

L'AUTOTUTELA NELLA PUBBLICA AMMINISTRAZIONE

luca.delfrate@papuntozero.it

SEMINARIO DI AGGIORNAMENTO PER CONTO DI SI.CAMERA

<https://www.papuntozero.it/>



SI.CAMERA

L'autotutela dell'amministrazione: criteri, presupposti, provvedimento

Autotutela esecutiva e decisionale

I casi in cui è possibile l'autotutela esecutiva

Criteri di scelta tra autotutela esecutiva e tutela giurisdizionale. L'autotutela decisionale: annullamento di ufficio e revoca del provvedimento già emanato

Presupposti dell'autotutela: illegittimità dell'atto, interesse pubblico

Il provvedimento di autotutela: modalità istruttorie; motivazione; valutazione; situazioni di fatto maturate al momento dell'esercizio dell'autotutela; ponderazione degli interessi in gioco

Conseguenze dell'autotutela ai fini del giudizio sul risarcimento del danno conseguente a provvedimento illegittimo: l'autotutela in materia di procedure di affidamento di lavori, servizi, forniture



. CAPO IV-BIS EFFICACIA ED INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

REVOCA E RECESSO

Art. 21-bis

((Efficacia del provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati).))((1. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile. Qualora per il numero dei destinatari la comunicazione personale non sia possibile o risulti particolarmente gravosa, l'amministrazione provvede mediante forme di pubblicità idonee di volta in volta stabilite dall'amministrazione medesima. Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci))



. CAPO IV-BIS EFFICACIA ED INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

Art. 21-ter

((**(Esecutorietà)**))((1. Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge.

2. Ai fini dell'esecuzione delle obbligazioni aventi ad oggetto somme di denaro si applicano le disposizioni per l'esecuzione coattiva dei crediti dello Stato))



. CAPO IV-BIS EFFICACIA ED INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

Art. 21-quater

(Efficacia ed esecutività del provvedimento).1. I provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente, salvo che sia diversamente stabilito dalla legge o dal provvedimento medesimo.

2. L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. ((La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21-nonies.))



LE PREVISIONI NORMATIVE: LEGGE 241/1990



. CAPO IV-BIS EFFICACIA ED INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

Art. 21-quinquies

(Revoca del provvedimento)1. ((Per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento o, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario)), il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. La revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti. Se la revoca comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo. PERIODO ABROGATO DAL D.LGS. 2 LUGLIO 2010, N. 104.

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



. CAPO IV-BIS EFFICACIA ED INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

Art. 21-septies

(Nullità del provvedimento).1. È nullo il provvedimento amministrativo che manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge.



. CAPO IV-BIS EFFICACIA ED INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

art. 21-octies

(Annullabilità del provvedimento).1. È annullabile il provvedimento amministrativo adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza.

2. Non è annullabile il 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. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. ((La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-bis.))



LE PREVISIONI NORMATIVE: LEGGE 241/1990



. CAPO IV-BIS EFFICACIA ED INVALIDITÀ DEL PROVVEDIMENTO AMMINISTRATIVO.

Art. 21-novies

(Annullamento d'ufficio).

1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo. (39) (41)

2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole.

2-bis. 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 ((dodici)) mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.



Il concetto di autotutela nel diritto amministrativo fa riferimento al potere della pubblica amministrazione di annullare e revocare i provvedimenti amministrativi già adottati. Si distingue l'**autotutela esecutiva** dall'**autotutela decisoria**.



L'AUTOTUTELA ESECUTIVA



In particolare, l'**autotutela esecutiva** è il potere di eseguire unilateralmente e coattivamente provvedimenti che **impongono obblighi a carico dei destinatari** (per es., l'obbligo di consegnare il bene espropriato o di installare un depuratore), e implicano l'**indicazione del termine e delle modalità di esecuzione** cui deve attenersi il soggetto obbligato. L'autotutela esecutiva è un potere con un fondamento normativo specifico, che va rinvenuto caso per caso e deve essere, dunque, espressamente prevista e regolata dalla legge.



Consiste nel potere di irrogare sanzioni, sia nel caso di violazione di obblighi o divieti generali (come si verifica in materia edilizia od ambientale), sia nel caso di inadempimenti delle regole di un rapporto giuridico (come accade per la decadenza di una concessione);



E' il potere della pubblica amministrazione di **riesaminare**, senza l'intervento del giudice, i propri atti sul piano della **legittimità**, al fine di **confermarli**, **modificarli** o **annullarli**.



