

Pubbliazione cofinanziata con i fondi
rini e quello di

**Scritti in onore di
Bruno Cavallo**

Scritti in onore di Bruno Cavallo



Giappichelli

© Copyright 2021 - G. GIAPPICHELLI EDITORE - TORINO
VIA PO, 21 - TEL. 011-81.53.111 - FAX 011-81.25.100
<http://www.giappichelli.it>

ISBN/EAN 978-88-921-4113-1

Il presente volume è stato finanziato con i fondi PRIN 2017 "Administrative reforms: policies, legal issues and results".



G. Giappichelli Editore



Questo libro è stato stampato su
carta certificata, riciclabile al 100%



Stampa: LegoDigit s.r.l. - Lavis (TN)

Le fotocopie per uso personale del lettore possono essere effettuate nei limiti del 15% di ciascun volume/fascicolo di periodico dietro pagamento alla SIAE del compenso previsto dall'art. 68, commi 4 e 5, della legge 22 aprile 1941, n. 633.
Le fotocopie effettuate per finalità di carattere professionale, economico o commerciale o comunque per uso diverso da quello personale possono essere effettuate a seguito di specifica autorizzazione rilasciata da CLEARedi, Centro Licenze e Autorizzazioni per le Riproduzioni Editoriali, Corso di Porta Romana 108, 20122 Milano, e-mail autorizzazioni@clearedi.org e sito web www.clearedi.org.

INDICE

	<i>pag.</i>
<i>Presentazione</i>	XI
MAURIZIO OLIVIERO <i>Bruno Cavallo all'Università degli Studi di Perugia</i>	XIII
ANTONIO BARTOLINI <i>La lezione di metodo di Bruno Cavallo tra beni culturali e diritto</i>	1
VINCENZO CAPUTI JAMBRENGHI <i>La pubblica organizzazione nelle sue involuzioni problematiche (per uno studio in onore di Bruno Cavallo)</i>	9
STEFANO FANTINI <i>L'avvalersi</i>	49
ALESSANDRO FORMICA <i>L'inefficacia del provvedimento quale strumento di tutela rafforzata del privato nelle nuove disposizioni in materia di semplificazione amministrativa</i>	63
LOREDANA GIANI <i>Affidamento del privato tra certezza della decisione ed (in)esauribilità del potere. Spunti sulla (ir)rilevanza dell'errore</i>	123
ANNALaura GIANNELLI <i>Gli accordi amministrativi (ancora) in cerca di identità: riflessioni sull'ipotesi della connotazione doverosa</i>	147
ANNALISA GIUSTI <i>Dal "viale del tramonto" alle "luci della ribalta": gli strumenti consensuali nell'urbanistica di nuova generazione</i>	175
BENEDETTA LUBRANO <i>Il provvedimento amministrativo quale espressione del potere e della volontà della pubblica amministrazione (e quel che ne è rimasto, tra semplificazioni varie).</i>	195

LOREDANA GIANI*

AFFIDAMENTO DEL PRIVATO
TRA CERTEZZA DELLA DECISIONE
ED (IN)ESAURIBILITÀ DEL POTERE.
SPUNTI SULLA (IR)RILEVANZA DELL'ERRORE

SOMMARIO: 1. Il rapporto amministrativo tra esigenza di stabilità, (super)protezione dell'interesse pubblico e prassi della responsabilità. - 2. La (relativa) rilevanza della dimensione temporale dell'azione. - 3. Le diverse fortune dell'autotutela. - 4. Il bilanciamento diseguale tra certezza e autotutela. - 5. Garanzia dell'interesse pubblico tra doverosità e buon andamento.

1. Nel corso di quest'ultimo ventennio molti passi avanti sono stati fatti nella definizione delle coordinate di contesto nelle quali si colloca la posizione sostanziale del privato a fronte del potere, il cui esercizio è stato via via collocato in una matrice normativa propria di un sistema democratico nella quale la «supremazia» tradizionalmente riconosciutagli è stata sensibilmente circoscritta, avendo trovato, si pure non senza fatica, una fitta rete di confini il cui sviluppo si è mosso quasi in parallelo con la emersione della valenza sostanziale delle situazioni soggettive di cui il privato è titolare. Quelle stesse situazioni correlate (strumentali) alla tutela e garanzia del bene della vita sottostante¹, e il cui assetto trova una regolazione all'interno della decisione amministrativa, intesa come luogo privilegiato per la definizione della spettanza o con altra lente del rapporto amministrativo². L'attenzione alla situazione sostanziale correlata alla soddisfazione dell'in-

* Professore ordinario di Diritto Amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Università Europea di Roma.

¹ Il richiamo è alla impostazione teorica di F.G. SCOCA già presente nelle elaborazioni su *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Giuffrè, Milano, 1971, e in *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, poi sviluppate nella voce *Interessi protetti*, in *Enc. giur.*, vol. XVII, Treccani, Roma, 1989, p. 1 ss. e in *Contributo sulla figura dell'interesse legittimo*, Giuffrè, Milano, 1990; poi sistematizzata, anche con riferimento alle conseguenze della impostazione sostanzialista nella sistematica del diritto amministrativo, in *L'interesse legittimo. Storia e teoria*, Giappichelli, Torino, 2017.

² La dottrina che si è occupata del rapporto amministrativo è assai ampia. Sia consentito in questa sede ricordare che, sia pure in una dimensione in parte diversa il profilo relazionale del potere

teresse (al bene della vita) dei privati ha alimentato il confronto del potere e dei suoi tratti caratterizzanti non solo con la esigenza di comprenderne le modalità del suo esercizio in vista della definizione del risultato, ma anche con la naturale esigenza di stabilità, di certezza rispetto alla azione, al suo esercizio, alle modalità e ai tempi del suo esercizio, nonché alla stessa calcolabilità e stabilità della decisione, muovendosi in uno scenario in cui è di conseguenza gradualmente mutata la stessa rilevanza del tempo (dell'azione e della decisione), tanto nella prospettiva della tempestività, quanto della stabilità della decisione stessa. Un contesto nel quale il diritto alla certezza, espressione della esigenza di garantire anche la calcolabilità di un esercizio (giusto) del potere³, è emerso con gradualità come espressione del dovere di solidarietà, rapportato alla prevedibilità e, in seconda battuta, alla prassi della responsabilità⁴.

In questo contesto la certezza è venuta in rilievo con riferimento alla definizione del rapporto amministrativo⁵, cioè il rapporto nel quale si inscrivono

rispetto al rapporto amministrativo viene enucleata con chiarezza da B. CAVALLI, *Procedimento amministrativo*, in *Trattato di diritto amministrativo*, diretto da G. Santaniello, III, Cedem, Padova, 1993, il quale sottolinea che il provvedimento ha un effetto costitutivo dello «specifico rapporto pubblica amministrazione» la cui qualifica «amministrativa» è correlata alla natura autoritativa, sottolineando altresì che «alla esistenza di un rapporto amministrativo speculari, in termini non di produzione giuridica, al provvedimento amministrativo, sembrerebbe che non si debbano essere perplesso» p. 31. Rapporto amministrativo che, precisa l'Autore, «è un posteriori rispetto all'esercizio obbligatorio del potere amministrativo, conseguenza necessitata dell'autorità che viene anzitutto riconosciuta nel comando giuridico contenuto nell'atto amministrativo inteso come norma speciale. L'atto assume la funzione di disciplina del rapporto amministrativo, disciplina autoritativa, espressa dall'amministrazione mediante la scelta, variante discrezionale, del modo in cui creare o meno concreto il pubblico interesse (canone di comportamento della ponderazione valutativa delle multiple opzioni possibili ed operabili per il soddisfacimento dell'interesse da parte dell'amministrazione agente». Individuando così «un legame di consequenzialità temporale, quanto un nesso di causalità funzionale» p. 21.

³Sul tema cfr. A. CARLEO (a cura di), *Calcolabilità giuridica*, Il Mulino, Bologna, 2017. Cfr. precisato già nella introduzione del volume «il tema risale al grande Max Weber, che descrivendo i generi e caratteristiche del capitalismo occidentale segnalò l'essenzialità del calcolo giuridico, cioè della possibilità di prevedere l'esito delle controversie. L'imprenditore conta sul futuro e dunque anche su aspettative di carattere giuridico, sia nei rapporti con le pubbliche istituzioni, che nei contratti privati» (7). Sul tema sia consentito rinviare all'analisi svolta in L. GIANNI, *L'impresario (dell'azione e della decisione) dell'amministrazione tra certezza e affidamento*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Socca*, vol. III, Editoriale Scientifica, Napoli, 2020, p. 2461 ss. al quale si rinvia per ulteriori approfondimenti bibliografici sul tema.

⁴H. JONAS, *Tecnica, medicina ed etica. Prassi del principio di responsabilità*, Einaudi, Torino, 1997; Id., *Il principio responsabilità. Un'etica per la civiltà tecnologica*, Einaudi, Torino, 2000. Per un approfondimento sia consentito rinviare a L. GIANNI, *Funzione amministrativa ed obbligo di certezza. Profili di tutela del privato*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2005.

⁵Una prospettiva chiara nella analisi di M. IMMORDINO, *Certezza del diritto e amministrazione di risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*,

interesse legittimo e potere e dal quale originano l'obbligo di procedere e l'obbligo di provvedere dell'amministrazione⁶, l'agire per la decisione (riferito alla fase procedimentale) e l'agire per la produzione dell'effetto giuridico (riferito alla adozione del provvedimento)⁷, secondo una dinamica che supera il solo profilo procedimentale e, dunque, il paradigma formale della legittimità, valorizzando i profili teleologici dell'azione. In questo contesto teorico, la graduale affermazione del principio di certezza muove di pari passo con il (lento e alta-lenante) riconoscimento del principio del legittimo affidamento del privato rispetto all'esercizio di potere, inteso come apprezzamento di una determinata situazione venutasi a creare sulla base di una situazione individuale o, in maniera più stringente, su elementi oggettivi. Dunque, una situazione (l'affidamento) il cui presupposto logico è rappresentato da una «apparenza» basata su circostanze riconducibili oltre che a uno stato psicologico del soggetto agente (presupposto principe sul quale torneremo), anche ad elementi oggettivi (o a qualsiasi altro fenomeno) atti a fondarne il suo convincimento, imputabili all'amministrazione procedente o ad altre amministrazioni a diverso titolo coinvolte nello specifico procedimento o, più in generale a quegli elementi che possono ingenerare uno stato di fiducia sull'assetto definitivo (sul quale si fonda l'aspettativa di stabilità) del rapporto amministrativo, sul risultato di quella determinata azione. Una situazione (l'affidamento) che letta come proiezione del diritto alla certezza e alla calcolabilità emerge in una dimensione composita.

risultati, Giappichelli, Torino, 2004, p. 15 ss. che pone anche in luce le connessioni con i profili organizzativi e con la stessa performance delle amministrazioni. Sul punto cfr. anche gli approfondimenti di M. CAMELLI, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario AIPDA 2002*, Giuffrè, Milano, 2003, p. 107 ss., il quale ne analizza le variabili organizzative; M. SPASIANO, *Organizzazione e risultato*, in M. IMMORDINO, A. POLICE (a cura di), *Principio di legalità e amministrazione di risultato*, cit., p. 342 ss.

