

PREMESSA

L'annullamento d'ufficio, nato come "privilegio" concesso all'autorità per il perseguimento dell'interesse pubblico¹, negli ultimi anni è stato sempre più frequentemente oggetto di interventi legislativi, interpretazioni giurisprudenziali e discussioni teoriche.

Una delle ragioni dell'attenzione rivolta all'istituto è indubbiamente la necessità di risolvere le manifestate incompatibilità con l'analogo potere conosciuto dal diritto europeo, nonché l'esigenza di applicare gli strumenti giuridici nazionali in modo da garantire l'effettività del diritto europeo.

Altra ragione è la profonda evoluzione subita dal diritto amministrativo, tale da aver inciso significativamente sulle nozioni di pubblica amministrazione, interesse pubblico, autoritatività, sui rapporti tra diritto pubblico e diritto privato, sul ruolo del soggetto privato nel procedimento amministrativo nonché sull'annullamento d'ufficio.

Il legislatore nazionale è recentemente intervenuto sui c.d. provvedimenti di secondo grado con la legge n. 124/2015, modificando gli artt. 21 *quater* e 21 *nonies* della legge n. 241/1990, relativi rispettivamente al potere dell'amministrazione di sospendere gli effetti del provvedimento amministrativo e all'annullamento d'ufficio².

¹ Secondo la definizione di BENVENUTI, voce *Autotutela* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, vol. IV, Milano, 1959, 537, l'autotutela consiste nel potere dell'amministrazione di "farsi ragione da sé", al fine di rimuovere gli ostacoli che si frappongono tra il provvedimento e la realizzazione dell'interesse pubblico.

² Mentre il diritto processuale conosce l'istituto del giudicato, volto a garantire la stabilità della decisione dell'organo della giurisdizione, nel diritto sostanziale si è sempre ritenuto che l'agire amministrativo fosse incompatibile con la definitività. Cfr. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1959, 187 e 193, dove l'A. precisa che il provvedimento si caratterizza per la mutabilità escludendo che la nozione di giudicato possa fare ingresso nel diritto amministrativo. Si veda anche CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 308; SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, Milano, 2003, 363: "quando nell'ordinamento italiano si parla di definitività degli atti amministrativi, si fa riferimento ad una vicenda

In entrambi i casi si è voluto porre un limite al potere di autotutela riconosciuto alla PA, riconducendo l'esercizio del potere di ritiro a un termine di diciotto mesi, decorsi i quali l'amministrazione perde il potere di intervenire legittimamente sulla situazione regolata dal pregresso provvedimento.

La fissazione del termine per l'esercizio del potere amministrativo di secondo grado è volta a stabilizzare le aspettative del privato che dal provvedimento traggono origine, nonché a garantire il generale principio della certezza dei rapporti giuridici³.

La norma s'inserisce nell'*iter* di trasformazione intrapreso dall'intero diritto amministrativo per affermarsi quale "diritto tra pari" come nel diritto privato, seppure conservando istituti tipici dell'agire pubblico.

Superando l'orientamento giurisprudenziale prevalente, che tendeva ad interpretare l'espressione "entro un termine ragionevole" in modo restrittivo, si è scelto di impedire il riesame del provvedimento illegittimo e il perseguimento dell'interesse pubblico, a vantaggio della conservazione dello *status quo*⁴.

Tale soluzione pare, però, in contrasto, per certi versi, con la recente giurisprudenza nazionale ed europea che in più occasioni è addirittura giunta ad imporre la riapertura della *res giudicata* al fine di garantire l'effettività del diritto europeo e, quindi, il rigoroso rispetto del principio della legalità comunitaria⁵.

assai più circoscritta: l'esaurimento dei ricorsi amministrativi ordinari e l'apertura della via giurisdizionale. L'atto è definitivo solo per questo, non certo per una sua, non predicabile, irrevocabilità".

³ Simmetricamente, sul piano del diritto processuale, il giudicato, rappresenta il momento di chiusura dell'ordinamento giuridico, che rende concreta la norma ed effettiva e certa l'applicazione del diritto. Come scritto da Benvenuti, il giudicato, costituisce il "punto di equilibrio (...) che coglie stabilità e movimento, conservazione e progresso, così da conciliare le due forze e garantire l'effettività dell'ordinamento". BENVENUTI, voce *Giudicato* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, vol. XVIII, Milano, 1963, 893 ss.

⁴ Come scrive F. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 321: "La certezza delle regole è dunque una preconditione per il pieno esercizio delle libertà economiche; o meglio: se manca la sicurezza, gli attori sono liberi, ma privi della fiducia senza cui è difficile esercitare la libertà. La prospettiva economica e quella sociologica confermano che, oggi, chi fa appello alla certezza del diritto non esprime il punto di vista del potere, ma all'opposto, quello del cittadino, il *quisquis de populo* che si muove all'interno del mercato e ha l'esigenza di conoscere le regole da osservare, i poteri di cui dispone e l'ambito di libertà che gli viene riconosciuto". Cfr. anche le relazioni al Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, *L'incertezza delle regole*, Napoli, ottobre 2014, in *Annuario AIPDA*, 2014.

⁵ Cfr. Corte Giust., 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, *Kuhne & Heitz NV e Productschap voor Pluimvee en Eieren*; Id., 12 febbraio 2008, causa C-2/06, *Kempter*; Cons. Stato, Ad. Plen., 9 giugno 2016, n. 11; T.A.R. Piemonte, Sez. II, 6 giugno 2014, n. 167. Si veda anche l'ordinanza di rinvio dell'Adunanza Plenaria del Cons. Stato, 4 marzo 2015, n. 2, dove, in se-

Ancora una volta, l'influenza europea spinge verso un doveroso abbandono dell'approccio formale a vantaggio di un'interpretazione sostanziale degli istituti, per evitare che la logica della forma possa travolgere la sostanza di interesse pubblico⁶.

Si tratta di un'esigenza avvertita anche nel diritto nazionale, espressa dal legislatore già nella legge n. 15/2005 – con cui è stato introdotto l'art. 21 *octies* legge n. 241/1990 – in merito alle conseguenze derivanti dalle violazioni dei vizi formali del provvedimento. Un provvedimento formalmente illegittimo, ma sostanzialmente idoneo a realizzare efficacemente l'interesse pubblico, non può essere annullato nei casi *ivi* considerati.

Davanti ad un potere amministrativo che si fa interprete della mutevolezza degli interessi pubblici, gli effetti del provvedimento della PA, come quelli della sentenza del giudice, devono conformarsi alla *ratio* della normativa nazionale ed europea per renderla effettiva.

Sul piano processuale il nuovo volto assunto dall'ottemperanza pare consentire di realizzare l'adeguamento costante della realtà giuridica al concreto rispetto della legalità interna ed europea⁷.

