

Sulla configurabilità dell'annullamento doveroso

di Roberta Pecoraro

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La natura dell'annullamento d'ufficio: potere vincolato o discrezionale? – 3. La rilevanza del falso e del mendacio e il potere di vigilanza amministrativa in materia edilizia. – 4. Sulla configurabilità dell'annullamento doveroso. – 5. Considerazioni conclusive.

1. *Introduzione*

Il tema dell'annullamento doveroso in materia edilizia, specie dopo l'entrata in vigore della Legge 7 agosto 1990, n. 241, ha rivestito un ruolo centrale nel dibattito dottrinale¹ e nella giurisprudenza amministrativa in considerazione della sua spiccata complessità e della pluralità degli interessi coinvolti. È discusso, infatti, se, a fronte di una sollecitazione di annullamento in autotutela da parte del privato, l'amministrazione procedente sia vincolata solo nell'*an* della decisione, ovvero anche nel *quomodo*. La questione ha una preminente rilevanza in punto di tutela, in considerazione del fatto che, nel primo caso, l'amministrazione sarebbe tenuta esclusivamente ad avviare il procedimento di riesame, contrariamente sarebbe obbligata a pronunciarsi, ancorché negativamente².

Il presente contributo, pur senza pretesa di esaustività e prendendo le mosse dalle recenti pronunce sul tema, si interroga sulla possibilità di configurare il comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 quale «autoannullamento doveroso parziale» e circa i criteri sui quali fondare il giudizio.

Si terranno in considerazione questioni ulteriori, tra cui spicca la

¹ V. G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *UniURB Open Journals*, 383 ss.; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2015; C. NAPOLITANO, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, in *Foro amm.-CDS*, 2012, 2946 ss.; S. TATTI, *L'annullamento d'ufficio tra doverosità e discrezionalità*, in *Riv. trim. app.*, 2013, 147 ss.; P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la l. n.164/ 2014 (qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edil.*, 2014, 21 ss., S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, 2016, 16; N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, *ivi*, 5, 2017.

² In tal senso, S. TUCCILLO, *Autotutela*, cit., 1 ss.

dequotazione dell'onere motivazionale dell'amministrazione procedente in caso di annullamento in autotutela di titoli edilizi rilasciati sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni mendaci accertate con sentenza passata in giudicato, nonché la rilevanza, in ogni caso, dell'affidamento del privato.

2. *La natura dell'annullamento d'ufficio: potere vincolato o discrezionale?*

Il dibattito circa la doverosità dell'autotutela ha assunto forme diverse in base ai differenti periodi storici susseguitsi. Prima dell'intervento legislativo riformatore del 2005³, l'annullamento in autotutela non aveva alcuna precisa base legislativa e, sin dall'Ottocento, era stata frutto di sola elaborazione giurisprudenziale⁴, analogamente alla revoca. Il Consiglio di Stato⁵ ne affermava la natura discrezionale e a questa impostazione si è conformata senza resistenze gran parte della dottrina⁶. L'orientamento giurisprudenziale messo in atto tra il XIX e il XX secolo, tuttavia, non poteva trovare applicazione omogenea nell'ordinamento, in quanto vigevano forme di annullamento d'ufficio disciplinate da norme speciali, tra cui quelle relative all'annullamento governativo straordinario⁷ il quale godeva di una discrezionalità più ampia del consueto e che, come osservato dai più, sembrava forzatamente rientrando nella categoria dei poteri di autotutela. Siffatto carattere discrezionale lasciava spazio all'idea che la Pubblica Amministrazione potesse considerarsi vincolata solo ed esclusivamente nel settore dei controlli e dei ricorsi amministrativi, in favore di

³ F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 1 ss.

⁴ Si veda A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo tra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss; A. SANDULLI, *Il giudice amministrativo e la sua giurisprudenza*, in S. CASSESE (a cura di), *Il diritto pubblico nella seconda metà del XX secolo*, Milano, 2002, 1373 ss; S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI e A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.

⁵ E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, voce *Enc. dir.*, Milano, 1958, II, 488.

⁶ G. CODACCI PISANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 154 ss; S. ROMANO, *Annulamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, voce in *Nuovo dig. it.*, Torino, I, 1937, 475.

⁷ Allora previsto dall'art. 6 del t.u. della legge comunale e provinciale del 1934, poi ripreso dall'art. 2, comma 3, lett. p) della l. 400 del 1988 e dall'art. 138 del d.lgs 267 del 2000.

una ponderazione tra interesse pubblico e posizione del privato⁸. Negli anni Novanta del secolo scorso il Legislatore ha introdotto nell'ordinamento una nuova forma di annullamento definito, a causa del chiaro tenore letterale che ne demandava la obbligatorietà, *autotutela impropria*⁹ o *pseudo-autotutela*. Quest'ultima forma di potere, nel corso del tempo, ha riscontrato non pochi problemi di matrice principalmente eurounitaria¹⁰ a cui la Corte di Giustizia prima e il Consiglio di Stato dopo hanno cercato di porre rimedio attraverso la applicazione di un meccanismo analogo a quello per il contrasto tra norme europee e di diritto interno¹¹.

Siffatta ricostruzione risulta sufficientemente funzionale ad affermare che il potere di annullamento, così come tipizzato nell'art. 21-*nonies* ad opera della l. 241 del 1990, oggi incarna i principi giurisprudenziali formati nel tempo volti alla caratterizzazione dell'istituto come esclusivamente discrezionale.

Tale connotazione, tuttavia, è stata messa in dubbio dalla Corte costituzionale che, con riguardo all'obbligo per gli enti locali di auto-annullare provvedimenti di inquadramento del personale illegittimi, ha statuito 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» e che «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.»¹². Ancorché valida e condivisibile la statuizione della Consulta, è dimostrato come la sussistenza di una forma di annullamento priva di discrezionalità sarebbe in contrasto con i principi dell'ordinamento¹³ dal momento che l'amministrazione non terrebbe conto, ingiustamente, degli

⁸ S. ROMANO, *Annullamento*, cit., 1 ss.

⁹ F.G. SCOCA, Un'ipotesi di autotutela impropria, in *Giur. cost.*, 2000, 810 ss.

¹⁰ S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema d'annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1251 ss.

¹¹ Cons. St., sez. IV, 18 gennaio 1996, n. 54, e 5 giugno 1998, n. 918. Cfr. in dottrina D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35 ss., V. CERULLI IRELLI, M. LUCIANI, *Diritto comunitario e diritto interno*, ivi, 2007, 859 ss., M.P. CHITI, *Le peculiarità dell'invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, ivi, 2008, 477 ss., F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, 439 ss.

¹² Corte cost., 22 marzo 2000, n. 75, in *DeJure online*.

¹³ N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso*, in *federalismi.it*, 2017; Cons. St. comm. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, § 5.6.3.

interessi dei destinatari e dei controinteressati i quali su quel provvedimento amministrativo hanno riposto un legittimo affidamento.

