

# DIRITTO E SOCIETA'

ISSN 0391-7428

3-4

nuova serie

2009

CEDAM PADOVA

Pubbl. Trim. n. 3-4 - Luglio-Dicembre 2009 - Tariffa R.O.C.: Poste Italiane S.p.a. - Spedizione in abbonamento postale  
D.L. 353/2003 (conv. in L. 27/02/2004 n. 46) art. 1, comma 1, DCB Milano

## Sommario

2009 - Nuova Serie - numero 3-4

### SAGGI

Fabio Cintioli, *L'art. 41 della Costituzione tra il paradosso della libertà di concorrenza e il "diritto della crisi"*, p. 373.

Marina Gigante, *Il principio di affidamento e la sua tutela nei confronti della pubblica amministrazione. Dell'albero e del ramo*, p. 403.

Pietro Giuseppe Grasso, *Sulla concezione del diritto nella Costituzione*, p. 445.

Natalino Irti, *Tramonto della sovranità e diffusione del potere*, p. 465.

Andrea Pugiotto, «Purché se ne vadano». *La tutela giurisdizionale (assente o carente) nei meccanismi di allontanamento dello straniero*, p. 483.

Valerio Onida, *Lo Statuto costituzionale del non cittadino*, p. 537.

### OSSERVATORIO

Fabrizio Fracchia, *La valutazione dell'attività didattica*, p. 557.

Antonio Reposo, *La parabola della Costituzione italiana, tra ieri e oggi*, p. 573.

Fabio Saitta, *L'amministrazione delle decisioni prese: problemi vecchi e nuovi in tema di annullamento e revoca a quattro anni dalla riforma della legge sul procedimento*, p. 583.

### ATTUALITÀ

Stefano Agosta, *Note di metodo al disegno di legge in materia di dichiarazioni anticipate di trattamento (tra molteplici conclusioni destruentes ed almeno una proposta costruens)*, p. 615.

*Hanno collaborato a questo numero di*  
DIRITTO E SOCIETÀ

- Stefano AGOSTA, Dottore di ricerca in Giustizia costituzionale e diritti fondamentali presso l'Università degli Studi di Pisa
- Fabio CINTIOLI, Professore straordinario di Diritto amministrativo presso la Libera Università San Pio V di Roma
- Fabrizio FRACCHIA, Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università Commerciale L. Bocconi di Milano
- Marina GIGANTE, Professore associato di Diritto amministrativo presso la Facoltà di Scienze politiche dell'Università di Sassari
- Pietro Giuseppe GRASSO, Professore emerito di Diritto pubblico generale nell'Università di Pavia
- Natalino IRTI, Professore ordinario di Diritto civile nell'Università degli Studi di Roma « La Sapienza », socio nazionale dell'Accademia dei Lincei
- Valerio ONIDA, già Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Milano, già Giudice e Presidente della Corte costituzionale
- Andrea PUGIOTTO, Professore ordinario di Diritto costituzionale nell'Università di Ferrara
- Antonio REPOSO, già Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nell'Università degli Studi di Padova
- Fabio SAITTA, Professore ordinario di Diritto amministrativo nell'Università di Catanzaro

## Osservatorio

FABIO SAITTA

### L'AMMINISTRAZIONE DELLE DECISIONI PRESE: PROBLEMI VECCHI E NUOVI IN TEMA DI ANNULLAMENTO E REVOCA A QUATTRO ANNI DALLA RIFORMA DELLA LEGGE SUL PROCEDIMENTO (\*)

SOMMARIO: 1. Premessa introduttiva. – 2. L'annullamento d'ufficio alla luce dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990: natura e fondamento. – 3. (*Segue*) L'illegittimità del provvedimento annullabile e l'art. 21-*octies*. – 4. (*Segue*) Il ruolo dell'interesse pubblico. – 5. (*Segue*) L'annullamento (asseritamente) doveroso. – 6. (*Segue*) Annullamento d'ufficio ed inoppugnabilità del provvedimento. – 7. (*Segue*) Il decorso del tempo e la tutela dell'affidamento. – 8. (*Segue*) Gli effetti. – 9. La revoca alla luce dell'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990: natura e fondamento. – 10. (*Segue*) Revoca e merito amministrativo. – 11. (*Segue*) I presupposti ed i limiti. – 12. (*Segue*) L'indennizzo. – 13. (*Segue*) La revoca incidente su rapporti negoziali. – 14. L'interrogativo finale: quali differenze tra annullamento d'ufficio e revoca?

#### 1. – *Premessa introduttiva*

Tra i numerosi profili problematici emersi, dopo più di quattro anni di elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, a seguito delle riforme della legge sul procedimento amministrativo ad opera delle leggi n. 15 e n. 80 del 2005, ci sembrano di notevole interesse quelli inerenti agli istituti dell'annullamento d'ufficio e della revoca, che costituiscono i procedimenti di secondo grado ai quali il legislatore del 2005 ha maggiormente dedicato l'attenzione. È a questi, pertanto, che dedicheremo alcune riflessioni, scusandoci sin d'ora per l'eventuale omessa segnalazione di aspetti, pur importanti, di tali istituti che fosse imputabile a nostra negligenza.

#### 2. – *L'annullamento d'ufficio alla luce dell'art. 21-nonies della legge n. 241 del 1990: natura e fondamento*

Com'è noto, prima delle recenti riforme della legge n. 241 del 1990, uno dei principali problemi che avevano impegnato la dottrina era stato

(\*) Il presente scritto – che trae spunto dalla relazione tenuta al Seminario sul medesimo tema svoltosi a Firenze il 29 maggio 2009, nell'ambito del Corso di perfezionamento in Diritto amministrativo, organizzato dalla locale Facoltà di Giurisprudenza – è destinato agli *Scritti in onore di G. Palma*.

quello di individuare un fondamento giuridico del potere di riesame della pubblica amministrazione; fondamento che, in assenza di un puntuale addegnato normativo, veniva ricostruito alla luce dei principi generali <sup>(1)</sup>.

Il nuovo capo IV-*bis* di tale legge, introdotto nel 2005, pur avendo in gran parte – come vedremo – semplicemente codificato principi già elaborati da dottrina e giurisprudenza, ha perlomeno risolto il problema del fondamento normativo del potere di riesame, ed in particolare – oltre che della sospensione (dell'efficacia e/o dell'esecuzione: l'art. 21-*quater*, comma 2, non è chiarissimo al riguardo) del provvedimento, di cui oggi non parlerò <sup>(2)</sup> – dell'annullamento d'ufficio e della revoca (oltre che della convalida, di cui pure non mi occuperò: artt. 21-*quinqüies* e 21-*nonies*).

Se, poi, non ci si vuole limitare a questa constatazione, che può apparire persino banale, può aggiungersi che l'intervento legislativo di quattro anni fa sembra configurare un'implicita adesione all'impostazione dottrinale <sup>(3)</sup> che, prima della riforma, ricostruiva il potere di riesame come una propaggine di quello di amministrazione attiva <sup>(4)</sup>. Da questo punto di vista, anche l'accentuazione del carattere discrezionale e la procedimentalizzazione dell'istituto consentono di intravedere un'implicita adesione all'idea dell'annullamento d'ufficio come strumento di cura dell'interesse pubblico, di riesercizio della funzione alla stregua del principio di adeguatezza dell'azione amministrativa alle mutate esigenze della collettività <sup>(5)</sup>.

### 3. – (Segue) *L'illegittimità del provvedimento annullabile e l'art. 21-octies*

Così come ha risolto problemi vecchi, la codificazione dell'istituto ne ha posto di nuovi.

<sup>(1)</sup> Per l'esposizione delle varie tesi si rinvia a RO. CHIEPPA, *Provvedimenti di secondo grado (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, Annali, II, t. 2, Milano, 2008, 910 ss.

<sup>(2)</sup> In argomento, può vedersi il commento di N. PAOLANTONIO - S. TARULLO, *Art. 21 quater*, in *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di N. PAOLANTONIO, A. POLICE e A. ZITO, Torino, 2005, 465 ss. Più ampiamente, ma prima della riforma e con specifico riguardo all'art. 7, comma 2, l. n. 241/1990, F. SAIFFA, *Il potere cautelare della pubblica amministrazione*, Torino, 2003.

<sup>(3)</sup> A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991. In giurisprudenza, nel senso che il potere di riesame inerisce alla funzione di amministrazione attiva, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 18 ottobre 1993, n. 775, in *Giur. amm. sic.*, 1993, 876.

<sup>(4)</sup> In tal senso, condivisibilmente, RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 915. Nel senso che il provvedimento di autotutela è espressione dello stesso potere di cui è emanazione il provvedimento che ne costituisce oggetto, anche T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 8 luglio 2008, n. 1370, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>(5)</sup> A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento* (Atti della giornata di studio svoltasi a Caserta il 20 maggio 2005), a cura di G. CLEMENTE DI SAN LUCA, Torino, 2005, 217-218.

Presupposto essenziale dell'annullamento d'ufficio è sempre stata l'illegittimità del provvedimento da annullare, della quale l'amministrazione dev'essere certa, risultando altrimenti ingiustificata la modifica delle precedenti determinazioni <sup>(6)</sup>.

Tale regola, pur non essendo certo venuta meno, deve adesso far i conti con l'equivoco tenore del primo inciso del comma 1 dell'art. 21-*nonies*, che, consentendo l'annullamento d'ufficio del « provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-*octies* », ha indotto parte della dottrina ad adombrare l'impossibilità, per l'amministrazione, di esercitare il potere di annullamento d'ufficio nei casi in cui, in virtù del comma 2 di quest'ultima disposizione, sia vietato al giudice amministrativo pronunciare l'annullamento del provvedimento, ancorché illegittimo <sup>(7)</sup>.

Non mancano opinioni dissenzienti, essendo stato pure osservato che: *a)* se il legislatore, dopo aver posto precisi limiti all'annullabilità, in sede giurisdizionale, dei provvedimenti nell'art. 21-*octies*, avesse voluto porre analoghi limiti all'annullamento d'ufficio disciplinato nell'articolo immediatamente successivo, l'avrebbe fatto espressamente; *b)* la disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 21-*octies*, mentre si giustifica nei confronti dell'annullamento giurisdizionale, che è doveroso, non ha senso con riguardo all'annullamento d'ufficio, che, essendo discrezionale, non può essere disposto in assenza di « ragioni di interesse pubblico », che si devono presumere insussistenti in presenza di atti affetti da vizi meramente formali e/o procedurali; *c)* se, nei casi previsti dall'art. 21-*octies*, comma 2, all'amministrazione fosse davvero inibito annullare il provvedimento, tale divieto comporterebbe anche l'impossibilità di eliminare atti che, a distanza di tempo ed alla luce di una rinnovata comparazione dei vari interessi in gioco, risultassero non più conformi all'interesse pubblico <sup>(8)</sup>.

*Prima facie*, parrebbe che l'adesione all'una ovvero all'altra opinione non possa prescindere dalla natura che si attribuisce alla disposizione contenuta nel comma 2 dell'art. 21-*octies*: « qualora si attribuisca alla citata disposizione una valenza sostanziale [...], non si potrà che concludere nel senso del necessario rispetto delle previsioni ivi contenute anche da parte della pubblica amministrazione nell'esercizio del potere di annullamento

<sup>(6)</sup> T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. I, 22 novembre 1989, n. 1432, in *Giur. amm. sic.*, 1989, 504, secondo cui è, pertanto, illegittimo l'annullamento d'ufficio disposto sulla base di un semplice dubbio di legittimità.

<sup>(7)</sup> Così G. BARONE, *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, in *www.giustamm.it*.

<sup>(8)</sup> G. BERGONZINI, *Art. 21-*octies* della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, in *Dir. amm.*, 2007, 246-254, che conclude, pertanto, per l'inapplicabilità dell'art. 21-*octies* all'annullamento d'ufficio, pena la sua illegittimità costituzionale per violazione del principio di ragionevolezza.

d'ufficio, posto che, al ricorrere delle summenzionate fattispecie, il provvedimento amministrativo non solo dovrà considerarsi non annullabile, ma altresì non illegittimo [...]. Se, invece, si riconosce all'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, natura esclusivamente processuale [...], ne consegue in ogni caso la qualificazione del provvedimento amministrativo in termini di illegittimità [...]. Corollario di questa diversa prospettazione è che la pubblica amministrazione ben potrebbe procedere all'annullamento d'ufficio del provvedimento a suo tempo adottato, perché il divieto di annullamento opererebbe soltanto in sede giurisdizionale »<sup>(9)</sup>.

A nostro avviso, è, invece, possibile sostenere l'applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, all'annullamento d'ufficio anche optando per la natura processuale della disposizione. Ciò che, in verità, è già stato fatto, essendo stato, a ragione, notato come sarebbe anomalo precludere all'amministrazione di fare, nel suo territorio (il procedimento), ciò che le è consentito fare in quello del giudice (il processo), cioè dimostrare che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso: da qui l'interpretazione estensiva e/o analogica dell'anzidetta disposizione, che, ancorché eccezionale, può ritenersi norma di principio in quanto basata sulla regola del raggiungimento dello scopo di cui all'art. 156, comma 3, c.p.c.<sup>(10)</sup>.

