

Il potere amministrativo di autotutela¹

SOMMARIO: 1. Le origini e la costruzione pretoria - 2. La prima disciplina della l. n. 15 del 2005 - 3. Le modifiche del 2014 – 4. La riforma Madia - 4.1 La *ratio* del limite temporale per l'esercizio del potere – 4.2 Il potere di annullamento *sine die* previsto dal comma 2 *bis* - 4.3. Ulteriori ipotesi di deroga al limite temporale – 5. Il perimetro del ricorso incidentale dell'amministrazione – 6. La tutela del controinteressato all'attività oggetto di SCIA.

* * *

1. Le origini e la costruzione pretoria.

Il potere di autotutela è stato tradizionalmente ritenuto uno dei poteri amministrativi fondamentali, unitamente all'autonomia e all'autarchia².

In diritto amministrativo, infatti, l'autotutela investe momenti essenziali dell'azione dell'amministrazione, quali l'esecuzione dei provvedimenti, gli annullamenti e le revoche, i provvedimenti di controllo e quelli sanzionatori³.

L'autotutela è stata definita da autorevolissima dottrina come la possibilità per l'autorità amministrativa di realizzare unilateralmente e, se necessario, coattivamente le situazioni di vantaggio che con il provvedimento nascono a proprio favore (c.d. esecutorietà del provvedimento)⁴ ovvero come la capacità dell'amministrazione di farsi ragione da sé, naturalmente secondo diritto, per le vie amministrative, salvo ogni sindacato giurisdizionale⁵.

¹ Il testo riproduce ed amplia la relazione svolta dall'Autore il 12 giugno 2017 in Roma, presso il Consiglio di Stato, al convegno: "Il 'codice' dell'azione amministrativa alla luce della l. 124 del 2015 e della sua (prima) attuazione".

² Cfr., in particolare, F. Benvenuti, Autotutela, Enciclopedia del Diritto, Giuffrè, Milano, 1959, secondo cui l'autotutela si risolve essenzialmente nella possibilità per la pubblica amministrazione di risolvere i conflitti attuali o potenziali eventualmente insorgenti con i soggetti interessati dai suoi provvedimenti, senza che sia necessario l'intervento di un giudice.

³ G. Coraggio, Autotutela, Enciclopedia Giuridica Treccani, Roma, 1988.

⁴ M.S. Giannini, Diritto Amministrativo, Volume Secondo, Giuffrè, Milano, 1988.

⁵ A.M. Sandulli, Manuale di diritto amministrativo, Jovene, Napoli, 1989 e, tra gli altri, F. Benvenuti, op. cit.

Accanto a tale forma di autotutela esecutiva, l'autotutela decisoria⁶ - quale espressione del principio di continuità dell'azione della pubblica amministrazione, che può costantemente rivedere i propri atti al fine di meglio perseguire gli interessi pubblici affidati dalla legge alle sue cure – si concreta soprattutto nei provvedimenti di annullamento e revoca, i quali, volti ad incidere sull'assetto di interessi delineato con atti precedenti dalla stessa amministrazione, sono provvedimenti di secondo grado.

Il potere di riesame dei propri atti è stato per lungo tempo considerato un potere immanente all'attività amministrativa, perenne ed inconsumabile, avendo la sua fonte nella stessa norma attributiva della potestà esercitata in prime cure ed essendo volto alla costante verifica critica dell'attività svolta al fine di emendarla attraverso l'annullamento di atti ritenuti illegittimi o la revoca di atti ritenuti inopportuni⁷.

La giurisprudenza pretoria formatasi sul punto, in assenza di una disciplina normativa, proprio per la ritenuta perpetuità, non aveva fissato alcun limite temporale entro il quale il provvedimento di autotutela potesse essere adottato.

Viceversa, aveva ritenuto che l'atto di autotutela dovesse essere esaustivamente motivato in ordine all'interesse pubblico concreto ed attuale alla eliminazione dell'atto di prime cure, non essendo di regola sufficiente la mera esigenza di ripristino della legalità violata⁸.

2. La prima disciplina della l. n. 15 del 2005.

La legge 11 febbraio 2005, n. 15, per la prima volta, ha previsto una disciplina positiva della materia, con l'introduzione, nell'ambito della legge 7 agosto 1990, n. 241, dell'art. 21 *quinquies*, rubricato “revoca del provvedimento”, e dell'art. 21 *nonies*, rubricato “annullamento d'ufficio”.

In particolare, l'art. 21 *nonies*, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, aveva stabilito che “il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21 *octies*

⁶ Sulle diverse concezioni di autotutela, F. Caringella, Manuale di diritto amministrativo, Dike, Roma, 2017, il quale indica che nel panorama giurisprudenziale convivono tre diverse concezioni: la prima che fa coincidere la nozione con quella dell'attività di esecuzione coattiva diretta delle pretese dell'amministrazione; la seconda, che aggiunge a tale area quella del riesame; la terza che fa coincidere l'istituto con quella parte di attività amministrativa volta a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti ed alle sue pretese.

⁷ A. Quaranta, Lineamenti di diritto amministrativo, Edipem, Novara, 1987, ha posto in rilievo come la più importante manifestazione dell'autotutela amministrativa sia costituita dalla c.d. autoimpugnativa, vale a dire dalla possibilità accordata dall'ordinamento alla pubblica amministrazione di riesaminare i propri atti sotto il profilo della legittimità o del merito e, nel caso in cui essa riscontri vizi dell'una o dell'altra specie, di procedere *ex se* all'eliminazione degli atti riconosciuti illegittimi (annullamento) o inopportuni (revoca).

⁸ Sulla ricostruzione storica dell'annullamento in autotutela, di recente, C. Deodato, L'annullamento d'ufficio, in Codice dell'azione amministrativa a cura di M.A. Sandulli, Giuffrè, Milano, 2017.

può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge”.

Di talché, la disciplina positiva aveva sostanzialmente recepito la costruzione pretoria, riconoscendo la perpetuità del potere, ma subordinando l'esercizio dello stesso ad un concetto giuridico indeterminato quale un “termine ragionevole”, e richiedendo una valutazione sulla sussistenza dell'interesse pubblico, da bilanciare con gli interessi non solo dei destinatari dell'atto, ma anche dei controinteressati.

Tale previsione di legge, quindi, attribuiva all'amministrazione un ampio potere discrezionale in quanto, fermo restando l'elemento oggettivo costituito dall'illegittimità dell'atto, le condizioni per il legittimo esercizio del potere non costituivano concetti apprezzabili oggettivamente, ma, in quanto indeterminati, dovevano essere oggetto di valutazione da parte dell'amministrazione procedente.