Attenta dottrina guarda la figura dell'annullamento autonomo come *provvedimento misto*, ossia in parte discrezionale e in parte vincolato¹⁴ sicché, a designarne il carattere obbligatorio sarebbe la illegittimità dell'atto da rimuovere, mentre a rappresentarne la componente discrezionale sarebbe la sussistenza di un interesse pubblico da promuovere. Su questa scia, la giurisprudenza amministrativa che faceva leva sul concetto di doverosità anche alla luce del diritto eurounitario, sembrava in passato interpretare l'istituto in esame quale doveroso in tutti i casi in cui vi fosse soltanto un provvedimento illegittimo da rimuovere. Lo ha fatto, in particolare, nei casi di illegittimo inquadramento di pubblici dipendenti¹⁵, di illegittima concessione di finanziamenti¹⁶ e di concessioni edilizie illegittime¹⁷.

¹⁴ N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza Plenaria)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017, 5 ss; B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223 ss.

¹⁵ Cons. St., sez. VI, 9 luglio 2012 e Cons. St., sez. III, 20 giugno 2012, n. 3603, in *giustiziaamministrativa.it*. In tali pronunce, il Consiglio di Stato ha affermato che non occorre una specifica valutazione dell'interesse pubblico all'intervento in autotutela, essendo così sufficiente la necessità di porre riparo alla legalità violata. Ha altresì statuito la non necessità di tenere in considerazione limiti temporali posto che non sussisterebbe in capo al privato alcun affidamento.

¹⁶ Cons. St., sez. III, 15 aprile 2013, n. 2022, in *www.giustiziaamministrativa.it*.

¹⁷ Ulteriori riferimenti in L. 15 maggio 1997, n. 127 «Misure urgenti per lo snellimento dell'attività amministrativa e dei procedimenti di decisione e di controllo», pubblicata in G.U. n. 113 del 17 maggio 1997 – Suppl. Ordinario n. 98. L'art. 6, comma 17, prevede che «Entro il 30 settembre 1998 gli enti locali sono tenuti ad annullare i provvedimenti di inquadramento del personale adottati in modo difforme dalle disposizioni del decreto del Presidente della Repubblica 25 giugno 1983, n. 347, e successive modificazioni ed integrazioni, e a bandire contestualmente i concorsi per la copertura dei posti resisi vacanti per effetto dell'annullamento [...]»; D.lgs. 6 settembre 2011, n. 159 «Codice delle leggi antimafia e delle misure di prevenzione, nonché nuove disposizioni in materia di documentazione antimafia, a norma degli articoli 1 e 2 della legge 13 agosto 2010, n. 136». L'art. 94 del d.lgs. n. 159 del 2011, comma 2 prevede che «Qualora il prefetto non rilasci l'informazione interdittiva entro i termini previsti, ovvero nel caso di lavori o forniture di somma urgenza di cui all'articolo 92 comma 3 qualora la sussistenza di una causa di divieto indicata nell'articolo 67 o gli elementi relativi a tentativi di infiltrazione mafiosa di cui all'articolo 84, comma 4, ed all'articolo 91, comma 6, siano accertati successivamente alla stipula del contratto, i soggetti di cui all'articolo 83, commi 1 e 2, salvo quanto previsto al comma 3, revocano le autorizzazioni e le concessioni o recedono

Non può omettersi, tuttavia, che la favorevole considerazione di tale interpretazione finirebbe per paventare dubbi applicativi e interpretativi dell'istituto, tali per cui si giustificerebbe il suo utilizzo anche in ipotesi che esulano dalle fattispecie previste *ex artt.* 21-*octies* e 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990.

3. *La rilevanza del falso e del mendacio e il potere di vigilanza amministrativa in materia edilizia*

Il settore in cui la configurabilità di una ipotesi di annullamento doveroso dell'Amministrazione presenta maggiori complicazioni è il settore edilizio e ciò avviene in ragione della concorrenza di plurimi interessi coinvolti.

Le questioni interpretative sulle quali autorevole dottrina e attenta giurisprudenza dibattono sono molteplici.

In primo luogo, ci si interroga sull'ipotesi in cui l'Amministrazione precedente rilasci dapprima un titolo in sanatoria a fronte di un abuso e poi, decorso un lasso di tempo apprezzabile, ravvisi l'illegittimità della sanatoria a suo tempo rilasciata in quanto basata su dichiarazioni false o mendaci, annullandola officiosamente.

Conseguentemente, ci si chiede quali siano le ricadute in punto di onere motivazionale e quali siano i parametri alla stregua dei quali calibrare l'annullamento sancito dal comma 2-*bis*.

Con riferimento alla prima questione, occorre preliminarmente chiarire la nozione di falso o mendacio e qual è la rilevanza di tale qualificazione nell'attività amministrativa.

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 giurisprudenza si veda, *ex multis*, Cons. giust. Amm. Sicilia, 30 marzo 2020, n. 223, in www.giustizia-amministrativa.it, ove si afferma che «L'amministrazione, qualora l'informativa antimafia sia stata rilasciata dopo la conclusione di un contratto o dopo l'erogazione di un contributo, ha il dovere imprescindibile di revocare il contributo già erogato, con efficacia *ex tunc*, essendo in questa ipotesi l'interesse pubblico alla revoca *in re ipsa*. Infatti, la revoca del contributo costituisce un vero e proprio dovere dell'amministrazione che è tenuta a orre rimedio alle sfavorevoli conseguenze derivate all'erario per effetto di una erogazione non dovuta di contributi pubblici, non sussistendo in questo caso uno specifico obbligo di motivazione, atteso che l'interesse pubblico all'adozione dell'atto è '*in re ipsa*' quando ricorre un indebito esborso di denaro pubblico con vantaggio ingiustificato per il privato».

Oltre che rappresentare una fattispecie penale, l'espressione "titolo falso o mendace" si riferisce ad una pluralità di situazioni nelle quali il permesso di costruire ovvero la S.C.I.A. siano stati ottenuti attraverso dichiarazioni mendaci o per mezzo della falsificazione dei documenti allegati. Tale falsità, in quanto presupposto del provvedimento amministrativo rilasciato, comporta illegittimità del provvedimento con conseguente necessità per l'Amministrazione di ripristinare l'interesse pubblico pretermesso. Rileva qui la distinzione penalistica tra falsità materiale e falsità ideologica, ove con la prima si indica la alterazione materiale del documento mediante sostituzione, l'alterazione della sottoscrizione nonché la modifica dei dati contenuti; con la seconda si fa riferimento alla falsità delle dichiarazioni contenute nel documento¹⁸.