Il **riesame amministrativo** dà luogo a un **procedimento di secondo grado**, a iniziativa d'ufficio, che incide su un provvedimento (di primo grado) già adottato. In ogni caso, il provvedimento di secondo grado deve essere giustificato da un **interesse pubblico concreto**. La finalità dell'amministrazione non si esaurisce nell'accertamento in sé della legittimità o dell'illegittimità del provvedimento di primo grado, ma si concreta nel perseguimento di un interesse pubblico ad adottare il provvedimento di secondo grado.

Dall'autotutela decisoria, va tenuta distinta l'**autodichia**, ossia il potere di decidere procedimenti contenziosi riguardanti atti amministrativi (ricorso in opposizione e ricorso gerarchico)



Infatti, mentre nell'autotutela decisoria la P.A. rivaluta l'interesse pubblico alla luce degli altri interessi coinvolti ed a prescindere dall'insorgere di una controversia, nell'**autodichia** essa resta vincolata alla verifica dei vizi dell'atto adottati in un ricorso contenzioso ed alle conseguenze che ne derivano secondo la legge, **senza particolari margini di valutazione discrezionale dell'assetto di interessi** che ne possono derivare.



La conferma costituisce un nuovo provvedimento, che assorbe il precedente e si sostituisce a esso. Essa è adottata a seguito di una nuova valutazione degli interessi in gioco. Si distingue dall'**atto meramente confermativo**, con il quale l'amministrazione, su istanza di riesame presentata dal privato, si limita a confermare senza una nuova istruttoria e senza motivazioni. **Diversamente dalla conferma, l'atto meramente confermativo non riapre i termini di impugnazione del provvedimento di primo grado.**



La convalida **elimina un vizio sanabile del provvedimento di primo grado**, attinente alla **competenza** o alla **procedura**, e ne riafferma l'**efficacia**. La convalida può adottarsi «sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole» (l. n. 241/1990, art. 21 nonies, co. 2). Se il vizio rimosso è di **incompetenza**, la convalida si denomina **ratifica**. Se si rimuove una semplice **irregolarità**, che non integra un vizio di legittimità in senso proprio, si ha la **rettifica** (nel caso, per es., di correzione di meri errori materiali).



L'ANNULLAMENTO D'UFFICIO



L'**annullamento d'ufficio** rimuove il provvedimento di primo grado. Il presupposto è che il procedimento di riesame abbia accertato la sussistenza di vizi non sanabili. E, in base a giurisprudenza consolidata, che vi sia un interesse concreto e attuale all'eliminazione del provvedimento illegittimo. Bisogna aggiungere che l'annullamento va adottato «entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati» (l. n. 241/1990, art. 21 nonies, co. 1). Ciò a garanzia della certezza del diritto e della tutela dell'affidamento legittimo di coloro ai quali il provvedimento di primo grado da eliminare abbia recato vantaggio. Ne risulta che l'annullamento non si limita al ripristino della legalità, ma è provvedimento discrezionale, chiamato a ponderare l'interesse pubblico alla rimozione del provvedimento invalido con gli altri interessi dei soggetti coinvolti.

I provvedimenti di secondo grado hanno effetti retroattivi: retroagiscono al momento in cui i provvedimenti di primo grado sono divenuti efficaci.



Atto che **elimina gli effetti** di un precedente provvedimento, in quanto **viziato nel merito** e, quindi, **inopportuno, inadeguato o ingiusto**.

La revoca appartiene alla categoria dei provvedimenti amministrativi cosiddetti di secondo grado o di riesame (annullamento, sospensione, convalida), con i quali l'amministrazione rimuove, modifica, sospende o conferma atti adottati in precedenza, al fine di curare l'interesse pubblico e verificare che sia soddisfatto in via concreta e attuale



La revoca può essere adottata per **sopravvenuti motivi di pubblico interesse**, per **mutamento della situazione di fatto**, nonché per una **nuova valutazione dell'interesse pubblico originario**.

Oggetto di revoca sono i **provvedimenti amministrativi a efficacia durevole** (atti normativi, piani urbanistici, autorizzazioni commerciali ecc.), con conseguente esclusione di quelli che hanno già esaurito i propri effetti (per es. espropriazioni, sovvenzioni). Organo competente a disporre la revoca è quello che ha emanato il provvedimento, ovvero un altro organo previsto dalla legge.



La revoca **non ha efficacia retroattiva**; il provvedimento revocato, quindi, non produce più effetti dal momento in cui è disposta la revoca.