Nel diritto procedimentale, la giurisprudenza ha profondamente inciso sull'istituto dell'annullamento.

guito alla richiesta, formulata dai ricorrenti, di revocare una sentenza del Consiglio di Stato passata in giudicato ma contrastante con la sopravvenuta sentenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo e di fornire una diretta applicazione al giudicato della Corte europea, il Supremo Consesso Amministrativo, evidenzia come molti Stati aderenti alla Convenzione abbiano previsto la possibilità di riaprire i processi in ambito penale, civile ed amministrativo (ad es. in Germania è stata di recente introdotta al riguardo un'apposita disposizione all'art. 580 del *Zivilprozessordnung*). Il Collegio solleva, quindi, la questione di legittimità costituzionale degli artt. 106 c.p.a. e 395 e 396 c.p.c. in relazione agli artt. 117, comma 1, 111 e 24 Cost., nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46 par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo.

⁶MARZUOLI, *Le privatizzazioni fra pubblico come soggetto e pubblico come regola*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 425.

⁷Cfr. Cons. Stato, Ad. Plen., 15 gennaio 2013, n. 2; Cons. Stato, Sez. IV, 2 febbraio 2011, n. 748; Id., Sez. V, 16 giugno 2009, n. 3871: "La tradizionale affermazione secondo cui il giudicato amministrativo è un giudicato a formazione progressiva e (...) il giudizio di ottemperanza non ha natura meramente esecutiva, ma anche cognitiva, vuole esprimere proprio questo principio, ovvero che la regola di comportamento che deriva dal giudicato in capo all'amministrazione non è solo quella scolpita nel dispositivo. Si tratta, al contrario, di una regola più ampia, dotata di margini di elasticità e suscettibile di essere puntualizzata e concretizzata dal giudice dell'ottemperanza". In dottrina, SANINO, *Il giudizio di ottemperanza*, Torino, 2014, 144; CLARICH, *Le azioni nel processo amministrativo tra reticenze del Codice e apertura a nuove tutele*, in *Giorn. dir. amm.*, 2010, 1121 ss.

Da un lato, ha reso più labile tanto il confine tra revoca ed annullamento, quanto quello tra gli istituti dell'autotutela pubblicistica e quella privatistica⁸, consentendo così all'amministrazione di adeguare la realtà concreta alle esigenze di interesse pubblico, senza però ricorrere a superflui privilegi ormai retaggio dell'antica concezione del potere pubblico.

D'altro lato, il giudice amministrativo, in nome del principio dell'effettività, esercita un sindacato sempre più incisivo, tale spesso da offuscare le differenze tra il giudizio di legittimità e quello di merito.

Come già osservava Giannini, il diritto pubblico e privato sono due episodi marginali, fra i quali c'è tutta una realtà che non si può definire né diritto pubblico né diritto privato, qualificabile come "diritto comune"⁹.

Il diritto comune impone di incentrare l'attenzione sull'efficacia ed effettività degli strumenti giuridici, indipendentemente dal fatto che appartengano al diritto pubblico o al diritto privato per renderli pienamente rispondenti alle esigenze concrete¹⁰.

Così, per esempio, l'istituto dell'autotutela e quello del recesso contrattuale perdono le originarie differenze per lasciare dubbi sulla reale linea di confine tra i due istituti¹¹. Mentre, nell'ambito del processo, il ricorso a sentenze di annullamento *ex nunc* per garantire l'effettività della tutela giurisdizionale, pone nuovi problemi sulla natura di un provvedimento di annullamento senza effetti retroattivi e sulla ammissibilità di un suo utilizzo in sede di autotutela.

Anche la dottrina ha recentemente dedicato rinnovata attenzione all'autotutela e, nel tentativo di attribuire all'istituto nuove e più ampie finalità, come quella di prevenire l'impugnazione giurisdizionale, ha posto l'accento sulla possibile connessione tra annullamento d'ufficio ed annullamento giurisdizionale.

⁸ Con "autotutela privata" si richiama l'espressione utilizzata in Cons. Stato, Ad. Plen., 29 gennaio 2014, n. 6; Id., Cons. Stato, Ad. Plen., 25 giugno 2014, n. 14. Cfr. *infra*, cap. 1.

⁹ GIANNINI, *Diritto pubblico e privato nel diritto dell'economia*, 1967, ora in *Scritti giuridici*, V, Milano, 723. Si veda anche LONGO, *La teoria dei diritti pubblici subbiettivi e il Diritto Amministrativo Italiano*, in *Arch. dir. pubbl.*, I, 1891, 255, il quale sottolinea l'impossibilità di ricondurre a vecchie e rigide formule del diritto pubblico o privato molti di quei rapporti di diritto che nascono nello svolgimento dell'attività sociale dello Stato.

¹⁰ Come osserva Pajno, (PAJNO, *Diritto europeo e trasformazioni del diritto amministrativo. Alcune provvisorie osservazioni*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, 466), richiamando Cassese, oggi "il diritto amministrativo è il diritto della società, e che il vero diritto civile è, oggi, il diritto amministrativo. Si tratta, infatti, di una realtà che incrocia anche le aspettative personali dei cittadini".

¹¹ Si rende necessaria un'esegesi sostanzialistica e l'abbandono dell'approccio formalistico. Cfr. Cons. Stato, Commiss. spec., parere 30 marzo 2016, n. 839, reso sullo schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'art. 5 della l. 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività – SCIA.

I due istituti, molto vicini al momento della nascita¹², si sono poi nettamente differenziati per mano del legislatore e, soprattutto, della giurisprudenza. Le più recenti novità normative, però, portano a riflettere e a rivedere i confini che erano stati delineati.

Tutto ciò offre lo spunto per studiare sotto nuovi profili i rapporti tra procedimento e processo ed offrire una nuova lettura dell'istituto dell'annullamento e dell'esercizio del potere amministrativo.

I limiti imposti dal legislatore al potere di annullamento d'ufficio sottolineano il completo superamento dell'equivalenza illegittimità/annullabilità, spostando l'attenzione esclusivamente sul rapporto tra cittadino e PA e sull'interesse pubblico perseguito. Nello stesso tempo, l'estensione del potere di revoca vanifica le originarie differenze tra i due istituti e potrebbe forse offrire lo spazio per un superamento dell'annullamento a vantaggio di un generico potere di revoca o recesso. In tale prospettiva l'amministrazione potrebbe sempre ritornare sulle proprie scelte, ma la decisione comporterà un costo per il bilancio pubblico a causa del pagamento dell'indennizzo che dovrà essere attentamente ponderato insieme agli altri interessi coinvolti nella fattispecie.