Sulla valutazione discrezionale che l'amministrazione procedente era ed è tenuta a compiere, occorre subito precisare che il rapporto amministrativo presenta spesso caratteri di accentuata complessità in quanto, accanto all'interesse pubblico “primario” perseguito dall'amministrazione procedente, possono convivere, ora confliggendo ora collimando, altri interessi pubblici ed in quanto, accanto al destinatario diretto dell'atto, possono sussistere altri interessi privati di segno analogo o antitetico a quello del diritto interessato.

E' estremamente comune, tanto più nei rapporti di tipo commerciale, che l'attribuzione del bene della vita ad un soggetto possa tradursi in una lesione alla sfera giuridica di un altro soggetto, titolare di una posizione antagonista parimenti meritevole di tutela.

In altri termini, è molto frequente che, accanto alla posizione del titolare dell'interesse legittimo pretensivo che ha richiesto all'amministrazione l'attribuzione del bene della vita, sussista una posizione di altro soggetto, titolare di interesse legittimo oppositivo a che il bene della vita richiesto sia attribuito.

L'ordinamento deve porsi il problema di tutelare non solo la posizione di chi, attraverso il provvedimento accrescitivo, ha avuto soddisfatto il proprio interesse pretensivo, ma anche la posizione di chi, essendo stato attribuito al terzo il bene della vita antagonista, ha visto lesa il proprio interesse oppositivo⁹.

⁹ Innumerevoli sono gli esempi paradigmatici in tal senso: l'apertura di un esercizio commerciale in una determinato settore merceologico ed in una determinata zona certamente incide sulla posizione differenziata e qualificata del concorrente operante nello stesso settore e nella stessa zona; il permesso di costruire sopra una certa altezza certamente incide sulla posizione differenziata e qualificata del

Il legislatore, per tale ragione, sin dalla prima disciplina positiva della fattispecie - sebbene tale profilo appaia spesso sfumato nelle elaborazioni dottrinarie e nell'applicazione concreta della norma, riservandosi quasi sempre maggiore attenzione all'interesse dei destinatari dell'atto - aveva considerato, nel bilanciamento da compiere per l'esercizio del potere, anche l'interesse dei controinteressati all'atto in prime cure adottato.

3. Le modifiche del 2014.

Il successivo art. 25 del decreto legge 12 settembre 2014, n. 133, a sua volta, aveva modificato l'art. 21 *nonies* escludendo che l'annullamento d'ufficio potesse riguardare i casi di cui all'art. 21 *octies*, comma 2, ed aggiungendo, in fine, il seguente periodo: "Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione ed al mancato annullamento del provvedimento illegittimo".

In realtà, la prima modifica può ritenersi pleonastica in quanto la norma che, al secondo comma dell'art. 21 *octies*, dispone la non annullabilità del provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato, impone di per sé che tale atto, non annullabile in sede giurisdizionale, non possa essere annullato neanche in sede di autotutela amministrativa.

D'altra parte, sarebbe ben difficile ipotizzare che, ove un atto sia viziato solo nella forma, l'interesse pubblico al ripristino della legalità violata possa prevalere sull'affidamento del diretto destinatario alla sua stabilità.

La norma sulla responsabilità, invece, induce a svolgere talune riflessioni.

Il potere di autotutela decisoria è ontologicamente discrezionale, per cui, anche a fronte di un atto palesemente illegittimo, non potrebbe sussistere un vincolo di annullamento d'ufficio in capo all'amministrazione competente, tanto che la stessa è tenuta a compiere una valutazione sulla sussistenza di un interesse attuale e concreto alla rimozione ed a bilanciare gli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

Tuttavia, la norma di legge pone sullo stesso piano la responsabilità per l'adozione dell'atto illegittimo, responsabilità necessariamente presente in quanto, in base al principio di legalità, l'amministrazione ha l'evidente obbligo di adottare atti legittimi e la responsabilità per il mancato annullamento del provvedimento

vicino a cui riduce l'aria e la visuale; l'autorizzazione all'installazione di un'antenna diffusiva di onde elettromagnetiche certamente incide sulla posizione differenziata e qualificata del residente in una zona interessata dalle immissioni potenzialmente nocive.

illegittimo, responsabilità che, proprio per la natura discrezionale del potere da esercitare, lascia molto più perplessi

Occorre allora ricercare una plausibile chiave di lettura di tale apparente disarmonia, vale a dire, come acutamente osservato in dottrina, occorre attribuire alla norma un significato compatibile con il carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio¹⁰.

Il provvedimento di autotutela può essere adottato o meno a seguito di un procedimento in cui l'amministrazione deve effettuare le predette valutazioni in ordine alla persistenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto ed al bilanciamento con gli interessi del destinatario dell'atto e di eventuali controinteressati.

Va da sé che, così come l'adozione del provvedimento di autotutela ha carattere discrezionale, ha carattere parimenti discrezionale la non adozione dello stesso a conclusione del relativo procedimento avviato d'ufficio o ad istanza di parte.

In proposito, giova precisare che quando si sollecita l'attivazione di poteri sfavorevoli nei confronti di terzi, il criterio distintivo tra istanza idonea a radicare il dovere di provvedere e mero esposto, volto a sollecitare l'attivazione di un procedimento d'ufficio, deve essere individuato nell'esistenza in capo all'istante di uno specifico e rilevante interesse che valga a differenziare la sua posizione da quella della collettività¹¹.

Pertanto, l'istanza del controinteressato all'attribuzione del bene, titolare di una posizione differenziata e qualificata, genera un obbligo di procedere in autotutela e di provvedere in capo all'amministrazione competente, che può sfociare, all'esito dell'istruttoria, in una determinazione di senso satisfattivo per il controinteressato o conservativo per il destinatario del bene.

In altri termini, ove l'amministrazione sia tenuta ad esercitare il potere di autotutela perché si è autonomamente resa conto di un profilo di illegittimità della propria azione o perché un'istanza di parte ha chiaramente rappresentato la possibile esistenza di un profilo di illegittimità di un atto accrescitivo dell'altrui sfera giuridica, la stessa è tenuta ad adottare un provvedimento finale discrezionale sull'annullamento o meno dell'atto, in cui deve dare conto delle ragioni a base della volontà manifestata non solo ove decida di procedere all'annullamento d'ufficio, ma anche ove decida di

¹⁰ C. Deodato, op. cit., il quale giunge alla conclusione che la responsabilità deve essere configurata non nel caso in cui l'annullamento d'ufficio era doveroso e non è stato disposto, ma nella diversa situazione in cui il provvedimento illegittimo, la cui adozione resta la fonte esclusiva della responsabilità, non è stato annullato in esito alla valutazione discrezionale operata in occasione del suo riesame.

¹¹ Sia consentito il richiamo a R. Caponigro, Il tempo come bene della vita, in www.giustizia-amministrativa.it, 2014.

non procedere all'adozione dell'atto di autotutela decisoria, atteso che l'interesse dei controinteressati deve essere anch'esso tutelato.