La falsa rappresentazione di fatti diventa oggetto dell'attività amministrativa di vigilanza, come sancito dall'art. 27 del Decreto del Presidente della Repubblica n. 380 del 2001, che funge da presupposto ai fini dell'attivazione del potere ulteriore repressivo. L'esercizio del potere di vigilanza sul territorio e la carenza di presupposti che giustifica l'annullamento d'ufficio rilevano su due piani differenti, come anche ribadito dalla giurisprudenza amministrativa secondo cui «l'esercizio del potere di vigilanza sull'attività urbanistico-edilizia, di cui all'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, che non incontra alcun limite di ordine temporale, si riferisce a tutto ciò che è realizzato *sine titulo*, in difformità dallo stesso ovvero utilizzandone una tipologia del tutto estranea all'intervento effettuato (...), la mancanza dei presupposti, invece, ove non tempestivamente rilevata, giustifica, sussistendone le condizioni, il solo annullamento d'ufficio al ricorrere dei presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990»¹⁹.

Tuttavia, trattasi di potere pubblico necessario e presupposto per l'annullamento d'ufficio.

L'art. 27, impiantato all'interno del Testo unico dell'edilizia, intende far propria una limitazione dello *ius aedificandi*, essendo questo sottoposto a poteri amministrativi di assenso e di controllo finalizzati ad un *corretto uso del territorio* e, ad un tempo, valorizzare qualsiasi intervento abusivo indipendentemente dalla gravità della violazione. In effetti, la giurisprudenza

¹⁸ F. GUADALONI, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, 2020, 220-250; F. GHETTI, *Manuale di diritto penale – Parte Speciale*, Torino, 2021; A. DE VITI DE MARCO, *Trattato di diritto penale*, Roma, 2020, 300 ss.; M. SECHI, *Falsità materiale e ideologica nei reati di falso*, Padova, 2019, 100-130; G. FIANDACA-E. MUSCO, *Diritto penale. Parte Speciale*, Bologna, 2022, 150 ss.

¹⁹ Cons. St., 23 novembre 2023, n. 9415, cit.

amministrativa, con specifico riguardo alle opere costruite senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesaggistico, confessa che «l'art. 27, d.P.R. n. 380/2001 non distingue tra opere per cui è necessario il permesso di costruire e quelle per cui sarebbe necessaria la semplice D.I.A., in quanto impone di adottare un provvedimento di demolizione per tutte le opere che siano, comunque, costruite, senza titolo in aree sottoposte a vincolo paesistico. Infatti, per le opere abusive eseguite in assenza di titolo edilizio e di autorizzazione paesaggistica in aree vincolate vige un principio di indifferenza del titolo necessario all'esecuzione di interventi in dette zone, essendo legittimo l'esercizio del potere repressivo in ogni caso, a prescindere, appunto, dal titolo edilizio ritenuto più idoneo e corretto per realizzare l'intervento edilizio nella zona vincolata (DIA o permesso di costruire); ciò che rileva, ai fini dell'irrogazione della sanzione ripristinatoria, è il fatto che lo stesso è stato posto in essere in zona vincolata e in assoluta carenza di titolo abilitativo, sia sotto il profilo paesaggistico che urbanistico»²⁰.

In altre parole, il controllo del territorio si caratterizza quale strumento conferito per dare effettività alle scelte di pianificazione urbanistica rimesse all'ente locale. Esso attiene alla verifica, senza limiti di tempo, della rispondenza degli interventi al regime di edificabilità dei suoli, come cristallizzati nei titoli edilizi; mentre il controllo sulla legittimità dei titoli implica la verifica successiva dell'assentibilità dello *ius aedificandi*, in un'ottica di contemperamento delle esigenze di tutela della legalità con quelle di certezza del diritto nonché di legittimo affidamento.

La distinzione fra controllo del territorio e controllo sulla legittimità dei titoli, allora, non è di poco conto: il primo si pone in una posizione propedeutica rispetto al controllo dei titoli edilizi, riflettendosi in essi. È per tale ragione, infatti, che l'istituto della vigilanza è concepito quale strumento funzionale a dare effettività alle scelte di pianificazione urbanistica cristallizzate nei titoli edilizi nonché di rimozione degli stessi. Al contrario, il controllo dei titoli implica la preventiva verifica circa la sussistenza dei presupposti per consentire una determinata richiesta di esercizio dello *ius aedificandi*. Si tratta di un controllo mirato a contemperare le esigenze di tutela della legalità con quelle di certezza del diritto e di legittimo affidamento ingenerato sul privato, che può esclusivamente avvenire *ex post*.

²⁰ T.a.r. Napoli, sez. III, 4 ottobre 2019, n. 4757, in *giustiziaamministrativa.it*.

4. *Sulla configurabilità dell'annullamento doveroso*

Fatte le dovute premesse, occorre soffermarsi sul problema centrale, relativo all'ipotesi in cui l'amministrazione procedente rilasci dapprima un titolo in sanatoria a fronte di un abuso e poi, decorso un lasso di tempo apprezzabile, ravvisi l'illegittimità della sanatoria a suo tempo rilasciata, in quanto basata su dichiarazioni false o mendaci, annullandola officiosamente.

Il potere di annullamento d'ufficio è regolato dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 secondo cui il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'art. 21-*octies* della medesima legge può essere annullato sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Al comma 2-*bis* della medesima norma, introdotto con il Decreto-legge 31 maggio 2021, n. 77, convertito con modificazioni nella legge 29 luglio 2021, n. 108, il legislatore ha previsto che i provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni di fatti o dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine anzidetto.

La questione è emersa nella giurisprudenza dell'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato che, con la sentenza n. 9415 del 2023, ha affermato la configurabilità di un annullamento doveroso solo parziale in materia edilizia. Nel delimitare la portata della doverosità dell'istituto in esame, il Giudice ha ritenuto, valorizzando la portata letterale della norma, che se per un verso è consentito all'Amministrazione di esercitare il potere di annullamento in autotutela oltre i limiti fissati dal legislatore, per altro verso, l'impiego dell'espressione «possono essere annullati» chiarisce come, al ricorrere dei casi di falsa rappresentazione dei fatti o di dichiarazioni mendaci non venga imposto alcun obbligo di annullamento dei provvedimenti, non potendosi sacrificare la discrezionalità della decisione. In tal caso è, invero, essenziale procedere alla verifica della sussistenza degli ulteriori presupposti di cui al comma 1 dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990²¹ tra i quali non rientra la valutazione degli interessi dei desti-

²¹ Art. 21-*nonies*, comma 1 della l. n. 241 del 1990: «Il provvedimento amministrativo

natori del provvedimento, dal momento che non si pongono esigenze di tutela nei confronti di soggetti che abbiano ottenuto un vantaggio sulla base di dichiarazioni false o mendaci²². In questo modo, si evidenzia che nel caso di specie non si pongono esigenze di tutela dell'affidamento del dichiarante del falso e che la funzione garantista nel caso in cui non ci sia coincidenza tra autore del reato e destinatario dell'autotutela sia comunque garantita dalla conservazione della discrezionalità nell'esercizio dei poteri di annullamento in autotutela previsti dal comma 2-*bis*²³. Ne consegue la forte pregnanza del fattore temporale: la decorrenza di un lungo lasso di tempo tra l'emanazione di un provvedimento favorevole e l'accertamento in sede penale della dichiarazione falsa o mendace comporta che l'Amministrazione non potrà esimersi dal valutarne l'incidenza²⁴. La doverosità sarebbe, pertanto, ravvisabile nell'*an* e non anche nel *quod*²⁵ della decisione.