Le preclusioni all'esercizio del potere di riesame pare poi possano essere colmate dalle previsioni del codice del processo amministrativo che ha attribuito al giudice amministrativo il potere di emanare sentenze costitutive, dichiarative e di condanna oltre a tutte quelle pronunce atipiche necessarie per garantire il principio dell'effettività della tutela.

Anche la formula del "giudicato a formazione progressiva", ha permesso di affinare progressivamente il vincolo derivante dal pronunciamento giurisdizionale e la materiale regolamentazione degli interessi pubblici e privati coinvolti, in modo da rispondere ai principi di efficacia, efficienza ed effettività dell'esercizio del potere pubblico. Lo strumento diviene così l'*escamotage* per rimediare a quegli errori compiuti nell'esercizio del potere pubblico che altrimenti resterebbero intangibili.

Per lungo tempo si è concepito il potere amministrativo come inesauribile e volto al perseguimento di un interesse pubblico astratto.

Il cambiamento ha preso l'avvio proprio con il procedimento: la legge n. 241/1990, ha inteso affermare senza ombra di dubbio che il potere amministrativo non è sinonimo di potere sovrano, ma è sempre sottoposto e regolato dal diritto.

Il coinvolgimento del privato all'esercizio del potere, il riconoscimento

¹² Con la legge 31 marzo 1889, n. 5992, la IV sezione del Consiglio di Stato non nasce come giudice ma come ramo dell'amministrazione "che corregge l'operato dell'altra". Così CORSO, *La giustizia amministrativa*, Bologna, 2005, 30; NIGRO, voce *Processo amministrativo*, in *Enc. giur. it. Treccani*, Roma, 1991, 2.

normativo degli accordi sostitutivi di provvedimento, la gestione dei beni pubblici con strumenti convenzionali, nonché la previsione costituzionale, di cui all'art. 118, comma 4, del principio di sussidiarietà orizzontale, hanno definitivamente chiarito che l'interesse pubblico non è predeterminato in via astratta, ma è, di volta in volta, riconosciuto attraverso un'attenta ponderazione degli interessi in gioco e si trasforma con il trascorrere del tempo perché deve sempre rispondere alle specifiche esigenze della realtà concreta¹³.

Le attuali modifiche alla citata legge sul procedimento, introdotte con legge n. 124/2015, hanno in qualche modo "codificato" tali cambiamenti: è venuta meno l'unilateralità della gestione dell'interesse pubblico e, nello stesso tempo, la concezione del potere pubblico come inesauribile. Anche l'attività amministrativa è soggetta alla variabile temporale, a tutela della certezza dei rapporti giuridici e del legittimo affidamento dei singoli¹⁴.

In tale nuovo contesto, sotto l'esigenza di garantire sempre più una tutela effettiva, si sono ampliati e modificati i poteri di intervento del giudice amministrativo, e forse si potrebbe valutare di attribuire un nuovo ruolo all'auto-tutela, quale strumento alternativo per prevenire e risolvere le controversie.

¹³ Sul principio di sussidiarietà ed i suoi effetti in tema di partecipazione e tutela giurisdizionale, si rinvia a DURET, *Partecipazione procedimentale e processo*, in *Procedimento procedura processo*, atti del convegno Urbino, 14 e 15 giugno 2007, Padova, 2010.

¹⁴ Due principi che, come sottolinea TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista della regolazione dei mercati*, 2016, fasc. 2, anche se spesso tendono a sovrapporsi, è necessario mantenere distinti. Nella tutela dell'affidamento assume rilevanza centrale la dimensione soggettiva, rappresentata dalla pretesa di un soggetto qualificata dalla previsione normativa, mentre nella certezza del diritto si impone una dimensione oggettiva, trattasi di un valore intrinseco alla giuridicità, indispensabile all'identità del diritto.

CAPITOLO 1

LE ORIGINI DEL POTERE DI ANNULLAMENTO E SUA METAMORFOSI

SOMMARIO: 1. Le origini del potere di autotutela. – 1.1. (*Segue*). L'annullamento ed il pubblico interesse. – 2. L'evoluzione del potere di annullamento. Dalla legalità formale alla legalità sostanziale. – 3. L'annullamento e il rapporto amministrativo. – 4. Annullamento e revoca a confronto. – 4.1 (*Segue*). L'intervento del legislatore e la difficile distinzione tra revoca ed annullamento. – 5. Il termine per l'annullamento d'ufficio. – 5.1. L'obbligatorietà dell'autotutela. – 5.2. Il termine perentorio di diciotto mesi. – 5.3. Il potere di verifica e controllo. – 6. L'autotutela e l'incerto confine tra diritto pubblico e privato. – 7. L'autotutela e le conseguenze sui contratti di appalto. – 8. Autotutela e responsabilità precontrattuale.

1. *Le origini del potere di autotutela.*

La progressiva affermazione dello Stato di diritto ha imposto all'amministrazione di assicurare il pieno rispetto del principio di legalità sia nell'esercizio dell'attività che nella disciplina della propria organizzazione, secondo un modello tradizionalmente derivato dalla nota *querelle* posta dal Mugnaio di Postdam.

Nato come principio per garantire che l'amministrazione, nello svolgimento delle sue funzioni, si conformi alla norma giuridica, è in realtà suscettibile di più ampi sviluppi ed investe l'intero ordinamento statale¹.

Lo Stato, nell'esercizio della funzione amministrativa, dispone di diversi istituti giuridici per assicurare la corretta attuazione del diritto, quali i ricorsi in via amministrativa, il ricorso giurisdizionale ed il generico potere di autotutela, predisposti nell'interesse generale per garantire l'osservanza della norma stessa, ed evitare che risulti compromessa la soddisfazione delle esigenze della collettività e perciò lo stesso interesse dello Stato.

Tra i mezzi giuridici che lo Stato ha predisposto per garantire l'osservanza

¹ZANOBINI, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1937, 9; ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, 23 e 78.

della legge, la pubblica amministrazione ha sempre disposto del potere di influire negativamente sulla efficacia giuridica dell'atto emanato e di disporre la sua eliminazione dall'ordinamento giuridico attraverso il potere di annullamento.

I diversi organi dello Stato si ripartiscono e distribuiscono le varie funzioni e, pertanto, si distinguono diversi tipi di annullamento (annullamento pronunciato da un organo della giurisdizione amministrativa, annullamento attribuito ad organo dello stesso ente amministrativo cui appartiene quello che ha emesso l'atto che si annulla, od al medesimo organo che ha emesso l'atto, o a quello di un ente superiore, etc.).

Qualunque fosse il tipo di annullamento, lo stesso era sempre stabilito nell'interesse generale e per l'esigenza di garantire la legittimità nell'esercizio della funzione amministrativa, e solo in via indiretta era finalizzato alla tutela degli interessi individuali².