Ne consegue che la responsabilità indicata dalla norma può ritenersi esistente laddove, in presenza di controinteressati all'atto che ne abbiano chiesto fondatamente il ritiro, l'amministrazione non abbia neppure esercitato il potere ovvero abbia deciso illegittimamente, vale a dire con un esercizio viziato della propria discrezionalità, di non procedere al ritiro del provvedimento illegittimo.

4. La riforma Madia.

L'art. 6 della legge 7 agosto 2015, n. 124, c.d. legge Madia, ha apportato modificazioni sostanziali alla disciplina dell'autotutela amministrativa innovando, in particolare, l'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990 in tema di annullamento d'ufficio¹² e, sebbene non rientri nell'ambito dell'autotutela, estendendo le previsioni di cui all'art. 21 *nonies* all'art. 19 della stessa legge, in tema di segnalazione certificata di inizio di attività.

4.1 La *ratio* del limite temporale per l'esercizio del potere.

La novella più significativa - dirompente sia a livello teorico che come impatto concreto sulle posizioni giuridiche soggettive conformate a seguito dell'esercizio di un'attività amministrativa illegittima - è costituita dalla individuazione di un parametro temporale, diciotto mesi dall'adozione del provvedimento di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, entro e non oltre il quale il provvedimento di annullamento d'ufficio può essere adottato¹³.

Detto limite temporale, che riguarda tutti gli atti di secondo grado volti alla rimozione di atti illegittimi, è dotato di forza espansiva in quanto, al di là della locuzione "provvedimenti di autorizzazione o attributivi di vantaggi economici", sembra riferibile a tutte le tipologie di atti adottati in prime cure satisfattivi di interessi legittimi pretensivi dei richiedenti, qualunque sia il *nomen juris* ad essi attribuito.

Secondo la dottrina a mio avviso più convincente, il limite di diciotto mesi non esclude che l'atto di autotutela decisoria debba essere adottato in un tempo

¹² Sull'applicabilità dell'art. 21 *nonies* anche agli atti di autotutela aventi ad oggetto atti nulli cfr. F. Caringella, op. cit., il quale, tra gli altri, richiama G. Carlotti, Il nuovo procedimento amministrativo, Cedam, Padova, 2015, secondo cui, con argomentazione a mio avviso condivisibile, di fronte alla nullità, nessun effetto può ritenersi realmente prodotto e la declaratoria del vizio riscontrato è sempre doverosa.

¹³ Il Consiglio di Stato, Commissione Speciale, con parere 30 marzo 2016, n. 839, reso sul decreto SCIA, ha ritenuto che 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.

ragionevole, nel senso che, se è adottato oltre il diciottesimo mese, è illegittimo per violazione di legge, mentre, se è adottato entro il termine di diciotto mesi, può essere viziato da eccesso di potere ove lo spazio temporale si riveli comunque irragionevole¹⁴.

Va precisato, inoltre, che il limite temporale per l'esercizio del potere di autotutela concerne i soli provvedimenti ampliativi della sfera giuridica dei destinatari, vale a dire i soli provvedimenti satisfattivi di interessi legittimi pretensivi, che hanno attribuito al richiedente un "bene della vita" in precedenza non goduto, sicché esula del tutto dalla perimetrazione normativa il potere di autotutela avente ad oggetto un provvedimento negativo, vale a dire non satisfattivo dell'interesse pretensivo del richiedente il quale, in quanto tale, ha lasciato inalterato il quadro giuridico preesistente. Detti atti, come in passato, possono essere sempre oggetto di riesame, il cui potere officioso¹⁵, in tal caso, continua ad affondare le proprie radici nella potestà amministrativa in origine negativamente esercitata.

Pertanto, l'esercizio del potere amministrativo di autotutela può ritenersi oggi un *Giano bifronte* in cui una faccia, ove il potere in prime cure esercitato non sia stato satisfattivo dell'interesse pretensivo, conserva la sua immanenza e la sua fonte nella norma attributiva dell'originario potere, mentre l'altra faccia, ove il potere in prime cure esercitato sia stato satisfattivo dell'interesse pretensivo, attributivo del bene e costitutivo di una nuova posizione giuridica, diviene temporaneo e trova la sua fonte non più nell'originario potere, ma nel provvedimento ampliativo adottato.

La *ratio* del potere di annullamento in autotutela è intuitivamente rinvenibile nella esigenza di riportare l'attività amministrativa nell'alveo della legalità, sicché, come detto, in ragione del principio di continuità dell'azione amministrativa, tale potere era stato ritenuto inesauribile ed avente la stessa origine della potestà esercitata in prime cure.

La previsione di un termine perentorio di scadenza per l'esercizio del potere, invece, determina che lo stesso sia oggi da considerare provvisorio, non più

¹⁴ Cfr. M. Lipari, *La SCIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *Federalismi.it*, 2015, secondo cui sembra corretta l'interpretazione per la quale il termine di diciotto mesi è quello massimo insuperabile, ma non si può escludere che, in concreto, alla luce delle circostanze della singola fattispecie il termine ragionevole possa essere ritenuto ancora più breve. L'Autore, quindi, sostiene che la barriera cronologica dei diciotto mesi opera "unidirezionalmente", pur ritenendo probabile che, in una prospettiva di semplificazione e omogeneità interpretativa, la giurisprudenza tenderà generalmente a considerare legittimi gli annullamenti d'ufficio disposti entro tale termine.

¹⁵ Nella fattispecie, l'eventuale istanza di riesame proposta dal richiedente non soddisfatto non genera alcun obbligo di procedere e provvedere in capo all'amministrazione, costituendo, al più, una mera sollecitazione a rivedere la propria attività.

immanente, ed avente origine nell'adozione dell'atto adottato in prime cure, quale espressione di una diversa, e non più identica, potestà amministrativa.

In altri termini, la fonte del potere di autotutela cambia in quanto tale potere non affonda più le proprie radici nello stesso potere in prime cure adottato, ma in un diverso potere, che sorge con l'adozione dell'atto che può costituire oggetto di riesame.

Il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha rappresentato come, in una linea di discontinuità rispetto al passato, vengono stabiliti termini decadenziali di valenza nuova in quanto “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”¹⁶.

In effetti, l'ordinamento contempla che il provvedimento amministrativo illegittimo possa consolidarsi decorsi i sessanta giorni dalla sua conoscenza da parte del destinatario la cui sfera giuridica sia stata lesa e sia rimasto inoppugnato e ciò a tutela dell'interesse pubblico alla stabilità dei rapporti disciplinati dal provvedimento stesso¹⁷.

Viceversa, il sistema non contemplava prima della riforma di cui alla c.d. legge Madia alcun termine decadenziale che consentisse il consolidamento di un provvedimento amministrativo illegittimo nell'interesse dei soggetti destinatari dell'atto accrescitivo della loro sfera giuridica.