A siffatta ricostruzione si oppone chi sostiene, invece, che nel caso di specie ci si troverebbe di fronte ad una ipotesi di autotutela doverosa,

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».

²² *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. IV, 18 marzo 2021, n. 2329, in *Riv. giur. ed.*, 2021, 3, 921; T.A.R. Campania, Salerno, Sez. II, 5 gennaio 2021, n. 18, *ivi*, 2021, 2, 559; T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 12 giugno 2018, n. 574, *ivi*, 2018, 4, 1100 per cui "L'interesse pubblico all'eliminazione, ai sensi dell'art. 21 nonies l. n. 241 del 1990, di un titolo abilitativo illegittimo è in re ipsa, a fronte di falsa, infedele, erronea o inesatta rappresentazione, dolosa o colposa, della realtà da parte dell'interessato, risultata rilevante o decisiva ai fini del provvedimento ampliativo, non potendo l'interessato vantare il proprio legittimo affidamento nella persistenza di un titolo ottenuto attraverso l'induzione in errore dell'amministrazione precedente".

²³ F. CAMPOLO, Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa di cui all'art. 21-nonies, comma 2-bis, l. n. 241 del 1990, in *Giustizia Insieme*, 2024, I, 215; M. SINISI, *Il potere di autotutela caducatoria (21-quinquies e 21-nonies l. n. 241/1990 s.m.i.)*, in M. A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, 333-359 e 566.

²⁴ F. CAMPOLO, *Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa*, cit.

²⁵ Cfr. N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza plenaria n. 8 del 2017)*, in *federalismi.it*, 10/2017 ove, in chiave critica si afferma che è più opportuno parlare di doverosità nel *quid*.

che impone all'amministrazione non soltanto di procedere ma anche di provvedere. Ebbene, secondo questa ricostruzione, l'obbligo deriverebbe in particolare dall'art. 27 del d.P.R. n. 380 del 2001, cui rinvia l'art. 19-*bis* della l. n. 241 del 1990, nonché il combinato disposto degli art. 75 del d.P.R. n. 445 del 2000 con gli artt. 537, 651 e 654 c.p.p. relativi agli effetti del giudicato penale sull'attività amministrativa nel senso di vincolarla. Inoltre, l'assenza di un obbligo di provvedere potrebbe avere conseguenze ingenti sul piano della responsabilità erariale dei funzionari pubblici di cui all'ultimo periodo del comma 2-*bis*, art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 secondo cui rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo.

In merito alle ripercussioni erariali, si obietta che, in ragione della sua collocazione sistematica, tale disposizione sarebbe applicabile a tutti i casi di autotutela²⁶.

I due orientamenti sulla doverosità hanno ripercussioni pratiche, con particolare riferimento all'onere motivazionale²⁷.

Con riguardo all'ipotesi in cui l'amministrazione dapprima rilasci un titolo in sanatoria a fronte di un'edificazione abusiva e poi, decorso un apprezzabile lasso di tempo, si avveda dell'illegittimità del titolo in sanatoria a suo tempo rilasciato e ravvisi i presupposti per disporne l'annulla-

²⁶ M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori nel caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *www.federalismi.it*, 24, 2015; F. CAMPOLO, *Alcuni chiarimenti in merito all'autotutela doverosa*, cit.; cfr. R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *federalismi.it*, 12/2017, 5-6.

²⁷ L. BERTONAZZI, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell'adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2018, 2, 730 ss. dove si legge che «Se è vero che l'obbligo è la necessità giuridica di tenere un certo comportamento per soddisfare un interesse altrui, mentre l'onere è la necessità pratica di tenere un certo comportamento per soddisfare un interesse proprio, allora la motivazione del provvedimento costituisce il contenuto di un obbligo e non di un onere. L'alternativa sarà, al più, tra obbligo e dovere, ma giammai onere: diversamente dall'obbligo, correlato alla soddisfazione di un interesse altrui che assume sostanza di diritto soggettivo, il dovere è situazione irrelata, cioè diretta alla tutela di interessi generali, cui non corrispondono destinatari determinati e, quindi, diritti altrui», cfr. F. CARNELUTTI, *Sistema di diritto processuale civile*, Padova, 1936, II, 128 ss.; G.A. MICHELI, *L'onere della prova*, Padova, 1941, 50 ss.; S. ROMANO, *Doveri, obblighi*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 104; M. TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 69, secondo cui «la sostanza della questione» investe «i presupposti» dell'annullamento d'ufficio, «dei quali la motivazione è manifestazione sensibile»

mento d'ufficio, l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato²⁸ ha affermato il principio per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte.

Alla luce di tale affermazione, e non costituendo la falsità degli atti presupposto idoneo a giustificare una dequotazione della motivazione, l'orientamento fautore dell'annullamento doveroso parziale sembrerebbe coerente con la teorica dell'interesse *in re ipsa*, oggi screditata dalla giurisprudenza e dal legislatore in quanto finirebbe per eliminare di fatto gli spazi dell'amministrazione per non esercitare il proprio *ius poenitendi* attraverso l'annullamento d'ufficio. L'Amministrazione, infatti, non potrebbe valutare a tal fine né il decorso del tempo, né la sussistenza di un interesse pubblico in senso contrario, né l'interesse del privato destinatario dell'atto²⁹.

Come previsto espressamente dalla norma, l'amministrazione può agire in autotutela anche una volta spirato il termine di dodici mesi, sia che il procedimento si attivi d'ufficio attraverso l'esercizio dei poteri di vigilanza, sia che questo venga sollecitato dal terzo interessato. Tale ipotesi si connota per la coesistenza di un potere giudiziario già esercitato, che non vincola di fatto l'Amministrazione, e di un potere in via di attivazione da parte dell'Amministrazione stessa. Tale concorrenza di situazioni è fondamentale laddove si consideri che la pronuncia di annullamento cui segua un atto di demolizione ha carattere sanzionatorio e, in quanto tale, impone il rispetto delle garanzie fondamentali dell'individuo e la valutazione degli interessi coinvolti. Deve qui rappresentarsi altresì che, stante la natura sanzionatoria o quasi-sanzionatoria dell'annullamento del titolo edilizio illegittimo, l'autotutela deve sempre e comunque confrontarsi con i principi di certezza, prevedibilità e proporzionalità di cui l'Amministrazione deve sempre dare atto in sede provvedimentale.