⁶È ciò è chiaro se si considera la preesistenza dell'interesse legittimo rispetto all'esercizio di potere e la lesione che ad esso deriva dalla inerzia dell'amministrazione «che impedisce la conclusione di un procedimento dal quale può sortire il riconoscimento giuridico dell'interesse finale del privato» (F.G. SCOCA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, cit., p. 164).

⁷Sul punto si rinvia agli approfondimenti di M. D'ORSOGNA, *Programmazione strategica e attività decisionale della pubblica amministrazione*, Giappichelli, Torino, 2001, in particolare p. 182 ss. Si tratta di una prospettiva già adombrata da F. BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Giuffrè, Milano, 1969, e con un diverso taglio teorico evidenziata da F. BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento e processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1950, p. 1 ss.; M. NEGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la pubblica amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Riv. Dir. Proc.*, 1980, p. 252 ss.; F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, p. 133 ss.; F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 1 ss.; A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1996.

Esso esprime, *in primis*, un bisogno di stabilità nei rapporti giuridici, riferito alle ipotesi in cui vi sia già stato un esercizio di potere da parte dell'amministrazione, riconducibile anche al principio del *non venire contra factum proprium*, superando così la prospettiva della «solita» immutabilità della decisione assunta, nel senso del suo consolidamento, evidente già solo ove si pensi alla riferibilità ai precedenti comportamenti tenuti in casi analoghi. Una dimensione che manifesta, evidentemente, l'esigenza di garantire una prevedibilità delle situazioni e dei rapporti giuridici, in primo luogo attraverso la chiarezza e precisione delle stesse norme, ma anche attraverso una coerenza con i precedenti comportamenti tenuti in casi analoghi. E così è chiaro come esso non possa non affondare le proprie radici anche in elementi diversi, rinvenibili in qualsiasi procedimento, o meglio in quei momenti procedurali che assumono un ruolo nel processo decisionale specifico tale da ingenerare un'aspettativa del privato in un determinato assetto di interessi. Basti pensare alla predeterminazione dei criteri⁹ o agli esiti dell'istruttoria procedimentale e quindi agli esiti di una conferenza di servizi, e più in generale a tutte quelle regole del procedimento che assumono rilievo non solo rispetto alla correttezza formale dell'azione ma anche ai profili sostanziali della stessa, come garanzia di prevedibilità dei possibili esiti e, dunque, di certezza dei rapporti giuridici⁹.

Risulta così evidente che in questa molteplice dimensione l'affidamento trova ancoraggio non solo nel precetto del *non venire contra factum proprium* prima richiamato e cioè nelle determinazioni già assunte dall'amministrazione nella decisione della stessa vicenda o di vicende analoghe, nella prassi dell'amministrazione, ma anche in quei comportamenti, in quelle manifestazioni di volontà emerse nel corso dello stesso procedimento che in diverso modo offrono

⁹ Sul punto è d'obbligo il rinvio a A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli, 1997, il quale ricostruisce «il fondamento primo delle forme di predeterminazione dell'azione amministrativa (...) nella possibilità di tutelare l'affidamento dei cittadini e di indurre l'amministrazione a comportarsi secondo buona fede» (67).

⁹ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., il quale sottolinea come l'esigenza di predeterminazione dei criteri costituisca un «presupposto ineliminabile per la visibilità della decisione nel suo farsi, efficace garanzia di prevedibilità dell'azione amministrativa e di certezza dei rapporti giuridici» la cui «giustificazione prima» va ricercata «nell'esigenza di affidamento del cittadino oltre che in quella di imparzialità dell'azione amministrativa» p. 68. Le «esigenze di certezza dei rapporti giuridici valgono a maggior ragione nei confronti dell'Amministrazione pubblica e come, proprio la introduzione dei canoni predeterminati dell'azione, moltiplichi le occasioni che il cittadino ha di fare affidamento sull'Amministrazione medesima. Per essere più precisi si deve rilevare come la tutela dell'affidamento non sia solo l'effetto caratteristico della predeterminazione dei canoni di condotta, ma sia anche la sua funzione tipica, la ragione che ne giustifica la previsione» p. 69.

degli elementi in base ai quali (ragionevolmente) «presumere» quale possa essere il possibile assetto (finale) degli interessi all'esito di un esercizio di potere (ragionevole) da parte dell'amministrazione.

Un profilo, quest'ultimo, che in alcuni casi ha trovato un significativo e marcato accoglimento da parte della giurisprudenza che, in diverse occasioni, ad esempio, proprio in relazione alla predeterminazione dei criteri ha rilevato come esso (il principio di tutela del legittimo affidamento) si ponga quale corollario del più generale principio di certezza del diritto e allo stesso tempo sia espressione del principio di stabilità che, con riferimento all'azione dei pubblici poteri, trova, un aggancio proprio nel diritto positivo¹⁰ e più in particolare in quelle norme della legge sul procedimento amministrativo tese a garantire, o meglio ad attribuire, una posizione qualificata in capo al privato grazie alla partecipazione al procedimento¹¹ in caso di recesso dagli accordi amministrativi, e più in generale in quelle disposizioni tese a riconoscere un ruolo (attivo) al privato nell'ambito del procedimento amministrativo¹² che, oltre a garantire la

¹⁰ Sul punto è d'obbligo il rinvio alle osservazioni svolte da M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Giappichelli, Torino, 1999, in particolare p. 180 ss. nonché a *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2015, p. 349 ss. e all'analisi critica compiuta in *Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a.*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., vol. II, p. 2787 ss. Sul tema si rinvia anche alle analisi condotte da P.L. PORTALURI, *Note sull'autotutela dopo la legge n. 164/2014 (Qualche passo verso la doverosità?)*, in *Riv. giur. edilizia*, 2014, 21 ss.; F. FRANCIOSI, *Risarcimento del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 2017, p. 8 ss.; M.A. SANDULLI, G. STRAZZA, *L'autotutela tra vecchie e nuove incertezze: l'Adunanza Plenaria rilegge il testo originario dell'art. 21-novies, l. 241/1990*, in S. TOSCHI (a cura di), *L'attività nomofilattica del Consiglio di Stato*, Direkta Edizioni, Roma, 2019, p. 247 ss.

¹¹ Nella ricostruzione richiamata le norme sulla partecipazione vengono individuate tra le «basi di diritto positivo», del principio di stabilità (M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., p. 182 ss.). «Disporre del problema amministrativo, disporre in altri termini sul fatto di realtà problematico sul quale si ritiene debba calare l'esercizio del potere amministrativo, altro non è e non può essere che offrire una rappresentazione non soltanto del proprio interesse, ma anche dei fatti su cui l'azione amministrativa e l'eventuale provvedimento devono incidere. Offrire le suddette rappresentazioni significa far sì che si possa raggiungere quel soddisfacente e compiuto grado di svolgimento dell'istruttoria (...) tale che non risulta assolutamente giustificabile per il futuro una modificazione della statuizione assunta a seguito di una diversa valutazione di quegli stessi interessi e fatti, già noti ad un soddisfacente livello di certezza nel procedimento grazie all'esercizio della partecipazione dei soggetti interessati» (pp. 185-186). Sul punto si rinvia anche all'analisi contenuta in B. CAVALLI (a cura di), *Il procedimento amministrativo tra semplificazione partecipata e pubblica trasparenza*, Giappichelli, Torino, 2001.

¹² «L'inerimento stabile del cittadino all'interno del procedimento, a seguito della canonizzazione del principio partecipativo, soprattutto se messo in relazione con l'affermazione del principio di completezza dell'istruttoria, da un lato, e con l'obbligo di motivazione, dall'altro, non può non

completezza dell'istruttoria, si pongono quali elementi di garanzia della stabilità della decisione¹³, come momento di consacrazione del «rapporto amministrativo» le cui peculiarità sono connesse ai profili soggettivi dello stesso, secondo uno schema che si pone in linea con il superamento di una visione monistica e autoritaria dell'amministrazione¹⁴.

L'evoluzione sinteticamente richiamata, se in astratto corrisponde a un quadro teorico coerente con le premesse indicate, in concreto si è dovuta confrontare a più riprese, subendone gli effetti, con quei tratti della autoritatività del potere che non sono svaniti, e in alcuni casi si sono solo formalmente attenuati, e ciò neanche in quei casi in cui la scelta operata dall'amministrazione sia vincolata dallo schema normativo attributivo del potere o da un suo esercizio consensuale¹⁵.

Infatti, le considerazioni sin qui riportate fanno riferimento alla situazione del privato, rivalutando quegli elementi (oggettivi e soggettivi) la cui sussistenza è necessaria per fondare l'affidamento e che si bilanciano a vicenda ma, come dimostrato dalla dottrina, e soprattutto della giurisprudenza, la loro singolare ponderazione è necessaria, ma di per sé sola insufficiente a consolidare l'affidamento

radicare nell'interessato, a seguito del contributo che attraverso la partecipazione egli fornisce alla definizione del problema amministrativo, un affidamento che assume la forma di una ragionevole aspettativa di stabilità della decisione per lui favorevole assunta a seguito del procedimento». M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., p. 157. Sul punto cfr. anche le osservazioni svolte da F. MERISI, *Buona fede e diritto pubblico: il caso dell'alternanza*, anche in L. GAROFALO (a cura di), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell'esperienza giuridica storica e contemporanea*, Atti del convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova, Veneta, Treviso, 14-15-16 giugno 2001, vol. II, Cedam, Padova, 2003, p. 451 ss., ora in *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni «trenta» all'«alternanza»*, Giuffrè, Milano, 2001, p. 271 ss., in particolare p. 276 ss.