Pur non condividendo quest'ultimo assunto, siamo dell'avviso che possa pervenirsi alla medesima conclusione in ordine all'applicabilità dell'art. 21-*octies*, comma 2, all'annullamento d'ufficio anche ritenendo – come ci è parso più corretto, anche al fine di evitare problemi di compatibilità con l'art. 113 della Costituzione<sup>(11)</sup> – che la chiave di lettura della norma sia da individuare nell'interesse a ricorrere. Ed infatti, la carenza d'interesse ad ottenere l'annullamento di un provvedimento che potrebbe essere suc-

<sup>(9)</sup> R. LEONARDI - M. OCCHIENA, *Art. 38*, in *Testo unico dell'edilizia*, a cura di M.A. SANDULLI, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2009, 668-670, i quali, muovendo dal convincimento che l'elemento che vale a recuperare l'illegittimità posta in essere dall'amministrazione sia il provvedimento che, al momento della sua emanazione, nasce legittimo, coerentemente affermano che, qualora sussistano i requisiti stabiliti dall'art. 21-*octies*, il provvedimento non può essere annullato dall'amministrazione, che, proprio emanandolo, decide di convalidare l'illegittimità, così precludendosi lo spazio per un futuro annullamento d'ufficio, che risulterebbe contraddittorio rispetto alla scelta effettuata a conclusione del procedimento (si tratta della tesi già sostenuta da F. FRACCHIA - M. OCCHIENA, *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies, l. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, in *www.giustamm.it*).

<sup>(10)</sup> S. TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella legge n. 15 del 2005: profili problematici*, in *La nuova disciplina*, cit., 256-257.

<sup>(11)</sup> Sia consentito rinviare in proposito a F. SAITTA, *Nuove riflessioni sul trattamento processuale dell'omessa comunicazione di avvio del procedimento: gli artt. 8, ultimo comma, e 21-*octies*, 2° comma, della legge n. 241 del 1990 a confronto*, in *Foro amm.: TAR*, 2006, 2295 ss., e in *Studi in onore di L. Mazzaroli*, Padova, 2007, IV, 381 ss.; ID., *Annullamento non pronunciabile o (inopportuna) preclusione all'autonoma deducibilità del vizio?*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2008.

cessivamente riadottato con la sola eliminazione del vizio formale o procedurale che l'inficiava, così come rileva, nel processo, in termini di inammissibilità del ricorso, viene in considerazione, nel procedimento di riesame, nell'ambito della comparazione che l'amministrazione è chiamata a fare per stabilire se sia maggiormente rispondente all'interesse pubblico conservare ovvero ritirare il provvedimento (solo formalmente) illegittimo <sup>(12)</sup>.

#### 4. – (Segue) *Il ruolo dell'interesse pubblico*

In presenza di una disposizione che, sostanzialmente codificando l'univoco orientamento giurisprudenziale <sup>(13)</sup>, si limita ad indicare tra i presupposti dell'annullamento d'ufficio la sussistenza di non meglio specificate « ragioni di interesse pubblico », astenendosi « dall'identificare le situazioni che costituiscono un interesse pubblico rilevante ai fini della rimozione dell'atto » <sup>(14)</sup>, viene spontaneo chiedersi se tale interesse debba essere della stessa natura di quello curato in primo grado ovvero possa trattarsi anche di un interesse pubblico diverso nel procedimento di annullamento d'ufficio.

La dottrina che, in passato, aveva maggiormente approfondito l'argomento è rimasta dell'idea che il procedimento di riesame abbia una struttura neutra, che assume, di volta in volta, le forme del procedimento di primo grado sfociato nell'adozione del provvedimento illegittimo, ragion per cui l'interesse all'annullamento non può che consistere nella cura dello stesso interesse primario, specie se si conviene sul fatto che si tratta del riesercizio del medesimo potere: da qui il convincimento che, ove il provvedimento

<sup>(12)</sup> Nel senso che, in presenza dei presupposti previsti dal comma 2 dell'art. 21-octies, risulterebbe « estremamente difficoltoso [...] evidenziare la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento di un atto sostanzialmente legittimo, essendo eventualmente più agevole disporre la convalida del provvedimento, A. CASSATELLA, *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, in *Foro amm.: TAR*, 2006, 2204; in senso analogo, A. CALEGARI, *Sulla natura sostanziale o processuale e sull'immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenute nell'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*; *contra*, nel senso che anche in presenza di un vizio formale o procedimentale l'amministrazione può ritenere conveniente eliminare l'atto, al fine di riesercitare il potere in modo procedimentalmente corretto e non sottoporsi al rischio della valutazione giurisdizionale sulla portata non invalidante del vizio, RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 929.

<sup>(13)</sup> Nel senso che l'annullamento d'ufficio non può prescindere dalla ricorrenza di un interesse pubblico, concreto ed attuale, al ritiro dell'atto, tra le più recenti, T.A.R. Sardegna, Sez. II, 19 maggio 2008, n. 984, in *www.giustizia-amministrativa.it*; parla di traduzione e declinazione in diritto positivo di un principio pacifico Cons. St., Sez. IV, 14 febbraio 2006, n. 564, in *www.lexitalia.it*.

<sup>(14)</sup> Così T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II bis, 20 giugno 2008, n. 6978, in *Urb. e app.*, 2008, 1467, con commento di L. CAMERIERO, *Il nuovo volto dell'autotutela nell'art. 21-nonies*.



fosse ritirato per il perseguimento di un fine diverso, vi sarebbe sviamento di potere<sup>(15)</sup>.

Senonché, come la stessa dottrina non ha mancato di evidenziare a suo tempo<sup>(16)</sup>, nel procedimento di riesame vanno considerati anche gli interessi cc.dd. secondari, che ricomprendono pure quelli originariamente non presi in considerazione, magari perché la loro esistenza si è manifestata solo dopo la conclusione del procedimento di primo grado: in tal senso, almeno, sembra deporre l'art. 21-*nonies*, che fa riferimento agli « interessi dei destinatari e dei controinteressati », che non possono che essere sorti a seguito dell'adozione dell'atto annullando e non potevano, pertanto, essere tenuti presenti a suo tempo<sup>(17)</sup>.

Ed allora, è soltanto l'interesse pubblico, per così dire, astratto a poter restare sempre lo stesso: se si conviene sul fatto che – come ormai sembra pacifico – l'interesse pubblico specifico non è altro che la risultante della comparazione di tutti gli interessi, pubblici e privati, che fanno ingresso nel procedimento<sup>(18)</sup>, non vediamo come possa escludersi *a priori* che, una volta messo doverosamente a raffronto con interessi sopravvenuti alla prima decisione, esso muti.

Proprio per essere « concreto ed attuale », insomma « vero », come pretende la giurisprudenza, l'interesse pubblico concreto e specifico sotteso all'annullamento d'ufficio non può, dunque, che « inseguire ed incalzare l'evoluzione della realtà », in certo senso aggiornandosi continuamente per restare coerente con le trasformazioni socio-economiche della realtà stessa<sup>(19)</sup>. In sostanza, se non si vuol dire che gli interessi al cui soddisfacimento è preposto l'annullamento d'ufficio siano diversi da quelli astrattamente curati in sede di procedimento di primo grado, deve quantomeno ammettersi che si tratta di interessi che, nell'ambito della rivalutazione che viene

<sup>(15)</sup> A. CONTIERI, *op. ult. cit.*, 218.

<sup>(16)</sup> A. CONTIERI, *Il riesame* (1991), cit.; *contra*, nel senso che nei procedimenti di annullamento non trovano ingresso interessi diversi da quelli valutati nel procedimento di primo grado, M. ALI, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, 527 ss.

<sup>(17)</sup> S. TARULLO, *op. cit.*, 253.

<sup>(18)</sup> Così T.A.R. Liguria, Sez. I, 11 dicembre 2007, n. 2050, in *www.giustamm.it*, n. 2/2008, secondo cui, in termini pragmatici, il compito dell'amministrazione in sede di autotutela decisoria si traduce, in primo luogo, nell'esame dei fatti dedotti dal ricorrente e/o dal controinteressato, quindi nella valutazione comparativa degli interessi emersi alla luce dell'interesse pubblico, non circoscritto al mero ripristino della legalità. In dottrina, sulla conformazione procedimentale dell'« interesse pubblico di sintesi del caso concreto », per tutti, M.R. SPASIANO, *L'interesse pubblico e l'attività della P.A. nelle sue diverse forme*, in *La nuova disciplina*, cit., 357 ss., spec. 358-361.

<sup>(19)</sup> G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *La persistente rilevanza del ruolo dell'interesse pubblico dopo la L. 15/2005 e la sua effettiva consistenza*, in *La nuova disciplina*, cit., 351.

compiuta in sede di riesame, si specificano e concretizzano « attraverso una ricomposizione degli altri interessi »<sup>(20)</sup>.

##### 5. – (Segue) *L'annullamento (asseritamente) doveroso*

La necessarietà della valutazione dell'interesse pubblico desumibile dal testo dell'art. 21-*nonies* induce, inoltre, a dubitare della persistenza di ipotesi di annullamento d'ufficio nelle quali la sussistenza di un siffatto interesse possa ritenersi *in re ipsa*.

È noto che dottrina e giurisprudenza hanno enucleato svariate ipotesi di annullamento d'ufficio « doveroso », che non richiederebbe, cioè, una specifica valutazione in ordine alla sussistenza dell'interesse pubblico, che potrebbe sostanzialmente darsi per scontata. Esse concernono, oltre alle ipotesi in cui la doverosità è conseguenza dell'assenza del potere cassatorio di altro organo (ottemperanza a giudicato nascente da sentenza del giudice ordinario; decisione tutoria negativa emessa da autorità priva del potere di annullamento; annullamento di atti che rappresentino l'unico presupposto di atti successivi)<sup>(21)</sup>, i provvedimenti che comportino l'illegittimo esborso di risorse pubbliche e quelli contrastanti con il diritto comunitario.

Sia la prima ipotesi – in ordine alla quale, in verità, non si registrano, allo stato, tentennamenti giurisprudenziali<sup>(22)</sup> – che la seconda – che, viceversa, è sempre stata alquanto dibattuta – meritano adesso di essere rivedute alla luce dell'art. 21-*nonies*.

Com'è stato opportunamente notato, mentre il primo gruppo di ipotesi risultano accomunate dalla medesima *ratio decidendi*, riassumibile nel fatto che l'annullamento è considerato doveroso laddove il legittimo affidamento del privato nella prosecuzione del rapporto con il soggetto pubblico manca o è affievolito al punto tale da non avere rilevanza giuridica in sede di contemperamento degli interessi, i casi delle illegittime attribuzioni di *status* ai dipendenti pubblici e degli atti amministrativi contrastanti con la disciplina comunitaria restano fuori da questa sistematizzazione, sembrando avere un'altra *ratio* comune, consistente nell'intento di affermare la prevalenza di taluni interessi pubblici, considerati particolarmente sensibili, e di sottrarli a qualsiasi forma di contemperamento con gli interessi privati<sup>(23)</sup>.

Della legittimità di una siffatta estromissione, ossia dell'intrinseca pre-

<sup>(20)</sup> Così G. DI FIORE, *Il riesame del provvedimento*, in *La nuova disciplina*, cit., 228.

<sup>(21)</sup> RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 930; S. TARULLO, *op. cit.*, 252.

<sup>(22)</sup> Cfr., di recente, Cons. St., Sez. VI, 13 giugno 2008, n. 2933, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>(23)</sup> S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 1259-1260.

valenza dell'interesse pubblico all'economicità ed alla correttezza della gestione delle risorse finanziarie pubbliche e/o dell'interesse pubblico alla conformità dell'ordinamento con i principi comunitari, *ergo* in definitiva della doverosità di tali ipotesi di annullamento d'ufficio, è, tuttavia, lecito oggi dubitare in presenza di una disposizione che – ripetesi – pare, al contrario, sancire semmai la doverosità della comparazione degli interessi in gioco in tutti, indistintamente, i procedimenti di questo tipo <sup>(24)</sup>.

Ed infatti, è già stato affermato che, in virtù della generale portata di tale principio, da estendere a tutte le ipotesi di annullamento che non formino oggetto di esplicita deroga legislativa, anche le ipotesi di annullamento d'ufficio di provvedimenti comportanti un esborso di pubblico denaro non possono più sottrarsi al necessario bilanciamento tra i contrapposti interessi, nel cui esclusivo ambito potranno trovare soddisfazione i profili di particolare importanza dell'interesse pubblico <sup>(25)</sup>.