L'assenza – o la insufficienza – della motivazione, infatti, impedirebbe al privato di conoscere le ragioni dell'autoannullamento e rischierebbe di tramutarsi in un esercizio arbitrario e *contra legem* dei poteri amministrativi, in aperto contrasto non solo con la trasparenza e la imparzialità della Pubblica Amministrazione, ma anche con principi di buona amministrazione tracciati dall'ordinamento eurounitario. Vi è infatti chi ritiene, al fine di evitare espressioni di sovranità statale, che l'annullamento debba neces-

²⁸ Cons. Stato, Adunanza Plenaria, 20 settembre 2017, n. 8, in www.giustiziaamministrativa.it.

²⁹ *Ibidem*.

sariamente passare attraverso il principio di legalità al pari di ogni potere amministrativo³⁰ essendo l'obbligo di motivare i provvedimenti delle Istituzioni conseguenza diretta del principio di buona amministrazione sancito dall'art. 41 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea³¹.

Pertanto, come ribadisce attenta dottrina, è fondamentale, pur in presenza di atti fondati su falsità, il rispetto dell'onere motivazionale³² che non può mai ridursi ad una mera dichiarazione formale, ma deve in ogni caso esplicitare i presupposti che giustificano la rimozione dell'atto, con particolare riguardo all'interesse pubblico tutelato e agli effetti del provvedimento sull'ordinamento³³.

Alla posizione per la quale non è tutelabile l'affidamento sorto su basi illecite o fraudolente si deve preferire, come autorevole dottrina ha fatto, un approccio temperato secondo il quale l'affidamento³⁴, al pari della distanza temporale, dovrebbe costituire un fattore rilevante nella valutazione della legittimità dell'azione³⁵ divenendo dunque oggetto imprescindibile della valutazione pubblica. Quest'ultima, infatti, si bilancia con il profilo funzionale del provvedimento amministrativo, volto a valorizzare l'istanza del privato e il suo contenuto.

In altre parole, se la fattispecie di cui al comma 2-*bis* garantisce la possibilità – non già il dovere – di annullare quando la dichiarazione di falso sia accertata con sentenza passata in giudicato anche dopo la sca-

³⁰ N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa*, cit., 16; B.G. MATTARELLA, *Le difficoltà della semplificazione*, in *Dir. amm.*, 1998, 360.

³¹ L. AZOULAI e L. CLEMENT-WILZ, *La Bonne administration*, in J.-B. AUBY e J. DUTHEIL DE LA ROCHERE (a cura di), *Traité de droit administratif européen*, Bruxelles, 2014, 670 ss; P.N. DIAMANDOUROS, *The Relationship between the Principle of Good Administration and Legal Obligation*, in *Liber amicorum in honour of Bo Vesterdof*, Bruxelles, 2007.

³² E. ZAMPETTI, *Note critiche in tema di affidamento e motivazione in re ipsa nell'annullamento d'ufficio*, nota a Cons. Stato, sez. VI, 14 aprile 2015, n. 1915, in *Riv. giur. ed.*, 2015, 730 ss.; ID., *Motivazione in re ipsa e autotutela decisoria*, in *Libro dell'anno del diritto 2016*, Roma, 2017, 245 ss.

³³ S. CIVITARESE MATTEUCCI, *Attività amministrativa e principi dell'ordinamento comunitario*, in *Riv. dir. amm.*, 2012, 1678-1679.

³⁴ F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970, 96; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, Milano, 2001, 100: "l'interesse concreto curato dall'amministrazione non è il ripristino della legalità, ma l'interesse affidato alla sua cura dalla norma in base alla quale è stato emanato l'atto viziato". R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 631 ss.

³⁵ L. TORCHIA, *La dinamica del diritto amministrativo. Dieci lezioni*, Bologna, 2017.

denza del termine di dodici mesi di cui al comma 1 dell'art. 21-*nonies*, i presupposti dell'annullabilità devono comunque coincidere con le ragioni di interesse pubblico e con la ragionevolezza del termine che, in assenza di base normativa quanto ai presupposti, non è possibile espungere in via ermeneutica. Come autorevole dottrina ha affermato, infatti, il parametro della ragionevolezza è da intendersi non già come nozione «parametrica», bensì quale criterio «relazionale»³⁶, ossia riferito a tutte le circostanze del caso concreto e inglobato nell'apprezzamento complessivo delle stesse. L'affidamento del privato alla stabilità dello *status quo* assume uno spessore sempre maggiore con il trascorrere del tempo, sicché è imposta una comparazione sempre più precisa tra interesse pubblico al ritiro dell'atto e gli altri interessi, primo fra i quali l'affidamento maturato³⁷.

La valutazione, dunque, si connota per una evidente complessità che dovrà tener conto anche della lesione dell'interesse pubblico concreto, attuale e ulteriore rispetto alla semplice restaurazione dell'ordine giuridico compromesso³⁸. Se il giudizio, anche in caso di falsità, deve tener conto di tutti gli elementi anzidetti, anche la motivazione deve adeguarsi e dare atto delle complessità della verifica da svolgere.

La necessità di operare una valutazione complessiva si spiega anche in ragione della valenza del giudicato penale nell'attività amministrativa.

Come chiarito dalla giurisprudenza, nei rapporti tra giudizio penale e giudizio amministrativo, vige la regola della autonomia e della separazione³⁹, fermo il disposto di cui all'art. 654 c.p.p. secondo il quale nei confronti dell'imputato, della parte civile e del responsabile civile che si sia costituito o che sia intervenuto nel processo penale, la sentenza penale irrevocabile di condanna o di assoluzione pronunciata in seguito a dibattimento ha efficacia di giudicato nel giudizio civile o amministrativo,

³⁶ L. BERTONAZZI, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi*, cit., 751.

³⁷ *Ult. op. cit.*

³⁸ *Ult. op. cit.*

³⁹ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 28 luglio 2016, n. 3403, in cui «Nei rapporti tra giudizio penale e giudizio amministrativo la regola, almeno tendenziale, è quella dell'autonomia e della separazione, fermo il disposto di cui all'art. 654 c.p.p. [...]. Il giudicato penale non determina un vincolo assoluto all'amministrazione per l'accertamento dei fatti rilevanti nell'attività di vigilanza edilizia e urbanistica. Né la sentenza penale di assoluzione può condizionare in modo inderogabile il giudizio amministrativo, tanto più quando il Comune non si sia costituito parte civile nel processo penale. Il carattere vincolante, nei riguardi del giudizio amministrativo, dell'accertamento compiuto dal giudice penale, è in ogni caso subordinato alla ricorrenza di presupposti rigorosi».

quando si controverte intorno a un diritto o a un interesse legittimo il cui riconoscimento dipende dall'accertamento degli stessi fatti materiali che furono oggetto del giudizio penale. La condizione fissata dalla norma è che i fatti accertati siano stati ritenuti rilevanti ai fini della decisione penale e che la legge civile non ponga limitazioni alla prova della situazione soggettiva controversa.

Trattasi di una disposizione che chiarisce l'ambito dell'efficacia *extra moenia* del giudicato penale, ma che non è idonea a costituire la base giuridica dell'azione pubblica.

La conseguenza è duplice.