¹³ «La stabilità della determinazione amministrativa come principio positivizzato emerge con chiarezza anche dalle norme sulla partecipazione. E poiché questa stabilità è prodotta, anzi è garantita sia dall'attività istruttoria propria dell'amministrazione sia a seguito dell'attività partecipativa del privato (...) ne deriva logicamente che (...) non è più fissata solo a tutela della parte pubblica (...) ma anche della parte privata. Risulta cioè confermata non soltanto la positivizzazione del principio di stabilità, ma anche il fatto che a tale principio si collega una posizione qualificata del cittadino che è possibile anche definire, se si vuole, in termini di affidamento» M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, cit., p. 186.

¹⁴ A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 72.

¹⁵ Sul punto cfr. F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, cit., in particolare p. 33, e anche in *Il provvedimento*, in AA.VV., *Diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 2017, p. 283 ss., il quale rileva che «non è sempre un potere di scelta (tra soluzioni diverse) o potere di decisione (sul conflitto di interessi) o potere determinante (...) ma anche (potere) di dare seguito effettivo alle scelte, di rendere giuridicamente operanti le decisioni, di costituire (far venire in essere) l'effetto» per la soddisfazione dell'interesse pubblico (la citazione fa riferimento al primo lavoro richiamato).

del privato, e ciò in quanto la complessiva qualificazione della posizione del privato va apprezzata nel contesto del rapporto amministrativo, e quindi deve essere bilanciata con l'apprezzamento dell'interesse pubblico – elemento di per sé esterno alla matrice – ma tendenzialmente ritenuto «comunque» superiore, prevalente, e, dunque, – e in questo risiede il principale momento di criticità – tale da legittimare il sacrificio imposto al privato¹⁶ e quindi capace di ridurre, attenuare, fino al punto di sacrificarla, proprio quella esigenza di certezza che lo stesso affidamento esprime e tende (in astratto) a garantire, che si scontra con questione relativa alla «natura» del potere, alla sua (in)esaureibilità¹⁷.

2. Un terreno sul quale questo confronto è particolarmente evidente è quello relativo alla dimensione temporale la cui rilevanza è emersa in una pluralità di dimensioni, prima fra tutte quella relativa alla esternazione della decisione che, superando le dequotazioni indotte dalla *factio* imposta dalla esigenza semplificatoria, deve essere espressa e, gradualmente, resa in un tempo certo¹⁸.

¹⁶ Si tratta di un orientamento da lungo espresso dalla giurisprudenza amministrativa. Cfr. Cons. Stato, Sez. V, 24 settembre 2003, n. 5444, «L'annullamento in autotutela di un atto da parte della p.a. incontra un limite nell'esigenza di salvaguardare le situazioni dei soggetti privati che, confidando nella legittimità dell'atto rimosso, hanno acquisito il consolidamento delle posizioni di vantaggio loro attribuite da questo, onde il travolgimento di tali posizioni è considerato legittimo solo se è giustificato dalla necessità d'assicurare il soddisfacimento di un interesse di carattere generale e, come tale, prevalente sulle posizioni individuali, dandone idonea contezza nella motivazione del provvedimento di rimozione, affinché ne sia consentito il controllo di legittimità in sede giurisdizionale». Analogamente Cons. Stato, Sez. V, 3 settembre 2001, n. 4669, in *Foro amm.*, 2001, p. 2350.

¹⁷ Sul punto è d'obbligo il rinvio ai fondamentali studi di S(anti) ROMANO, *Poteri, Potestà, in Frammenti di un dizionario giuridico*, Giuffrè, Milano, 1987; M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, VI, Giuffrè, Milano, 1959, p. 187 ss. Sul tema si rinvia all'analisi svolta da M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018 il quale, condivisibilmente riconosce che «dal punto di vista dei valori costituzionali (...) l'esigenza che il provvedimento sia sempre in accordo con l'interesse pubblico non ha maggiore dignità dell'opposta esigenza di stabilità» (...).

¹⁸ La dottrina sul tema è assai ampia. Tra i primi autori che si sono occupati del tema nell'immediatezza della emanazione della legge sul procedimento amministrativo M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1995. Senza alcuna pretesa di completezza sia consentito rinviare a G. HUSSERL, *Diritto e tempo. Saggi di filosofia del diritto*, Giuffrè, Milano, 1998; V. FROESINI, *Temporalità e diritto*, in *Riv. dir. civ.*, 1999, p. 431 ss.; B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 2004, p. 353 ss.; S.S. SCOCA, *Il termine come garanzia del procedimento amministrativo*, in *giustamm.it*, 2005, p. 704 ss.; ID., *Il ritardo nell'adozione del procedimento e il danno conseguente*, in *giustamm.it*, 2005, p. 786 ss.; M. IMMORDINO, *Tempo ed efficienza nell'azione amministrativa*, in A. CONTIERI E A. ZITO (a cura di), *Interesse pubblico tra politica e amministrazione* Editoriale Scientifica, Napoli, 2010, p. 56 ss.

Una prospettiva che si problematizza proprio nel raffronto con il potere amministrativo che tende a resistere a fronte di una dimensione che ne ridimensiona l'autocitatività.

Si tratta di un contesto complesso che trova le prime sollecitazioni nelle riflessioni sull'inerzia dell'amministrazione, letta attraverso la lentezza della funzione amministrativa, individuata essa stessa come lesiva dell'interesse del privato al provvedimento, non potendosi ad esso (silenzio) ricondurre efficacia precettiva, un valore provvedimentale, essendo solo un fatto patologico nel fluire dell'azione amministrativa, «una pausa anomala nello sviluppo dell'attività amministrativa»¹⁹ che è per sua natura doverosa, proprio in quanto finalizzata alla

¹⁹ Sul punto F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit., nonché lo studio successivo *Contributo sul tema della fattispecie precettiva*, cit., il quale, in relazione all'inadempimento, inteso come violazione di un dovere di fare, sottolinea che «già che di fatto-inadempimento sarebbe giusto parlare di non fatto, in quanto è proprio l'omissione del comportamento dovuto che integra la fattispecie inadempitiva configurandosi «l'obbligo di esprimersi sulle richieste dei privati (...) una specificazione dell'obbligo di agire» (Il silenzio, cit., p. 34). L'omissione non può considerarsi come esercizio di un potere giuridico (Il silenzio, cit., p. 98) e lo ha parzialmente in presenza di un dovere a contenuto positivo. L'omissione crea, nota 23, p. 98) e lo ha parzialmente in presenza di un dovere a contenuto positivo. L'omissione è quindi la mancanza di esercizio di un potere giuridico che «non assume rilievo giuridico (...). Sotto questo profilo si conclude quindi negando alla fattispecie-inadempimento la struttura di un atto» p. 98.

Il silenzio della pubblica amministrazione ha da sempre occupato le riflessioni degli studiosi. Dapprima qualificato come atto o fatto illecito (S. ROMANO, *Corso di diritto amministrativo*, I, CEDAM, Padova, 1952, p. 207), poi oggetto di approfondimenti circa la (im)possibilità di qualificarlo, nel silenzio del legislatore. Si veda, ad esempio, la ricostruzione di R. MONTAGNA, *Il silenzio della pubblica amministrazione*, Istituto Poligrafico dello Stato, Roma, 1952, il quale invocava una «forma legislativa che rechi il vantaggio della certezza del diritto e sanzioni, come è già avvenuto per altri argomenti (errore scusabile, equivalenza della piena conoscenza alla notifica del provvedimento agli effetti dell'impugnativa), i risultati cui la giurisprudenza è giunta con paziente lavoro nei suoi responsi, che, se talvolta sembrano aridi, sono sempre ispirati (...) da sostanziali criteri di giustizia» p. 57. E discostandosi dalla opinione espressa da U. BORSI (*Il silenzio della pubblica amministrazione nei riguardi della giustizia amministrativa*, in *Giur. it.*, 1903, IV, c. 252 ss., in particolare p. 399) rilevava che «l'accertamento dell'obbligo dell'amministrazione di dar seguito alla richiesta si esaurisce nell'indagare se la legge accorda o meno all'interessato il diritto ad un atto avente il contenuto determinato dalla legge medesima o il diritto ad una risposta indipendentemente dal suo contenuto quando questo è discrezionale, l'accertamento del decorso di un congruo lasso di tempo e dell'iniziativa dell'interessato diretta ad ottenere il provvedimento si riduce a pure contestazioni di fatto; l'accertamento della possibilità che l'amministrazione aveva di provvedere o di rispondere, anche quando non si limiti alla valutazione di elementi di fatto o di diritto (...) si arresta ad un esame sommario e non richiede quella specifica valutazione della convenienza amministrativa che è consentita solo in sede di merito» pp. 62-63. Per una ricostruzione dogmatica del silenzio, già nella prospettiva della tutela situazione soggettiva (sostanziale) del privato a fronte del potere dell'amministrazione, si rinvia al lavoro di F.G. SCOCA, *Il silenzio*, cit.; ID., *Il silenzio della pubblica amministrazione alla luce del suo nuovo trattamento processuale*, in *Dir. proc. amm.*, 2002, p. 239 ss.; ID., *Rilievi critici sul trattamento processuale del silenzio*, in AA.VV., *La differenziazione dei riti processuali tra certezza ed effettività della tutela*

soddisfazione dell'interesse pubblico. Una doverosità (anch'essa relativa se si considerano soprattutto alcune posizioni espresse dalla giurisprudenza in alcuni ambiti) che si correla all'obbligo specifico di pronunciarsi sulla istanza presentata dal privato²⁰, un obbligo procedimentale di provvedere quale presupposto logico di quello provvedimentale e che trova un suo radicamento all'interno del quadro costituzionale secondo uno schema che palesa il legame esistente tra potere e soddisfazione dell'interesse del privato che, tradotto in termini di effettività della tutela, mira a superare l'ipoteca ricostruttiva correlata alla natura dell'interesse legittimo.

E così la dimensione temporale dell'azione è stata riferita alla decisione, e gradualmente anche alle conseguenze (anche in termini di responsabilità) derivanti dalla sua mancata o tardiva assunzione, nonché ai rimedi che il sistema appronta per garantire da un lato la sua assunzione che dovrà (poi) essere tempestiva²¹, dall'altro la sua resistenza, o meglio la tenuta dell'assetto delineato rispetto a eventuali decisioni tardive e nuove determinazioni assunte, divenendo così una misura della stessa validità dell'azione dell'amministrazione²², non solo se assunta successivamente allo scadere del termine, ma valutata anche con riferimento alla stabilità della decisione e, dunque, alla esauribilità del potere.

In questa prospettiva lo stesso provvedimento è emerso come forma della decisione autoritativa la cui mancanza rileva in un duplice profilo rispetto al quale si coglie in una dimensione tanto sincronica quanto diacronica in quanto

Rubettino editore, Catanzaro, 2009, p. 249 ss.; F.G. SCOCA, M. D'ORSOGNA, *Silenzio, clamori di novità*, in *Dir. proc. amm.*, 1996, p. 397 ss.