Il soggetto interessato all'annullamento dell'atto mette l'amministrazione in grado di rimediare all'eventuale vizio, permettendole di ripristinare la legalità e perseguire la migliore soddisfazione delle esigenze della collettività³.

Il principio di autotutela è stato introdotto per consentire all'amministrazione di perseguire direttamente il soddisfacimento dei propri diritti ed interessi senza necessità di un intervento del giudice⁴.

Secondo tale principio si riteneva, quindi, non fosse possibile che un atto invalido non violasse per ciò solo un interesse della collettività e non risultasse quindi in contrasto con l'interesse dell'amministrazione⁵.

L'amministrazione, nei limiti della propria competenza, come può emanare provvedimenti amministrativi ed eseguirli coattivamente senza ricorrere all'autorità giudiziaria, così, sempre nei limiti della propria competenza, per il

²La persona interessata all'annullamento dell'atto mette l'amministrazione in grado di rimediare all'errore commesso, permettendole di rientrare entro quei limiti del suo diritto o dovere, senza dei quali rimane sempre compromessa la migliore soddisfazione delle esigenze della collettività. Così, ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923, 48 ss.

³ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit., 48 ss.

⁴BENVENUTI, voce *Autotutela* (diritto amministrativo), in *Enc. dir.*, Milano, 1959, 540 ss. L'A. definisce l'autotutela come "quella parte dell'attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti potenziali o attuali, insorgenti con altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese". In tale generico potere di ritiro da parte dell'amministrazione dei suoi atti, la dottrina riconduce sia l'annullamento che la revoca. Cfr. RESTA, *Le revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 35; LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 48.

⁵ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, Milano, 1923, 49; PRESUTTI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Messina, 1931, vol. I, 156. Come osserva ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 79, se l'azione amministrativa è volta al miglior soddisfacimento dell'interesse pubblico, essa deve rispondere al principio di legalità "sia quella che di solito viene chiamata legittimità dell'atto, sia il suo merito".

potere che ha di provvedere da sé ai propri interessi con atti esecutori, dispone di un potere di autocontrollo dei propri atti viziati, provvedendo con l'eliminazione degli stessi a garantire la soddisfazione del pubblico interesse. Il nuovo provvedimento, sia pure di carattere negativo, che l'amministrazione emana deve sempre trovare la sua ragione nel pubblico interesse⁶.

È sempre stata avvertita l'esigenza di contenere il potere amministrativo nella convinzione che consentire alla PA di perseguire l'interesse pubblico violando il diritto avrebbe significato sancire l'onnipotenza della stessa⁷.

Da tale convinzione non poteva che discendere l'obbligatorietà dell'annullamento d'ufficio dell'atto invalido⁸. L'atto invalido, per definizione, è necessariamente contrario ad ogni pubblico interesse e s'impone senz'altro il suo annullamento, anche se a distanza di molto tempo.

1.1. (Segue). *L'annullamento ed il pubblico interesse.*

Il potere è concepito quale situazione giuridica soggettiva “di carattere astratto e generico, preliminare cioè ai singoli rapporti (nei quali opera invece la situazione giuridica particolare di volta in volta individuata) contrassegnata dal carattere dell'irrinunciabilità, inconsumabilità ed imprescrittibilità”⁹.

⁶Con l'avvento dello Stato di diritto, la base della legittimazione del potere amministrativo non è più l'aderenza alla volontà del sovrano ma la scrupolosa osservanza della legge, che disciplina le modalità di azione della PA e costituisce il fondamento necessario dei poteri e delle prerogative che le sono affidate.

⁷Cfr. BODDA, *Osservazioni sulla potestà governativa di annullamento in ogni tempo degli atti amministrativi illegittimi*, in *Sudi in onore di Cammeo*, Padova, 1933, 107, il quale osserva che, se il diritto è il piedistallo su cui deve reggersi l'attività amministrativa, se le norme giuridiche sono state dettate per tutelare gli interessi della PA, se la conformità alla legge costituisce un *prius* necessario sul quale deve imprescindibilmente poggiare l'interesse specifico a cui si indirizza l'azione amministrativa, è chiaro che in un atto invalido non potrà mai trovare soddisfazione l'interesse che anima l'azione amministrativa. *Contra* RAVÀ, *La convalida degli atti amministrativi*, Padova, 1937, 104, secondo il quale l'interesse pubblico può esigere anche il mantenimento in vita di un atto invalido.

⁸Per l'obbligatorietà dell'annullamento: Cons. Stato, Sez. IV, 28 agosto 1924, in *Riv. dir. pubbl.*, 1924, II, 19; Cons. Stato, Sez. IV, 14 maggio 1926, in *Foro amm.*, 1926, I, 1, 303; Cons. Stato, Sez. V, 13 luglio 1929, in *Foro amm.*, 1929, I, 2, 267; Cons. Stato, Sez. IV, 18 luglio 1930, in *Foro amm.*, 1930, I, 1, 235; Cons. Stato, Sez. IV, 21 gennaio 1933, in *Foro amm.*, 1933, I, 1, 84; Cons. Stato, Sez. IV, 20 ottobre 1936, in *Riv. dir. pubbl.*, 1937, II, 30. In dottrina, RAGGI, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1917, 333; GUICCIARDI, *Le transazioni degli enti pubblici*, in *Archivio di diritto pubblico*, 1936, 129 ss.; RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 69.

⁹ROMANO, *Poteri, potestà*, in *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1947, 172. Cfr. anche MORTATI, *Istituzioni di diritto pubblico*, Padova, 1975, 171; ROMANO, *Giurisdizione am-*

Peraltro, dottrina e giurisprudenza maggioritarie già osservavano come, per l'esercizio del potere di annullamento, non bastasse il solo elemento obiettivo del vizio che rende l'atto invalido, ma fosse necessario che con esso concorresse un interesse pubblico specifico, tale da consigliare l'annullamento¹⁰.

In tal modo inizia ad assumere specifica rilevanza la lesione dell'interesse pubblico e s'impone quell'orientamento che subordina l'annullamento alla lesione concreta ed attuale dell'interesse pubblico¹¹.

L'obbligo di annullare, però, non ha mai ricevuto alcuna diretta e precisa sanzione, perché contro il mancato annullamento non è previsto alcun rimedio¹².

Ciò nonostante, il rispetto del principio di legalità resta il presupposto logico e necessario su cui, in uno Stato di diritto, si fonda l'attività amministrativa e lo stesso potere di autotutela¹³.

Ne consegue, come osservava Guicciardi, che anche il giudice amministrativo ha l'obbligo di distruggere ciò che l'amministrazione ha fatto, nonché l'obbligo di fare ciò che l'amministrazione attiva deve fare¹⁴.

ministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria, Milano, 1975, 114; SCOCA, *Contributo allo studio della fattispecie precettiva*, Perugia, 1979, 92. Sul paradosso dello Stato di diritto per cui lo Stato si sottopone al diritto ma pretende per sé l'esclusiva produzione del diritto stesso, cfr. BERTI, *Il rapporto amministrativo nella costruzione giuridica dello Stato*, in *Scritti in onore di C. Mortati*, II, Milano, 1977, 48.