Ai soggetti privati che abbiano subito un danno in conseguenza della revoca di un provvedimento, deve essere corrisposto un indennizzo che, prima dell'intervento legislativo, era ammesso solo in alcuni casi. Le controversie relative alla determinazione di tale indennizzo sono devolute alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo.



Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo



Ai sensi dell'art. **21-bis della legge n. 241 del 1990**, "il provvedimento **limitativo della sfera giuridica dei privati acquista efficacia nei confronti di ciascun destinatario con la comunicazione allo stesso** effettuata anche nelle forme stabilite per la notifica agli irreperibili nei casi previsti dal codice di procedura civile... Il provvedimento limitativo della sfera giuridica dei privati non avente carattere sanzionatorio può contenere una motivata clausola di immediata efficacia. I provvedimenti limitativi della sfera giuridica dei privati aventi carattere cautelare ed urgente sono immediatamente efficaci".



Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo



I provvedimenti amministrativi **efficaci** sono **eseguiti** immediatamente, salvo che sia diversamente disposto dalla legge o dal provvedimento medesimo

Inoltre, **l'art. 21-quater, comma 2, della legge n. 241 del 1990** prevede che **“l'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa**, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della sospensione è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze. La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'art. 21-nonies”.



Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo



L'efficacia del provvedimento indica l'idoneità dello stesso a produrre le conseguenze giuridiche che gli sono proprie.

L'esecutorietà indica la caratteristica di alcuni provvedimenti amministrativi e consiste nella loro attitudine ad essere eseguiti coattivamente dalla PA senza necessità che la stessa si precostituisca un titolo esecutivo giudiziale



Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo



Al dovere di concludere il procedimento previsto dall'art. 2, comma 1, L. n. 241/1990, si accompagna l'art. 21 quater della legge medesima, il quale dispone che " i provvedimenti amministrativi efficaci sono eseguiti immediatamente," sicché l'applicazione congiunta delle due disposizioni configura, in esplicazione del principio di esecutorietà dei provvedimenti amministrativi, ossia, della loro idoneità ad essere eseguiti, direttamente e coattivamente, dall'Amministrazione senza necessità di preconstituire un titolo esecutivo giudiziale, un potere dovere dell'Amministrazione di portare ad effettiva attuazione i propri provvedimenti emessi al termine del procedimento (**Cons. Stato, Sez. VI, 10 maggio 2013, n.2565**)

La **copertura finanziaria e la relativa attestazione** non costituiscono requisito di validità del provvedimento amministrativo, rappresentandone semmai **condizione di esecutività** (**T.A.R. Toscana, Sez.I ,27 gennaio 2017, n.147**)



Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo



Inefficace è, infine, il provvedimento nullo, ossia, quello che, ai sensi dell'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990, "manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge". Ciò in quanto l'atto nullo non è idoneo ad alterare o modificare l'assetto delle situazioni giuridico-soggettive



Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo



Inefficace è, infine, il provvedimento nullo, ossia, quello che, ai sensi dell'art. 21-septies della legge n. 241 del 1990, "manca degli elementi essenziali, che è viziato da difetto assoluto di attribuzione, che è stato adottato in violazione o elusione del giudicato, nonché negli altri casi espressamente previsti dalla legge". Ciò in quanto l'atto nullo non è idoneo ad alterare o modificare l'assetto delle situazioni giuridico-soggettive



Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo



Per quanto sopra, sono privi della caratteristica dell'efficacia i provvedimenti sanzionatori non comunicati e non aventi carattere cautelare ed urgente, gli altri provvedimenti limitativi della sfera giuridica non comunicati e non muniti di clausola di immediata esecutività, i provvedimenti sospesi ed i provvedimenti nulli.



Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo



E l'art. 21-ter, comma 1, della legge n. 241 del 1990, soggiunge che "nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti. Il provvedimento costitutivo di obblighi indica il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato. Qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge".



Efficacia, esecutività ed esecutorietà del provvedimento amministrativo



Ne consegue che se l'atto è efficace, esso è di regola anche esecutivo ed eseguibile.

Come si vede, la norma lega le caratteristiche dell'esecutività e dell'esecutorietà a quella dell'efficacia dell'atto e non già a quella della sua validità.

Il provvedimento amministrativo è valido se non è annullabile ai sensi dell'art. 21-octies, comma 1, della legge n. 241 del 1990 e, dunque, se non è "adottato in violazione di legge o viziato da eccesso di potere o da incompetenza".