Sul tema cfr. A. COLAVECCHIO, *Anti-giuridicità e lesività dell'inerzia amministrativa nel pensiero di Franco Gaetano Scoca*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., vol. I, p. 1033 ss.; R. DIPACE, *L'inerzia e il silenzio della pubblica amministrazione nelle opere di Franco Gaetano Scoca*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, cit., vol. II, p. 1929 ss.

²⁰ Sul punto B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., il quale nel parlare di «regolarità doverosa dell'esercizio ritardato del potere», dunque ipotizzandone la inesauribilità, sottolineava che «il potere di concludere il procedimento con un provvedimento espresso è, sempre, manifestazione di doverosità di provvedere, obbligo esistente in capo all'amministrazione agente, anche dopo che si è consumato infruttuosamente il tempo di provvedere» p. 235.

²¹ B. CAVALLO, *Provvedimenti e atti amministrativi*, cit., rilevava che il termine unico per tutto il procedimento risponde alla ratio della norma che è quella «di tutelare il cittadino, fornendogli garanzia temporale, certa e chiaramente identificabile della conclusione del procedimento» p. 229. Secondo l'Autore il termine, «in quanto cogente (...) si presenta come comminatorio, dal momento che il superamento dei tempi procedimentali può innescare, a carico dell'amministrazione precedente una reazione sanzionatoria proponibile da parte di tutti i soggetti amministrati, ragionevolmente «stufi» di essere male amministrati per l'inerzia ovvero la tardività delle pubbliche amministrazioni» (231).

²² Cfr. l'analisi condotta da A. COLAVECCHIO, *L'obbligo di provvedere tempestivamente*, Giappichelli, Torino, 2013.

l'attività, e la decisione in cui la volizione si consacra come assetto del rapporto amministrativo, si pongono quali presupposti logici del risultato amministrativo che, ove non limitato alla sola dimensione materiale dell'azione, evidentemente non può prescindere anche dalla considerazione della (molteplice) dimensione temporale dell'azione, connessa alla realizzazione del diritto alla certezza.

Un percorso in cui la dimensione temporale dell'azione si delinea con sempre maggiore precisione, fino a consentire la emersione del tempo come bene autonomamente valutabile²⁵, come spazio della decisione che non solo deve essere «ragionevole» rispetto alla complessità del procedimento, ma deve bilanciare anche le contrapposte esigenze del mercato, con i tempi degli investimenti, con i tempi del mercato del lavoro. Dunque, una dimensione in cui il tempo diviene «componente determinante per la vita e l'attività dei cittadini e delle imprese, per i quali l'incertezza o la lunghezza dei tempi amministrativi può costituire un costo che incide sulla libertà di iniziativa privata ex articolo 41 Cost.»²⁶. Si tratta di un riconoscimento che comporta, o meglio dovrebbe comportare, non solo che in capo all'amministrazione si configuri una responsabilità di agire verso un risultato (legittimo). Ma dovrebbe consentire la definizione di una dimensione che postula, dunque, anche una indifferibilità dell'esercizio dell'azione²⁷ quale corollario della sua doverosità e, non da ultimo, anche una sua esauribilità. Ma, come si coglie in alcuni (non pochi) arresti giurisprudenziali, pur dato il teorema antecedente, che trova un suo radicamento sempre più

²⁵ In aggiunta agli autori richiamati nel testo, sulla rilevanza del tempo come bene risarcibile cfr., da ultimo, Cons. Stato, ad. plen., 23 aprile 2021, n. 7 nella quale si ribadisce che «nel settore della responsabilità dell'amministrazione da illegittimo o mancato esercizio dei suoi poteri autoritativi (...) a carico del privato è posto un onere di ordinaria diligenza (...) di attivarsi con ogni strumento procedimentale o processuale utile a salvaguardare il bene della città correlato al suo interesse legittimo (...). L'onere di cooperazione del privato nei confronti dell'esercizio della funzione pubblica assume quindi i connotati di un obbligo positivo (tenere quelle condotte, anche positive, esigibili, utili e possibili, rivolte a evitare o ridurre il danno)» (così anche Cons. Stato, ad. plen., 23 marzo 2011, n. 3) ivi inclusi il ricorso alle previsioni di cui ai commi 9 bis e quinquies dell'art. 2, legge n. 241/1990, salvo poi dover comprendere come questo profilo si coniughi con la ritenuta discrezionalità dell'amministrazione nell'esercizio dell'autotutela che non diviene doverosa in ragione della sola istanza del privato, conservando, quest'ultima, almeno secondo le prospettazioni di una parte della giurisprudenza, una mera funzione sollecitatoria.

²⁶ A. COLAVICCHIO, *Tempi della determinazione amministrativa e scelte economiche*, in *Persona e amministrazione*, 2017, p. 313 ss., in particolare p. 320. Max WEBER il quale sottolineava che «ciò che occorre al capitalismo è un diritto che possa venir calcolato al pari di una macchina», in *Economia e società*, III, *Sociologia del diritto*, Edizioni di Comunità, Torino, 2000, p. 133 «il capitalismo moderno industriale, su basi razionali, ha bisogno, al pari dei mezzi tecnici calcolabili, di un diritto di cui si possa fare calcolo e di una amministrazione secondo regole formali».

²⁷ L. GIANNI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, cit. in particolare pp. 171-178.

profondo nel dato normativo, i corollari che particolarizzano l'enunciato non sono tutti compiutamente formulati, forse proprio a dimostrazione della necessità di una maggiore maturazione delle conseguenze riconducibili alle premesse (che sembrano solo formalmente) condivise.

3. Il terreno sul quale la fluidità dei confini e, dunque, le maggiori criticità in ordine alla garanzia del diritto alla certezza sono state registrate, è forse quello della autotutela nel quale, nonostante gli sforzi ricostruttivi spinti da una esigenza di sistematizzazione teorica degli istituti in una prospettiva attenta alle esigenze del privato e del risultato amministrativo, atteso nel contesto delle dinamiche di esercizio del potere, continuano ad emergere degli elementi che implicitamente o esplicitamente assumono un rilievo tale da incrinare quella coltre, che pare composta di un cristallo pronto a incrinarsi, di garanzie della stabilità della posizione del privato. E ciò, nonostante i numerosi interventi del legislatore che, soprattutto con riferimento all'annullamento d'ufficio, hanno gradualmente cercato di definire (e bilanciare) i confini del potere dell'amministrazione, si registrano delle «aperture» che consentono la riemersione di quella dimensione del potere che le richiamate ricostruzioni tenderebbero a superare.

Senza alcuna pretesa di completezza dell'analisi dei provvedimenti di secondo grado, inquadrati verso la metà degli anni Cinquanta all'interno di una generale categoria dei controlli repressivi²⁸, è indubbio come essi rappresentino un terreno fertile sul quale misurare il richiamato bilanciamento. Considerati espressione di una funzione amministrativa la cui specificità può essere, in linea generale, ravvisata nel suo essere finalizzata alla realizzazione dei precetti amministrativi o meglio, alla tutela dell'interesse pubblico che nella sostanza risulterebbe leso per via della emanazione di un atto invalido²⁹, si sono, proprio per questa ragione, palesati come un terreno sul quale il confronto con il diritto alla certezza nella sua pluriforme dimensione ha manifestato con maggiore evidenza la sua cedevolezza rispetto all'interesse pubblico e alla (ritenuta) inesauribilità del potere.

²⁸ Il riferimento è all'opera di E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, 3ª ed., Cedam, Padova, 1957, in particolare p. 88 ss. «Là dove la tutela dell'interesse pubblico, sotto forma di guarantee istituzionali o di controlli, non riesce ad impedire l'emanazione di atti amministrativi invalidi e la produzione dei loro effetti, subentrano i controlli repressivi. Con essi l'amministrazione attua quella che è stata significativamente chiamata la sua autotutela, mediante l'emanazione di atti che hanno la loro causa nella soppressione di atti amministrativi riconosciuti contrari all'interesse pubblico».

²⁹ Sul tema della invalidità si rinvia al lavoro monografico di M. D'ORSOGNA, *Il problema della nullità in diritto amministrativo*, Giuffrè, Milano, 2004.

Ed è appunto il profilo appena richiamato all'origine delle diverse qualificazioni che nel corso degli anni sono state offerte dell'attività in questione che nasce come «privilegio»²⁸ dell'amministrazione, espressione del principio di continuità dell'azione, dunque espressione di un "potere immanente" atto a ricomporre il provvedimento e non solo l'assetto di interessi in esso consacrato. Senza entrare nel merito delle ricostruzioni tese a riconoscerne la natura discrezionale²⁹ o obbligatoria³⁰, ai fini della presente analisi è l'immanenza dell'interesse pubblico alla base del riconoscimento della obbligatorietà della funzione di autotutela che avrebbe potuto, secondo le ricostruzioni iniziali, addirittura prescindere dalla valutazione della sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto alla rimozione dell'atto invalido, essendo a tal fine sufficiente il semplice riscontro da parte della stessa amministrazione della sussistenza di un vizio

²⁸ F. MERUSI, *Buona fede*, cit., p. 92.

²⁹ Sul punto cfr. M. STIPE, *Osservazioni in tema di autotutela dell'Amministrazione finanziaria a favore del contribuente*, in *Rassegna tributaria*, 3, 1999, p. 705 ss., il quale sottolinea come «al potere di rinviare i propri atti viziati è nato come «privilegio» dell'amministrazione che, quantomeno in Italia e in Germania, trae origine dai poteri rimasti all'esecutivo dopo il passaggio dallo Stato di polizia amministrativo al parziale Stato di diritto sorto dalle costituzioni ottocentesche». Una considerazione che induce lo stesso Autore a non inquadrare il potere d'annullamento, di cui riconosce la discrezionalità proprio in connessione alla sua natura originaria di privilegio, alla stregua di un «istituto tipico dello Stato di diritto», riflesso del principio di legalità (p. 806). Sul punto cfr. anche G. GHETTI, *Autotutela della pubblica amministrazione*, in *Digesto (dir. pubbl.)*, II, Giappichelli, Torino, 1987, p. 80 ss., il quale sottolinea che «nello stato moderno l'autotutela costituisce, sotto il profilo materiale, un residuo della funzione giurisdizionale in tempo assai più largamente attribuita all'amministrazione che oggi la esercita - sotto il profilo formale - mediante provvedimenti amministrativi» p. 80.

³⁰ M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, II, Giuffrè, Milano, 1970, p. 1076.