Altro discorso va fatto con riguardo al trattamento da riservare, in sede di annullamento d'ufficio, ai provvedimenti in contrasto con il diritto comunitario, tema che richiederebbe, peraltro, una disamina ben più ampia di quella che è nostra intenzione svolgere in questa sede, anche perché assai controverso già prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990 <sup>(26)</sup>.

Qui il convincimento che la sola illegittimità comunitaria non sia sufficiente a giustificare l'annullamento d'ufficio del provvedimento, essendo comunque necessaria la ponderazione di tutti gli altri interessi coinvolti, *in primis* quello del beneficiario degli effetti favorevoli del provvedimento illegittimo, trova conferma, prim'ancora che nel chiaro testo dell'art. 21-*no-*

<sup>(24)</sup> Nel senso che, non specificando le ragioni di pubblico interesse sottese all'esercizio del potere di autotutela, l'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 richiede alla p.a. una comparazione tra l'interesse pubblico e gli interessi dei destinatari e dei controinteressati, T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II *bis*, n. 6978/2008, cit.; cfr., altresì, Sez. III, 19 marzo 2008, n. 2475, in *www.giustizia-amministrativa.it*, secondo cui la succitata disposizione ha inteso dettare una disciplina esaustiva in materia di annullamento d'ufficio, la quale, in assenza di alcuna specifica indicazione al riguardo da parte del legislatore, non tollera deroghe in relazione alla natura dell'atto da adottare; Sez. II, 9 dicembre 2008, n. 11136, in *Foro amm.: TAR*, 2008, 3364, secondo cui l'esercizio del potere di autotutela non è mai necessitato per la p.a., tant'è che l'art. 21-*nonies* utilizza la dicitura « l'amministrazione può »; infine, nel senso che già prima della novella legislativa del 2005 la consolidata acquisizione giurisprudenziale aveva sottolineato la dimensione discrezionale dell'annullamento d'ufficio, escludendo ogni automatismo ed esigendo, in aggiunta all'esigenza di stretto ripristino della legalità violata, una congrua valutazione comparativa degli interessi in conflitto, T.A.R. Campania-Napoli, Sez. II, 22 febbraio 2008, n. 886, *ibidem*.

<sup>(25)</sup> RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 930.

<sup>(26)</sup> Per maggiori approfondimenti, sia consentito rinviare a S. VALAGUZZA, *op. cit.*, 1260-1267; G. CONTALDI, *Atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario*, in *Dir. Un. eur.*, 2007, 747 ss.; M. SINISI, *La « doverosità » dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, in *Foro amm.: TAR*, 2007, 3265 ss.

nies, nella stessa giurisprudenza comunitaria, che valorizza in modo particolare l'affidamento del privato (27). D'altronde, poco prima della novella del 2005, la Corte di giustizia aveva detto chiaramente che anche in presenza di questo particolare vizio l'annullamento d'ufficio resta subordinato alla valutazione della sussistenza di un interesse pubblico alla rimozione ed alla ponderazione di tale interesse con quelli privati in gioco, nonché dei valori della certezza del diritto e dell'affidamento, che rappresentano principi generali dell'ordinamento comunitario (28).

È anche vero, tuttavia, che, più recentemente, la stessa Corte di giustizia, chiaramente alla ricerca di un punto di equilibrio tra l'autonomia dei sistemi giurisdizionali (giurisdizionali ed amministrativi) degli Stati membri ed il primato del diritto comunitario (29), ha precisato che, a presidio dell'effettività del diritto comunitario, una deroga alla regola della discrezionalità dell'autotutela, ergo una rimozione doverosa, può prospettarsi sulla base delle seguenti condizioni: a) il diritto nazionale deve riconoscere all'amministrazione la possibilità di riesaminare la decisione divenuta definitiva; b) quest'ultima deve essere divenuta tale in seguito ad una sentenza inappellabile; c) quest'ultima, a sua volta, deve fondarsi su un'interpretazione del diritto comunitario rivalutata errata alla luce di una successiva pronuncia della Corte di giustizia; d) l'interessato deve presentare una richiesta di riesame (30).

Anche dopo queste ultime precisazioni, però, non sembra possa dirsi sancito (almeno non in linea generale) il principio della doverosità dell'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi contrastanti con il diritto comunitario (31).

(27) Per le relative indicazioni, cfr. RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 931-932; *contra*, nel senso della persistente doverosità dell'annullamento del provvedimento per violazione di norme comunitarie, A. CONTIERI, *Il riesame* (2005), cit., 223.

(28) Sent. 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kühne & Heitz* (in *Racc.*, 2004, 837), su cui v. D. DE PRETIS, *L'« illegittimità comunitaria » dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame*, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 723 ss.; R. CARANTA, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*, in *Urb. e app.*, 2004, 1154 ss.; R. BARATTA, *Sull'erronea interpretazione del diritto comunitario in applicazione della teoria "dell'atto chiaro"*, in *Giust. civ.*, 2004, I, 865 ss.; E. RINALDI, *Miracoli dei polli olandesi: la primauté del diritto comunitario va « oltre » il giudicato nazionale « anticomunitario »*. E all'Amministrazione spetta il compito di rimediare..., in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 651 ss.

(29) Così si conclude la disamina di N. PIGNATELLI, *L'illegittimità "comunitaria" dell'atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, 3635 ss.

(30) Sent. 12 febbraio 2008, in causa C/2-06, *Kempter*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1517, con nota di F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*.

(31) Nel senso che l'esercizio del potere di autotutela resta discrezionale anche in presenza di atti contrastanti con norme o principi comunitari, Cons. St., Sez. V, 8 settembre 2008, n. 4263, in *Giur. it.*, 2009, 471; T.A.R. Veneto, Sez. I, 28 febbraio 2008, n. 495, in *www.giustizia-ammini-*

Merita di essere segnalata, poi, anche l'ipotesi della sopravvenienza di una dichiarazione di incostituzionalità di una norma sulla base della quale sia stato precedentemente adottato un atto amministrativo: anche in tal caso, infatti, è lecito chiedersi se la regola generale della discrezionalità dell'annullamento d'ufficio subisca una deroga alla luce della primazia della legalità costituzionale.

Premesso che, in simili ipotesi, il provvedimento amministrativo è semplicemente annullabile, e non già nullo o inesistente<sup>(32)</sup>, è da ritenere che – eccezion fatta, forse, per i provvedimenti contrastanti con il giudicato costituzionale<sup>(33)</sup> – anche in tal caso la natura discrezionale del potere di autotutela rimanga immutata<sup>(34)</sup> perché l'atto amministrativo emanato sulla base di una norma vive e continua a vivere nell'ordinamento giuridico di vita propria rispetto al momento normativo<sup>(35)</sup>, da cui si distacca per entrare nel sistema della giustizialità, *ergo* nella logica dell'annullabilità *ope iudicis* (secondo le regole dell'impugnazione processuale<sup>(36)</sup>) e del-

*strativa.it*. Dello stesso avviso, pur non tenendo conto della sentenza richiamata nella precedente nota, è RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 932, secondo cui l'unico caso di annullamento d'ufficio doveroso è quello dell'atto contrastante con una decisione della Commissione europea in materia di aiuti di Stato (su quest'ultima fattispecie, da ultimo, F. LIENA, *La Corte costituzionale si "comunitarizza" sul recupero degli aiuti di Stato (Nota a margine dell'ord. n. 36 del 6 febbraio 2009)*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2009); *contra*, nel senso che, alla stregua del principio di cooperazione, l'annullamento d'ufficio dei provvedimenti contrastanti con il diritto comunitario deve ritenersi doveroso, T.A.R. Sicilia-Palermo, Sez. II, 28 settembre 2007, n. 2049 (in *Giur. it.*, 2008, 1286, con nota di P. FERRARI, *Annulamento in autotutela di provvedimenti contrastanti con il diritto comunitario*), che, tuttavia, non tiene conto dell'art. 21-nonies l. n. 241/1990.

<sup>(32)</sup> N. PIGNATELLI, *Le « interazioni » tra processo amministrativo e processo costituzionale in via incidentale*, Torino, 2008, 81 ss.; *contra*, da ultimo, C. PADULA, *Gli effetti delle sentenze di accoglimento della Corte costituzionale sugli atti amministrativi applicativi della legge annullata*, in *www.giustamm.it*, n. 8/2009.

<sup>(33)</sup> Ossia in violazione dell'art. 30, comma 3, l. n. 87/1953, che, nel sancire che « [l]e norme dichiarate incostituzionali non possono avere applicazione dal giorno successivo alla pubblicazione della decisione », pare rivolgersi non soltanto al giudice, ma anche alla pubblica amministrazione: così M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, 2002, 375.

<sup>(34)</sup> Così T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, 12 novembre 2007, n. 1721, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 206, secondo cui il potere di autotutela conseguente a pronuncia di incostituzionalità è soggetto a tutti i suoi ordinari presupposti e limiti, fra cui, in particolare, all'esigenza di accurata ponderazione dell'interesse sacrificato nel destinatario dell'atto favorevole.

<sup>(35)</sup> Cons. St., Ad. plen., 8 aprile 1963, n. 8, in *Foro it.*, 1963, III, 282.

<sup>(36)</sup> Nel senso che la sopravvenuta dichiarazione di illegittimità costituzionale della norma che disciplina il procedimento di adozione di un atto amministrativo precedentemente impugnato non può determinare l'illegittimità derivata dell'atto qualora il ricorrente non abbia fatto venire in rilievo la norma denunciata attraverso uno specifico motivo di ricorso, Cons. St., Sez. V, 5 maggio 2008, n. 1986, in *www.giustizia-amministrativa.it*. Da ultimo, nel senso che il giudice amministrativo può annullare l'atto impugnato fondato di norma dichiarata costituzionalmente illegittima solo se, attraverso un motivo di ricorso, il rapporto tra tale atto e la predetta norma sia

l'autotutela amministrativa (secondo le regole dell'annullamento d'ufficio) <sup>(37)</sup>.

6. – (Segue) *Annullamento d'ufficio ed inoppugnabilità del provvedimento*

La disamina da ultimo svolta in ordine alle ipotesi dell'illegittimità comunitaria e dell'incostituzionalità derivata dell'atto amministrativo introduce nel discorso un'ulteriore questione problematica, attinente ai rapporti tra annullamento d'ufficio ed inoppugnabilità del provvedimento. Ed infatti, una volta acclarato che il vizio che caratterizza l'atto amministrativo conforme ad una norma nazionale a sua volta in contrasto con il diritto comunitario è quello tipico dell'annullabilità per violazione di legge, in quanto tale deducibile in sede giurisdizionale nell'ordinario termine decadenziale <sup>(38)</sup>, non sembra potersi eludere il problema del rapporto tra procedimento di riesame e giudicato. Problema che, appurato che analoga portata invalidante ha – come già detto – il provvedimento adottato in forza di una norma successivamente dichiarata incostituzionale, va affrontato anche in quest'ultima ipotesi.

La giurisprudenza è solita affermare che il potere di autotutela non può essere esercitato in contrasto con le statuizioni contenute in pronunce passate in giudicato <sup>(39)</sup>, la cui efficacia costitutiva e preclusiva (ex art. 2909 c.c.) esclude che la pubblica amministrazione possa rivedere le proprie precedenti statuizioni (sulle quali si è formato tale giudicato), annullandole o

portato a sua conoscenza e, quindi, l'esame della norma stessa sia necessario ai fini del decidere, Sez. VI, 25 agosto 2009, n. 5058, in *www.lexitalia.it*, n. 9/2009. Va, peraltro, precisato che, secondo la più recente giurisprudenza, in presenza di uno specifico motivo di ricorso riferito alla norma incostituzionale, ancorché non sia stato sollevato alcun profilo d'incostituzionalità di essa, assume rilievo il principio secondo cui il giudice deve applicare d'ufficio, nei giudizi pendenti, le pronunce di annullamento della Corte costituzionale, con conseguente possibilità di superare i limiti che derivano dalla struttura impugnatoria del processo amministrativo e dalla correlata specificità dei motivi: Sez. IV, 18 giugno 2009, n. 3997, in *www.lexitalia.it*, n. 6/2009.

<sup>(37)</sup> N. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale ed autotutela amministrativa*, in *Foro it.*, 2008, V, 313.

<sup>(38)</sup> In tal senso, da ultimo, Cons. St., Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3874 e 19 maggio 2009, n. 3072, in *Giur. amm.*, 2009, I, 881 e in *www.giustamm.it*, n. 5/2009, che precisa che « la nullità (o l'inesistenza) è configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento nazionale sia stato adottato sulla base di una norma interna (attributiva del potere) incompatibile con il diritto comunitario (e quindi disapplicabile) »; già prima, Sez. VI, 23 luglio 2008, n. 3621, in *Foro amm.: CdS*, 2008, 2119; Sez. IV, 21 febbraio 2005, n. 579, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 1107, con nota di S. VALAGUZZA, *Sulla impossibilità di disapplicare provvedimenti amministrativi per contrasto col diritto europeo: l'incompatibilità comunitaria tra violazione di legge ed eccesso di potere*.

