoca *jus poenitendi*, atteso che: "non possono invocarsi ragioni oggettive che giustifichino il trascorrere di un lungo periodo tra la prima e la seconda valutazione dello stesso fatto"[51] e come tale assenza si raffiguri come "punitiva" per la revoca, contribuendo così a originare una più forte lesione dell'affidamento del privato e a incidere sulla certezza del diritto[52].

Secondo taluni, tuttavia, la previsione dell'indennizzo sarebbe valsa proprio a "neutralizzare una più forte lesione dell'affidamento". A ben vedere però la sola previsione di un ristoro economico non compensa

[50] Di tal avviso F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, *cit.,* p. 21, il quale giustifica il mancato intervento riformatore della legge 124/2015 sulla disciplina della revoca in ragione del fatto che: " nel caso della revoca, il riesercizio del potere è pur sempre bilanciato, in linea generale, dalla condizione dell'indennizzabilità del pregiudizio eventualmente arrecato ai soggetti direttamente interessati, il che funge di per sé da deterrente al riesercizio del potere e quindi da garanzia di stabilità della decisione originariamente assunta.

[51] A. CONTIERI, *ult. op. cit.,* p. 222.

[52] G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, p. 299.

l'assenza della previsione di limiti temporali, atteso che l'affidamento trova nell'elemento cronologico, definito da taluno "non un bene, ma il bene della vita", uno dei suoi parametri rilevanti[53].

L'arco temporale che separa l'emanazione dell'atto dal suo ritiro è l'elemento indicizzante che consente di misurare la convinzione del destinatario dell'atto sulla stabilità/definitività del provvedimento. Ciò assume rilevanza di per sé a prescindere da una misura economica che compensi il ritiro dell'atto perché l'affidamento non può dirsi tutelato né con la sola indicazione del termine, né con la sola riparazione economica, essendo necessaria la compresenza di entrambe. Di qui peraltro nascerebbe la necessità di prevedere l'indennizzo anche a fronte dell'annullamento d'ufficio.

La convinzione che la sola indennità non possa dirsi bastevole per realizzare la piena tutela delle situazioni soggettive del destinatario del provvedimento che si intende revocare viene avvalorata dalla previsione di cui all'art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*. Infatti, nel momento in cui si è introdotta, la riduzione dell'ammontare dell'indennizzo, parametrato al solo danno emergente, per evidenti ragioni di contenimento della spesa pubblica, sono emersi fondati dubbi se una previsione così depotenziata possa ancora dirsi satisfattiva per tutelare appieno l'affidamento. Ciò, a maggior ragione, in presenza di atti legittimi. Non è un caso allora che la giurisprudenza talvolta abbia ritenuto di dover applicare in via estensiva il riferimento al "termine ragionevole" dell'annullamento d'ufficio anche alle ipotesi di revoca[54].

Per tali ragioni l'assenza di ogni riferimento a un termine nella disposizione sulla revoca (e a maggior ragione avendo riguardo a quella per *jus poenitendi*, dove le cause dell'origine del pentimento appaiono spesso oscure per il destinatario), va considerata una lacuna del nostro ordinamento, poiché il punto di equilibrio tra gli istituti della revoca e dell'annullamento d'ufficio con riguardo all'affidamento può raggiungersi con la compresenza di due elementi imprescindibili: termine e indennizzo.

[53] F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, *in Riv. it. dir. pubbl. com., 2008,* pp. 425 ss.

[54] Tar Lazio, sez. III, 3 agosto 2006, n. 6991, in *Foro amm. Tar.*, 2006, p. 2545, il quale evidenzia che il principio del legittimo affidamento, che era stato inserito nel progetto di modifica della legge n. 241/90, è stato poi espunto quale criterio generale. "E' rimasto un riferimento a tale principio nel disposto dell'art. 21 *nonies*", laddove si fa riferimento al termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei contro interessati, "allo stesso modo deve ritenersi con riguardo al disposto dell'art. 21 *quinquies* legge n. 241/90".