³¹ Il riferimento è al dibattito avutosi nella prima metà del secolo appena trascorso, sulla natura obbligatoria o meno della funzione di autotutela. Sul punto è d'obbligo il rinvio a P. BODDA, *Sull'obbligo di annullare d'ufficio e su denuncia gli atti amministrativi illegittimi*, in *Foro amm.*, 1942, I, 1; E. CANNADA BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento d'ufficio*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1949, II, p. 362 ss.; A. DE VALLES, *Annullamento d'ufficio e interesse pubblico*, in *Foro it.*, 1951, III, p. 228 ss.; A.C. JEMOLO, *L'interesse come presupposto dell'annullamento degli atti illegittimi*, in *Foro it.*, 1931, III, p. 113 ss.; G. MILE, *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. compl. cass. civ.*, 1947, p. 1133 ss.; R. RESTA, *L'annullamento d'ufficio di atti amministrativi come onere di buona amministrazione*, in *Foro amm.*, 1937, I, 1, p. 121 ss. Sulla natura discrezionale cfr. G. ZANOBINI, *Corso di diritto amministrativo*, vol. I, Giuffrè, Milano, 1954, p. 321 dove sottolinea il carattere discrezionale del provvedimento di annullamento d'ufficio il quale, pur non potendo «essere validamente pronunciato se non rispetto ad atti illegittimi, non è un atto vincolato e obbligatorio. Infatti, le leggi considerano sempre l'annullamento d'ufficio come una facoltà dell'Amministrazione» e ciò significa che questa, anche se riconosce l'illegittimità di un suo provvedimento, può astenersi dall'annullamento, anche per ragioni di equità o di convenienza, specialmente per non turbare i rapporti che intorno a quello possono essersi formati». V. CERULLI BELLI, *Corso di diritto amministrativo*, Giappichelli, Torino, 1999, p. 662 ss.

nell'atto amministrativo e, dunque, di una lesione dell'interesse alla legittimità (formale) dell'azione. Così che il provvedimento di annullamento d'ufficio si configurava come «proiezione dell'invalidità»³² e, dunque, in quanto tale, poiché illegittimo in contrasto con l'interesse pubblico cui era da riconnettersi quella obbligatorietà dell'azione di annullamento³³, che nonostante i grandi passi in avanti compiuti, continua a riemergere senza una corretta contestualizzazione.

Una obbligatorietà la cui eccezione era stata individuata proprio con riferimento al fattore temporale, nel senso che il decorso di un intervallo di tempo «lunghissimo»³⁴ dalla emanazione del provvedimento invalido all'esercizio del controllo repressivo da parte dell'amministrazione poteva, entro certi limiti, giustificare il mancato esercizio dell'azione. Una vicenda nella quale, però, la considerazione dell'affidamento del privato non trovava alcuno spazio in quanto, anche nell'ipotesi in cui veniva preso in considerazione il decorso di un ampio lasso di tempo tra la emanazione del provvedimento viziato e la sua eliminazione quale limite all'esercizio del potere, a fondamento del mancato esercizio del controllo repressivo non era dato rinvenire una valutazione complessiva che includesse la posizione del privato ma, al contrario, essa aveva ad oggetto semplicemente una comparazione tra due interessi pubblici, quello alla eliminazione di un «atto invalido» e quello al mantenimento di una situazione

³² La definizione è di E. CANNADA BARTOLI, *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, II, Giuffrè, Milano, 1958, p. 484 ss., in particolare p. 485 dove l'annullamento, che non è considerato obbligatorio, viene inoltre qualificato come «attuazione di una sanzione perché sanzione è l'invalidità».

³³ Sul punto in maniera assai esplicita E. GUICCIARDI, *op. cit.*, il quale sottolinea che il vizio di illegittimità «attesta inequivocabilmente la (loro) difformità dall'interesse pubblico, e non si può ammettere che in tali condizioni l'Amministrazione lasci sussistere scientemente l'atto e i suoi effetti senza venir meno con questo al principio fondamentale che deve informare ogni sua attività, che è quello di agire in conformità con l'interesse pubblico» p. 90. Più attenuata è la posizione assunta con riferimento agli atti viziati per inopportunità rispetto ai quali ammette che «pur avendo constatata l'inopportunità dell'atto al tempo della sua emanazione, potrà l'autorità amministrativa caso per caso indagare se quell'atto, per una successiva modificazione intervenuta nelle circostanze di fatto o nelle esigenze di interesse pubblico, non sia nel frattempo divenuto opportuno, in modo che proprio l'interesse pubblico ne richieda ormai la conservazione» (pp. 90-91), configurando così in queste ipotesi una possibilità di «consolidazione successiva» dell'atto.

³⁴ In tal senso si esprime E. GUICCIARDI, *La giustizia amministrativa*, cit., p. 89 il quale in maniera assai significativa sottolinea che «solo può ammettersi che quando il vizio dell'atto venga rilevato dopo un intervallo di tempo lungissimo dalla sua emanazione, l'autorità amministrativa possa, in qualche caso, fare una valutazione comparativa fra il danno che deriva all'interesse pubblico dall'originaria invalidità dell'atto, e quello che allo stesso interesse pubblico deriverebbe dal turbamento di una situazione ormai da tempo consolidata, e rinunciare quindi eventualmente all'attuazione del controllo repressivo, che potrebbe a sua volta risultare viziato per eccesso di potere».

oemai consolidata, riferita (e valutata) solo rispetto all'atto e all'interesse (pubblico) alla sua eliminazione.

L'obbligatorietà funzionale al ripristino della (sola) legittimità è stata poi superata da quegli autori che, includendo tra gli elementi da valutare anche le situazioni soggettive dei privati, ne hanno offerto una ricostruzione in termini di una vera e propria facoltà dell'amministrazione, espressione di una «funzione di amministrazione attiva e di controllo e non di semplice rimedio per l'eliminazione degli atti illegittimi»³¹. In questo contesto i presupposti per l'esercizio dell'azione sono stati ampliati, imponendo una ponderazione tra i diversi interessi (anche privati) coinvolti nell'esercizio del potere, non potendo l'interesse pubblico perseguito attraverso la emanazione del provvedimento di annullamento coincidere in via esclusiva con l'interesse al ripristino della legalità. Si tratta, evidentemente, di una impostazione espressione di un percorso teorico, che verrà poi consacrato nel contesto della disciplina dell'annullamento d'ufficio, che gradualmente porterà a un ridimensionamento dei componenti necessari del bilanciamento, includendo, accanto a criteri di mera legittimità, criteri di opportunità, ponendo così le basi per una analisi complessiva in cui compare non solo l'interesse pubblico – necessariamente dotato (e dunque ridimensionato) dei caratteri della «concretezza» e della «attualità», nel senso che deve sussistere non solo all'atto della emanazione del provvedimento, ma anche al momento della sua esecuzione (certamente non un mero interesse al ripristino della legalità violata) – ma anche quell'interesse evidentemente di segno contrario³² e che trova la propria fonte nella situazione soggettiva venutasi a creare a seguito dell'emanazione dello stesso³³, e dunque anche quell'in-

³¹ Sul punto è d'obbligo il rinvio a E. CANNADA BARTOLI, *op. cit.*, p. 487, il quale, però, non esclude che possano ricorrere ipotesi di annullamento obbligatorio, in particolare p. 488 dove richiama le parole di Miele (nt. 16).

³² Sul punto cfr. tra le numerose decisioni che nel corso degli anni si sono avute sul tema, Cons. Stato, Sez. IV, 15 novembre 1999, n. 1812, in T.A.R., 1999, I, p. 1926, nella quale si sottolinea che «alla base dell'annullamento vi deve essere la valutazione di un pubblico interesse specifico, diverso da quello al «mero ripristino della legalità violata, allorché con l'esercizio del potere di autotutela venga ad incidere sulla sfera giuridica dell'amministrato, che dal provvedimento abbia direttamente tratto un vantaggio e vi abbia fatto legittimo affidamento per il consolidamento della sua posizione». Analogamente, Cons. Stato, Sez. VI, 21 aprile 1999, n. 494, in T.A.R., 1999, I, 707; Cons. giustizia amm. Reg. sic., 2 marzo 1999, n. 19, in T.A.R., 1999, I, p. 298.

³³ Le decisioni in tale senso sono numerose. Cfr. ad esempio, Cons. Stato, Sez. V, 15 febbraio 2002, n. 903, in Foro amm., Cds, 2002, p. 410: «L'esercizio del potere di autotutela di annullamento dell'impadronimento inizialmente riconosciuto di un operatore professionale con funzione di stabilizzazione, (...) necessita di una valutazione comparativa articolata ed approfondita dell'interesse pubblico a rimettere in discussione una situazione giuridica soggettiva consolidata e fondata su un affidamento ragionevole della legalità dell'azione amministrativa, anche sulla base delle modalità

teresse alla stabilità come proiezione del diritto alla certezza. Una prospettiva in cui si riconosce la necessità che «l'autotutela decisoria, successiva alla conclusione del procedimento» sia subordinata ad una compiuta valutazione del complesso degli interessi che quello specifico esercizio di potere intercetta – le cui risultanze devono emergere dalla stessa motivazione dell'atto di autotutela richiamando delle circostanze non solo di diritto ma anche di fatto che si pongono a base del provvedimento di annullamento, e sulle quali lo stesso va ad incidere. Si tratta di un approdo che esprime un diverso quadro concettuale, che evidentemente presuppone una differente matrice di riferimento nella quale il rapporto amministrativo si colloca e rispetto al quale un ruolo determinante ai fini della legittimità dello stesso provvedimento è rivestito da fattori quali l'istruttoria e la valutazione dell'affidamento delle parti destinatarie del procedimento oggetto di riesame e, dunque, dalla valutazione del tempo trascorso dall'adozione del provvedimento riesaminato³⁴.

Seguendo la gradualità ricostruttiva dell'autotutela³⁵, provando a leggerla attraverso la lente del principio di certezza, si è assistito a una lenta rico-

oggettive che in concreto caratterizzano lo svolgimento di un servizio sanitario importante per la collettività»; Cons. Stato, Sez. V, 20 settembre 2002, n. 4756, in *Diritto e giustizia*, 2002, I, 35, p. 81 «In materia di annullamento di ufficio (...) sussiste l'obbligo dell'amministrazione procedente di fornire una motivazione, seppur sintetica, in ordine alle ragioni attuali e specifiche di interesse pubblico che, unitamente all'esigenza di ripristino della legalità, devono sorreggere l'esercizio del potere di autotutela. In particolare, non può negarsi l'insorgenza di un affidamento significativo meritevole di tutela e, con esso, la necessità di esplicitazione dell'interesse pubblico antagonista, in relazione al lasso di tempo intercorso tra l'atto di nomina ed il successivo annullamento».