<sup>(39)</sup> *Ex plurimis*, C. Conti, Sez. giur. Puglia, 10 maggio 2005, n. 314, in *www.corteconti.it*.

revocandole <sup>(40)</sup>. In sostanza, una volta formatosi il giudicato, i rapporti tra ricorrente ed amministrazione sono retti, relativamente alla questione per cui era causa, esclusivamente dalla sentenza passata in giudicato, alla quale l'amministrazione deve assolutamente conformarsi, con la conseguenza che l'esperibilità del potere di autotutela può riguardare soltanto situazioni non relative al giudicato <sup>(41)</sup>. Si pensi, ad es., all'accoglimento di un ricorso giurisdizionale avverso una decisione tutoria di annullamento di un atto amministrativo, accoglimento che implica la reviviscenza di quest'ultimo, ma non costituisce accertamento della sua legittimità sostanziale, sicché l'amministrazione controllata ben può rimuoverlo in autotutela senza per ciò essere vincolata dal giudicato <sup>(42)</sup>.

In dottrina, di contro, è discusso se l'invalidità negata dal giudice precluda o meno l'esercizio del potere di riesame da parte dell'amministrazione, cioè se il potere stesso debba ritenersi, in certo senso, consumato dopo il rigetto del ricorso.

Non potendo qui operare un'attenta disamina delle varie tesi, alcune delle quali alquanto risalenti, ci limitiamo ad esprimere il nostro sostanziale assenso al suesposto orientamento giurisprudenziale, che ci sembra possa così riassumersi: mentre l'inoppugnabilità, consistendo esclusivamente nella preclusione alla proposizione di un ricorso fondato sui medesimi vizi-motivi non tempestivamente dedotti, lascia « integro il potere di intervento in autotutela dell'amministrazione » <sup>(43)</sup>, tale potere va, invece, escluso ogniqualvolta si basi su un presunto vizio che il giudice amministrativo ha ritenuto insussistente <sup>(44)</sup>.

Applicando tale principio ai due casi in questione, si perviene ad una conferma delle conclusioni rassegnate al termine del precedente paragrafo.

<sup>(40)</sup> T.A.R. Sicilia-Catania, Sez. II, 8 febbraio 1993, n. 92, in *Giur. amm. sic.*, 1993, 222.

<sup>(41)</sup> T.A.R. Lazio, Sez. I, 25 novembre 1992, n. 1511, in *Riv. pers. ente loc.*, 1993, 742; nel senso che il giudicato formatosi su un atto oggetto di una decisione giurisdizionale produce effetti strettamente connessi agli aspetti esaminati dal giudice e ritenuti conformi a legge, ma non limita in modo assoluto il potere discrezionale di autotutela, T.A.R. Sardegna, 10 febbraio 1984, n. 74, in *Trib. amm. reg.*, 1984, I, 1445.

<sup>(42)</sup> Cons. St., Sez. V, 19 febbraio 1998, n. 190, 4 novembre 1997, n. 1236, 22 ottobre 1997, n. 1174 e 8 febbraio 1997, n. 150, in *Foro amm.*, 1998, 431; 1997, 3022, 2739 e 464; T.A.R. Emilia Romagna-Bologna, Sez. II, 1 febbraio 1995, n. 48, *ivi*, 1996, 197; T.A.R. Abruzzo-Pescara, 10 maggio 1993, n. 179, in *Trib. amm. reg.*, 1993, I, 2690.

<sup>(43)</sup> T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, n. 1721/2007, *cit.*

<sup>(44)</sup> Così M. ANTONIOLI, *Inoppugnabilità e disapplicabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1999, 1092 ss., cui si rinvia anche per l'esposizione dei vari orientamenti dottrinali; nel senso che la regola nascente dal giudicato dev'essere applicata al segmento procedimentale vagliato dal giudice, senza che ciò precluda un riesame degli altri elementi della procedura, F. ANCORA, *Autotutela amministrativa sulle procedure di aggiudicazione, giudicato e concentrazione dei controlli*, in *Giur. merito*, 2005, 2227 ss.

Per quanto attiene alla più recente giurisprudenza comunitaria, ci si rende conto che, a ben guardare, essa non ha affatto stravolto le regole in tema di giudicato, ma si è limitata a sancire la possibilità che il soggetto interessato, pur non avendo mai contestato direttamente l'illegittimità comunitaria del provvedimento, pretenda che l'amministrazione lo riesamini, purché l'inoppugnabilità non sia dovuta a sua esclusiva inerzia (ovvero si tratti di questione di illegittimità comunitaria che avrebbe potuto essere rilevata anche d'ufficio da un giudice di ultima istanza) <sup>(45)</sup>.

Quanto, invece, all'atto amministrativo affetto da c.d. incostituzionalità derivata, l'annullamento d'ufficio non è precluso – ripetesi – dall'inoppugnabilità, bensì dal giudicato amministrativo, i cui effetti si espandono anche nei confronti dell'amministrazione procedente <sup>(46)</sup>.

Se si condivide tale impostazione, deve anche convenirsi sul fatto che la mera inoppugnabilità del provvedimento non basta a giustificare il rifiuto dell'amministrazione di riesaminarlo qualora sussistano valide ragioni per farlo. Si tratta di una questione che abbiamo più volte affrontato, anche di recente (peraltro dissentendo apertamente dal prevalente orientamento giurisprudenziale <sup>(47)</sup>), ragion per cui, anche per ragioni di spazio, ci limitiamo a rinviare ai precedenti scritti <sup>(48)</sup>. In questa sede, però, corre l'obbligo di segnalare almeno come la questione sia particolarmente sentita nell'ambito del diritto tributario, laddove, pur in presenza di una disposizione (art. 7, comma 2, lett. b), l. n. 212/2000) che prevede la possibilità di promuovere un riesame, anche nel merito, dell'atto in sede di autotutela, la giurisprudenza continua ad affermare che non è esperibile un'autonoma tutela giurisdizionale avverso l'atto con cui la pubblica amministrazione manifesta il rifiuto di ritirare, in via di autotutela, un atto impositivo divenuto definitivo: ciò sia per via della discrezionalità di cui l'amministrazione stessa gode in sede di autotutela, sia perché, diversamente opinando, si da-

<sup>(45)</sup> Questa la condivisibile lettura della più recente giurisprudenza comunitaria operata da F. CORTESE, *op. cit.*, 1542-1543.

<sup>(46)</sup> N. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale*, cit., 315, che richiama esemplificativamente l'art. 68 d.P.R. n. 297/1992, in materia di autotutela tributaria, che sancisce in modo espresso il limite del giudicato (sul punto, *amplius*, P. ROSSI, *Autotutela su atti definitivi: evoluzione della giurisprudenza ed una ipotesi ricostruttiva*, in *Riv. dir. trib.*, 2002, 473 ss.).

<sup>(47)</sup> Che fermamente esclude – salvo il caso in cui la richiesta di autotutela provenga da un soggetto titolare di interessi pubblici che sia intervenuto nel procedimento di primo grado e si faccia portatore dei medesimi interessi anche in sede di autotutela (T.A.R. Puglia-Lecce, Sez. I, 27 ottobre 2005, n. 4633, in *www.lexitalia.it*, n. 11/2005) – l'obbligo dell'amministrazione di riesaminare i propri precedenti provvedimenti divenuti inoppugnabili.

<sup>(48)</sup> F. SAIITA, *Preavviso di rigetto ed atti di conferma: l'errore sta nella premessa*, in *Foro amm.*: TAR, 2008, 3235 ss., e in *Studi in memoria di R. Marrama*, in corso di pubblicazione; ID., *Per una nozione di « atto confermativo » compatibile con le esigenze di tutela giurisdizionale del cittadino*, in *Foro amm.*: CdS, 2003, 2423 ss., e in *Studi in onore di G. Berti*, Napoli, 2005, III, 2195 ss.



rebbe inammissibilmente ingresso ad una controversia sulla legittimità di un atto impositivo ormai definitivo <sup>(49)</sup>.

### 7. – (Segue) *Il decorso del tempo e la tutela dell'affidamento*

Prevedendo che l'annullamento d'ufficio possa essere disposto solo in presenza di ragioni di pubblico interesse, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, il legislatore del 2005 ha certamente inteso tutelare l'affidamento del cittadino <sup>(50)</sup>.

Il tema dei rapporti tra procedimenti di riesame e tutela dell'affidamento è talmente ampio e complesso che in questa sede non può essere nemmeno accennato, ragion per cui ci si limita segnalare gli scritti più recenti e significativi in argomento <sup>(51)</sup>.

Un cenno soltanto all'inciso sul « termine ragionevole » (entro cui è consentito esercitare il potere di riesame), espressione indubbiamente alquanto vaga <sup>(52)</sup>, che tuttavia – a nostro avviso – ha il pregio di introdurre un concetto giuridico indeterminato in luogo di un termine massimo pre-stabilito (come si era pensato di fare nel corso dei tormentati lavori preparatori della legge di riforma della legge n. 241 del 1990) <sup>(53)</sup>, che avrebbe finito per « ingessare » le pubbliche amministrazioni. Si allude al fatto che –

<sup>(49)</sup> Così, da ultimo, Cass., Sez. un., 6 febbraio 2009, n. 2870, in *www.judicium.it*, con nota critica di R. LUPI, *Autotutela: una motivazione sconcertante per una soluzione corretta*. Cassazione 2870/2009, il quale, tuttavia, non contesta tanto la sentenza in sé – atteso che la mera contraddizione tra un accertamento induttivo definitivo ed un successivo giudicato penale non giustifica, di per sé, l'autotutela – quanto la sua motivazione, basata sulla sbrigativa affermazione che l'impugnazione del diniego di autotutela sarebbe pregiudizialmente esclusa. Tale orientamento giurisprudenziale era già stato criticato, con riguardo al potere di revoca, da M. IMMORDINO, *Art. 21 quinquies, in La pubblica amministrazione e la sua azione*, cit., 525-526. Circa un decennio addietro, un'apertura era stata, invece, rinvenuta in T.A.R. Toscana, Sez. I, 22 ottobre 1999, n. 767, in *Foro amm.*, 2000, 2266, e in *Riv. dir. trib.*, 2002, II, 49, con nota di P. AGOSTINELLI, *Controversie concernenti il riesame preordinato al (mero) ritiro dell'atto impositivo e giurisdizione del magistrato amministrativo: un connubio difficilmente configurabile*. Secondo A. CONTIERI, *Il riesame (2005)*, cit., 222-223, tuttavia, soltanto un'esplicita previsione che consenta l'iniziativa di parte potrebbe cambiare l'attuale scenario.

<sup>(50)</sup> RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 932.

<sup>(51)</sup> Per tutti, M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento*, Milano, 2008, *passim*, spec. 101-148, ed *ivi* ampi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali; D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento*, in *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, a cura dello stesso A., Padova, 2007, 1 ss.; F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss.

<sup>(52)</sup> Lo pensano anche gli studiosi di altri Paesi: J. RAMON FUENTES I GASÓ - J. GIPREU, *Il sistema di revisione degli atti amministrativi: la revisione d'ufficio e la revoca in Spagna e in Italia*, in *www.giustamm.it*, n. 1/2009, § VIII.

<sup>(53)</sup> Un termine massimo continua ad essere previsto dall'art. unico, comma 236, l. n. 311/

com'è ben stato notato in dottrina – il decorso del tempo assume un significato non solo quantitativo, ma anche qualitativo<sup>(54)</sup>, sicché è necessario valutare caso per caso se il tempo trascorso dall'adozione del provvedimento è davvero talmente lungo da indurre a preferire la soluzione conservativa a quella eliminativa<sup>(55)</sup>.

Si ha, peraltro, la sensazione che le anzidette indicazioni dottrinali, che muovevano proprio dalla constatazione che i riferimenti al fattore tempo contenuti nella giurisprudenza anteriore al 2005 fossero tutt'altro che esaurienti e precisi<sup>(56)</sup>, non siano state adeguatamente valorizzate dalla giurisprudenza più recente, che talvolta continua ad attribuire eccessiva importanza al tempo in sé e per sé considerato, pervenendo a conclusioni opinabili in punto di (il)legittimità dell'annullamento d'ufficio<sup>(57)</sup>.

Va da sé, poi, che, se si conviene sul fatto che l'irragionevolezza del termine costituisce un limite per l'annullamento d'ufficio nella misura in cui concorre a consolidare l'affidamento originato dalla pregressa decisione amministrativa, deve, coerentemente, ammettersi che, in determinati casi, tale consolidamento possa aversi anche in un lasso di tempo brevissimo<sup>(58)</sup>.