LA SOSPENSIONE DEGLI EFFETTI



La PA ai sensi degli artt. 7, comma 2, e 21-quater, L.241/1990, dispone di un generale potere di natura cautelare e durata temporanea, consistente nella sospensione degli effetti dell'atto precedentemente adottato, al quale però si accompagna la necessità della prefissione di un termine che salvaguardi l'esigenza di certezza giuridica della posizione della parte, così scongiurando il rischio di una illegittima sospensione sine die. Affinchè il potere cautelare dell'amministrazione possa essere correttamente esercitato è indispensabile che sussistano gravi ragioni, cioè circostanze tali da rendere quanto meno inopportuno che un provvedimento emanato, non inficiato da vizi macrosopici o facilmente riconoscibili, continui a svolgere i propri effetti per evitare che questi possano definitivamente alterare o compromettere il sub-strato fattuale sul quale incide. (**Cons. Stato, Sez. IV, 22 febbraio, n.823**)



L' ANNULLAMENTO D'UFFICIO



L'annullamento d'ufficio consegue ad un procedimento c.d. "**di secondo grado**", disciplinato all'art. 21-nonies, dove vigono pienamente le guarentigie di cui all'art. 7 e seguenti . Esso comporta la rimozione definitiva dell'atto dall'ordinamento giuridico, con **efficacia retrodatata al momento della sua adozione**.

La retroattività degli effetti del ritiro trova un limite nelle materie di competenza euro-unitaria, dovendo essere bilanciata con gli opposti valori della certezza del diritto, della tutela del legittimo affidamento e della proporzionalità dell'azione amministrativa



La giurisprudenza applica la disciplina dell'annullamento d'ufficio ad ogni atto di ritiro emanato con effetto ex tunc per vizi di legittimità, a prescindere dal nomen iuris occasionalmente utilizzato



L' ANNULLAMENTO D'UFFICIO: i presupposti



La sussistenza di un vizio sostanziale di legittimità è un presupposto necessario, ma non sufficiente per l'annullamento: la scelta di incidere su una situazione giuridica ormai cristallizzata per l'inutile decorso del termine d'impugnazione è dunque il risultato di una valutazione discrezionale non soltanto nel quid e nel quomodo, ma anche nell'an (Giurisprudenza costante)



Ne consegue che, in presenza di un'istanza di parte, **non è configurabile alcun obbligo di provvedere in capo alla P.A.**, la quale è titolare di un potere di merito, che si esercita previa valutazione di ragioni di pubblico interesse insindacabili da parte del giudice . Donde, l'**inesperibilità dell'azione avverso il silenzio inadempimento**, di cui all'art. 31 c.p.a.



Non solo, ma ove anche la P.A., nel suo libero atteggiarsi, divisi di dare inizio al procedimento, **l'accertata sussistenza di un vizio di illegittimità sostanziale non determina necessariamente l'annullamento dell'atto**. Il comma 2 dell'art. 21-nonies indica infatti, come alternativa, la "convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole".



L'esito del procedimento dipende da una verifica circa la sussistenza, nella fattispecie data, di molteplici elementi in fatto ed in diritto, alcuni dei quali assurgono a presupposti rigidi e vincolanti ed altri a condizioni flessibili e discrezionali.



I presupposti rigidi e vincolanti sono: 1) l'**illegittimità sostanziale dell'atto da riesaminare**, che dev'essere affetto da uno o più vizi, non meramente formali, di incompetenza, violazione di legge od eccesso di potere; 2) il **rispetto del termine massimo di 12 mesi dal momento dell'adozione**, quando l'atto da riesaminare consiste in un'autorizzazione o nell'attribuzione di vantaggi economici e non siano ravvisabili falsità o mendaci dichiarativi



In tal modo, sono tra loro contemperati i beni costituzionali del **rispetto della legalità e della libertà di iniziativa economica** privata (art. 41 Cost.), il quale ultimo si pone a fondamento della tutela dell'affidamento incolpevole del privato sulla validità dell'atto (**Cons. Stato, sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341**)



Le **tre condizioni flessibili e discrezionali** sono: 1) **la sussistenza di preminenti ragioni di interesse pubblico**; 2) **la valutazione comparata e bilanciata degli interessi** dei destinatari e dei controinteressati; 3) **il rispetto di un termine ragionevole**, laddove non operi il vincolo dei 12 mesi



La **motivazione** deve perciò dar conto di un interesse pubblico, diverso dal mero ripristino della legalità violata(**Cons. Stato, sez. II, 16 dicembre 2019, n. 8500 e Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2019, n. 7989**) la cui concretezza ed attualità è valutata in comparazione con le posizioni giuridiche soggettive esistenti ed in rapporto con il tempo trascorso dalla data di adozione dell'atto da rimuovere(**Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277**) .