Il sistema introdotto dalla legge n. 124 del 2015, allora, crea un nuovo equilibrio tra Autorità (esercitata dall'amministrazione per il perseguimento dei fini pubblici affidati alle sue cure) e Libertà (a tutela dei destinatari dell'azione amministrativa, persone fisiche o persone giuridiche) al fine di incentivare gli investimenti e la crescita economica che può essere messa a rischio della incerta stabilità delle posizioni giuridiche soggettive acquisite dagli operatori economici¹⁸.

Infatti, alla *ratio* di ripristinare la legalità violata, su cui si innesta anche l'interesse dei titolari di posizioni antagoniste a quella soddisfatta dal provvedimento ampliativo, si contrappone la *ratio*, alla base della previsione di un *dies ad quem* entro il quale l'autotutela può essere esercitata, di tutela dell'affidamento dei soggetti beneficiati, soprattutto di coloro che esercitano attività produttive i quali, a tal fine, hanno necessità di avere certezza delle proprie posizioni giuridiche per programmare

¹⁶ Cons. Stato, Commissione Speciale, parere 30 marzo 2016, n. 839, cit.

¹⁷ Cfr. sul tema, L. Carbone, La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino ed amministrazione pubblica, in www.giustizia-amministrativa.it, 2017.

¹⁸ La Corte Costituzionale con sentenza n. 49 del 2016 ha posto in rilievo che l'autotutela viene a collocarsi nello “snodo delicatissimo del rapporto fra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra”.

ed effettuare investimenti finanziari e, in definitiva, di garanzia delle libertà economiche¹⁹.

La contrapposizione tra questi delicatissimi interessi dà vita ad un equilibrio instabile e connota di particolare rilievo la disciplina dell'esercizio del potere di autotutela amministrativa introdotto dalla riforma Madia, che tenta di creare un sistema in grado di soddisfare o, meglio, di bilanciare le varie esigenze in gioco.

Nella stessa direzione, volta ad attribuire maggiore stabilità alle posizioni giuridiche formatesi a seguito di provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici - già prima della c.d. riforma Madia - il richiamato d.l. n. 133 del 2014, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 164 del 2014, aveva espunto dal testo dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241 del 1990 il potere di revoca del provvedimento ad efficacia durevole per "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario" ed aveva subordinato, in tutti i casi, la potestà di revoca, per mutamento della situazione di fatto, alla circostanza che tale mutamento non fosse "prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento".

Pertanto, così come il potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti accrescitivi diviene meno ampio a seguito della riforma del 2015, il nuovo perimetro applicativo della potestà di revoca degli stessi atti ampliativi, a seguito della novella del 2014, è parimenti più ristretto, essendo ora limitato ai casi di "sopravvenuti motivi di pubblico interesse" e di "mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione dell'atto".

Nella descritta ottica, la nuova normativa in materia di annullamento d'ufficio, inoltre, si presenta omogenea con le politiche di semplificazione e liberalizzazione che implicano una tutela sempre maggiore del legittimo affidamento degli operatori economici²⁰.

Al punto che il Consiglio di Stato, in sede consultiva, ha evidenziato come la riforma Madia abbia anche inciso sul rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, "in una visione olistica che mette al centro il destinatario del servizio pubblico e non l'apparato che fornisce il servizio medesimo"²¹.

4.2 Il potere di annullamento *sine die* previsto dal comma 2 bis.

¹⁹ E. Casetta, Manuale di diritto amministrativo, Torino, 2015, in ordine al fluire del tempo, ha evidenziato che l'esistenza di situazioni già consolidate costituisce impedimento all'annullamento d'ufficio, atteso che la loro rimozione confliggerebbe con i principi di buona fede e di affidamento.

²⁰ Cfr. R. Cifarelli, L'autotutela da antico privilegio a nuovo paradigma dei rapporti tra pubblica amministrazione e privati, Dike, Roma, 5/2016.

²¹ Cons. Stato, Sezione Consultiva per gli Atti Normativi, parere 24 febbraio 2016, n. 515, reso sulla schema di "decreto trasparenza".

L'affidamento meritevole di tutela, naturalmente, è l'affidamento legittimo, vale a dire l'affidamento sorto in buona fede, senza che il destinatario dell'atto accrescitivo abbia contribuito in alcun modo alla formazione ed alla manifestazione della volontà amministrativa illegittima.

Logica conseguenza di tale assunto è la previsione di cui al comma 2 *bis* dello stesso art. 21 *nonies*, anch'esso aggiunto dalla legge n. 124 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”.

Infatti, se l'esigenza è quella di tutelare il legittimo affidamento e non un qualunque affidamento, l'interesse alla stabilità delle posizioni diviene totalmente recessivo rispetto all'esigenza di ripristinare la legalità violata, nell'interesse pubblico e degli eventuali controinteressati, allorquando il provvedimento accrescitivo e, quindi, satisfattivo dell'interesse legittimo pretensivo sia venuto alla luce anche per il comportamento colpevole (doloso o colposo) del destinatario richiedente.

In proposito, sorge un'importante questione, destinata a scolpire il vero volto dell'annullamento d'ufficio: occorre valutare se, per l'operatività dell'eccezione di cui al comma 2 *bis*, il passaggio in giudicato della sentenza è necessario solo per le ipotesi di dichiarazioni sostitutive di certificazione o dell'atto di notorietà false o mendaci o anche per le false rappresentazioni dei fatti.

Una recente giurisprudenza ha distinto le due ipotesi, evidenziando che le “false rappresentazioni dei fatti” e le “dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà” costituiscono condotte differenti e non sovrapponibili e che l'espressione “accertate con sentenza passata in giudicato” non possa che essere riferita esclusivamente alle “dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false o mendaci”, pena un'eccessiva e ingiustificata restrizione del potere di intervento in autotutela dell'amministrazione²².

In particolare, tale pronuncia ha posto in rilievo che solo le “dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false o mendaci”, per esonerare il privato dall'onere di attivarsi presso gli uffici pubblici, attualmente contemplate e disciplinate del d.P.R. n. 445 del 2000, rappresentano dichiarazioni rese in alternativa ad atti pubblici, a cui il legislatore, peraltro, ha attribuito un valore probatorio privilegiato.

²² TAR Lazio, II bis, 7 marzo 2017, n. 3215.