2004, che limita ad un triennio dall'acquisizione di efficacia l'annullamento d'ufficio di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali e convenzionali con privati: in quel caso, si è in presenza di una « tipica ipotesi speciale applicativa del concetto generale di termine ragionevole introdotto dalla legge generale sul procedimento », ossia di « un caso in cui, in sostanza, è la stessa legge speciale che determina, direttamente e puntualmente, per una determinata tipologia di atti, qual è il termine ragionevole per l'esercizio del potere di autoannullamento » (T.A.R. Campania-Napoli, Sez. V, 5 dicembre 2008, n. 21106, in *Foro amm.*: TAR, 2008, 3422). Trattasi, però, di una disposizione eccezionale, in quanto tale di stretta interpretazione (Cons. St., Sez. VI, 17 gennaio 2008, n. 106, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, 10 gennaio 2008, n. 6, in *www.giustamm.it*, n. 1/2008).

<sup>(54)</sup> G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 691 ss., spec. 704, laddove efficacemente si afferma che « non è il tempo trascorso che porta a un consolidamento delle situazioni, ma ciò che in realtà i soggetti interessati hanno fatto a seguito dell'emaneazione del provvedimento ».

<sup>(55)</sup> Così T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II bis, n. 6978/2008, cit. Sul valore della conservazione nell'ambito dei procedimenti di riesame, da ultimo, G. PEPE, *Il principio di conservazione degli atti giuridici con particolare riguardo alla attività amministrativa*, in *www.giustamm.it*, n. 5/2009, spec. cap. V, § 3.

<sup>(56)</sup> Sul punto, anche D. CORLETTI, *op. cit.*, 46-48.

<sup>(57)</sup> Cfr., ad es., A. DE SIANO, *Interesse pubblico e decorso del « termine ragionevole » nell'annullamento d'ufficio* (Nota a TAR Campania, Sez. V, n. 5439/2008), in *www.giustamm.it*, n. 2/2009. Nel senso che, invece, la ragionevolezza del termine dev'essere collegata alla rilevanza degli interessi pubblici e privati coinvolti dall'esercizio del potere d'annullamento per come risulta dal provvedimento impugnato, T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, n. 6/2008, cit.

<sup>(58)</sup> Così A. DE SIANO, *op. cit.*, § 5, che porta l'esempio dell'aggiudicazione della gara alla quale abbia fatto seguito, subito dopo, la stipula del contratto.

8. – (Segue) *Gli effetti*

La già rilevata accentuazione della natura discrezionale del potere di riesame operata dalla novella del 2005<sup>(59)</sup> dà ulteriore credito alla tesi che già in passato riteneva ammissibile che, in deroga alla sua naturale retroattività<sup>(60)</sup>, l'annullamento d'ufficio potesse talvolta avere effetti soltanto *ex nunc*<sup>(61)</sup>.

In tal senso depone, innanzitutto, l'elemento letterale: a differenza dell'art. 21-*quinquies*, che dice chiaramente che « [l]a revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre *ulteriori* effetti », l'art. 21-*nonies* nulla dice in ordine all'effetto, retroattivo o meno, dell'annullamento d'ufficio.

A ciò si aggiunga che proprio il margine di apprezzamento di cui gode potrebbe indurre l'amministrazione procedente, effettuata un'adeguata comparazione degli interessi coinvolti, a graduare gli effetti temporali della misura demolitoria per non sacrificare eccessivamente le posizioni consolidate meritevoli di affidamento<sup>(62)</sup>.

Del resto, si osserva, se l'amministrazione può mantenere in vita l'atto ancorché illegittimo ovvero annullarlo soltanto in parte, non si vede perché debba esserle precluso di graduare il proprio potere di annullamento: il più (non annullamento) comprende il meno (annullamento con effetti *ex nunc*)<sup>(63)</sup>.

Consentendo una siffatta modulazione degli effetti dell'annullamento, *ergo* di fare salvi gli effetti dell'atto da annullare che si siano ormai consolidati, si eviterebbe di subordinare il perseguimento dell'interesse pubblico al sacrificio degli interessi del privato, mettendo l'amministrazione nelle condizioni di contemperare più agevolmente le contrapposte esigenze<sup>(64)</sup>.

<sup>(59)</sup> Evidenziata, in particolare, da Cons. St., Sez. VI, 16 dicembre 2008, n. 6234, in *Foro amm.: CdS*, 2008, 3419.

<sup>(60)</sup> Su cui B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*, a cura di S. CASSESE, 2<sup>a</sup> ed., Milano, 2003, I, 949-950, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti giurisprudenziali.

<sup>(61)</sup> La tesi, già proposta da A. CONTIERI, *Il riesame* (1991), cit., 128, è stata recentemente ripresa da G. BARONE, *op. ult. cit.*, 706-708 (il quale, peraltro, reputa necessaria l'individuazione dei casi per i quali sembra adeguato l'annullamento d'ufficio retroattivamente limitato), e da G. FALCON, *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 33-38.

<sup>(62)</sup> Così, adesso alla luce dell'art. 21-*nonies*, A. CONTIERI, *Il riesame* (2005), 220, secondo cui proprio quando l'effetto ripristinatorio collide con interessi meritevoli di tutela ne può essere attenuato l'ambito temporale; S. TARULLO, *op. cit.*, 251.

<sup>(63)</sup> RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 934.

<sup>(64)</sup> A. DE SIANO, *op. cit.*, § 5.

9. – *La revoca alla luce dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990: natura e fondamento*

Nel caso della revoca, la codificazione operata nel 2005 serve a superare non solo il problema del fondamento normativo del potere di riesame, ma anche le molte dispute sulle diversità terminologiche e sul diverso significato da attribuire ai vari termini finora utilizzati da giurisprudenza e dottrina per individuare i provvedimenti di secondo grado <sup>(65)</sup>. L'art. 21-*quinquies* della legge n. 241 del 1990 accomuna, infatti, sotto la medesima rubrica (« Revoca del provvedimento ») sostanzialmente tutte le ipotesi di ritiro di un atto per ragioni, *lato sensu*, di opportunità <sup>(66)</sup>.

Ne consegue, ad es., che la c.d. abrogazione – termine con cui si era soliti indicare il ritiro di un atto che, a causa di un fatto sopravvenuto, non risulti più rispondente all'interesse pubblico – deve oggi ritenersi ricompresa nell'ampia nozione di revoca, nella quale rientra anche il caso della c.d. revoca per sopravvenienza (« mutamento della situazione di fatto »). Come vera e propria abrogazione residua, invece, l'ipotesi dell'illegittimità (non inopportunità) sopravvenuta, che non sembra poter essere ricompresa né nella revoca – in quanto l'art. 21-*quinquies* non contempla il caso dell'atto che divenga illegittimo (ripetesi, non semplicemente inopportuno) per un mutamento della situazione di fatto – né nell'annullamento d'ufficio se non mettendo a rischio l'unitarietà dell'istituto <sup>(67)</sup>, per sua natura previsto « in funzione di uno *status* viziato inficiante *ab origine* il provvedimento caducato » <sup>(68)</sup>.

La mancanza di alcun richiamo in tal senso da parte dell'art. 21-*quinquies* conferma, *a fortiori*, che non v'è ragione di collocare nell'ambito della revoca quei provvedimenti di natura sanzionatoria che, essendo adottati qualora il soggetto interessato violi obblighi o non eserciti facoltà entro il

<sup>(65)</sup> RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 915. Non è certo casuale che, in una delle più attente trattazioni manualistiche dell'argomento antecedenti alla riforma del 2005, si esordisse chiarendo « che cosa la revoca non è », ossia sostanzialmente segnalando i casi in cui il termine revoca era utilizzato per descrivere vicende che, a ben guardare, non hanno nulla da spartire con tale istituto: R. VILLATA, *L'atto amministrativo*, in *Diritto amministrativo*, a cura di L. MAZZAROLLI, G. PERICU, A. ROMANO, F.A. ROVERSI MONACO e F.G. SCOCA, 3<sup>a</sup> ed., Bologna, 2001, II, 1586.

<sup>(66)</sup> Tanto da indurre B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento amministrativo*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 478 ad affermare che « le prime ventitré parole dell'art. 21-*quinquies* potrebbero essere sostituite da una sola: "sempre" », essendo in pratica stabilito che il provvedimento ad efficacia durevole può essere sempre revocato.

<sup>(67)</sup> S. TARULLO, *op. cit.*, 218.

<sup>(68)</sup> R. VILLATA, *op. cit.*, 1584-1585, il quale, peraltro, precisando che, « per chi ammette l'invalidità successiva, la retroattività si fermerà al momento in cui questa sia sopraggiunta », sembrava non escludere del tutto la possibilità di annoverare la c.d. abrogazione tra le ipotesi di annullamento d'ufficio.

termine di legge, non traggono in alcun modo origine da una rivalutazione dell'interesse pubblico, come avviene, invece, nel caso della vera e propria revoca<sup>(69)</sup>; in siffatte ipotesi, è più corretto parlare di decadenza<sup>(70)</sup>, come del resto ha talvolta fatto il legislatore<sup>(71)</sup>.

Se, dunque, *nulla quaestio* ormai per quanto attiene al fondamento normativo del potere di revoca, non sembra, invece, che la codificazione dell'istituto consenta di ritenere del tutto superato l'annoso problema della qualificazione della revoca come espressione di autotutela ovvero di riesercizio della medesima funzione. Secondo certa dottrina, l'adesione all'una o all'altra tesi continuerebbe ad avere un qualche rilievo: optando per la tesi dell'autotutela, la revoca potrà essere giustificata, oltre che da specifiche sopravvenienze giuridiche o fattuali, da qualsivoglia interesse pubblico che renda inopportuno il provvedimento; di converso, aderendo alla tesi del riesercizio della funzione, la revoca potrà essere ammessa nel solo caso di contrasto del provvedimento con lo specifico interesse pubblico preso in considerazione dalla norma attributiva del potere originario<sup>(72)</sup>.

Va, peraltro, segnalato che i primi commentatori propendono per la seconda tesi, osservando che la circostanza che l'art. 21-*quinquies* non faccia riferimento al vizio di merito, originario o sopravvenuto che sia, né alla natura dell'inopportunità (come una forma di invalidità dell'atto ovvero come un carattere del rapporto originato dal provvedimento che lo rende non più conforme all'interesse pubblico) rafforza l'idea della revoca come strumento di riesercizio della funzione, volto ad eliminare un rapporto incompatibile con la cura dell'interesse pubblico piuttosto che un provvedimento viziato<sup>(73)</sup>.

#### 10. – (Segue) *Revoca e merito amministrativo*

Quest'ultimo cenno al vizio di merito serve ad introdurre un'altra questione problematica, inerente ai rapporti della revoca con il c.d. merito amministrativo.

<sup>(69)</sup> S. TARULLO, *op. cit.*, 267-268.

<sup>(70)</sup> R. VILLATA, *op. cit.*, 1586.

<sup>(71)</sup> Si pensi alla decadenza del permesso di costruire per mancato inizio dei lavori entro un anno dal rilascio ovvero per mancato completamento dell'opera entro tre anni dall'inizio dei lavori (art. 15 d.P.R. n. 380/2001).

<sup>(72)</sup> A. CASSATELLA, *La revoca (art. 21-quinquies l. n. 241 del 1990)*, in RO. CHIEPPA - V. LOPILATO (a cura di), *Studi di diritto amministrativo*, Milano, 2007, 443.

<sup>(73)</sup> Così A. CONTIERI, *Il riesame* (2005), cit., 219; nel senso che si tratta di un potere generale, compreso in quello esercitato in primo grado, ontologicamente inesauribile, stante la continua ricerca dell'interesse pubblico concreto, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *op. cit.*, 351; adesivamente, M. SINISI, *Il « potere » di revoca*, in *Dir. amm.*, 2007, 639.

Al di là del suo fondamento, è, infatti, opinione comune che la revoca attenga a profili, originari o sopravvenuti, concernenti il merito dell'azione amministrativa, i cui confini – secondo recente dottrina – sarebbero stati progressivamente erosi sia dalla legge n. 241 del 1990, che ha codificato i criteri di economicità ed efficacia dell'azione amministrativa, sia dalla giurisprudenza, che ha assoggettato al sindacato di legittimità ambiti – come, ad es., la discrezionalità tecnica o la non proporzionalità – un tempo ritenuti rientranti nel merito insindacabile della pubblica amministrazione<sup>(74)</sup>.

La profonda crisi d'identità in cui sicuramente versa, da almeno tre decenni, il concetto di merito così come tradizionalmente elaborato, in gran parte da imputare alla progressiva avanzata della legittimità, che indubbiamente ha comportato un corrispondente arretramento del merito, ridotto ad ambiti sempre più angusti, non deve, tuttavia, indurre a ritenere che di tale concetto si possa ormai fare del tutto a meno, perché esso, se non può più ritenersi utile ad indicare gli ambiti oggettivi di azione amministrativa sottratti al sindacato di legittimità, appare tuttora funzionale a comprendere tecniche e modalità del sindacato sui provvedimenti amministrativi<sup>(75)</sup>.