¹⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 20 novembre 1934, n. 1537; Id., Ad. Gen., 16 maggio 1935, n. 142. RAGGI, *La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, I, 1917, 155.

¹¹ Cons. Stato, Sez. V, 18 agosto 1936, n. 805, in *Riv. amm.*, 1937, 315; Id., Sez. IV, 19 maggio 1937, *ivi*, 1937, 708; Id., Sez. IV, 14 settembre 1937, n. 444, *ivi*, 1938, 50; Id., Sez. VI, 27 agosto 1952, n. 603, in *Cons. stato*, 1952, I, 1121. *Contra* Cons. Stato, Sez. V, 17 aprile 1925, in *Foro amm.*, 1925, I, 2, 104; Cons. Stato, Sez. V, 25 maggio 1928, in *Foro amm.*, 1928, I, 2, 1994, dove si riteneva che l'osservanza della norma costituisse di per sé un motivo di interesse pubblico.

¹² Tale osservazione spinge FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di) *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, Milano, 1915, 917, a ritenere l'annullamento d'ufficio di un provvedimento illegittimo una mera facoltà. *Contra* ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Pisa, 1918, 23 ss., il quale osserva che nell'ordinamento esistono comandi giuridici la cui violazione non è minacciata da alcuna norma specifica, ma la cui garanzia è immanente e latente negli stessi ingranaggi, nell'apparato organico dell'ordinamento giuridico, considerato nel suo complesso. Essi si impongono in modo indiretto, implicando punizioni disciplinari o responsabilità a carico dei singoli funzionari. Allo stesso modo potrebbe ragionarsi in caso di mancato annullamento.

¹³ ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, cit. Si veda anche CANNADA BARTOLI, voce *Annulabilità e annullamento*, in *Enc. dir.*, Milano, 1958, secondo il quale l'annullamento d'ufficio dovrebbe essere vincolato al mero accertamento della illegittimità del provvedimento che si intende ritirare, senza spazio per ulteriori valutazioni di carattere discrezionale.

¹⁴ GUICCIARDI, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribuna-*

Nella distinzione tra amministrazione attiva e amministrazione contenziosa si radicano le basi teoriche per la identificazione dei due poli che caratterizzano la funzione amministrativa, il potere e la giustizia.

Nell'autotutela, come nell'esercizio della funzione giurisdizionale, l'attribuzione del potere e la relativa potestà di esercizio sono condizionati dalla legge¹⁵.

Nella giurisdizione amministrativa l'esercizio della potestà di annullamento è condizionata all'iniziativa del ricorrente, mentre l'amministrazione attiva può esercitare il potere di annullamento sia d'ufficio che su istanza di parte.

Il potere di annullamento nasce per consentire all'amministrazione, indipendentemente dal fatto che possa essere sollecitata dall'iniziativa del privato, l'osservanza obiettiva dell'ordine giuridico e della giustizia nell'esercizio della funzione amministrativa, per la tutela dello stesso interesse pubblico, alla cui soddisfazione è sempre preordinata l'attività amministrativa¹⁶.

L'interesse legittimo, e, di conseguenza, la soddisfazione della pretesa del privato, è indissolubilmente legato alla corretta gestione del potere e, quindi, dell'interesse pubblico¹⁷.

Come rilevava Giannini, nella prospettiva del perseguimento dell'interesse

li, in *Arch. dir. pubbl.*, 1938, 277 ss. GIANNINI, *La giustizia amministrativa*, ed. a cura di Juso, Roma, 7, ha definito la giustizia amministrativa come "il movimento di idee e di fatti attraverso il quale si è distrutto l'insieme di privilegi giurisdizionali di cui godeva la pubblica amministrazione".

¹⁵ Il procedimento era inteso quale fase preliminare del processo, cfr. KELSEN, *La dottrina dei tre poteri o funzioni dello Stato (1934/24)*, in KELSEN, *Il primato del Parlamento*, GERACI (a cura di), Milano, 1982, per il quale sia l'atto amministrativo che la sentenza non sono altro che strumenti di mera esecuzione della legge.

¹⁶ La scarsa considerazione che il Legislatore post-unitario aveva degli interessi legittimi emerge in tutta la sua evidenza nella celebre frase di Stanislao Mancini, pronunciata in occasione dei lavori parlamentari per l'approvazione della legge abolitrice del contenzioso amministrativo: "[...] sia pure che l'autorità amministrativa abbia fallito la sua missione, che non abbia provveduto con opportunità e saggezza, [...] sia pure che essa abbia, e forse anche senza motivi, rifiutato ad un cittadino una permesso, un vantaggio, un favore, che ogni ragione di prudenza e di buona economia consigliasse di accordargli ... sia pure che questo cittadino è stato di conseguenza ferito, e forse anche gravemente, nei propri interessi: che perciò? [...] che cosa ha sofferto il cittadino in tutte le ipotesi testè discorse? Semplicemente una lesione degli interessi? Ebbene, che vi si rassegni".

¹⁷ A partire dagli anni 50 del secolo scorso l'orientamento giurisprudenziale diviene unanime nel ritenere che, per addivenire all'annullamento d'ufficio, l'interesse pubblico dovesse identificarsi in una concreta situazione di vantaggio da valutarsi in relazione alla fattispecie concreta e all'arco temporale intercorso tra l'adozione del provvedimento di primo grado ed il suo ritiro. Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 3 maggio 1950, n. 246, in *Foro amm.*, 1950, I, 1, 320; GARRI, *Il pubblico interesse all'annullamento d'ufficio e il decorso del tempo (Rassegna di giurisprudenza 1950-1963)*, in *Foro amm.*, III, 1964, 175. Si veda SCOCA, *L'interesse legittimo: Storia e teoria*, 2017, Torino.

pubblico la cui tutela compete alla sola autorità amministrativa, il procedimento amministrativo rileva “in funzione della ponderazione degli interessi”, e “tende a comporre l'interesse pubblico primario di cui l'autorità è attributaria con ogni altro interesse che sia acquisito al procedimento e che sia ritenuto tutelabile attraverso gli atti che concorrono all'istruttoria procedimentale”¹⁸.

Solo con la metamorfosi e l'ampliamento della categoria delle norme giuridiche¹⁹ s'impone all'amministrazione, nella cura in concreto dell'interesse pubblico, anche il rispetto dei principi generali ed il giudice utilizza gli stessi per verificare la legittimità del provvedimento amministrativo²⁰.