La **motivazione** deve perciò dar conto di un interesse pubblico, diverso dal mero ripristino della legalità violata(**Cons. Stato, sez. II, 16 dicembre 2019, n. 8500 e Cons. Stato, sez. VI, 25 novembre 2019, n. 7989**) la cui concretezza ed attualità è valutata in comparazione con le posizioni giuridiche soggettive esistenti ed in rapporto con il tempo trascorso dalla data di adozione dell'atto da rimuovere(**Cons. Stato, sez. IV, 7 settembre 2018, n. 5277**) .



Va pertanto escluso che l'**affidamento incolpevole** ingenerato nel privato rappresenti un **ostacolo assoluto all'esercizio dell'autotutela** (**Cons. Stato, sez. VI, 8 agosto 2019, n. 5631**) essendo ormai superata la tesi che conferisce rilevanza maggiore all'interesse dei privati destinatari dell'atto ampliativo e minore all'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, i cui effetti si sono ormai prodotti in via definitiva (**Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8**)



Resta la questione della possibile **tutela patrimoniale risarcitoria** in favore del privato già beneficiario del vantaggio, su cui si è recentemente soffermata l'adunanza plenaria del Consiglio di Stato (**Cons. Stato, ad. plen., 29 novembre 2021, nn. 19, 20 e 21**) .



L' ANNULLAMENTO D'UFFICIO: i presupposti



Essa si è espressa anzitutto in punto di giurisdizione, affermando la giurisdizione amministrativa, in adesione all'orientamento opposto a quello, costante, assunto (precedentemente ed anche successivamente) dalle sezioni unite della Corte di Cassazione, le quali sostengono la giurisdizione del giudice ordinario, anche nelle materie di giurisdizione amministrativa esclusiva, sul duplice rilievo che la lesione fatta valere riguarda il diritto soggettivo alla libertà di autodeterminazione negoziale e che essa è stata eventualmente cagionata da un comportamento scorretto, di natura meramente materiale e del tutto svincolato dall'esercizio del potere, da parte della P.A., la quale può aver suscitato un affidamento nel privato sulla legittimità del provvedimento favorevole poi annullato (in autotutela o in sede giurisdizionale), in contrasto con i doveri di correttezza e buona fede di cui all'art. 1337 c.c.



L'adunanza plenaria, al contrario, muove dalla premessa che correttezza e tutela dell'altrui buona fede sono principi regolatori cui l'azione provvedimentale della P.A. deve conformarsi ai sensi dell'art. 1, comma 2-bis, della l. n. 241 del 1990, di tal che il sindacato, anche ai fini risarcitori, sulla violazione di tali regole di condotta resta devoluto al giudice amministrativo.



E' il potere autoritativo della P.A. che, nel suo dispiegarsi autoritativo e discrezionale, incontra il limite consistente nella tutela dei diritti soggettivi ed interessi legittimi del privato. L'affidamento del privato nella correttezza dell'azione della P.A. non si qualifica, pertanto, in termini di diritto soggettivo o di interesse legittimo, non rappresentando una situazione giuridica soggettiva autonoma e diversa rispetto alla posizione giuridica presupposta.



In particolare, l'affidamento del privato sulla stabilità di un provvedimento favorevole – e quindi sulla conservazione del bene della vita ottenuto tramite quel provvedimento – si ricollega ad un interesse legittimo che, da pretensivo che era nel momento in cui il privato ha chiesto il provvedimento a lui favorevole, nel momento in cui lo ha ottenuto, è diventato oppositivo, rispetto a comportamenti o provvedimenti che lo possono aggredire.



L' ANNULLAMENTO D'UFFICIO: i presupposti



Ne consegue che la responsabilità dell'amministrazione per lesione dell'affidamento ingenerato da un provvedimento favorevole annullato, in via di autotutela o in sede giurisdizionale, si sostanzia, sotto l'aspetto dell'elemento materiale, nella lesione di un interesse legittimo oppositivo, la cui risarcibilità va valutata anche sotto il profilo dell'elemento soggettivo, spettando al privato dimostrare che sia insorto in lui un ragionevole convincimento sulla legittimità dell'atto; ragionevole convincimento che va escluso in caso di illegittimità evidente, o quando il medesimo destinatario abbia avuto conoscenza dell'impugnazione contro lo stesso provvedimento e sia stato posto nella possibilità di difendersi.