Ma questo è un tema che richiederebbe una ben più ampia disamina, sicché ci si limita ad osservare, per quanto qui interessa, che, mentre in passato la configurazione dell'invalidità dell'atto amministrativo per vizi di merito, peraltro già all'epoca criticata, aveva lo scopo di consentire l'annullamento d'ufficio – e non già la revoca – di decisioni intrinsecamente e palesemente arbitrarie, adesso che le medesime decisioni possono essere qualificate come illegittime, non è più necessario, per ottenerne la caducazione, sostenere che il loro annullamento sia fondato su vizi di merito<sup>(76)</sup>.

Se si conviene su tale prospettiva, la sistematica degli atti di ritiro dev'essere reimpostata in termini assai simili a quelli a suo tempo proposti da Santi Romano – che distingueva nettamente tra l'invalidità per vizi di merito, cui segue la generale possibilità dell'annullamento d'ufficio dell'atto che ne sia inficiato, e l'inopportunità non invalidante, che può giustificare un potere di revoca che è, invece, speciale in quanto sussistente soltanto nel caso in cui l'ordinamento consenta l'esercizio dello *jus poenitendi* della pub-

<sup>(74)</sup> In tal senso, RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 920-921.

<sup>(75)</sup> A. ROMANO TASSONE, *Sulle vicende del concetto di « merito »*, in *Dir. amm.*, 2008, 517 ss., spec. 533 ss. Nel senso che le figure della legittimità e del merito, che tendono a convergere, devono, invece, restare separate, A. ORSI BATTAGLINI, *Alla ricerca dello Stato di diritto*, Milano, 2005, 156.

<sup>(76)</sup> A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 538.

blica amministrazione <sup>(77)</sup> – e l'incongruenza teleologica del provvedimento va riportata nell'ambito dell'annullamento d'ufficio, e non già della revoca, la quale, almeno con riguardo alle ipotesi di « inopportunità originaria » dell'atto ragionevolmente adottato, si configura come potere di carattere speciale, e non generale <sup>(78)</sup>.

Corollario di tale impostazione è che un generale potere di revoca, propriamente inteso, andrebbe riconosciuto alla pubblica amministrazione soltanto in presenza di sopravvenienze <sup>(79)</sup> e che molte espressioni contenute nell'art. 21-*quinqüies* (« nuova valutazione dell'interesse pubblico originario »; « contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico »; « erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico ») andrebbero riferite, piuttosto che ad un (inesistente) vizio di merito, all'illegittimità (sostanziale) del provvedimento, che in quanto tale risulterebbe – ripetersi – annullabile, e non già revocabile <sup>(80)</sup>.

#### 11. – (Segue) *I presupposti ed i limiti*

Comunque stiano le cose, il pur ampio potere di revoca contemplato dall'art. 21-*quinqüies* incontra dei limiti.

Uno di questi era inizialmente attinente alle categorie di atti revocabili, atteso che il comma 1 dell'anzidetta disposizione prevedeva la revocabilità del (solo) « provvedimento amministrativo ad efficacia durevole », implicitamente precludendola con riguardo ai provvedimenti ad efficacia istantanea e/o che abbiano comunque già esaurito i loro effetti <sup>(81)</sup>.

Senonché, a prescindere dalla difficoltà di stabilire quando un atto sia ad effetti istantanei <sup>(82)</sup>, il comma 1-*bis* aggiunto dal decreto legge n. 7 del 2007 (c.d. decreto Bersani *bis*), convertito con la legge n. 40 del 2007 <sup>(83)</sup>, estende adesso la revoca a tali atti, ancorché con il li-

<sup>(77)</sup> *Annullamento (teoria dell') nel diritto amministrativo*, in *Novissimo dig. it.*, I, Torino, 1957, ora in *Id.*, *Scritti minori*, Milano, 1990, II, 387 ss.

<sup>(78)</sup> A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 552-553, secondo cui, diversamente opinando, si finirebbe per attribuire alla p.a. uno *jus poenitendi* troppo ampio, incompatibile con i principi di uno Stato di diritto.

<sup>(79)</sup> In tal senso, prima della novella del 2005, M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 187 ss.

<sup>(80)</sup> A. ROMANO TASSONE, *op. cit.*, 553.

<sup>(81)</sup> Limitazione che era apparsa coerente con la circostanza che la revoca incide sull'efficacia del provvedimento, sicché non può che aver ad oggetto provvedimenti che siano ancora idonei a produrre effetti nel momento in cui la p.a. provvede a rivalutarne l'opportunità, anche alla luce di eventuali sopravvenienze: RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 921.

<sup>(82)</sup> Sul punto, S. TARULLO, *op. cit.*, 263.

<sup>(83)</sup> Com'è noto, a causa di un *deficit* di coordinamento al momento della conversione del

mite della loro incidenza su « rapporti negoziali »<sup>(84)</sup>, rimettendo in discussione una consolidata acquisizione dottrinale e giurisprudenziale<sup>(85)</sup>.

La disposizione è talmente illogica da aver indotto alcuni interpreti a dubitare che la nuova disciplina riguardi un'ipotesi di revoca in senso tecnico e non, piuttosto, un provvedimento di natura decadenziale<sup>(86)</sup>, altri ad ipotizzarne l'applicabilità ai soli atti ad efficacia istantanea che « non siano stati ancora portati ad effetto »<sup>(87)</sup>.

Mentre è rimasta ferma l'irrevocabilità degli atti vincolati, che non implicano valutazioni di opportunità sotto il profilo dell'interesse pubblico<sup>(88)</sup>, la dottrina sembra ormai incline ad ammettere la revoca degli atti che abbiano creato diritti soggettivi, in passato ritenuti ostativi al riesercizio del potere<sup>(89)</sup>. Secondo i più recenti contributi, infatti, le posizioni di diritto soggettivo create dal provvedimento non precluderebbero *tout court* la revoca, ma imporrebbero all'amministrazione procedente l'onere di una valutazione più rigorosa della sussistenza dei presupposti del ritiro<sup>(90)</sup>.

Individuati i residui limiti al potere di revoca, restano da precisare i relativi presupposti, che l'art. 21-*quinquies* individua adesso in tre distinte

d.l. n. 112/2008 ad opera della l. n. 133/2008, l'art. 21-*quinquies* contiene anche un ulteriore comma 1-*ter*, di identico contenuto: ed infatti, il comma 1-*bis* era stato abrogato dall'art. 12 d.l. n. 112/2008, ma l'abrogazione è stata soppressa all'atto della conversione in legge, per cui adesso ci troviamo con due norme perfettamente coincidenti.

<sup>(84)</sup> Termine altrettanto generico, foriero di una possibile ulteriore dilatazione dell'area del « revocabile »: R. SPAGNUOLO VIGORITA, *La revoca tra antichi privilegi e nuove codificazioni*, in *Studi sul procedimento e sul provvedimento amministrativo nelle riforme del 2005*, a cura di F. LIGUORI, Bologna, 2007, 120. Per ulteriori approfondimenti, v. *infra*, § 13.

<sup>(85)</sup> Per tutti, P. SALVATORE, *Revoca degli atti - III Revoca degli atti amministrativi*, in *Enc. giur.*, XXVII, Roma, 1991, 3, che cita la giurisprudenza secondo la quale, nelle ipotesi in cui si siano già esauriti gli effetti del precedente provvedimento, la revoca dev'essere esclusa per mancanza di oggetto.

<sup>(86)</sup> Così F. VOLPE, *Prime riflessioni sulla riforma dell'art. 21-*quinquies* della legge sul procedimento amministrativo*, in *www.lexitalia.it*; adesivamente, S. PUDDU, *La revoca: profili problematici alla luce del nuovo art. 21-*quinquies*, comma 1 bis, l. n. 241 del '90*, in *DPA*, 2008, 565.

<sup>(87)</sup> È la proposta interpretativa di RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 925.

<sup>(88)</sup> S. TARULLO, *ibidem*, secondo cui si tratta di un limite che, ancorché non espressamente enunciato, è desumibile dal reiterato riferimento all'interesse pubblico contenuto all'inizio del comma 1 dell'art. 21-*quinquies*; nello stesso senso, RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 921; già prima della riforma del 2005, P. SALVATORE, *ibidem*, cui si rinvia per le relative indicazioni giurisprudenziali; M. IMMORDINO, *op. ult. cit.*, 16.

<sup>(89)</sup> Per tutti, R. RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 273.

<sup>(90)</sup> In tal senso, R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 595; adesivamente, RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 922, il quale precisa che l'ipotesi in esame è configurabile solo quando l'atto revocando ha natura provvedimento ed autoritativa, e non già quando esso ha natura paritetica, come, ad es., in presenza di un contratto, per il quale può parlarsi soltanto di recesso ex art. 21-*sexies*; M. SINISI, *op. ult. cit.*, 643-644.



ipotesi: *a)* « sopravvenuti motivi di interesse pubblico »; *b)* mutamento della situazione di fatto »; *c)* « nuova valutazione dell'interesse pubblico originario ».

È di tutta evidenza che si tratta di tre ipotesi diverse tra loro <sup>(91)</sup> e che è soprattutto l'ultima – la c.d. revoca *jus poenitendi* <sup>(92)</sup> – ad implicare una valutazione particolarmente attenta da parte dell'amministrazione procedente, che deve tener conto sia dell'affidamento riposto dall'interessato nell'atto da revocare, sia del pregiudizio che la revoca può comportare in danno di quest'ultimo e del conseguente obbligo di indennizzarlo <sup>(93)</sup>. In quest'ultimo caso, vanno individuati con certezza i parametri in base ai quali valutare i contrapposti interessi – cioè, le sopravvenienze, da un lato, e la situazione consolidata dell'interessato, dall'altro – ed a tal fine recitano un ruolo sicuramente decisivo, come del resto avviene anche nell'annullamento d'ufficio <sup>(94)</sup>, il decorso del tempo ed il consolidamento degli effetti prodotti dall'atto revocando <sup>(95)</sup>.

Per tali ragioni, è sicuramente deprecabile l'omessa previsione di un limite temporale, specie con riguardo alla revoca espressione di *jus poenitendi*. Se, infatti, sarebbe stato, forse, inopportuno – per le ragioni già evidenziate con riguardo all'annullamento d'ufficio – il mantenimento del rigido termine di due anni previsto nelle prime versioni dell'art. 21-*quinquies*, si sarebbe potuto quantomeno introdurre un limite più elastico, come quello del « termine ragionevole » previsto dall'art. 21-*nonies* <sup>(96)</sup>.

<sup>(91)</sup> Anche se è obiettivamente più difficile tenere distinte, ritenendole « autosufficienti ed alternative », le prime due ipotesi: E. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la l. n. 15 del 2005*, in *Foro amm.*: TAR, 2006, 1547 ss.

<sup>(92)</sup> Corre l'obbligo, peraltro, di segnalare che il termine « nuova valutazione » potrebbe anche essere interpretato come rinnovato apprezzamento di interessi che, seppure già ponderati in primo grado, hanno modificato il loro peso o la loro rilevanza, così escludendosi l'ingresso dello *jus poenitendi* tra i motivi di revoca: G. LIGUGNANA, *Vecchie e nuove questioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it*, n. 12/2006.

<sup>(93)</sup> RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 923.

<sup>(94)</sup> V. *supra*, § 7.

<sup>(95)</sup> M. SINISI, *Il « potere »*, cit., 645.

<sup>(96)</sup> A. CONTIERI, *Il riesame* (2005), cit., 222; R. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, 122, la quale, peraltro, segnala che, secondo certa giurisprudenza, il richiamo al termine ragionevole ed al principio del legittimo affidamento contenuto nell'art. 21-*nonies* sarebbe applicabile, come principio generale, anche all'ipotesi della revoca (così T.A.R. Lazio, Sez. III, 3 agosto 2006, n. 6911, in *Foro amm.*: TAR, 2006, 2545).

12. – (Segue) *L'indennizzo*

Assai complessa è la tematica dell'indennizzo, che non intendiamo qui esaminare in tutte le sue sfaccettature <sup>(97)</sup>.

La previsione indennitaria costituisce senza dubbio una delle innovazioni più significative introdotte dalla legge n. 15 del 2005 e, al di là delle perplessità che possono sorgere leggendo il testo normativo, specie dopo il successivo inserimento del comma 1-*bis*, dev'essere « comunque apprezzata la codificazione del principio che l'affidamento del privato negli atti dell'amministrazione non possa essere sacrificato "a costo zero" da parte della stessa amministrazione » <sup>(98)</sup>. Codificazione che, peraltro, elimina la disparità di trattamento che veniva a configurarsi tra revoca e recesso dagli accordi *ex art. 11*, istituti che, pur presentando evidenti diversità, risultano accomunati dalla conclusione mediante atto unilaterale <sup>(99)</sup>.