La formalizzazione riduttiva della dimensione autoritaria del potere amministrativo si apre anche all'enucleazione di una serie di principi di garanzia, tra i quali quelli di legalità sostanziale, tipicità e proporzionalità.

L'eccesso di potere da vizio di un elemento dell'atto lascia il posto alla teoria dell'eccesso di potere come vizio della funzione²¹. Le figure sintomatiche sono ricollegate alla violazione dei principi di giustizia sostanziale, di ragionevolezza, di organizzazione amministrativa, permettendo di identificare la forma tipica dell'eccesso di potere con il sindacato sull'uso del potere discrezionale.

I principi generali entrano integralmente a far parte dell'ordinamento giuridico, quali vere e proprie norme giuridiche. Come evidenziava Benvenuti, i principi non costituiscono soltanto indicazioni di buona amministrazione, ma vere e proprie “condizioni indirette di validità” del provvedimento amministrativo. Essi non toccano gli elementi essenziali del provvedimento ma costituiscono vera e propria disciplina dell'attività che si esercita per quell'atto e, al definitivo, “condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo”²².

L'autorità amministrativa nell'*iter* procedimentale volto alla formazione della volontà deve fare richiamo alle c.d. norme mezzo, la cui osservanza è ga-

¹⁸ GIANNINI, *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano 1950; ID., *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, 274.

¹⁹ D'ALBERTI, *Diritto amministrativo e principi generali*, in ID. (a cura di), *Le nuove mete del diritto amministrativo*, Bologna, 2010, 67-91; RENNA-SAITTA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012.

²⁰ ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Vita e pensiero, Milano, 1938, 447 ss.

²¹ BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, *passim*

²² BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1-29. È la prima compiuta affermazione della trasformazione del potere astrattamente previsto dall'ordinamento obiettivo in atto provvedimento concreto.

ranza della regolare formazione di volontà nella emanazione dell'atto.

Tali norme appartengono al procedimento conoscitivo e logico ed in parte al comportamento tipico cui deve attenersi l'amministrazione, ed assicurano un atto logico e razionale²³.

Si rende, però, necessario distinguere tra le norme-mezzo di legittimità e quelle del merito, per evitare sconfinamenti in quest'ultimo campo²⁴.

Nell'atto discrezionale, per l'obbligo giuridico che incombe all'amministrazione di non svolgere attività arbitrarie, le norme-mezzo vengono a porsi come altrettanti presupposti di legittimità. La loro violazione compromette il raggiungimento di quello scopo di pubblico interesse, posto a base dell'atto, in quanto qualsiasi effetto giuridico, in un ordinamento di diritto, può raggiungersi soltanto attraverso l'osservanza e l'adempimento di tutte le condizioni di legittimità²⁵.

Esclusa ogni indagine sulle alterazioni della causa, il giudice della legittimità limita il proprio sindacato all'esame del procedimento volitivo, attraverso cui si forma il giudizio dell'autorità che emana l'atto, accertando se, nell'*iter* procedimentale sia riscontrabile la violazione delle norme/principi alla cui osservanza è subordinata la regolarità del processo di volontà per l'adozione dell'atto discrezionale²⁶.

²³ Anche per i principi del diritto interno, molti dei quali di derivazione europea, si condivide e si richiama FALCON, *Qualche sottolineatura in tema di principi generali del diritto dell'unione europea*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2017, 363 ss.: "In quanto elaborati a partire dai Trattati, o addirittura codificati nei Trattati, i principi generali ne condividono il valore costituzionale. A questa comune osservazione possono essere aggiunte, conclusivamente, due chiose, in opposta direzione. Da un lato, mano a mano che il principio si allontana da una mera formulazione testuale, per affidarsi all'elaborazione giurisprudenziale, fondata su argomentazioni razionali e su argomenti di contesto, l'eventuale mutare di tali elementi e in generale di circostanze e condizioni rilevanti potranno produrre altre argomentazioni razionali rivolte a ridimensionarne la portata o le regole applicative del principio. Il principio così fondato risulta così più flessibile, ma anche in un certo senso più debole, della norma codificata nei Trattati. Dall'altro lato, in quanto costituenti l'ossatura del sistema giuridico, o in quanto direttamente esponenti i suoi valori maggiormente non solo condivisi ma anche stabilizzati nel tempo, essi ne rappresentano in larga misura gli elementi fondamentali, il cui abbandono risulterebbe eticamente ripugnante prima ancora che giuridicamente inammissibile. Essi sembrano dunque rappresentare la parte più nobile di quel diritto di cui la Corte di giustizia è chiamata ad assicurare il rispetto". Tali conclusioni, seppure riferite ai principi elaborati dalla Corte di Giustizia, paiono utili a comprendere e descrivere l'essenza di tutti i principi di cui fa applicazione la giurisprudenza amministrativa, indipendentemente dal fatto che traggano origine dal testo costituzionale, dalla legge sul procedimento, dal diritto europeo o dalla CEDU.

²⁴ MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, 125.

²⁵ ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 188, li riteneva insindacabili nel giudizio di legittimità.

²⁶ Secondo la teoria oggettiva del potere, concepito quale energia giuridica, (cfr. MIELE,

La valorizzazione della figura dell'eccesso di potere ha consentito al giudice di tracciare una linea di confine tra legittimità sindacabile e merito insindacabile²⁷ e l'evoluzione giurisprudenziale ha spostato tale linea fino a ricomprendere la discrezionalità tecnica "inattendibile", ammettendo una "verifica diretta dell'attendibilità delle operazioni tecniche sotto il profilo della loro correttezza quanto a criterio tecnico ed a procedimento applicativo"²⁸, fino al limite invalicabile rappresentato dai "parametri generali di ragionevolezza"²⁹.

"La linea di discriminazione – talora sottile, ma mai inesistente – tra l'operazione intellettuale consistente nel vagliare l'intrinseca tenuta logica della motivazione dell'atto amministrativo impugnato e quella che si sostanzia invece nello scegliere tra diverse possibili opzioni valutative, più o meno opinabili, inerenti al merito dell'attività amministrativa di cui si discute"³⁰, permette di sottolineare che "altro è l'illogicità di una valutazione, altro è la non condivisione di essa"³¹.

Principi di diritto amministrativo, Padova, 1953, 58; GARBAGNATI, *Diritto soggettivo e potere giuridico*, in *Jus*, 1942, 226) l'eccesso di potere denuncia l'irregolare corso del potere verso la sua trasformazione in atto senza che, però, sia individuabile a priori una distinzione tra legittimità e merito. Sui limiti del sindacato del giudice amministrativo, cfr., Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013, laddove precisa che il giudice amministrativo è tenuto ad arrestarsi ogni qual volta non si riscontrino illegittimità ma solo l'intrinseca opinabilità delle scelte amministrative. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601; Id., Sez. VI, 13 settembre 2012, n. 4873; T.A.R. Abruzzo, Pescara, Sez. I, 23 maggio 2013, n. 290.