³⁴ Sul punto cfr. *ex pluribus*, Cons. Stato, Sez. V, 26 febbraio 2002, n. 1224, in *Riv. giur. ed.*, 2002, I, p. 1013 ss. nella quale si sottolinea che «Il principio dell'autotutela decisoria, rappresentando una delle manifestazioni tipiche del potere amministrativo, direttamente connesso ai criteri costituzionali di imparzialità e di buon andamento della funzione pubblica, ha portata generale e trova ingresso anche nell'ambito dell'attività diretta alla conclusione degli appalti pubblici, ma resta comunque subordinato alle comuni e rigorose regole elaborate dalla giurisprudenza, tra le quali: l'obbligo di motivazione, la presenza di concrete ragioni di pubblico interesse, non riconducibili alla mera esigenza del ripristino della legalità, la valutazione dell'affidamento delle parti destinatarie del provvedimento tenendo conto del tempo trascorso dalla sua adozione; il rispetto delle regole del contraddittorio procedimentale; l'adeguata istruttoria in assenza delle quali l'esercizio del potere in questione deve ritenersi illegittimo». In senso conforme cfr. Tar Puglia, Bari, sez. II, 21 ottobre 2002, n. 4624, in *Foro amm.*, TAR, 2002, p. 3379; Cons. Stato, Sez. V, 3 febbraio 2000, n. 661, in *Appalti, urbanistica e ed.*, 2001, p. 531.

³⁵ Sul punto assai significativamente lo stesso Consiglio di Stato (ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16) sottolinea che «in presenza di un margine di apprezzamento discrezionale, la demarcazione tra informazione contraria al vero e informazione ad essa non rispondente ma comunque in grado diviare la valutazione della stazione appaltante diviene da un lato difficile, con i rischi di aggravio della procedura di gara e di proliferazioni del contenzioso». Nella richiamata decisione si sottolinea che «è (...) indispensabile una valutazione in concreto della stazione appaltante (...). Nel contesto

struzione della stessa doverosità rispetto alla quale, superata la posizione più radicale che la legava alla semplice esistenza del dato oggettivo della illegittimità, dunque, alla esigenza di garantire il ripristino della legalità violata, l'attenzione si è spostata su profili diversi, intercettando il *quid*, riflesso della impostazione appena richiamata, escludendo la necessità di una motivazione sulle ragioni a sostegno dell'esercizio dell'autotutela in quei casi in cui essa possa essere ricondotta alla sussistenza di interessi «prevalenti» che impongono un esercizio dell'autotutela⁴⁰. Una doverosità dell'esercizio che in alcuni casi è stata estesa anche oltre i confini di quelle ipotesi in cui essa trova la propria fonte in una espressa previsione normativa conformante nel senso indicato il potere precettivo dell'amministrazione, secondo una diversa (ritenuta o riconosciuta) rilevanza dell'interesse pubblico perseguito.

La stessa doverosità è stata declinata, poi, anche nell'*an*, con riferimento alle istanze avanzate dal privato, rispetto alle quali si sono registrate posizioni tese a sostenere la facoltatività dell'azione di annullamento rimettendo, così, alla "esclusiva" valutazione dell'amministrazione la scelta sul se avviare o meno il procedimento in autotutela che, per la sola "sollecitazione", del privato non si trasformerebbe in un procedimento ad istanza di ritenere non dovuta neanche una risposta all'istanza del privato, tesa a sollecitare l'azione in autotutela⁴¹. Una ricostruzione che, consacrando il "diritto dell'amministrazione" ad ignorare l'istanza del privato, di fatto colloca l'autotutela in un terreno che è ad esclusivo appannaggio dell'amministrazione, disancorato da qualsiasi riferimento allo statuto dell'azione amministrativa che si è stratificato nel corso degli anni sullo scheletro della ormai non più snella legge sul procedimento amministrativo, oggetto di continui rimaneggiamenti non sempre meditati, come dimostrato dalla dottrina⁴², e dallo stesso codice del processo amministrativo.

di questa valutazione l'amministrazione dovrà, pertanto, stabilire se l'informazione è effettivamente falsa o fuorviante, se inoltre la stessa era in grado di sviare le proprie valutazioni». Dunque, una prospettiva che non trascura né l'apporto (in termini di coscienza e volontà del privato), né la funzione conoscitiva dell'amministrazione.

⁴⁰S. TUCCILLO, *Autotutela: potere doveroso?*, in *Federalismi.it*, 2016, 16, p. 2; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2018.

⁴¹Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 25 maggio 2020, n. 3277, nella quale si sottolinea che la struttura dell'art. 21 *novies* non pregiudica né limita il potere/dovere dell'amministrazione di approfondire i fatti denunciati dal privato «anche al fine di verificare se siano realmente ravvisabili condotte fraudolente da parte del richiedente la sanatoria, ovvero dolose omissioni atte a trarre in inganno l'amministrazione».

⁴²Il richiamo è allo scritto di M. DIMORDINO, *Verso la doverosità dell'annullamento d'ufficio su domanda di un privato? Una rilettura dell'istituto alla luce dell'art. 30, comma 3, secondo inciso, c.p.a.*, cit.

A poco sono valsi gli interventi del giudice costituzionale che ha ritenuto ammissibile «un potere dovere di annullamento» che trova la propria fonte in una norma di legge e che troverebbe la propria *ratio* nel principio di legalità dell'azione amministrativa⁴³, facendone derivare un dovere, in capo all'amministrazione, di eliminazione di provvedimenti illegittimi⁴⁴, con conseguente esercizio vincolato dell'autotutela⁴⁵, e dall'altro l'estensione di detta imposizione anche in capo agli enti locali, con evidente compressione della loro autonomia⁴⁶. In questo contesto il richiamo al principio di legalità quale fondamento giuridico del «potere-dovere» di annullamento di ufficio non assurge però a fondamento di un generale dovere di annullamento, ma funge soltanto da fonte di legittimazione dello specifico intervento. Pertanto, se il profilo della illegittimità, sia pure in maniera non dichiarata, in sostanza, escluderebbe l'affidamento del privato nella situazione di apparenza venutasi a creare, la

⁴³«Al momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di una copertura costituzionale. Lo strumento dell'autotutela deve sempre essere valutato nel quadro dei principi di imparzialità, di efficienza e, soprattutto, di legalità dell'azione amministrativa, espressi dall'art. 97 Cost.» (Corte cost., (8 marzo) 22 marzo 2000, n. 75, p. 819).

⁴⁴«La previsione d'un potere-dovere di annullamento dei provvedimenti che avevano disposto gli inquadramenti illegittimi (...) si configura (...) quale elemento fondante dell'azione amministrativa (in quanto corollario del principio di legalità), tra i cui fini deve intendersi compreso quello di evitare il consolidarsi di situazioni costitutesi contra legem» (Corte cost., (8 marzo) 22 marzo 2000, n. 75, p. 819, cit.).

⁴⁵Sul punto la giurisprudenza successiva alla richiamata sentenza della Corte costituzionale si esprime in termini di «attività vincolata a carattere speciale». Così ad esempio, Tar Campania, Napoli, sez. V, 10 luglio 2002, n. 4014, in *Foro amm.*, TAR, 2002, p. 2626.

⁴⁶È la stessa doverosità dell'annullamento dei provvedimenti illegittimi di inquadramento a legittimare, nella ricostruzione operata dal giudice costituzionale, la imposizione *ex lege* di un simile potere dovere in capo alle autonomie locali. Sul punto si rinvia alle osservazioni critiche svolte da F.G. SCOCA, *Una ipotesi di autotutela amministrativa impropria*, nota a Corte cost., (8 marzo) 22 marzo 2000, n. 75, in *Gimr. cost.*, 2, 2000, p. 824 ss., *op. cit.*, il quale sottolinea che la compatibilità con l'art. 97 Cost. dell'autoannullamento doveroso non giustifica la sua imposizione «agli enti territoriali minori senza violare la loro autonomia» (p. 825), essendo nella sostanza irrilevante ai fini della incisione della autonomia di detti enti. «In altri termini la finalità specifica (il ripristino della legalità violata) dell'annullamento imposto agli enti locali esclude di per sé la lesione dell'autonomia; non si tratta di uno strumento di autotutela ma di uno strumento giustiziale; non involge valutazioni di interessi propri degli enti locali ma serve solo ad attuare il principio di legalità. (...) la compressione dell'autonomia degli enti locali può essere ravvisata proprio nella creazione di uno strumento diverso da quello tradizionale, dato che questo (e non quello) consente agli enti locali di valutare se la illegittimità dei precedenti provvedimenti ma a fronte dei propri interessi (...) tenendo conto della decisione sull'an dell'annullamento (...) delle situazioni peculiari che presso di loro si sono create, poi consolidate (in forza della legge di sanatoria), poi destinate ad essere azzerate (tutte nello stesso modo e nella stessa misura) entro un limite ridotto di tempo» (p. 826).

doverosità⁴⁹ dell'azione di annullamento a sua volta elimina la necessità che le singole amministrazioni offrano una motivazione in ordine alla scelta operata e ciò riguardo tanto all'interesse pubblico attuale⁵⁰ a sostegno del singolo provvedimento di annullamento, quanto alla comparazione degli interessi, tra cui l'interesse del privato a mantenere gli effetti del provvedimento favorevole.

Negli altri casi, però, l'assenza di una specifica previsione normativa impedirebbe che il potere di annullamento d'ufficio fosse assoggettato alle normali regole dettate dallo statuto dell'azione. Ma anche su questo non si registra, per parità di premesse quanto meno normative, univocità di vedute. Come detto, a parità di premesse quanto meno normative, in alcuni ambiti la doverosità – in alcuni casi impermeabile alle istanze del privato – è stata per lungo tempo la "regola". È questo certamente il caso dell'edilizia, nel cui ambito l'interesse al ripristino della legalità edilizia era considerato tale da giustificare, anzi da rendere doveroso, l'annullamento d'ufficio del titolo edilizio, indipendentemente dalla considerazione di fattori quali l'interesse (pubblico) concreto e attuale all'annullamento o il decorso di un lasso particolarmente lungo⁵¹. Doverosità per altra parte della giurisprudenza attenuata, o meglio riscontrabile solo in presenza di interessi sensibili⁵² e per altra ancora inesistente, essendo assoggettato ai parametri definiti dall'art. 21 *nonies* della legge n.241/1990 e, quindi, a un bilanciamento tra interesse pubblico e affidamento del privato, soprattutto in relazione al decorso del tempo⁵³. Ma anche in questo caso l'affidamento del privato non è in alcun modo rilevante, e ciò in quanto, evidentemente facendo applicazione dei tradizionali paradigmi della autoritatività e della inesauribilità

⁴⁹ Seguendo la traccia dettata dal giudice costituzionale espressamente richiama la dottrina Cons. Stato, V, 3 marzo 2001, n. 1219, in *Foro amm.*, 2001, p. 469.