Di diverso avviso, sembra essere stato l'orientamento della Quarta Sezione del Consiglio di Stato che, con ordinanza 19 aprile 2017, n. 1830, ha rimesso la seguente questione all'Adunanza Plenaria: “Se, nella vigenza dell'art. 21- *nonies*, come introdotto dalla legge n. 15 del 2005, l'annullamento di un provvedimento amministrativo illegittimo, *sub specie* di concessione in sanatoria, intervenuta ad una distanza temporale considerevole dal provvedimento annullato, debba o meno essere motivata in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico valutato in concreto in correlazione ai contrapposti interessi dei privati destinatari del provvedimento ampliativo e agli eventuali interessi dei controinteressati, indipendentemente dalla circostanza che il comportamento dei privati possa aver determinato o reso possibile il provvedimento illegittimo, anche in considerazione della valenza – sia pure solo a fini interpretativi – della ulteriore novella apportata al citato articolo, la quale appare richiedere tale valutazione comparativa anche per il provvedimento emesso nel termine di 18 mesi, individuato come ragionevole, e appare consentire un legittimo provvedimento di annullamento successivo solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato”.

Di talché, avendo fatto riferimento alla possibilità, prevista dalla c.d. legge Madia, di emettere un provvedimento di annullamento d'ufficio successivo ai diciotto mesi “solo nel caso di false rappresentazioni accertate con sentenza penale passata in giudicato”, l'ordinanza sembra avere collocato sullo stesso piano le ipotesi di “false rappresentazioni dei fatti” e di “dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci”, richiedendo per entrambe le fattispecie l'accertamento con sentenza penale passata in giudicato.

Ritengo che, in ragione della *ratio* della norma, sia da preferire l'esegesi secondo cui le due ipotesi sono distinte e non sovrapponibili con applicazione solo alla seconda della condizione dell'accertamento della condotta illecita con sentenza penale.

La novella legislativa, come evidenziato, nella parte in cui disciplina il potere di annullamento d'ufficio come potere soggetto a decadenza e, quindi, consumabile ha compiuto un delicatissimo bilanciamento di interessi tra due esigenze essenziali dell'ordinamento: il ripristino della legalità violata, alla quale pertiene anche l'interesse dei titolari di eventuali posizioni antagoniste all'attribuzione del bene al terzo, e la tutela dei destinatari dell'atto ampliativo, in specie degli imprenditori, alla stabilità delle posizioni acquisite²³.

²³ Cfr. M.A. Sandulli, Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio assenso e autotutela, in *Federalismi.it*, settembre 2015, la quale evidenzia che la c.d. riforma Madia ha prestato particolare attenzione al regime dell'autotutela, cercando un difficile temperamento tra l'esigenza di assicurare il rispetto della legalità e quella di garantire gli operatori e, soprattutto, gli investitori, della stabilità dei titoli di abilitazione all'esercizio di attività economiche e, in termini più generali, al godimento di benefici.

La locuzione “tutela dei destinatari dell’atto ampliativo” anziché “tutela dei cittadini” appare più propria in quanto sono cittadini parimenti meritevoli di tutela anche coloro che hanno una posizione differenziata e qualificata antitetica rispetto a quella di chi ha beneficiato dell’atto illegittimo, i cc.dd. controinteressati all’atto ampliativo, il cui interesse, sebbene puntualmente valorizzato nella norma, è talvolta trascurato.

L’affidamento tutelato, quindi, è l’affidamento legittimo, vale a dire, come si è detto, quello in cui la condotta del richiedente non ha inciso sulla formazione o manifestazione dell’atto illegittimo a lui favorevole.

Se si limitasse la possibilità per l’amministrazione di esercitare il potere di annullamento d’ufficio anche oltre il limite di diciotto mesi alle sole ipotesi di fatti accertati con sentenza penale passata in giudicato, resterebbero impregiudicate tutte le altre ipotesi in cui il “bene della vita” è stato attribuito in ragione di una falsa rappresentazione della realtà che non concreta di per sé un illecito penale.

Infatti - premesso che, ai sensi dell’art. 40 d.P.R. n. 445 del 2000, i certificati e gli atti di notorietà sono sempre sostituiti dalle dichiarazioni di cui agli artt. 45 e 46 nei rapporti con gli organi della pubblica amministrazione e i gestori di pubblici servizi - tra i presupposti necessari per ottenere un provvedimento accrescitivo potrebbero essere stati prodotti atti di diritto privato (ad esempio, un contratto di locazione di una determinata area), la cui eventuale illiceità, a differenza che per le dichiarazioni sostitutive di atti pubblici, non integra una fattispecie di reato.

In tali casi, ove si accedesse alla tesi più restrittiva per l’amministrazione, il potere di annullamento d’ufficio, decorsi i diciotto mesi dall’adozione dell’atto, non potrebbe comunque essere esercitato, con evidente compromissione degli interessi tutelati dalla norma perché il mancato ripristino della legalità violata sarebbe funzionale alla tutela di un affidamento illegittimo, in quanto colui che ne ha beneficio ha contribuito dolosamente o colposamente all’esercizio illegittimo dell’azione amministrativa.

Seguendo la tesi qui avversata, si perverrebbe alla paradossale ed ingiustificata conclusione che quasi mai una falsa rappresentazione di fatti inerente ai rapporti tra privati, che ben possono costituire presupposto per ottenere il beneficio richiesto, potrebbe integrare la fattispecie prevista dalla norma e, quindi, consentire all’amministrazione di procedere oltre il diciottesimo mese al legittimo annullamento in autotutela dell’atto il cui vizio è stato determinato, in tutto o in parte, dalla colpevole condotta dal richiedente.

D’altra parte, un termine decadenziale per procedere all’annullamento d’ufficio è previsto anche in altri ordinamenti evoluti, quali quelli tedesco, francese e spagnolo,

ma l'esigenza di tutelare solo il "legittimo" affidamento è ivi ben presente, tanto che nell'ordinamento tedesco, il beneficiario di un provvedimento non può appellarsi all'affidamento non solo qualora abbia ottenuto l'atto favorevole mediante dolo, minaccia o corruzione, ma anche quando abbia reso dichiarazioni sostanzialmente erronee o incomplete²⁴.

Pertanto, è da escludere che una falsa rappresentazione dei fatti, in mancanza di una sentenza penale di condanna passata in giudicato, possa condurre, decorsi i diciotto mesi, alla stabilizzazione della posizione giuridica venuta in essere anche o solo per la condotta colpevole del beneficiario.

In tal caso, una iperprotezione dell'interesse, non meritevole di tutela, del destinatario dell'atto, in spregio dell'interesse pubblico al ripristino della legalità violata e dell'interesse di eventuali controinteressati, sarebbe certamente contraria alla *ratio* del sistema e connotata da un'evidente illegittimità costituzionale.

Di conseguenza, ad avviso di chi scrive, occorre procedere ad una lettura costituzionalmente orientata della norma, del tutto plausibile anche da un punto di vista letterale, e ritenere che la fattispecie della "falsa rappresentazione dei fatti" non sia soggetta alla condizione capestro e, in taluni casi, impossibile dell'accertamento con sentenza passata in giudicato di una condotta costituente reato.