²⁷ Il sindacato sull'eccesso di potere si estende al processo di elaborazione degli interessi e l'oggetto del processo amministrativo non è più il provvedimento impugnato, bensì il rapporto dedotto in giudizio. Cfr. *infra*.

²⁸ Cons. Stato, Sez. IV, 9 aprile 1999, n. 601, in *Foro it.*, 2001, III, 9, con nota di TRAVI e in *Foro amm.*, 2000, 422, con nota di PERFETTI. Id., sez. V, 5 marzo 2001, n. 1247, in *Urb. e appalti*, 2001, 866, con nota di PROTTO. Cfr. anche DE PRETIS, *Discrezionalità tecnica e incisività del controllo giurisdizionale*, in *Giorn. dir. amm.*, 1999, 1179.

²⁹ TRAVI, *Il giudice amministrativo e le questioni tecnico-scientifiche: formule nuove e vecchie soluzioni*, in *Dir. pubbl.*, 2004, 447. Cfr. Cass., Sez. Un., ord. 17 febbraio 2012, n. 2312, in *Giur. it.*, 2013, 292, con nota di VOLPE, *Eccesso di potere giurisdizionale e limiti al sindacato della discrezionalità tecnica*, dove si esclude che in sede di legittimità il giudice amministrativo possa compiere un autonomo giudizio di "non condivisibilità" delle valutazioni compiute dall'amministrazione. In generale, sul merito amministrativo, si rinvia a GILIBERTI, *Il merito amministrativo*, Padova, 2013, 325, il quale sottolinea il carattere strumentale e relativo della distinzione operata dalla giurisprudenza, perché "il sindacato non può che svolgersi sulla base del materiale disponibile per come esso si presenta di volta in volta (...) non potendo che esser pieno sotto il profilo della cognizione e dell'accertamento di illegittimità".

³⁰ Così Cass., Sez. Un., 8 marzo 2012, n. 3622. Si veda anche D.lgs. 19 gennaio 2017, n. 3, che all'art. 7, nei confronti dei provvedimenti dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, precisa che il sindacato del giudice amministrativo comporta la verifica diretta dei fatti posti a fondamento della decisione impugnata e si estende anche "ai profili tecnici che non presentano un significativo margine di opinabilità".

³¹ Cass., Sez. Un., 8 marzo 2012, n. 3622. Nello stesso senso cfr. Cons. Stato, Sez. V, 27

Il codice del processo amministrativo cristallizza l'astratta affermazione di una tutela piena dinanzi al giudice amministrativo, "giudice del fatto come della legittimità dell'atto" ai sensi degli artt. 63 e ss. del c.p.a.³², ma mantiene fermi i confini del sindacato dell'eccesso di potere senza consentire "alcuno sconfinamento nel merito da parte del giudice" bensì unicamente "la verifica della logicità, della coerenza e della ragionevolezza delle basi argomentative" seguite dall'amministrazione³³, salvaguardando l'autonomia decisionale della PA e la responsabilità delle sue scelte³⁴.

marzo 2013, n. 1783, in *Giorn. dir. amm.*, 2013, 1065, che, con riferimento a valutazioni tecniche ad alto tasso di opinabilità-discrezionalità, ha richiamato la distinzione tra poteri meramente accertativi, esercitabili anche mediante i più penetranti controlli consentiti da una c.t.u., e quelli valutativi rimessi all'amministrazione, precisando come al giudice sia vietato, anche attraverso l'adesione alle conclusioni del c.t.u., effettuare un controllo di tipo sostitutivo, essendogli consentito solo "un controllo finalizzato ad accertare, a mezzo delle cognizioni tecniche acquisite grazie al consulente tecnico, la ragionevolezza e coerenza tecnica della decisione amministrativa". Cfr. anche Cons. Stato, Sez. VI, 21 ottobre 2013, n. 5084; Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013.

³²Cfr. T.A.R. Liguria, Sez. II, 24 gennaio 2014, n. 137, che, in materia di appalti, giunge a ritenere ammissibili nel processo amministrativo le consulenze c.d. deducanti, "volte a valutare i fatti accertati e dati per esistenti, come (già definitivamente) acquisiti nel corso del procedimento amministrativo", ma non le consulenze tecniche c.d. percipienti, attraverso le quali è possibile accertare direttamente i fatti mediante l'ausilio di specifiche competenze tecniche. Prima del codice, si veda già SANDULLI, *La consulenza tecnica d'ufficio*, in *Foro amm.-Tar*, 2008, 3543. In generale si rinvia a PERFETTI, *Sull'istruttoria nel processo amministrativo oltre il "metodo acquisitivo"*. Osservazioni sulla relazione tra art. 64 c.p.a. ed art. 213 c.p.c., in *Scritti in memoria di Roberto Marrama*, II, Napoli, 2012, 739.

³³Così Cass., Sez. Un., 28 maggio 2012, n. 8412, in *Foro it.*, 2012, I, 2681.

³⁴Sul punto si vedano le riflessioni di TRAVI, *L'eccesso di potere fra diritto amministrativo e tutela giurisdizionale*, in *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 616 e 617. L'A., richiamando il recente orientamento della Corte di Cassazione che pare accogliere una nozione restrittiva di legittimità a vantaggio del merito, sottolinea che l'eccesso di potere rappresenta uno strumento irrinunciabile per la garanzia delle libertà, ed osserva che se "la linea precisa di frontiera fra legittimità e merito è mobile (perché il suo tracciato dipende anche da ragioni storiche), qualsiasi arretramento dovrebbe essere considerato con grande preoccupazione. L'errore di valutazione compiuto dalla Cassazione (...) si rispecchia in modo grave su tutti il sistema di tutela del cittadino". L'A. si riferisce all'orientamento inaugurato con Cass., Sez. Un., 17 febbraio 2012, n. 2312, e proseguito fino ad oggi (cfr. da ultimo Cass., Sez. Un., 22 settembre 2015, n. 19787). Si veda anche Cons. Stato, sez. VI, 14 agosto 2013, n. 4174.

2. *L'evoluzione del potere di annullamento. Dalla legalità formale alla legalità sostanziale.*

Il procedimento nella legislazione dal 1990 ad oggi diventa lo strumento per consentire la produzione di attività giuridica nell'ambito di un rapporto paritario tra cittadino ed amministrazione nell'accertamento del fatto e nell'applicazione della norma, attività che poi l'amministrazione impone, in modo unilaterale ed autoritativo, mediante l'emanazione del provvedimento, salvo il ricorso agli accordi³⁵.