Resta fermo, peraltro, l'interrogativo di fondo se la prestazione indennitaria – che la prima giurisprudenza sembra configurare in termini di strumento compensativo del potere unilaterale dell'amministrazione <sup>(100)</sup> – sia un mezzo davvero idoneo a compensare le posizioni di legittimo affidamento <sup>(101)</sup> e se non sia frutto di eccessivo entusiasmo ravvisare nella previsione legislativa in parola un primo passo verso quel diritto amministrativo paritario auspicato, oltre trent'anni orsono, da Feliciano Benvenuti <sup>(102)</sup>. L'autorità dell'amministrazione procedente sembra, infatti, emergere in tutti i segmenti del procedimento di revoca, ivi compreso quello finale di determinazione dell'indennizzo, tanto da rendere coerente con la nota giurispru-

<sup>(97)</sup> Per maggiori approfondimenti, sia consentito, pertanto, rinviare al recente e corposo studio di G. MANFREDI, *Le indennità di autotutela*, in *Dir. amm.*, 2008, 163 ss.

<sup>(98)</sup> RO. CHIEPPA, *ibidem*.

<sup>(99)</sup> Come acutamente rilevato, un decennio prima della riforma della l. n. 241/1990, da C. MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 408, « in relazione ad un concreto procedimento di riesercizio di un medesimo potere, la sopravvenienza di ragioni di interesse pubblico che induce l'amministrazione a ritornare sulla decisione presa pone il relativo costo a carico della collettività se vi è stato accordo e invece a carico del destinatario dell'atto revocato se vi è stata una determinazione unilaterale ».

<sup>(100)</sup> In tal senso, T.R.G.A. Trentino Alto Adige-Trento, 23 agosto 2006, n. 300, in *Foro amm.*: TAR, 2006, 2336.

<sup>(101)</sup> R. SPAGNUOLO VIGORITA, *op. cit.*, 123.

<sup>(102)</sup> Così G. MANFREDI, *op. cit.*, 165-166. Nel senso che, invece, è proprio la disposizione contenuta nell'art. 21-*quinquies*, ove interpretata come riconoscimento della revocabilità, per ragioni di opportunità, anche dei provvedimenti autorizzativi, a realizzare una netta subordinazione dell'interesse sostanziale del cittadino rispetto all'interesse pubblico, A. ROMANO TASSONE, *Prime osservazioni sulla legge di riforma della l. 241/1990*, in *www.giustamm.it*.

denza costituzionale la devoluzione alla giurisdizione esclusiva del giudice amministrativo delle relative controversie <sup>(103)</sup>.

Passando all'esame dei problemi principali che pone l'estensione dell'indennizzo all'istituto della revoca, va, in primo luogo, notato come la previsione introduca un elemento che l'amministrazione dovrà valutare nel bilanciamento di interessi che è chiamata a fare per stabilire se revocare o meno il provvedimento: ed infatti, proprio per il fatto di non essere « a costo zero », l'opportunità della revoca dovrà essere messa a raffronto con altre soluzioni alternative, magari più economiche, di soddisfacimento del pubblico interesse <sup>(104)</sup>. Dal punto di vista dell'analisi economica del diritto, l'internalizzazione delle esternalità provocate dalla revoca costituisce adesso un preciso onere per le finanze pubbliche, ragion per cui le esternalità stesse vengono frammentate sui cittadini contribuenti <sup>(105)</sup>; ne consegue che, a ben guardare, alla tradizionale comparazione tra interesse pubblico specifico ed interesse del privato interessato si sostituisce, in tali ipotesi, una comparazione tra due diversi interessi pubblici, cioè quello alla rimozione dell'atto e quello all'economicità della gestione <sup>(106)</sup>. Comparazione che, peraltro, l'amministrazione sarà spesso chiamata ad operare, anche ai fini dell'annullamento d'ufficio, in pendenza di giudizio, spontaneamente o su sollecitazione di ordinanze propulsive o richieste di riesame, in modo tale da eventualmente ritirare la propria determinazione prima della definizione della controversia, valutate le implicazioni di carattere finanziario del relativo esito <sup>(107)</sup>.

Ciò comporta, tra l'altro, la necessaria contestualizzazione dei due momenti della determinazione dell'indennizzo e dell'adozione del provvedimento di revoca, la quale ultima – al di là di quanto potrebbe ipotizzarsi sulla base di un'interpretazione letterale della disposizione <sup>(108)</sup> – non può precedere la prima <sup>(109)</sup>. Ciò non toglie, peraltro, che il legislatore avrebbe

<sup>(103)</sup> M. SINISI, *op. ult. cit.*, 655.

<sup>(104)</sup> Così RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 923-924.

<sup>(105)</sup> Sul punto, A. TRAVI, *La revoca dopo la legge n. 15/2005 e l'analisi economica del diritto*, in ASSOCIAZIONE ITALIANA DEI PROFESSORI DI DIRITTO AMMINISTRATIVO, *Annuario 2006*, Milano, 2007, 183 ss. Più in generale, sull'analisi costi-benefici che le amministrazioni pubbliche sono tenute a fare in sede procedimentale, G. NAPOLITANO - M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 272 ss.

<sup>(106)</sup> G. MANFREDI, *op. cit.*, 193.

<sup>(107)</sup> C. DEODATO, *Autotutela e risarcimento* (Relazione al Convegno-su: « Le nuove frontiere del Giudice amministrativo » – Lecce, 12-13 ottobre 2007), in *www.giustizia-amministrativa.it*, § 1, secondo il quale tali implicazioni di carattere finanziario devono senz'altro essere ricomprese nella generica dizione « ragioni di interesse pubblico » di cui all'art. 21-nonies l. n. 241/1990.

<sup>(108)</sup> E. STICCHI DAMIANI, *op. cit.*, 1555; RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 924.

<sup>(109)</sup> G. MANFREDI, *ibidem*.

fatto meglio a dirlo espressamente, come del resto ha fatto nell'analoghi ipotesi del risarcimento del danno previsto nell'ipotesi della c.d. acquisizione sanante disciplinata dall'art. 43 del testo unico sulle espropriazioni per pubblica utilità.

Un secondo problema attiene al requisito del pregiudizio, cui il legislatore sembra subordinare l'indennizzo: il mancato riferimento all'affidamento ha indotto certa dottrina a sostenere che esso sia dovuto anche se l'interessato non abbia concretamente riposto alcun affidamento sulla stabilità del provvedimento revocato ed addirittura anche se egli fosse preparato al ritiro dello stesso<sup>(110)</sup>.

Questa impostazione, che si pone in evidente contrasto con la configurazione della prestazione indennitaria in termini di compensazione delle posizioni di legittimo affidamento, ci sembra opinabile e risulta comunque contraddetta dalla giurisprudenza, che, nell'ambito di un orientamento tendenzialmente incline ad interpretare restrittivamente la disposizione di cui si discute<sup>(111)</sup>, afferma che « [i]l riconoscimento dell'indennizzo in relazione a provvedimenti legittimi presuppone, per principio generale, la titolarità di una posizione soggettiva consolidata in capo all'interessato »<sup>(112)</sup>.

Un'ulteriore questione sorge con riguardo ai destinatari dell'indennizzo, individuati dalla norma nei « soggetti direttamente interessati ». Al di là dell'improprietà lessicale [com'è stato notato, sarebbe stato meglio parlare di « soggetti direttamente beneficiati (o avvantaggiati) dal provvedimento revocato »], non sembra, tuttavia, possa seriamente porsi in dubbio che la disposizione, che contiene comunque l'avverbio « direttamente », alluda ai soli destinatari del provvedimento revocato, implicitamente escludendo coloro che dal provvedimento stesso abbiano tratto benefici in modo indiretto e/o riflesso<sup>(113)</sup>.

### 13. – (Segue) *La revoca incidente su rapporti negoziali*

Per quanto concerne il *quantum* dell'indennizzo, non può, ovviamente, prescindersi dal comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies*, introdotto nel 2007,

<sup>(110)</sup> S. TARULLO, *op. cit.*, 265.

<sup>(111)</sup> Cfr., ad es., Cons. St., Sez. V, 17 settembre 2008, n. 4424, in *Giorn. dir. amm.*, 2008, 1267, che ha escluso l'obbligo di indennizzo in un caso in cui la revoca dipendeva dalla violazione degli obblighi imposti da una convenzione attuativa della concessione di un complesso immobiliare.

<sup>(112)</sup> T.A.R. Lazio-Roma, Sez. II *quater*, 30 maggio 2008, n. 5317, in *www.giustizia-amministrativa.it*; T.A.R. Calabria-Catanzaro, Sez. II, 7 giugno 2007, n. 744, in *www.lexitalia.it*.

<sup>(113)</sup> S. TARULLO, *op. cit.*, 266.

*ergo* da una pur sommaria analisi della peculiare ipotesi della revoca dei provvedimenti amministrativi incidenti su rapporti negoziali, la cui ammissibilità era assai discussa in passato <sup>(114)</sup>.

È noto che la parametrizzazione dell'indennizzo al solo danno emergente, operata dall'anzidetta disposizione per ragioni « politiche » che qui non è possibile esporre <sup>(115)</sup>, è stata criticata in dottrina, anche perché, applicandosi soltanto alla revoca che incide su rapporti negoziali, pone problemi di disparità di trattamento rispetto alle altre ipotesi di revoca <sup>(116)</sup>.

Ma non si tratta dell'unica perplessità generata dalla novella del 2007 <sup>(117)</sup>, in quanto anche l'ulteriore criterio, consistente nel dover considerare sia l'eventuale conoscenza o conoscibilità, da parte dei contraenti, della contrarietà dell'atto amministrativo revocato all'interesse pubblico, sia l'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse stesso, è apparso discutibile.

In verità, non sembra che entrambi i due profili meritino lo stesso giudizio critico.

Per quanto attiene al primo, è obiettivamente difficile ipotizzare la conoscenza o conoscibilità, da parte del privato, di vizi di merito del provvedimento <sup>(118)</sup>, non potendosi pretendere che egli controlli, oltre ai propri interessi, quelli dell'amministrazione e dei terzi, ciò che comporterebbe una vera e propria inversione dei ruoli <sup>(119)</sup>.

Relativamente al secondo profilo, invece, deve, in linea di massima, convenirsi sul fatto che, qualora l'erronea valutazione dell'interesse pubblico sia stata determinata da un'inesatta rappresentazione della realtà da parte del privato, quest'ultimo non può pretendere un indennizzo pieno <sup>(120)</sup>. Ed infatti, come in passato abbiamo cercato di dimostrare, ad un'amministrazione imparziale deve rapportarsi un cittadino leale, sincero e non reticente, configurandosi, in caso contrario, una vera e propria responsabilità da inesatta infor-

<sup>(114)</sup> P. SALVATORE, *op. cit.*, 3.

<sup>(115)</sup> Cfr. se vuoi, G. MANFREDI, *op. cit.*, 213-222.

<sup>(116)</sup> RO. CHIEPPA, *op. cit.*, 925.

<sup>(117)</sup> In relazione alla quale sia consentito rinviare all'ampia trattazione di G. MANFREDI, *op. cit.*, 200 ss.

<sup>(118)</sup> È stato, al riguardo, giustamente notato che, se è già difficile dimostrare la conoscenza di vizi di legittimità, potendo il privato fidarsi nella presunzione di legittimità degli atti amministrativi, *a fortiori* è difficile dimostrare il contrasto con l'interesse pubblico, elemento di regola sottratto alle valutazioni del privato: RO. CHIEPPA, *ibidem*. Nel senso che la norma pone « un gravoso onere di valutazione prognostica in capo al privato », M. SINISI, *op. ult. cit.*, 650.

<sup>(119)</sup> S. PUDDU, *op. cit.*, 581 e 583.

<sup>(120)</sup> RO. CHIEPPA, *ibidem*.

mazione, a suo carico, nei confronti dell'amministrazione<sup>(121)</sup>. Non si vede perché, allora, dell'inesatta o incompleta informazione del cittadino nell'ambito di un rapporto procedimentale non dovrebbe tenersi conto in sede di determinazione dell'indennizzo da revoca.

Da questo punto di vista, non possiamo che dissentire dall'impostazione secondo cui la libertà di cui gode il cittadino nell'ambito di un « rapporto amministrativo democratico » gli consentirebbe « di "gestire" al meglio le risorse di cui dispone, per elaborare, serenamente e senza condizionamenti, la sua strategia procedimentale », sicché « [t]ra i diritti di partecipazione vi è [...] un diritto di cercare d'influire, a proprio favore, sulle decisioni in formazione »<sup>(122)</sup>. A nostro avviso, non è accettabile che il cittadino possa invocare la parità delle armi solo quando gli fa comodo, pretendendo l'applicazione unilaterale del principio di buona fede/correttezza nei rapporti giuridici esclusivamente a suo favore<sup>(123)</sup>, ragion per cui ci sembra del tutto ragionevole precludere a colui che non abbia fornito tutte le informazioni in suo possesso o, peggio ancora, abbia fornito informazioni false di ottenere un indennizzo pari a quello spettante a chi non abbia in alcun modo contribuito all'errore valutativo della pubblica amministrazione. Il che non significa – sia ben chiaro – pretendere che il cittadino apprenda « l'arte di amministrare »<sup>(124)</sup>, ma semplicemente evitare che l'esistenza del principio fondamentale dell'istruttoria procedimentale sancito dall'art. 6, lett. b), della legge n. 241 del 1990 – secondo cui « l'Amministrazione ha l'obbligo di accertare d'ufficio, per quanto possibile, la realtà dei fatti e degli atti, anche acquisendo, ove necessario, precisazioni relative all'interpretazione di istanze poco chiare o troppo generiche »<sup>(125)</sup> – finisca per diventare un alibi per il cittadino, che ha sì il diritto di utilizzare la partecipazione come strumento per ottenere il provvedimento che gli è più congeniale, ma non può essere perciò sleale, falso o anche soltanto reticente.