Di regola, il potere di riesame degli atti amministrativi costituisce una tipica espressione di attività discrezionale mirata al conseguimento dell'interesse pubblico. V'è da chiedersi, nondimeno, se siano configurabili ipotesi in cui tale potere perda i suoi naturali tratti di discrezionalità, diventando espressione di un'attività vincolata dall'accertamento dell'illegittimità dell'atto. Che ciò sia astrattamente possibile appare incontrovertibile. Per vero, occupandosi dell'art. 6, comma 17, l. n. 127 del 1997, recante l'obbligo per gli enti locali di autoannullare provvedimenti di inquadramento del personale illegittimi, la Corte costituzionale si è espressa nel senso che "in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale. Lo strumento dell'autotutela deve sempre essere valutato nel quadro dei principi di imparzialità, di efficienza e, soprattutto, di legalità dell'azione amministrativa, espressi dall'art. 97 Cost."



Al legislatore non è dunque preclusa la scelta che "l'annullamento d'ufficio possa cessare di essere, secondo la visione consolidatasi di dottrina e giurisprudenza, un procedimento discrezionale, teso a soddisfare un interesse dell'amministrazione che sia valutato sussistente al momento in cui il provvedimento viene adottato, e possa essere riproposto, almeno nei casi in cui la legge lo preveda in questi termini, come atto totalmente vincolato".



Pertanto, "la previsione d'un potere-dovere di annullamento dei provvedimenti che avevano disposto gli inquadramenti illegittimi ... si configura ... quale elemento fondante dell'azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di situazioni costituitesi contra legem"(**Corte cost., 22 marzo 2000, n. 75**)



In tal guisa, la Corte ha riconosciuto al legislatore la facoltà di optare tra forme di autotutela a contenuto discrezionale e forme a contenuto doveroso, purché sia assicurato il rispetto dei canoni di ragionevolezza e di corretto bilanciamento tra i beni costituzionali in gioco



In questa cornice, s'inserisce l'art. 21-nonies (la cui della formulazione originaria risale alla l. n. 15 del 2005), che ha definitivamente orientato il sistema nel senso di attribuire carattere ordinariamente discrezionale al provvedimento di autotutela.



In altri termini, allo stato attuale, **la natura discrezionale del provvedimento annullatorio costituisce la regola** e la natura doverosa l'eccezione, come tale necessitante di un'apposita previsione legislativa in deroga.



Insomma, come affermato dalla giurisprudenza amministrativa nella sua sede più autorevole, la teorica della perennità della potestà di annullare in autotutela gli atti invalidi, "predicabile senza riserve in periodi caratterizzati dalla prevalenza del momento autoritativo nei rapporti fra amministrazione e cittadino e dal sostanziale privilegio riconosciuto all'amministrazione in sede di esercizio dell'autotutela", è stata rimeditata, in ragione di "una sempre maggiore attenzione al valore della certezza delle situazioni giuridiche e alla tendenziale attenuazione dei privilegi riconosciuti all'amministrazione, anche quando agisce con poteri squisitamente autoritativi e nel perseguimento di primarie finalità di interesse pubblico" (**Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8**)



Occorre ora chiedersi se, tra le c.d. **autotutele speciali**, preesistenti all'art. 21-*nonies* e da questo non toccate, siano contemplate figure tipiche di autoannullamento doveroso.

Le ipotesi tradizionalmente prospettate sono: :

- 1) **ottemperanza al giudicato ordinario** che abbia incidentalmente accertato l'illegittimità di un atto amministrativo;
- 2) **l'annullamento di un atto dipendente**, come necessaria conseguenza dell'**annullamento** (giurisdizionale o amministrativo) dell'**atto presupposto**;
- 3) la **conformazione ad una decisione negativa resa in sede di controllo successivo**, da un'autorità cui non compete il potere di annullare direttamente l'atto.



Le predette ipotesi si caratterizzano tutte per l'esistenza di un vincolo assoluto per la P.A. a dar luogo alla caducazione del provvedimento viziato.

Ciò significa che non occorre motivare né sulle preminenti ragioni di interesse pubblico che rendono recessivi gli interessi concomitanti, né sul tempo trascorso dall'azione del provvedimento da rimuovere.