Sotto il profilo soggettivo, il giudicato penale si estende all'Amministrazione solo qualora essa sia intervenuta in giudizio; sotto il profilo oggettivo, l'efficacia extrapenale del giudicato opera per l'accertamento dei fatti materiali e non anche per la loro qualificazione o valutazione giuridica. Va comunque evidenziato che la disposizione in discorso opera sul piano processuale e che non è idonea a restringere la portata dell'agire pubblico, che trova nella legge – non nelle statuizioni del giudice, eccetto i casi espressamente previsti – la sua fonte primaria, affidando all'organo giurisdizionale il compito di verificare che il potere amministrativo si svolga in conformità alla legge stessa.

Quanto osservato si lega a filo doppio con le differenze intercorrenti tra atto meramente confermativo del potere già esercitato dalla pubblica Amministrazione⁴⁰, non impugnabile, e provvedimento confermativo che, invece, è impugnabile⁴¹ per sua natura. Questa distinzione, principalmente invalsa nella prassi, è stata altresì oggetto di una evoluzione dottrinale e giurisprudenziale⁴². Dapprima, infatti, si riteneva che l'atto confermativo trovasse fondamento nella natura decadenziale del termine di difesa processuale⁴³ e presupposto logico-giuridico nel divieto di ricorso. Tuttavia, risulta essersi sviluppato nel tempo un indirizzo giurisprudenziale oppo-

⁴⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, cit., 995 ss.; E. GIARDINO, *La lesività dell'atto amministrativo*, Torino, 2023, 276 ss.

⁴¹ J. BERCELLI, *La teoria degli atti confermativi tra interesse legittimo del richiedente e interesse legittimo del controinteressato*, Napoli, 2012, 41 ss.

⁴² Trattasi, nello specifico, di Cons. St., sez. IV, 24 novembre 1891, in *Giur.it*, 1982, III, 12.

⁴³ F.R. CAMMEO, *La definitività degli atti amministrativi. A proposito di ricorsi contro atti confermativi o modificativi*, in *Giur.it.*, 1911, 1; A.M. SANDULLI, *Ricorso amministrativo*, in *Novo Dig. it.*, vol. XV, Torino, 1968, 281; M. NIGRO, *Note sull'atto confermativo*, in *Foro amm.*, 1948, 206.

sto⁴⁴, tale per cui il Consiglio di Stato ha inteso restringere l'ambito di applicazione della tutela giurisdizionale, così finendo per fissare un criterio più nitido di distinzione tra atto confermativo e atto non confermativo: la volontà dell'amministrazione e il suo potere discrezionale, in forza dei quali l'amministrazione è liberata, non soltanto dall'obbligo di motivazione ma, a monte, dal dovere di ri-esercizio delle sue funzioni, non configurandosi così una situazione di interesse legittimo in capo al privato istante. Ragionando *a contrario* si direbbe, quindi, che «se nessuna pretesa tutelata esiste all'emanazione di un provvedimento, nessun obbligo di motivazione esiste per il diniego»⁴⁵. Questa posizione non è più condivisibile alla luce della affermata prevalenza del profilo funzionale del provvedimento amministrativo, volto a valorizzare il contenuto dell'istanza del privato, rispetto a quello meramente strutturale. Talché, l'elemento determinante affinché si produca o meno un obbligo di valutazione per la Pubblica Amministrazione coincide con l'apporto di un *quid novi*.

In altre parole, secondo l'impostazione preferibile, la discrezionalità amministrativa cede al fatto nuovo, sicché l'Amministrazione sarà tenuta a valutare sì la legittimazione del privato, ma anche e prioritariamente se questi abbia addotto fatti nuovi capaci di invertire o, almeno, mutare l'oggetto del precedente provvedimento, concretizzando, così, i principi di giustizia ed equità nei rapporti tra amministrante ed amministrato⁴⁶.

⁴⁴ Quanto alla distinzione tra atto confermativo e atto fonte di conferma in senso proprio, nella giurisprudenza più recente, è invalsa la teoria per la quale è necessario verificare se l'atto successivo sia stato adottato o meno in ragione di una nuova istruttoria e, quindi, di una nuova ponderazione di interessi, in tal senso Cons. St., sez. V, 15 settembre 2022, n. 7999, in www.giustiziaamministrativa.it; per una completa trattazione degli effetti lesivi dell'atto confermativo e il riesercizio della funzione v. E. GIARDINO, *La lesività*, cit. 276 ss.

⁴⁵ P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1968, 211.

⁴⁶ Cfr. Cons. St., sez. III, 14 novembre 2014, n. 5601, in cui è stato ritenuto sussistente l'obbligo della pubblica amministrazione di provvedere, poiché l'abusiva occupazione di un bene, seppur privato, determina la sussistenza di ragioni di giustizia sostanziale che richiedono anche l'intervento dell'Amministrazione a tutela dell'incolumità pubblica; Cfr. altresì Cons. St., sez. IV, 18 luglio 2008, n. 4062 in cui è stato precisato che non sussiste l'obbligo dell'Amministrazione di provvedere allorquando l'interessato, attraverso la procedura del silenzio rifiuto, abbia sollecitato l'esercizio del potere di autotutela, non sussistendo rispetto a questo una posizione di interesse legittimo, ma di mero interesse di fatto, anche per la mancanza di un obbligo dell'Amministrazione di attivarsi in via di autotutela; sullo stesso filone anche Cons. St., sez. IV, 10 novembre 2003, n. 7136; Cons. St. 20 luglio 2005, n. 3909; Cons. St., sez. IV, 20 novembre 2000, n. 6181; Cons. St., 6 ottobre 2001, n. 5307; Cons. St. 9 agosto 2005, n. 4227, tutte reperibili in www.giustiziaamministrativa.it.

Anche nella prospettiva dell'annullamento in autotutela deve pertanto valorizzarsi il profilo funzionale del procedimento amministrativo in relazione alle situazioni giuridiche dell'amministrato, non potendosi *ex se* presumere che l'affidamento venga meno in ragione della falsità degli atti. Ed invero, la necessità di contemperamento degli interessi è tanto più necessaria in tutti i casi in cui il soggetto nella disponibilità del bene ignori – perché divenuto titolare in un secondo momento, anche in virtù di vicende successive – che il titolo è stato rilasciato sulla base di dichiarazioni false o mendaci. In tal caso, se il falso si considerasse tale da escludere l'affidamento del terzo, quest'ultimo verrebbe ingiustamente sacrificato per una duplice ragione: l'impossibilità di partecipare al procedimento amministrativo di rilascio del titolo e la mancata valutazione del suo interesse nuovo e ulteriore rispetto all'assetto originario delle situazioni giuridiche.

Analogamente, il privato potrebbe subire un pregiudizio ingente nel caso in cui un titolo abitativo sia stato rilasciato in violazione delle prescrizioni sulle distanze minime da una certa area sottoposta a vincolo paesaggistico, sono trascorsi diversi lustri e il manufatto non rispetta la distanza minima per pochissimi centimetri.