D'altronde, se l'indennizzo è davvero uno strumento per compensare la lesione dell'affidamento legittimo, non si vede perché dovrebbe essere integralmente corrisposto anche a protezione dei soggetti in mala fe-

<sup>(121)</sup> F. SAITTA, *Del dovere del cittadino di informare la P.A. e delle sue possibili implicazioni*, in *I nuovi diritti di cittadinanza: il diritto d'informazione*, a cura di F. MANGANARO e A. ROMANO TASSONE, Torino, 2005, 111 ss.

<sup>(122)</sup> Così S. PUDDU, *op. cit.*, 583-584.

<sup>(123)</sup> T.A.R. Campania-Salerno, Sez. I, 13 febbraio 2003, n. 139, in *Foro amm.: TAR*, 2003, 715.

<sup>(124)</sup> Come provocatoriamente affermato da S. PUDDU, *op. cit.*, 584.

<sup>(125)</sup> Così T.A.R. Piemonte, Sez. I, 26 novembre 2003, n. 1677, in *Trib. amm. reg.*, 2004, I, 203.

de, cioè d'interessi non meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento <sup>(126)</sup>.

Per il resto, la revoca incidente su rapporti negoziali, oltre ad indurre ad approfondire maggiormente i rapporti tra revoca del provvedimento e recesso dai contratti <sup>(127)</sup>, pone in luce la contigua questione, allo stato assai controversa, del rapporto tra annullamento dell'aggiudicazione e sorte del contratto; questione che in questa sede, però, può essere soltanto menzionata <sup>(128)</sup>.

#### 14. – *L'interrogativo finale: quali differenze tra annullamento d'ufficio e revoca?*

A conclusione dell'analisi, inevitabilmente affrettata ed incompleta, dei problemi vecchi e nuovi posti dalla codificazione dell'annullamento d'ufficio e della revoca, sia consentita una breve riflessione generale ponendo a raffronto i due istituti.

L'esatta identificazione del concetto di revoca nel diritto amministrativo è stata sempre ostacolata dal contatto, peraltro inevitabile, con la nozione di annullamento d'ufficio, che ha costretto la dottrina a tentare di individuare dei validi criteri distintivi <sup>(129)</sup>. Tra le tre principali teorie – quella c.d. soggettiva, che assume come discriminante l'autorità competente al ritiro del provvedimento; quella c.d. oggettiva, che basa la distinzione sul presupposto invalidante, consistente in un vizio di legittimità ovvero di inopportunità; quella c.d. eclettica, che, fondendo le due tesi anzidette in una terza formula, sosteneva che si avesse annullamento nel caso di ritiro di un atto viziato nella legittimità e revoca nel caso di ritiro di un atto ad opera della stessa autorità emanante, per motivi sia di legittimità che di merito –

<sup>(126)</sup> T.A.R. Lombardia-Milano, Sez. III, 27 maggio 2008, n. 1839, in *www.giustizia-amministrativa.it*.

<sup>(127)</sup> Lo segnala, opportunamente, G. MANFREDI, *op. cit.*, 189, notando come la giurisprudenza non abbia ancora avuto modo di esaminare in modo approfondito tutte le implicazioni dell'art. 21-sexies l. n. 241/1990.

<sup>(128)</sup> In argomento, *ex multis*, S. FANTINI, *La revoca dei provvedimenti incidenti su atti negoziali*, in *Dir. proc. amm.*, 2009, 5 ss.; da ultimo, anche per ulteriori indicazioni dottrinali e giurisprudenziali, F. FRENI, *L'Adunanza plenaria afferma la giurisdizione (di merito) del giudice amministrativo, ma non scioglie il nodo dei rapporti tra provvedimento e negozio*, in *Foro amm.: CdS*, 2008, 2970 ss.; *adde*, E.A. APICELLA, *Caducazione del contratto e frazionamento della pretesa giudiziale: notazioni in tema di sindacato giurisdizionale sulle sorti del contratto ad evidenza pubblica*, in *Giust. civ.*, 2008, II, 523 ss.; *amplius*, S.S. SCOCA, *Evidenza pubblica e contratto: profili sostanziali e processuali*, Milano, 2008.

<sup>(129)</sup> P. SALVATORE, *op. cit.*, 4.

era prevalsa in dottrina la teoria c.d. oggettiva, che aveva successivamente avuto l'avallo della giurisprudenza <sup>(130)</sup>.

L'adesione a tale teoria implicava, peraltro, l'accettazione di alcuni suoi corollari, concernenti anche gli effetti dei due tipi di atti: l'annullamento d'ufficio ha efficacia retroattiva, mentre la revoca opera *ex nunc* <sup>(131)</sup>.

È risaputo (ed è stato pure ribadito in questa sede <sup>(132)</sup>) che numerose erano state, prima della codificazione del 2005, le dispute terminologiche, tant'è che, ad es., con riguardo al ritiro dell'atto affetto da inopportunità originaria – fattispecie che la giurisprudenza riconduceva alla revoca già prima dell'intervento del legislatore – si era pure parlato di annullamento d'ufficio per motivi di merito <sup>(133)</sup>.

Si ha, comunque, la netta sensazione che la legge n. 15 del 2005, pur avendo l'indubbio pregio di aver dato un fondamento normativo ad annullamento d'ufficio e revoca e di aver eliminato le numerose dispute terminologiche, abbia reso assai meno limpida – per non dire del tutto torbida – la distinzione tra i due istituti.

Si consideri, in primo luogo, quanto già detto – con l'ausilio di recente ed avveduta dottrina – in ordine ai mutati rapporti tra revoca e c.d. merito amministrativo ed alle conseguenze che tale mutato assetto può avere sulla sistematica degli atti di ritiro <sup>(134)</sup>. Se tutto ciò è esatto, alcune delle ipotesi oggi inquadrate nell'ambito della revoca dovrebbero, a ben guardare, essere ricondotte all'annullamento d'ufficio.

Ma non è tutto, dovendosi tenere conto anche della possibilità – come si è visto, oggi sempre più accreditata in dottrina alla luce del tenore letterale dell'art. 21-*nonies* – che anche l'annullamento d'ufficio produca talvolta effetti solo *ex nunc*. È evidente, infatti, che se quello che era tradizionalmente ritenuto un connotato tipico della revoca – in quanto provvedimento inteso a « far cessare gli effetti di un provvedimento anteriore (valido) per ragioni di opportunità » <sup>(135)</sup> – divenisse prerogativa anche dell'annullamento d'ufficio, verrebbe meno un ulteriore elemento distintivo.

<sup>(130)</sup> P. SALVATORE, *ibidem*, cui si rinvia anche per i relativi riferimenti dottrinali e giurisprudenziali.

<sup>(131)</sup> P. SALVATORE, *ibidem*, che annovera tra le altre differenze quelle attinenti ai presupposti, alla causa dei due poteri ed all'oggetto.

<sup>(132)</sup> V. *supra*, § 9.

<sup>(133)</sup> Lo rammenta S. TARULLO, *op. cit.*, 247-249, evidenziando come tale figura, già prima di dubbia ammissibilità, sia stata ormai espunta dall'ordinamento, avendo l'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 ricompreso l'inopportunità originaria nell'ampio *genus* della revoca.

<sup>(134)</sup> V. *supra*, § 10.

<sup>(135)</sup> Così R. VILLATA, *op. cit.*, 1587.



Analogamente, la linearità della distinzione tra i due istituti è alterata dalle previsioni del comma 1-*bis* dell'art. 21-*quinquies*, che disciplina un caso in cui l'amministrazione non elimina soltanto gli effetti dell'atto, ma l'atto stesso, ponendone in discussione, *ab origine*, l'opportunità: configurata come rimedio ad uno stato patologico del provvedimento, piuttosto che come riesercizio della funzione, questa ipotesi di revoca darebbe nuovo vigore all'antica teoria che attribuiva valore invalidante anche ai vizi di merito, conseguentemente assottigliando ulteriormente la differenza tra i due istituti<sup>(136)</sup>.

Peraltro, la previsione della revocabilità degli atti amministrativi ad efficacia istantanea, contenuta nella medesima disposizione, altera la distinzione tra annullamento d'ufficio e revoca anche laddove implicitamente riconosce a quest'ultima un'efficacia retroattiva: l'istituto perde così il suo principale requisito, peraltro riaffermato, in via generale, dallo stesso comma 1, allorché dice chiaramente che « [l]a revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti »<sup>(137)</sup>.

Immaginando, poi, che la contrarietà dell'atto revocato all'interesse pubblico possa essere conosciuta dagli interessati, *ergo* sia in qualche misura « oggettiva », come traspare dai criteri di determinazione dell'indennizzo indicati dallo stesso comma 1-*bis*, non si fa altro che enucleare una situazione intermedia tra illegittimità e merito<sup>(138)</sup>.

Va, infine, considerata l'ipotesi della revoca dovuta non già a mutamento della situazione di fatto, bensì, più esattamente, a fatti solo soggettivamente sopravvenuti, cioè già esistenti, ma non conosciuti dall'amministrazione all'epoca dell'adozione del primo provvedimento: ebbene, tale ipotesi, assimilabile ad un difetto di istruttoria (*ergo*, a violazione del principio di adeguatezza dell'istruttoria sancito dall'art. 6, comma 1, lett. *b*), della legge n. 241 del 1990), è da ricondurre all'annullamento d'ufficio, e non anche alla revoca<sup>(139)</sup>.

Luci ed ombre, dunque, di una codificazione che deve ancora far i conti con le elaborazioni della dottrina e della giurisprudenza, a cui spetta il

<sup>(136)</sup> Caustico il giudizio di B.G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa* (Relazione al LIII Convegno di studi di scienza dell'amministrazione - Varenna, 20-22 settembre 2007), in *www.astrid-online.it*, 13, secondo cui si tratta di una norma « mal scritta, che cancella qualche scaffale di biblioteca relativo alla distinzione tra annullamento e revoca »; dello stesso avviso è S. PUDDU, *op. cit.*, 566.

<sup>(137)</sup> S. FANTINI, *op. cit.*, 3.

<sup>(138)</sup> B.G. MATTARELLA, *op. ult. cit.*, 12; nello stesso senso, S. FANTINI, *ibidem*.

<sup>(139)</sup> A. CONTIERI, *Il riesame* (2005), cit., 216-217.

compito di eliminare alcune incongruenze <sup>(140)</sup> dimodoché il bicchiere con cui si è brindato alla riforma del 2005 risulti... più mezzo pieno che mezzo vuoto.

#### ABSTRACT

L'autore analizza i problemi vecchi e nuovi posti dalla codificazione dell'annullamento d'ufficio e della revoca. In particolare, l'analisi si sofferma sulle teorie dottrinarie succedutesi nel tentativo di individuare dei validi criteri distintivi dei due istituti e giunge alla verifica delle stesse a seguito dell'entrata in vigore delle leggi n. 15 e n. 80 del 2005, con le quali si è dato un fondamento normativo a tali istituti. In realtà, come emerge dal contributo, l'opera di codificazione, pur avendo l'indubbio pregio di aver eliminato le numerose dispute terminologiche, sembra avere reso meno limpida la distinzione tra i due istituti. La riflessione evidenzia, pertanto, luci ed ombre di una codificazione che deve ancora far i conti con l'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, cui spetta il compito di eliminare alcune incongruenze ancora evidenti.

The author analyses old and new problems caused by the codification of the office override and retraction. Especially, the analysis focuses on doctrine theories, which went on trying to identify good distinctive criteria of both institute, and it verified that afterwards laws 15 and 18 of 2005 had been in force. Finally, these laws gave a normative foundation to both the override and retraction's office. Actually, the codification work, though having erased a terminology dispute, it seems having made the distinction between the two institute unclear. The observation underlines pro and con of this codification, which has to face the doctrine elaboration and the jurisprudence yet, which has to erase some noticeable inconsistencies.

<sup>(140)</sup> Stante l'avvicinamento tra i due istituti, vien da chiedersi, ad es., perché non si preveda nessuna compensazione indennitaria dell'affidamento incolpevole leso dall'annullamento d'ufficio: G. MANFREDI, *Revoca e modelli di tutela dell'affidamento nei commi 1-bis e 1-ter dell'art. 21-quinquies della legge n. 241 del 1990*, in *www.giustamm.it*, n. 9/2009, § 4.