⁵⁰ *L'interesse pubblico all'annullamento in autotutela dell'illegittimo inquadramento è in pubblico dipendente e "in re ipsa" e non abbisogna di specifica motivazione, in quanto la pena senza delitto illegittimo implica un danno per la p.a. datrice di lavoro, consistente nell'eliso "sine titolo" di denaro pubblico ed un correlativo, ingiustificato vantaggio per detto dipendente nella misura rilevando l'eventuale lungo decorso del tempo.* Così Cons. Stato, Sez. V, 22 maggio 2001, n. 2833, in *Foro amm.*, 2001, p. 1214. In senso analogo cfr. Tar Calabria, Reggio Calabria, 9 marzo 2000, n. 200, in *Ragguaglio*, 2000, f. 198, p. 326; Tar Lazio, Sez. I, 9 maggio 2000, n. 3757, in *Ragguaglio*, 2000, f. 198, p. 36; Tar Lazio, Sez. I, 15 maggio 2000, n. 3985, in *Ragguaglio*, 2000, f. 198, p. 38; Cons. Stato, Sez. IV, 7 luglio 2000, n. 3805, in *Foro amm.*, 2000, p. 2599 nella quale l'interesse pubblico concreto all'annullamento viene individuato proprio *nel danno di denaro all'amministrazione dall'esborso senza titolo di denaro pubblico.*

⁵¹ Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660; Sez. V, 8 novembre 2012, n. 5018.

⁵² TAR Puglia, Lecce, Sez. I, 25 maggio 2011, n. 957.

⁵³ In tal senso Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2012, n. 8 che espressamente esclude la sussistenza di un interesse *in re ipsa* all'annullamento, sebbene non ritenga necessaria una motivazione qualora l'azione miri a tutelare valori pubblici di carattere autoevidente.

del potere sono state declinate delle ipotesi tese a limitare l'applicazione dei principi generali dell'azione amministrativa superando in maniera netta anche la specifica previsione normativa.

4. Se il riscontro con la matrice formale del procedimento come forma di esercizio della funzione amministrativa non ha avuto difficoltà ad essere accolta da parte del giudice amministrativo, non può dirsi lo stesso con riferimento a quei profili, *in primis* il decorso del tempo, atti a consolidare l'affidamento del privato. Già ad una rapida lettura del dato giurisprudenziale emerge con chiarezza il mancato riconoscimento di un valore assoluto, entrando spesso in gioco ulteriori elementi tali da escludere che possa considerarsi formato un affidamento qualificato su quel determinato assetto di interessi. Così nel tempo si sono individuati una serie di elementi all'origine di una sorta di cedevolezza (intrinseca) del momento temporale, frutto di una attitudine interpretativa espressione del convincimento della inesauribilità del potere sulla quale non hanno inciso le diverse norme intervenute nel tempo, proprio allo scopo, evidentemente frustrato nel suo spirito, di definire il rilievo del decorso del tempo nell'esercizio dell'azione, e ciò tanto avuto riguardo al tema della decisione tardiva dell'amministrazione, quanto con riferimento alla disciplina della autotutela. E così la rilevanza del principio di certezza è emersa in una dimensione diversa, come valore bilanciabile rispetto al potere e la cui ponderazione crea una scala assiologica in cui vengono in rilievo valori diversi rispetto ai quali tempo del provvedimento e tempo dell'affidamento si bilanciano diversamente⁵⁴ a seconda della prospettiva assunta e degli ambiti considerati.

Valori che spostano il baricentro su un piano diverso.

E così la ragionevolezza del termine, pur rimanendo quale parametro dell'azione in aggiunta alle ipotesi strettamente previste dal legislatore è stata subordinata a specifiche condizioni operando dal momento in cui l'amministrazione sia venuta a conoscenza dei profili di illegittimità dell'atto e cioè dal momento in cui l'azione diviene esigibile, individuando così una esauribilità differita del potere, o non operando affatto nell'ipotesi di falso.

Attraverso l'interpretazione del dato normativo si è riproposta, dunque, una sostanziale inesauribilità del potere che viene riconosciuta non solo in quelle ipotesi in cui l'amministrazione viene a conoscenza di un vizio della formazione

⁵⁴ Il tema, assai complesso, è stato oggetto di numerosi e pregevoli studi. In aggiunta agli Autori già richiamati sia consentito rinviare a F. BENVENUTI, *Autotutela (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, V, Giuffrè, Milano, 1959, p. 540 ss.; M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, in *Federalismi II*, 2017; A. RALLO, *L'inserimento del termine certo nell'esercizio dell'autotutela: appunti per una discussione*, in AA.VV., *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2016, p. 57 ss.

della volontà riconducibile a una falsa rappresentazione dei fatti ma anche quando questa sia non corretta, superando lo stesso schema normativo integrato nel 2015, recependo i principi del Trattato, nonché i principi costituzionali e le disposizioni recate dall'art. 1 della legge n. 241/1990, che nell'individuare il limite alla operatività dell'affidamento attribuisce rilevanza al profilo soggettivo di chi lamenta la lesione dell'affidamento.

Il perno attorno al quale ruotano tali ritorni verso la inesauribilità del potere è rappresentato dalla considerazione della rilevanza che la erroneità della informazione offerta all'amministrazione ha avuto nella formazione del processo decisionale e, dunque, della sua volontà. Rilevanza valutata sulla base della sua idoneità a sviare la valutazione dell'amministrazione³³ che, però, in alcune decisioni sembra piuttosto scardinata dal dato volontaristico dell'agente, emergendo nella sua rilevanza oggettiva. Questa pare, ad una prima lettura, l'assunzione a base dell'osservazione secondo cui «la falsità di una dichiarazione è (...) predicabile rispetto a un "dato di realtà", ovvero ad una «situazione fattuale per la quale possa alternativamente porsi l'alternativa logica vero/falso». Un precepto rispetto al quale valutare la dichiarazione resa dall'operatore economico» radicato, secondo quanto si legge nelle sentenze che lo menzionano, sulla considerazione secondo cui «vero e falso non sono nelle cose ma nel pensiero e nondimeno dipendono dal rapporto di quest'ultimo con la realtà. In tanto una dichiarazione che esprima tale pensiero può essere ritenuta falsa in quanto la realtà cui essa si riferisce sia in rerum natura». Ma sebbene si richiami il dato della volontà, almeno così sembrerebbe dal riferimento al «pensiero», ciò che sembra discendere, invece, soprattutto nella applicazione dei principi enucleati dall'Adunanza Plenaria, è la rilevanza del dato in sé, dell'informazione offerta all'amministrazione, della sua «non veridicità» ritenuta a base dello sviamento dell'azione dell'amministrazione. Una constatazione posta a base della valutazione della esercitabilità dell'annullamento d'ufficio oltre il termine di 18 mesi sulla base del solo dato oggettivo, escludendo qualsiasi rilevanza ai profili soggettivi di colui il quale rende la dichiarazione «erronea» (non necessariamente «volontariamente» falsa). E così la stessa giurisprudenza ha ritenuto superabile il limite dei 18 mesi anche in quelle ipotesi in cui non abbia avuto inizio un procedimento penale, conseguente alla falsa dichiarazione, riconducendolo al dato oggettivo costituito dalla rilevanza dell'apporto procedimentale infedele del privato ai fini della assunzione della decisione³⁴. Un comportamento che, secondo

³³ Cons. Stato, ad. plen., 28 agosto 2020, n. 16.

³⁴ Nella decisione si fa riferimento alle informazioni strumentali rispetto ai provvedimenti di competenza dell'amministrazione competente «false o fuorvianti rese da un concorrente ben possono essere idonee a influenzare le decisioni che verranno assunte da un'amministrazione che sia

quanto riconosciuto dal giudice amministrativo³⁵ si pone in contrasto con il principio di leale collaborazione. Una considerazione che porta a ridimensionare la questione relativa alla qualificazione del termine come perentorio, individuando il termine di decorrenza nel diverso momento in cui l'amministrazione viene a conoscenza della circostanza che ha indotto l'amministrazione ad assumere la decisione oggetto dell'autotutela: e così la perentorietà del termine per esercitare l'autotutela discrezionale «dove la fallace dichiarazione abbia sortito un effetto rilevante ai fini del rilascio del provvedimento amministrativo» decorre «solo dal momento in cui la pubblica amministrazione abbia appreso tale non veridicità»³⁶, pertanto «l'aver ommesso di dichiarare o l'aver dichiarato in modo fuorviante ovvero non veritiero elementi indispensabili a permettere la formazione della volontà dell'amministrazione che si coagula nel provvedimento ampliativo, laddove tale volontà sia negli esiti coartata e comunque inquinata dalla non rispondenza al vero degli elementi di fatto e di diritto dichiarati dalla parte interessata» lederebbe comunque il principio di leale collaborazione, rendendo doveroso l'intervento in autotutela, indipendentemente dalla considerazione del tempo sino ad allora trascorso, e ciò in quanto «è lo stesso soggetto interessato, con il proprio comportamento, ad indurre l'amministrazione a rimuovere in autotutela il provvedimento caratterizzato da patologie rilevanti e quindi a provocare la decadenza dal beneficio ingiustamente acquisito, senza che possa essere garantita la sopravvivenza dello stesso in base ad un mero elemento di fatto quale il trascorrere del termine di 18 mesi».

Si assiste, così, ad una relativizzazione anche dell'affidamento correlato, sotto il profilo soggettivo, alla «buona fede non colposa del destinatario del vantaggio», dove il richiamo alla colpa non consente di escludere una rilevanza (anche solo potenziale) del «mero errore» che ben potrebbe essere all'origine di uno «sviamento del pubblico interesse imputabile alla prospettazione della parte interessata». Sviamento che, evidentemente, supera il primo vaglio circa la «attualità» dell'interesse alla rimozione dell'atto viziato, non dovendo in alcun modo l'amministrazione neanche offrire una dettagliata motivazione³⁷.

svolvendo una procedura selettiva; /-Va però precisato che non è sufficiente che l'informazione sia falsa ma anche che la stessa sia diretta ed in grado di suscitare l'amministrazione nell'adozione dei provvedimenti concernenti la procedura selettiva».