Diversamente, essendo la veridicità delle dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà assistita da sanzioni penali, è ragionevole che il relativo falso o mendacio debba essere accertato con sentenza passata in giudicato.

In definitiva, l'ipotesi della "falsa rappresentazione dei fatti" si presenta concettualmente (per la evidenziata *ratio* di tutela del "legittimo" affidamento) e letteralmente (per effetto della congiunzione disgiuntiva "o"), differente dall'ipotesi di "dichiarazioni sostitutive di certificazione o dell'atto di notorietà false o mendaci" e solo a quest'ultima dovrebbe applicarsi la condizione della condotta costituente reato accertato con sentenza passata in giudicato.

In tale direzione sembra essersi orientata la recentissima sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 17 ottobre 2017, n. 8²⁵ - che, pur avendo avuto ad oggetto una questione antecedente all'entrata in vigore della c.d. riforma Madia, in relazione alla quale ha sostenuto che per le vicende sorte nella vigenza dell'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990, per come introdotto dalla legge n. 15

²⁴ G. Manfredi, Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia, in Urb. App., n. 1/2016, richiamato da R. Cifarelli, op.cit.

²⁵ La sentenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato 17 ottobre 2017, n. 9, concernendo l'ordine di demolizione di un'opera edificata molto tempo prima in totale assenza di un titolo legittimante e perciò abusiva, non è invece riconducibile alla fattispecie dell'esercizio del potere di autotutela, che avrebbe postulato un titolo edilizio illegittimamente adottato in prime cure.

del 2005, l'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio anche in sanatoria, intervenuto ad una distanza temporale molto considerevole dal titolo medesimo, deve essere motivato in relazione alla sussistenza di un interesse pubblico concreto ed attuale all'adozione dell'atto di ritiro, tenuto conto degli interessi dei privati destinatari del provvedimento, non potendosi predicare in via generale la sussistenza di un interesse pubblico in *re ipsa* alla rimozione dell'atto in autotutela – ha svolto indicative considerazioni che possono riflettersi anche sulla questione in esame.

In particolare, ha evidenziato che:

- “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 ... non veridicità. Si tratta del resto ... di un'impostazione del tutto coerente con il nuovo comma 2-*bis* dell'articolo 21-*nonies*”;

- “se ... è vero in via generale che il potere della P.A. di annullare in via di autotutela un atto amministrativo illegittimo incontra un limite generale nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'iniziale adozione dell'atto (i quali plasmano il conseguente obbligo motivazionale), è parimenti vero che le medesime esigenze di tutela non possono dirsi sussistenti qualora il contegno del privato abbia consapevolmente determinato un affidamento non legittimo. In tali casi l'amministrazione potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato, in capo al quale non sarà configurabile una posizione di affidamento legittimo da valutare in relazione al concomitante interesse pubblico”;

- “non potendosi affermare ... la sussistenza di un affidamento legittimo e incolpevole al mantenimento dello *status quo ante* in capo al soggetto il quale abbia determinato, attraverso la non veritiera prospettazione delle circostanze rilevanti, l'adozione di un atto illegittimo a lui favorevole. Né può deporre in favore del maturare di uno stato di affidamento incolpevole il contegno negligente ed erroneo dell'amministrazione la quale non abbia tempestivamente rilevato l'oggettiva falsità delle circostanze rappresentate”;

- “la giurisprudenza di questo Consiglio ha condivisibilmente stabilito al riguardo che non sussiste l'esigenza di tutelare l'affidamento di chi abbia ottenuto un titolo edilizio - anche in sanatoria - rappresentando elementi non veritieri, e ciò anche qualora intercorra un considerevole lasso di tempo fra l'abuso e l'intervento repressivo dell'amministrazione”;

- “nelle medesime ipotesi (e anche a prescindere dai profili di rilevanza penale), l’oggettiva falsità della prospettazione dei fatti rilevanti e la sua incidenza ai fini dell’adozione dell’atto illegittimo non consentiranno di configurare una posizione di affidamento legittimo e consentiranno all’amministrazione di limitare l’onere motivazionale alla dedotta falsità, non sussistendo un interesse privato meritevole di tutela da porre in comparazione con quello pubblico (comunque sussistente) al ripristino della legalità violata”.

Di talché, l’Adunanza Plenaria ha chiaramente posto in rilievo che la tutela dell’affidamento, che deve essere bilanciata con la tutela della legalità violata, è solo e soltanto quella relativa al “legittimo” affidamento, mentre, ove il provvedimento ampliativo sia stato adottato sulla base di dichiarazioni non veritiere prodotte dalla parte, nessuna tutela è concepibile.

Inoltre, ed è questo lo spunto più interessante per l’argomento in discorso, il supremo organo della giustizia amministrativa, nel fare riferimento alle dichiarazioni oggettivamente non veritiere, ha ipotizzato che la stesse non sempre abbiano rilevanza penale.

Tale *iter* argomentativo, a mio avviso, non lascia dubbi sul fatto che le “false rappresentazioni dei fatti” di cui al comma 2 *bis* dell’art. 21 *nonies* non debbono necessariamente costituire reato né essere accertate con sentenza passata in giudicato, ma influiscono a prescindere da eventuali profili di rilevanza penale.

Il modello costruito dalla riforma, che potrebbe essere definito come volto ad attribuire una presunzione di intangibilità *juris et de jure* alle posizioni accrescitive della sfera giuridica una volta decorso il termine perentorio di diciotto mesi dall’adozione dell’atto, è più propriamente qualificabile come attributivo di una presunzione di intangibilità *juris tantum*.

Infatti, la previsione opportunamente introdotta al comma 2 *bis* dell’art. 21 *nonies* già pone in luce che la presunzione di intangibilità opera solo ed esclusivamente nel caso di affidamento legittimo, ma non può certo operare laddove il destinatario dell’atto abbia, dolosamente o colposamente, contribuito alla sua adozione.

Ove l’amministrazione procedente riesca a dimostrare, essendo suo onere, che l’affidamento del destinatario non può definirsi legittimo, il termine perentorio non troverà più applicazione, fermi restando gli altri parametri di legittimità previsti dalla legge per il corretto esercizio del potere di autotutela.

4.3. Ulteriori ipotesi di deroga al limite temporale.

L'ordinamento, peraltro, prevede altri casi in cui norme speciali escludono testualmente l'operatività del termine.

L'art. 138 del Testo Unico delle leggi sull'ordinamento dei Enti Locali (d.lgs. n. 267 del 2000) stabilisce, con norma ancora vigente, che il Governo, a tutela dell'unità dell'ordinamento, con decreto del Presidente della Repubblica, previa deliberazione del Consiglio dei Ministri, su proposta del Ministero 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.

Ad un diverso arco temporale fa riferimento anche il vigente art. 39 del Testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia edilizia (d.P.R. n. 380 del 2001), secondo cui "entro dieci anni dalla loro adozione" le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla regione.