Una visione d'insieme proporzionata dell'annullamento doveroso è necessaria anche allo scopo di assicurare la certezza del diritto e la stabilità dei rapporti⁴⁷ giuridici a fronte di un potere esercitabile *sine die*⁴⁸.

Il comma 2-bis, invero, non si occupa del *dies a quo* del termine ragio-

⁴⁷ La Corte europea dei diritti dell'uomo ha ravvisato una violazione della prevedibilità dell'azione pubblica in talune ipotesi di rimozione retroattiva di diritti acquisiti o di atti amministrativi, tutelato dall'art. 1 del Protocollo n. 1 CEDU. Nella pronuncia della Corte Edu, 28 settembre 2004, *Kopecký c. Slovacchia*, è stato ribadito che anche l'attività amministrativa affittiva deve rispettare i principi di legalità, di prevedibilità dell'azione pubblica e di proporzionalità in modo da garantire che l'interesse pubblico prevalga in maniera assoluta sui diritti dei consociati. Quanto ai profili comparatistici, si evidenzia che nel sistema giuridico tedesco, l'art. 48 del *Verwaltungsprozessordnung* sancisce che l'annullamento d'ufficio di un atto favorevole è ammissibile solo entro un termine ragionevole e in presenza di motivi gravi, come dolo o frode. La legge tedesca, analogamente a quella italiana, distingue provvedimenti favorevoli e sfavorevoli e garantisce una tutela rafforzata all'affidamento del privato, salvo nei casi di dolo o frode. In maniera restrittiva è disciplinato l'annullamento officioso nel diritto francese, ove il *Conseil d'État* ha statuito l'impossibilità di procedere all'annullamento dopo un termine ragionevole se l'atto ha prodotto effetti consolidati, salvo frodi manifeste.

⁴⁸ L. BERTONAZZI, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi*, cit., 756 ss.

nevole di esercizio del potere di annullamento officioso, ma si osserva che il dato testuale della norma scardina soltanto il termine di dodici mesi di cui al comma 1. Ne consegue che la necessità di apprezzamento della ragionevolezza del termine impone di valutare caso per caso se l'annullamento corrisponda ancora ad un effettivo e prevalente interesse pubblico, concreto e attuale⁴⁹.

Molteplici sono i fattori capaci di incidere sulla deroga al comma 1 dell'art. 21-*nonies*, e tutti riconducibili ad un obbligo di provvedere e di motivare in ragione degli interessi coinvolti⁵⁰.

Diverso è il caso in cui la mendacità della dichiarazione su cui si fonda il titolo edilizio non sia stata accertata con pronuncia passata in giudicato.

In primo luogo, come attenta dottrina ha osservato, è possibile che, pur ricorrendo la condotta materiale di falso prevista da una specifica fattispecie incriminatrice, potrebbe giungersi, in sede giudiziale, ad un mancato accertamento della falsità. Si pensi, a titolo esemplificativo, alle ipotesi di sopraggiunta estinzione del reato per decorrenza del termine di prescrizione e alle sentenze «di non doversi procedere» incapaci di spiegare efficacia di giudicato. In tali casi, invero, l'ulteriore condizione richiesta dal comma 2-*bis* non potrebbe ritenersi soddisfatta in ragione dell'inidoneità dell'accertamento a conseguire la forza di giudicato *expressis verbis* imposta dal legislatore.

Ebbene, si ritiene che in tali ipotesi il potere di annullamento in autotutela non possa definirsi parzialmente doveroso, rientrando piuttosto

⁴⁹ L. BERTONAZZI, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi*, cit., 748 ss. ove l'autore precisa, inoltre, che la ragionevolezza del termine, proprio perché trova la sua ragion d'essere nell'affidamento riposto dal privato nella stabilità dell'assetto di interessi definito dal provvedimento di primo grado, non può che correlarsi al tempo intercorso tra il momento dell'adozione di quest'ultimo e quello del suo eventuale annullamento. Così anche N. POSTERARO, *Annullamento d'ufficio*, cit., 1107.

⁵⁰ C.P. SANTACROCE, *Tempo e potere di riesame: l'insofferenza del giudice amministrativo alle briglie del legislatore*, in www.federalismi.it, 2018; Cfr. Cass. civ., Sez. un., 27 maggio 2009, n. 12243, in *Giust. civ.*, 2009, 10, I, p. 2108, ove è ben sintetizzata la ragione per cui la legge processuale penale non riconosce efficacia di giudicato alle sentenze di non doversi procedere per estinzione del reato. In particolare, sul punto, la Cassazione osserva come, in dette pronunce, l'accertamento delle circostanze di fatto possa anche fermarsi alla mera delibazione, «essendo sufficiente al riguardo una valutazione sommaria». Detto orientamento è stato ancor più di recente confermato, peraltro in sede di composizione di contrasto, da Cass. civ., Sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Foro it.*, 2011, 9, I, p. 2411.

nel dettato del primo comma dell'art. 21-*nonies*. Nelle menzionate ipotesi, invero, l'Amministrazione non è legittimata ad annullare tardivamente, sia che agisca *ex officio*, sia che intervenga una istanza del terzo. Una sollecitazione ad annullare, invero, comporta un obbligo di procedere, di provvedere e di motivare solo se questa interviene in tempo utile perché l'Amministrazione provveda entro i termini stabiliti dalla legge, conseguendone una carenza di tutela procedimentale del terzo nell'ipotesi opposta.

Analogamente, va inquadrata nell'alveo del primo comma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 la circostanza in cui la falsa rappresentazione dei fatti non accertata con sentenza sia legata alla violazione della diligenza nell'agire pubblico.

6. Considerazioni conclusive

La valutazione degli interessi al fine di un rapporto equilibrato tra amministrazione e amministrati fa sì che «la corretta accezione da attribuire alla doverosità dell'autotutela» è quella secondo cui «a fronte dell'istanza del privato che evochi gli effetti di un giudicato penale di falso, l'amministrazione è obbligata a valutarla». Risulta più opportuno parlare, allora, di «doverosità della valutazione di istanza di riesame avanzata dall'amministrato»⁵¹.

La lettura preferibile sembra ancorarsi ad un filone che premia il ruolo della volontà della Pubblica Amministrazione di esercitare un potere di riesame attuando una nuova istruttoria, subordinando ad essa il contenuto dell'istanza del privato, facendo menzione dell'eventuale elemento di novità apportato.

La sollecitazione del potere da parte del privato, affinché l'autorità pubblica pronunci un provvedimento di secondo grado, deve essere supportata da due requisiti principali quali la presenza di un *quid novi* e la legittimazione del richiedente. Questi cioè deve essere detentore di un interesse c.d. qualificato⁵² e nuovo, ovvero non un *quisque de populo*.