³⁵ Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207.

³⁶ Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8.

³⁷ Sul punto cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 15 marzo 2021, n. 2207, cit., in particolare nella parte in cui richiama Cons. Stato, ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8 per sottolineare che «la non veritiera prospettazione da parte del privato delle circostanze in fatto e in diritto poste a fondamento dell'atto illegittimo a lui favorevole non consente di configurare in capo a lui una posizione di affidamento legittimo, con la conseguenza per cui l'onere motivazionale gravante sull'amministrazione potrà dirsi soddisfatto attraverso il documentato richiamo alla non veritiera prospettazione di parte».

In altri termini la non rispondenza al vero della dichiarazione resa, se si estremizza il discorso fatto dal giudice amministrativo nella decisione da ultimo richiamata, legittima, anzi obbliga, ad una prima lettura della decisione, l'amministrazione «ad assumere le conseguenti determinazioni, senza alcun margine di discrezionalità e a prescindere dal profilo soggettivo del dolo o della colpa del dichiarante». E ciò in quanto la presenza dell'errore paleserebbe una violazione del principio di autorevolezza e, verrebbe da presumere, del principio di leale collaborazione si da legittimare un successivo, tardivo, intervento da parte dell'amministrazione sulla quale, però, almeno nella prospettiva qui esaminata. Una visione unilaterale e monofocale del potere amministrativo che risulta decontestualizzata dalla matrice dello statuto dell'azione amministrativa.

5. Se, dunque, in linea teorica il percorso seguito dal giudice può essere compreso nelle sue linee essenziali e nelle finalità perseguite, in concreto è indubbio che la ricostruzione proposta, e soprattutto la terminologia utilizzata (non veritiera rappresentazione della realtà, documentazione fuorviante, predisposizione di dichiarazioni dal contenuto omissivo ovvero non rispondente a quanto era richiesto di dichiarare, apporto procedimentale infedele) pare porre pericolosamente in secondo piano quegli oneri procedurali posti in capo all'amministrazione, correlati alla attività conoscitiva che essa è tenuta a porre in essere prima della emanazione del provvedimento amministrativo³⁹.

Senza entrare nel dettaglio degli oneri gravanti in capo all'amministrazione procedente e in particolare al responsabile del procedimento in base al quadro normativo ormai ben sedimentato offerto dalla disciplina del procedimento amministrativo, è innegabile che l'amministrazione abbia sempre la possibilità, o forse sarebbe più corretto dire l'onere o il dovere di controllare e verificare gli apporti procedurali dei privati, garantendo la necessaria completezza dell'istruttoria attraverso la corretta acquisizione degli elementi che sono nella sfera del conoscibile da parte dell'amministrazione. Mentre estendendo i margini della ricostruzione proposta, cioè facendo leva solo sulla consistenza oggettiva dell'errore, non graverebbe sull'amministrazione alcun onere di procedere a una corretta istruttoria (quale elemento da considerare per soppesare la rilevanza dell'errore, riferito all'apporto del privato) effettuata «anche» attraverso la verifica e confutazione delle prospettazioni offerte dalle parti private. Verifiche che, ove effettuate, certamente potrebbero consentire di svelare la erronea rappresentazione dei fatti dovuta alla negligenza della parte.

³⁹ Il richiamo è al lavoro di F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, Giapichelli, Torino, 1967.

E da questo si coglie quanto legare la decorrenza del termine dal momento in cui l'amministrazione viene a conoscenza della erronea rappresentazione della realtà, prescindendo dalla considerazione delle circostanze (siano esse soggettive e oggettive) a base della erronea rappresentazione della realtà evidentemente rischi di creare uno sbilanciamento che si pone in contrasto con il principio di certezza e la garanzia e tutela della buona fede faticosamente costruiti nel tempo.

In questo senso si coglie l'importanza di quella gradualità, che pur sarebbe ricostruibile muovendo dalle fattispecie individuate dal legislatore, e dalla considerazione dei contesti nei quali gli apporti informativi vengono resi, ad esempio nel contesto di una autocertificazione, e della necessità di rivalutare il principio di «immediatezza» nella percezione delle prove e lo stesso principio di responsabilità – come proiezione della doverosità per l'obbligo titolare del dovere di condurre l'istruttoria, di svolgere compiutamente la propria attività conoscitiva, elementi che non possono essere implicitamente dequotati⁴⁰. In questo senso, dunque, non pare corretto sacrificare, sull'altare della «esercitabilità del potere di autotutela» il valore intrinseco della stessa attività conoscitiva il cui «oggetto essenziale», come sottolineato da tempo dalla dottrina richiamata le cui ricostruzioni mantengono inalterata validità teorica, «consiste nell'accertamento dei presupposti "precisi" del potere e dell'esistenza o meno di circostanze tali da far indurre l'opinione della presenza in concreto dell'interesse pubblico specifico» e, dunque, nell'accertamento della «verità reale»⁴¹. Un valore confermato in concreto dalla diversa configurazione nella fase istruttoria come fase governata dal principio del contraddittorio che, evidentemente, non può essere circoscritta alle (sole) allegazioni dei soggetti interessati, attribuendo una (infondata) efficacia esautorante ai diritti partecipativi⁴². In questo senso, dunque, occorre definire con chiarezza e parametri concettuali di riferimento, quando si attribuisce rilevanza all'errore, e si richiama a fondamento della legittima formazione dell'affidamento una «buona fede non colposa», proprio per evitare pericolose interpretazioni estensive che possono vanificare non solo la rilevanza di quella situazione di doverosità che dovrebbe essere poi concretamente presa in considerazione nella valutazione delle singole fattispecie, ma anche la stessa posizione del privato. Senza dunque

⁴⁰ Si tratta di una prospettiva già ampiamente analizzata anche anteriormente alla emanazione della legge sul procedimento amministrativo da F. LEVI, *L'attività conoscitiva della pubblica amministrazione*, cit., il quale sottolineava che «l'organo competente ad emanare il provvedimento, quanto non è effettivamente autore dell'istruttoria, si trova quanto meno in una posizione di "responsabilità" di fronte all'attività conoscitiva svolta da diversi uffici (...). È corretto (...) parlare di doveri dell'organo in rapporto all'attività conoscitiva» (p. 363).

⁴¹ F. LEVI, op. cit., p. 363.

⁴² Cfr. A. ZITO, *Le pretese partecipative del privato nel procedimento amministrativo*, cit.

dimenticare che «l'attività amministrativa antecedente al provvedimento amministrativo (...) imperniata sul metodo inquisitorio»⁴², sia pure con le necessarie attenuazioni correlate alla garanzia del contraddittorio che, in ogni caso, non ne riduce la doverosità, ancor più evidente proprio ove si considerino non solo le implicazioni correlate alle regole generali dell'azione, ma anche le conseguenze «potenziali» sulla stessa legittimità del provvedimento amministrativo.

In questo senso, pertanto, la attenuazione dei principi posti a garanzia della certezza via via introdotti dal legislatore, se da un lato risponde in astratto al meritevole fine di garantire comunque il corretto esercizio (sostanziale) del potere per garantire il pubblico interesse, dall'altro, se estremizzato, rischia di porsi esso stesso in contrasto con lo stesso fine avuto di mira, legittimando, o comunque consentendo il mancato adempimento (da parte dell'amministrazione) di quei «doveri istruttori incondizionati»⁴³ posti a presidio del principio di buon andamento e che sono, tra l'altro assistiti proprio dal principio di responsabilità.

⁴² F. LEVI, *op. cit.*, p. 370, che, tra l'altro, a proposito del principio inquisitorio ne sottolineava la valenza sostanziale, ponendolo quale «cardine dell'attività conoscitiva dell'amministrazione» (372), pur riconoscendone la valenza non esclusiva.

⁴³ L'espressione è di F. LEVI, *op. cit.*, per indicare «quei momenti per cui l'attività conoscitiva deve inevitabilmente passare» la cui «funzione e (...) portata (...) consist[ono] nel porre necessariamente in rapporto l'autorità deliberante e responsabile dell'istruttoria con i soggetti interessati ad organi tecnicamente specializzati».

ANNALaura GIANNELLI*

GLI ACCORDI AMMINISTRATIVI (ANCORA) IN CERCA DI IDENTITÀ: RIFLESSIONI SULL'IPOTESI DELLA CONNOTAZIONE DOVEROSA

SOMMARIO: 1. Introduzione. - 2. La stagione della tipicità "in senso stretto": la riserva di legge in materia di accordi sostitutivi. - 3. La determinazione anteriore all'accordo. - 4. (Segue) La mancanza o l'incompletezza della determinazione. - 5. La motivazione dell'accordo. - 6. La nuova declinazione "doverosa" degli accordi. - 7. Conclusioni.

1. L'art. 11 della n. 241/1990, dedicato agli accordi amministrativi tra privati e pubblica amministrazione, compie ufficialmente trent'anni¹. Nella vita di un istituto giuridico, ma lo stesso potrebbe dirsi, in fondo, anche per la parabola esistenziale di un essere umano, siamo dunque in una fase di relativa giovinezza, nella quale, tuttavia, sarebbe lecito attendersi il raggiungimento di quel minimo di stabilità che dovrebbe connotare l'"età adulta".

Che questo traguardo sia stato raggiunto è assai dubbio.

La norma di riferimento, pur entusiasticamente accolta come vessillo di una inedita visione collaborativa e paritetica dell'esercizio della funzione, ha presto svelato uno dei suoi principali punti deboli: la clamorosa indeterminatezza sulla natura giuridica dell'istituto e, conseguentemente, sul regime giuridico ad esso applicabile. L'unico elemento di certezza, racchiuso nella versione originaria dell'art. 11, consiste nella clausola di devoluzione alla giurisdizione esclusiva, oggi transitata all'art. 133 c.p.a., il cui scopo dovrebbe consistere proprio nel sollevare l'interprete da delicate valutazioni in merito alle situazioni giuridiche coinvolte, elemento decisivo ai fini della giurisdizione.

* Professore associato di Diritto Amministrativo, Dipartimento di Giurisprudenza, Economia e Sociologia, Università degli Studi di Catanzaro "Magna Graecia".

¹ L'anniversario della n. 241/1990, oltre ad essere celebrato in numerose occasioni convegnistiche, coincide con la pubblicazione di opere di commento che dimostrano un persistente interesse al tema. Si v., ad esempio, la III ed. dell'opera collettanea *Principi e regole dell'azione amministrativa*, a cura di M.A. SANDULLI, Giuffrè, Milano, 2020.