Eguali caratteristiche di doverosità si rinvencono nell'annullamento dell'atto pronunciato in sede di *autodichia*, ossia in accoglimento di un ricorso in opposizione o di un ricorso gerarchico, ai sensi del d.P.R.1199 del 1971



A differenza dell'**autotutela *decisoria***, che prescinde dall'esistenza di una controversia ed è finalizzata alla rivalutazione dell'interesse pubblico sottostante alla vicenda, l'***autodichia*** è il potere della P.A. di decidere i procedimenti contenziosi, sicché la stessa presuppone la proposizione di un ricorso amministrativo ed è finalizzata alla verifica dei vizi dedotti.

Pertanto, se il ricorso riguarda vizi di legittimità, all'accertamento dei medesimi deve necessariamente seguire l'annullamento dell'atto, rimanendo preclusa alla P.A. la possibilità di una convalida per motivi d'interesse pubblico



Autotutela parzialmente doverosa: dequotazione del termine per l'esercizio del potere



Esistono fattispecie in cui la **doverosità dell'autotutela è solo limitata o parziale**, nel senso che l'amministrazione è affrancata dal termine decadenziale entro cui provvedere, ovvero è esentata dall'obbligo di motivare sull'assetto sostanziale degli interessi coinvolti.

Per quanto riguarda il primo aspetto, va rammentato che l'art. 21-*nonies*, comma 1, prevede, in via generale, che l'annullamento d'ufficio debba avvenire “***entro un termine ragionevole***”, il quale decorre dall'acquisita conoscenza del profilo di illegittimità dell'atto.

L'irragionevolezza del termine rappresenta, quindi, una causa ostativa legale all'adozione del provvedimento di annullamento



Per gli atti di **autorizzazione** o di attribuzione di **vantaggi economici**, è lo stesso comma 1 a stabilire quando il termine diventi irragionevole, e cioè una volta **decorsi 12 mesi dalla loro adozione**. Tale regola, tuttavia, subisce un'eccezione al comma 2-*bis*, per “*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*”, i quali “*possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di 12 mesi di cui al comma 1*”.



La disposizione viene inoltre interpretata dalla giurisprudenza a discapito del privato, dilatandosi la portata del requisito delle “*false rappresentazioni dei fatti*” – le quali possono essere integrate anche dal mero silenzio su circostanze rilevanti (**Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374**) e, nel contempo, restringendosi la portata del requisito della “*sentenza passata in giudicato*”, fino a negarne la necessità, allorquando le attestazioni non veritiere, seppure penalmente irrilevanti, sono comunque imputabili a dolo o colpa grave (**Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940 e Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2019, n. 849**)



La disposizione viene inoltre interpretata dalla giurisprudenza a discapito del privato, dilatandosi la portata del requisito delle “*false rappresentazioni dei fatti*” – le quali possono essere integrate anche dal mero silenzio su circostanze rilevanti (**Cons. Stato, sez. IV, 18 luglio 2018, n. 4374**) e, nel contempo, restringendosi la portata del requisito della “*sentenza passata in giudicato*”, fino a negarne la necessità, allorquando le attestazioni non veritiere, seppure penalmente irrilevanti, sono comunque imputabili a dolo o colpa grave (**Cons. Stato, sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940 e Cons. Stato, sez. VI, 4 febbraio 2019, n. 849**)

Comunque sia, in tutti i predetti casi, al venir meno del vincolo dei 12 mesi, dovrebbe tornare ad applicarsi la norma generale di cui al comma 1, sulla ragionevolezza del termine



Autotutela parzialmente doverosa: dequotazione del termine per l'esercizio del potere



Vi sono poi discipline speciali che incidono *in pejus* sulla garanzia di un termine finale per l'esercizio del potere.

In alcuni istituti, il termine per l'esercizio del potere di autotutela è individuato in un lasso di tempo particolarmente lungo: si tratta dell'annullamento regionale dei provvedimenti comunali difformi dalla normativa urbanistica (dieci anni)

In altri casi il termine finale è addirittura assente.

Ci si riferisce agli artt. 2, comma 3, lett. p), l. n. 400 del 1988 e 138, DLGS. n. 267 del 2000, i quali prevedono che, “*a tutela dell'unità dell'ordinamento*”, il Governo, previo parere del Consiglio di Stato, possa disporre l'annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi “*in qualunque tempo*”.



Autotutela parzialmente doverosa: dequotazione del termine per l'esercizio del potere



Vi sono poi discipline speciali che incidono *in pejus* sulla garanzia di un termine finale per l'esercizio del potere.