Tali fattispecie, peraltro, non si riferiscono ad ipotesi di autoannullamento, vale a dire di annullamento disposto dalla stessa amministrazione che ha adottato il provvedimento annullato, ma prevedono l'esercizio del potere di altre Autorità amministrative.

La possibilità per la stessa amministrazione di agire oltre il termine di diciotto mesi è nondimeno rinvenibile in altre norme.

In materia di contrattualistica pubblica, è possibile cogliere ulteriori e significativi segnali in tal senso.

L'art. 108, comma 1 *bis*, del d.lgs. n. 50 del 2016, inserito dall'art. 72, comma 1, del c.d. correttivo (d.lgs. n. 56 del 2017), ha stabilito che, nelle ipotesi in cui le stazioni appaltanti possono risolvere un contratto pubblico durante il periodo di sua efficacia, non si applicano i termini previsti dall'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990. Parimenti, l'art. 176, comma 2, del codice dei contratti pubblici, sin dalla sua entrata in vigore, ha previsto che, fermo restando l'esercizio dei poteri di autotutela, nelle ipotesi in cui la concessione può cessare, non si applicano i detti termini di cui all'art. 21 *nonies* della legge n. 241 del 1990.

Ora, se è vero che la risoluzione del contratto o la cessazione della concessione costituiscono atti di diritto privato in quanto incidono su rapporti privatistici, afferenti alla loro esecuzione, è altrettanto vero che, se addirittura la risoluzione del contratto o la cessazione della concessione possono avvenire *sine die* per ipotesi di vizio di legittimità del provvedimento con cui la stazione appaltante ha scelto il contraente (la prima fattispecie, in entrambi i casi, si concreta nel fatto che il concorrente avrebbe

dovuto essere escluso ai sensi dell'art. 80), in presenza dello stesso vizio deve a maggior ragione ritenersi che la stazione appaltante possa procedere ad annullare l'aggiudicazione prima della stipulazione del contratto, anche se, per qualunque motivo, il contratto non sia stato ancora stipulato, in spregio al disposto di cui all'art. 32, comma 8. d.lgs. n. 50 del 2016, nonostante siano decorsi oltre diciotto mesi dall'adozione del provvedimento di aggiudicazione.

Ne consegue che, anche in tale rilevante fattispecie, una lettura sistematica delle norme impone di considerare non applicabile il termine perentorio di cui all'art. 21 *nonies* laddove la stazione appaltante si avveda dell'illegittimità degli atti compiuti.

Ancora, in materia di incentivi derivanti dall'uso dell'energia da fonti rinnovabili, le norme da ultimo introdotte ai commi 3 *bis* e 3 *ter* dell'art. 42 del d.lgs. n. 28 del 2011 disciplinano, senza sottoporlo ad alcun termine, l'annullamento del provvedimento di concessione del beneficio economico ove il GSE, nell'ambito di attività di verifica, riscontri la non rispondenza del progetto proposto e approvato alla normativa vigente alla data di presentazione del progetto e tali difformità non derivino da discordanze tra quanto trasmesso dal proponente e la situazione reale dell'intervento.

In conclusione, l'apposizione di un termine perentorio di diciotto mesi dalla data di adozione dell'atto per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio rappresenta una regola di carattere generale tesa a tutelare solo e soltanto il "legittimo" affidamento - con conseguente recessione in ogni caso in cui il destinatario abbia contribuito all'attività amministrativa illegittima - destinata a subire eccezioni ove norme di settore consentano all'amministrazione procedente in prime cure o ad altra amministrazione di agire *sine die* o, comunque, in un arco temporale più esteso.

5. Il perimetro del ricorso incidentale dell'amministrazione.

La previsione di un termine perentorio per il legittimo esercizio di un potere di annullamento d'ufficio potrebbe produrre l'effetto di ampliare il perimetro di esperibilità del ricorso incidentale da parte delle amministrazioni resistenti in giudizio.

L'art. 42 c.p.a. dispone che le parti resistenti e i controinteressati possono proporre domande il cui interesse sorge in dipendenza della domanda proposta in via principale, a mezzo di ricorso incidentale.

L'utilizzo del rimedio incidentale da parte dell'amministrazione resistente finora ha avuto luogo in rarissimi casi, essendo stato di fatto confinato in un'area estremamente ristretta.

Infatti, l'amministrazione resistente, sino ad oggi, non aveva alcuna ragione di attivare lo strumento incidentale per dedurre in giudizio l'illegittimità di un proprio atto, ben potendo rimuovere l'atto stesso nell'esercizio dei propri poteri di autotutela.

La proposizione dell'azione incidentale da parte dell'amministrazione resistente, quindi, era relegata all'ipotesi, del tutto residuale, dell'impugnazione, nel corso del giudizio avverso un proprio atto lesivo, di un atto presupposto, emanato da altra amministrazione, rispetto al quale il provvedimento applicativo si presentava contrastante.

Nel *corpus* normativo introdotto dalla c.d. riforma Madia, invece, si allarga lo spazio per la proposizione del ricorso incidentale da parte delle amministrazioni resistenti, atteso che, se il termine decadenziale di diciotto mesi è posto quale limite per l'esercizio del potere di autotutela, non incide, ovviamente, sul potere giurisdizionale di annullamento degli atti.

Ne consegue che, se è dedotto in giudizio un vizio dell'azione amministrativa per violazione o contraddittorietà con un precedente atto accrescitivo emanato dalla stessa amministrazione, quest'ultima, ove siano decorsi oltre diciotto mesi dall'adozione di tale atto, non può agire più in autotutela, ma può chiedere in via incidentale al giudice adito di accertare la sua illegittimità e di procedere al suo annullamento al fine di far venire meno la ragione di illegittimità del provvedimento gravato.

Anzi, occorre osservare che, mentre il legittimo esercizio del potere di autotutela postula, come in precedenza indicato, la valutazione della persistenza dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto nonché il bilanciamento con gli interessi dei destinatari e di eventuali controinteressati, l'annullamento giurisdizionale prescinde da queste valutazioni, afferenti al merito amministrativo, essendo basato solo ed esclusivamente sull'accertamento di uno o più vizi di legittimità dell'atto ove dedotti come motivi di impugnativa.

Va da sé, allora, che la valutazione e la comparazione degli interessi che l'amministrazione sarebbe stata chiamata a compiere per procedere all'esercizio del potere di autotutela sarà verosimilmente compiuta nell'adozione dell'atto consequenziale illegittimo per violazione o contraddittorietà con l'atto precedente, anch'esso illegittimo ma non più rimovibile in autotutela per decorso del tempo.