⁵¹ N. POSTERARO, *Considerazioni critiche sul generalizzato dovere di provvedere della p.a.*, in *Foro amm.*, 2015, 2676 ss; S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *federalismi.it*, 2016; F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, *Atti del convegno annuale AIPDA*, 7-8 ottobre 2016, Roma; Cfr. in senso contrario M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *Federalismi.it*, 2016; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, 229.

⁵² N. POSTERARO, *Considerazioni critiche*, cit.; L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e*

Cionondimeno, si osserva come la fase di verifica della titolarità si collochi in un momento esterno rispetto al procedimento amministrativo, in una fase c.d. *pre-istruttoria* che come il termine stesso suggerisce, rimane estranea alla sfera di applicabilità diretta della legge sul procedimento amministrativo e di tutte le relative disposizioni di garanzia⁵³. La Pubblica Amministrazione sarà, allora, tenuta ad operare una delibazione circa la sussistenza di presupposti oggettivi e soggettivi che rendono la richiesta del privato meritevole di attenzione. È per tale ragione che il privato è sempre tenuto ad allegare sia la «rappresentazione della realtà fattuale da cui possa desumersi la opportunità del procedere», sia «l'esistenza di un presupposto soggettivo atto a dimostrare che il suo interesse sia differenziato e qualificato» rispetto a quello di chiunque⁵⁴.

Si è visto come la teorica dell'annullamento sempre doveroso attribuisca prevalenza all'interesse pubblico leso rispetto al contenuto dell'istanza del privato tale da paventare il rischio che, anche quando sussista un elemento nuovo che giustificherebbe la emanazione di un provvedimento di secondo grado, questo non venga preso in considerazione, a ciò conseguendo la imputabilità della responsabilità alla Pubblica Amministrazione per mancata diligenza nella valutazione. È noto che la discrezionalità amministrativa si identifichi in una «modalità di espressione del potere pubblicistico, che presuppone il conferimento, da parte della legge alla Pubblica amministrazione di uno spazio valutativo e decisionale; che ha la precipua funzione di adattare le previsioni astratte individuate, appunto, dalla legge alla realtà fattuale; nell'ottica della necessità di tutelare gli interessi dei privati coinvolti nel procedimento amministrativo e con l'obiettivo primario di curare concretamente un determinato interesse pubblico, realizzando il massimo soddisfacimento dell'interesse primario con

diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare, Torino, 2005; ID., *Denunce qualificate e preistruttoria amministrativa*, in *Foro amm.* TAR, 2002, 719; A. SCONAMIGLIO, *Il diritto di difesa*, Milano, 2004, 153-165; A.M. SANDULLI, *Ancora sulla qualificazione giuridica dell'interesse dei terzi alla demolizione a opera dell'autorità comunale di costruzioni "contra jus"*, in *Giust. civ.*, 1961, I, 1334.

⁵³ M.S. GIANNINI, *L'attività amministrativa. Lezioni tenute durante l'anno accademico 1961-1962*, Roma, 1966, 119; F. LEDDA, *Il rifiuto di provvedimento amministrativo*, Torino, 1974, 75 ss.; A. CIOFFI, *Dovere di provvedere e pubblica amministrazione*, Milano, 2005, 109; G. MORBIDELLI, *Il procedimento amministrativo*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Bologna, 2005, 1057; A. SCONAMIGLIO, *Il diritto di difesa*, cit.

⁵⁴ N. POSTERARO, *Considerazioni critiche*, cit., 9.

il minor sacrificio possibile degli interessi secondari»⁵⁵. Per tali ragioni, si ritiene che nel nostro sistema giuridico non sia concepibile alcuna forma di annullamento totalmente vincolato ma che sia piuttosto configurabile un obbligo di valutazione dell'istanza del privato legittimato in considerazione del suo affidamento e di tutti gli interessi ulteriori, a testimonianza della centralità dell'individuo nella versione più moderna dello Stato di diritto⁵⁶.

⁵⁵ S.M. VILASI, *La pubblica amministrazione e le sue funzioni*, in *osservatorioentilocali.unirc.it*.

Sulla discrezionalità amministrativa si veda, tra gli altri, M.S. GIANNINI, *Il potere discrezionale della P.A.*, Milano, 1939, 40 ss.; G. BARONE, voce *Discrezionalità (Diritto Amministrativo)*, in *Enc. giur.*, vol. XIII, Roma, 1989, 1; R. CHIEPPA e M. LUNARDELLI, *Attività discrezionali e attività vincolata della pubblica amministrazione*, in *Altalex*, 2017.

⁵⁶ G. POLI, *La discrezionalità amministrativa e l'autonomia privata davanti alla legge*, in *Journals UniUrb*, 2018, 353 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo stato. La scienza del diritto amministrativo in Italia (1800-1945)*, Milano, 2009, 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.; L. FERRARA, *Individuo e potere. In un giuoco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, 11 ss.; A. POGGIA, *Giudice e funzione amministrativa*, Milano, 2004, 94 ss.; A. ORSI BATTAGLINI, *Attività vincolata e situazioni soggettive*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1988, 39 ss.; A. LENER, voce *Potere (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, vol. XXXIV, Milano, 1985, 610 ss.; G. MIELE, *Potere, diritto soggettivo, interesse*, in *Riv. dir. comm.*, vol. I, 1944, 116 ss.; G. ZANOBINI, *Autonomia pubblica e privata*, in *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milano, 1955, 392; F. SANTORO PASSARELLI, voce *Autonomia collettiva*, in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 369 ss.

Abstract

Il contributo, prendendo le mosse dalla pronuncia del Consiglio di Stato del 23 novembre 2023 n. 9415, tenta, pur senza pretesa di esaustività, di dare una risposta al seguente quesito: è configurabile nel nostro sistema giuridico l'autoannullamento doveroso quando si è in presenza di provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà mendaci accertate con sentenza penale passata in giudicato?

Nel tentativo di sciogliere tale dubbio, ci si occuperà anche di questioni ulteriori, come le sorti dell'onere motivazionale e i criteri alla stregua dei quali l'amministrazione è tenuta a valutare. Si vedrà che, sebbene la doverosità parziale dell'annullamento sia l'ipotesi preferibile, invero, l'Amministrazione non può non tener conto della rilevanza delle situazioni giuridiche del privato e, nello specifico dell'affidamento riposto nella situazione creatasi, anche quando l'illegittimità del titolo sia conseguenza di dichiarazioni false o mendaci.

On the configurability of dutiful annulment

Starting from Council of State Decision No. 9415 of 23 November 2023, this contribution seeks to address the following question: within our legal system, can the obligation of self-annulment be invoked in cases where administrative measures are based on false representations of fact or falsified certifications, as established by a criminal judgment?

In order to clarify this issue, the analysis also considers related aspects, including the scope of the duty to provide reasoning and the criteria by which the administration must conduct its evaluation. The paper argues that while partial mandatory annulment appears to be the most tenable position, the administration cannot disregard the significance of the private party's legal interests – particularly the legitimate expectations arising from reliance on the established situation – even when the illegality of the measure stems from false or misleading statements.