In alcuni istituti, il termine per l'esercizio del potere di autotutela è individuato in un lasso di tempo particolarmente lungo: si tratta dell'annullamento regionale dei provvedimenti comunali difformi dalla normativa urbanistica (dieci anni)

In altri casi il termine finale è addirittura assente.

Ci si riferisce agli artt. 2, comma 3, lett. p), l. n. 400 del 1988 e 138, DLGS. n. 267 del 2000, i quali prevedono che, “*a tutela dell'unità dell'ordinamento*”, il Governo, previo parere del Consiglio di Stato, possa disporre l'annullamento straordinario degli atti amministrativi illegittimi “*in qualunque tempo*”.



Si parla di interesse pubblico *in re ipsa* ogni qualvolta l'interesse pubblico al ritiro del provvedimento illegittimo prevale *juris et de jure* sugli altri interessi, i quali sono pretermessi e destinati a rimanere insoddisfatti.

Nelle materie del **pubblico impiego o dei contributi e finanziamenti pubblici**, si è affermato che non necessita di specifica motivazione sull'interesse generale l'intervento in autotutela su un atto produttivo di esborso indebito di denaro pubblico, con correlativo ingiustificato vantaggio per il privato (**Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2013, n. 2022; Cons. Stato, sez. VI, 9 luglio 2012, n. 4007; Cons. Stato, sez. III, 20 giugno 2012, n. 3603; Cons. Stato, sez. III, 4 giugno 2012, n. 3290**)



Ancora, ai sensi dell'art. 94 del **codice antimafia** (d.lgs. n. 159 del 2011), se, successivamente alla stipula del contratto, siano accertati tentativi di infiltrazione mafiosa, oppure emergano cause correlate di decadenza, di sospensione o di divieto, le stazioni appaltanti *“revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono dai contratti, fatto salvo il pagamento del valore delle opere già eseguite e il rimborso delle spese sostenute per l'esecuzione del rimanente, nei limiti delle utilità conseguite”*.

In tal caso, la prosecuzione del rapporto è consentita esclusivamente ove *“l'opera sia in corso di ultimazione ovvero, in caso di fornitura di beni e servizi ritenuta essenziale per il perseguimento dell'interesse pubblico, qualora il soggetto che la fornisce non sia sostituibile in tempi rapidi”*.



L'annullamento d'ufficio può essere adottato, oltre che dall'organo emanante, anche *“da altro organo previsto dalla legge”*, costituisce **annullamento *in re ipsa* anche il c.d. annullamento tutorio, operato cioè dall'autorità che esercita il controllo di legittimità**

Si pensi all'**autorizzazione paesaggistica**, rilasciata dalla regione o da altro ente locale da essa delegato, che può essere annullata dalla soprintendenza, nei 60 giorni successivi alla sua ricezione, *ex art. 159, comma 3, d.lgs. n. 42 del 2004.*

E lo stesso dicasi per *“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”*, i quali possono essere annullati dalla regione, *ex art. 39, d.P.R. n. 380 del 2001*, entro dieci anni dalla loro adozione.



L'esercizio del potere dipende, dunque, dall'accertamento della difformità del titolo edilizio con la disciplina urbanistica all'epoca vigente, **restando avulso ogni bilanciamento tra i contrapposti interessi, pubblici e privati**, di cui al generale procedimento *ex art. 21-nonies*

La giurisprudenza ha infine elaborato, in via interpretativa, ulteriori ipotesi nelle quali non è necessaria una penetrante motivazione in tema d'interesse pubblico alla rimozione dell'atto illegittimo od una particolare considerazione dell'affidamento del beneficiario: *1) illegittimità emersa a seguito di verifica compiuta dall'autorità prefettizia, ai sensi dell'art. 143, d.lgs. n. 267 del 2000 (Cons. Stato, sez. V, 23 aprile 2014, n. 2047) ; 2) provvedimento rilasciato per effetto di una falsa, infedele, erronea od inesatta rappresentazione della realtà, dolosa o gravemente colposa, da parte dell'interessato (Cons. Stato, sez. VI, 31 dicembre 2019, n. 8920; T.a.r. per la Campania, Salerno, sez. II, 30 novembre 2020, n. 1822 e 28 luglio 2020, n. 954); 3) provvedimento non ancora efficace o dotato di stabilità provvisoria, non essendo necessaria una motivazione sull'interesse pubblico prevalente, fino a che l'atto non acquisti definitività (Cons. Stato, sez. V, 14 maggio 2013, n. 2602; T.a.r. per la Lombardia, sez. III, 11 marzo 2003, n. 435)*