In tal caso, la tutela giurisdizionale degli interessi pubblici affidati alla cura dell'amministrazione precedente potrebbe ora avvenire attraverso la proposizione del ricorso incidentale avverso il proprio atto illegittimo presupposto, evenienza che nel precedente sistema non sarebbe potuta venire in rilievo in quanto l'amministrazione

avrebbe potuto procedere all'annullamento dell'atto in autotutela nonostante il decorrere di un periodo di tempo superiore ai diciotto mesi.

6. La tutela del controinteressato all'attività oggetto di SCIA.

L'art. 21 *nonies*, come già posto in rilievo, impone all'amministrazione che esercita il potere di autotutela di tenere conto anche degli interessi dei controinteressati, vale a dire dei soggetti che hanno un interesse opposto all'attribuzione del bene della vita richiesto dal diretto destinatario del provvedimento.

La previsione di un termine di decadenza per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, a mio avviso, può concretare un *vulnus* alla posizione dei terzi controinteressati, soprattutto se il comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies* dovesse essere inteso nel senso avvertito nel presente scritto, vale a dire se per l'annullamento d'ufficio dell'atto oltre il termine di diciotto mesi fosse richiesto che anche la falsa rappresentazione dei fatti debba necessariamente costituire reato ed essere comprovata con sentenza di accertamento passato in giudicato.

Tale effetto ritengo sia particolarmente visibile in materia di segnalazione certificata di inizio attività di cui all'art. 19 legge n. 241 del 1990.

Il primo comma dell'art. 19, come noto, sancisce la liberalizzazione di talune attività disponendo che ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, il cui rilascio dipenda esclusivamente dall'accertamento di requisiti e presupposti richiesti dalla legge o da atti amministrativi generali, e non sia previsto alcun limite o contingente complessivo o specifici strumenti di programmazione settoriale per il rilascio degli atti stessi, è sostituito da una segnalazione dell'interessato, con determinate esclusioni.

Detta liberalizzazione, consente, ai sensi del secondo comma, che l'attività oggetto di segnalazione possa essere iniziata dalla data di presentazione della SCIA all'amministrazione competente, mentre, in ragione del successivo terzo comma, l'amministrazione competente può vietare la prosecuzione dell'attività e rimuoverne gli eventuali effetti dannosi, ove accerti la carenza dei requisiti e dei presupposti necessari per lo svolgimento dell'attività, entro il termine di sessanta giorni (il termine è ridotto a trenta giorni per la SCIA in materia edilizia).

La c.d. riforma Madia ha sostituito il quarto comma dell'art. 19 in discorso stabilendo che, decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti repressivi, inibitori o conformativi, l'amministrazione competente adotta comunque detti provvedimenti in presenza delle condizioni previste dall'art. 21 *nonies*.

L'estensione della portata precettiva dell'art. 21 *nonies* ai poteri amministrativi esercitabili nelle attività oggetto di SCIA si presenta peculiare, atteso che la segnalazione certificata di inizio attività si concreta in un atto privato volto a comunicare l'intenzione di intraprendere un'attività direttamente ammessa dalla legge²⁶, mentre è assente qualunque attività provvedimentoale, per cui, per via del richiamo all'art. 21 *nonies*, la normativa in materia di annullamento di ufficio diviene applicabile anche ad un procedimento che non costituisce esercizio di potere di autotutela, ma è di primo grado, in quanto teso all'adozione del divieto di prosecuzione di attività in assenza di un provvedimento accrescitivo adottato in prime cure.

Ne consegue che il potere di primo grado, di reprimere ed inibire una attività abusiva avviata a seguito di SCIA, si consuma nel termine di diciotto mesi decorrenti dalla scadenza del termine di sessanta giorni (trenta nei casi di SCIA in materia edilizia) a sua volta decorrente dal ricevimento della segnalazione.

Ora, non può sussistere un ragionevole dubbio sul fatto che, se non vi sono i requisiti ed i presupposti previsti dalla legge per lo svolgimento dell'attività, il "segnalante" ha prodotto una segnalazione non veridica o, comunque, non completa, ponendo in essere la fattispecie di "falsa rappresentazione dei fatti" di cui al comma 2 *bis* dell'art. 21 *nonies*.

Di talché, risulta ancora una volta essenziale accertare se anche in tal caso la deroga al regime temporale di diciotto mesi richiede che la rappresentazione falsa debba costituire un reato accertato con sentenza passata in giudicato.

La tutela del controinteressato all'esercizio dell'altrui attività può avvenire attraverso la sollecitazione dei poteri inibitori e repressivi da parte dell'Autorità competente a fronte della cui inerzia l'istante può agire in giudizio con l'azione avverso il silenzio *ex art.* 31 c.p.a.

In tale situazione, infatti, sussiste un obbligo di procedere e provvedere in capo all'amministrazione oltre che in base ai principi di carattere generale, per l'espressa attribuzione al privato della facoltà di presentare l'istanza contenuta nel richiamato art. 19, comma 6-*ter*, l. n. 241 del 1990.

Orbene, se l'istanza è presentata in un momento in cui l'amministrazione potrebbe ancora vietare la prosecuzione dell'attività illecitamente esercitata, sarà

²⁶ L'art. 19, comma 6-*ter*, aggiunto dal d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, dalla legge n. 106 del 2011 ha chiarito, soppesando le incertezze esistenti in dottrina e giurisprudenza, che la segnalazione certificata di inizio attività (al pari della denuncia e della dichiarazione di inizio attività) non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili, mentre gli interessati possono sollecitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, commi 1 e 2 e 3 del d.lgs. n. 104 del 2010.

obbligo dell'amministrazione procedere in ragione delle stesse condizioni previste dall'art. 21 *nonies* per l'annullamento d'ufficio, salve eventuali responsabilità per non avere proceduto e provveduto.

Il controinteressato, però, potrebbe non avere nemmeno contezza, ad esempio perché l'attività non è stata ancora concretamente avviata o quantunque avviata si presenta difficilmente visibile, della segnalazione certificata presentata dal titolare dell'interesse antagonista per l'intero periodo di tempo in cui i poteri amministrativi inibitori e repressivi possono essere esercitati (18 mesi oltre i sessanta giorni), sicché, aderendo alla tesi che la falsa rappresentazione dei fatti debba essere accertata con sentenza passata in giudicato affinché l'amministrazione possa legittimamente esercitare i suoi poteri oltre il diciottesimo mese, la tutela della sua posizione sarebbe praticamente nulla in quanto un'eventuale istanza non sarebbe più idonea a generare l'esercizio di poteri amministrativi legittimi.

Se così fosse, il controinteressato, di cui si conosce l'esistenza, ma che, come rilevato all'inizio del presente scritto, è spesso una figura trascurata, che resta sullo sfondo, assumerebbe sempre più le sembianze di un invitato di pietra, quasi fosse emerso da una commedia di Tirso De Molina o da un romanzo di Aleksandr Puskin.

Roberto Caponigro

Consigliere di Stato

Pubblicato il 27 ottobre 2017