Tali mutamenti hanno portato non a un declassamento dell'interesse pubblico, ma ad una sua valorizzazione, rendendolo più complesso e variabile³⁶. La valutazione dell'interesse pubblico concreto e attuale attraverso un'accurata determinazione dell'assetto degli interessi pubblici e privati coinvolti assicura un indubbio miglioramento nella ricerca della buona amministrazione.

La concezione dinamica del potere richiede necessariamente la procedura quale veicolo necessario per la concretizzazione dell'astratta volontà della norma di legge, dove il privato dialoga con l'amministrazione alla ricerca della più efficiente ed imparziale soddisfazione dell'interesse pubblico, quale causa del potere amministrativo³⁷.

³⁵ Come già osservava Giannini: "la discrezionalità amministrativa è una comparazione qualitativa e quantitativa degli interessi pubblici e privati che concorrono in una situazione sociale oggettiva, in modo che ciascuno di essi venga soddisfatto secondo il valore che l'autorità ritiene abbia nella fattispecie". GIANNINI, *Il potere discrezionale della pubblica amministrazione. Concetto e problemi*, Milano, 1939, 74.

³⁶ DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, Padova, 1992; BRUTI LIBERATI, *Consenso e funzione nei contratti di diritto pubblico tra amministrazioni e privati*, Milano, 1996.

³⁷ DI GASPARE, *Il potere nel diritto pubblico*, cit., 168: l'atto è ricondotto all'esercizio del potere e la volontà soggettiva al contenuto dell'atto. Si veda anche BASSI, *Contributo allo studio delle funzioni dello Stato*, Milano, 1969, 101, che definisce il potere come la forza giuridica che attua l'ordinamento; NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, 108; GIACCHETTI, *Dall'amministrazione "di diritto pubblico" allo amministratore "nel pubblico interesse"*, in *Foro amm.-Cons Stato*, 2006, 2349, il quale utilizza una nozione oggettiva di amministrazione (quale attività svolta nel pubblico interesse) per individuarne un concetto più ampio che consenta di "trattare in chiave di diritto pubblico, prescindendo dalla loro configurazione formale pubblica o privata, tutti indistintamente i soggetti e gli strumenti operativi che al perseguimento dell'interesse pubblico siano oggettivamente finalizzati". Come osservava SANDULLI, *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1959, 120, nota 2: la "partecipazione dell'interessato al procedimento, che si svolge in funzione di una certa fattispecie, in vista della cui formazione opera anche l'amministrazione, è naturalmente più intensa e più decisiva là, dove maggiore è la sfera dei poteri e degli interessi, che l'ordinamento gli riconosce, e dove è maggiore la sfera di disposizione, che lascia libera alla sua facoltà di determinazione. Tale potere determinante è massimo in quei casi, in cui l'azione dell'autorità si risolve (...) nel semplice controllo dell'attività privata".

L'esercizio della funzione propria e autonoma dell'amministrazione di ristabilire l'interesse pubblico violato dall'atto invalido, in questa prospettiva, diventa anche un istituto di tutela giuridica del privato, in quanto si riconosce al cittadino, che si trovi nelle condizioni richieste dalla legge, il diritto all'attività dell'organo amministrativo o giurisdizionale, ed a questi ultimi l'obbligo di adottare il provvedimento³⁸.

Se il procedimento è la sede per l'individuazione e la valutazione degli interessi rilevanti per addivenire ad una corretta e buona amministrazione, il processo si configura come il luogo della tutela di uno degli interessi rilevanti che si ritiene illegittimamente sacrificato. Entrambi sono finalizzati a comporre il conflitto tra più interessi pubblici e privati³⁹.

Procedimento e processo sono ancora accomunati dall'identità di oggetto: il processo non è più incentrato solo sull'atto impugnato per divenire anche sindacato sul rapporto, sull'esercizio dell'attività amministrativa che, nel perseguire la funzione pubblica, determina un particolare assetto degli interessi dedotti in giudizio⁴⁰.

In tale nuova prospettiva, le modifiche legislative sia sul versante procedimentale che processuale sono volte ad evitare che l'annullamento dell'atto resti ancorato al formalismo che caratterizza l'attività amministrativa.

La partecipazione del privato al procedimento consente di ampliare il panorama dei fatti e degli interessi che devono essere valutati nell'istruttoria procedimentale e successivamente dal giudice attraverso il sindacato sulla

³⁸ Cfr. Corte Cost., 18 maggio 1989, n. 251, dove si afferma che “nel processo amministrativo la tutela degli interessi legittimi avviene attraverso il sindacato sull'esercizio del potere amministrativo”.

³⁹ NIGRO, *Procedimento amministrativo e tutela giurisdizionale contro la Pubblica Amministrazione (il problema di una legge generale sul procedimento amministrativo)*, in *Scritti giuridici*, III, 1996, 1429 ss.; DURET, *Partecipazione procedimentale e legittimazione processuale*, Torino, 1996, 1 ss.; SCOGNAMIGLIO, *Il diritto di difesa nel procedimento amministrativo*, Milano, 2004; PERFETTI, *Diritto ad una buona amministrazione ed equità*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2010, 789.

⁴⁰ Cons. Stato, Sez. IV, 30 giugno 2006, n. 4239, in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2006, 1797: “Con l'accoglimento dell'istanza cautelare ai fini del riesame alla luce dei motivi di ricorso il giudice non si limita a sospendere l'atto impugnato, ma ordina all'amministrazione di riesaminare la situazione tenendo presenti i motivi di ricorso, realizzandosi così un procedimento amministrativo aperto e l'interesse legittimo si configura nella pretesa alla adeguata e completa considerazione della propria posizione in vista della sua possibile – anche se non scontata – soddisfazione; si ha, cioè, una piena integrazione tra processo e procedimento, in quanto la pronuncia cautelare, pur lasciando impregiudicato il contenuto finale del provvedimento, impone all'amministrazione di riprendere in esame l'interesse del ricorrente sul presupposto di una (più) attenta valutazione dei dati o degli elementi emersi dal ricorso, nel corso del giudizio o nella fase istruttoria giudiziale, pur restando impregiudicata la potestà finale dell'amministrazione sul contenuto della decisione”.

completezza dell'istruttoria e sulla ragionevolezza⁴¹. Il cittadino, quindi, attraverso la partecipazione si inserisce nella fase della concretizzazione dell'interesse pubblico, immettendosi nel circuito decisionale della PA⁴².

L'accentuazione del momento procedimentale ha comportato il passaggio da una visione formalistica, dove l'attenzione si incentrava sull'imperatività ed efficacia del provvedimento, ad una visione sostanzialistica, che impone una giustificazione razionale delle scelte dell'amministrazione⁴³.

Proprio l'oggettivizzazione dell'esercizio del potere⁴⁴, infatti, se da un lato ha aperto la strada ad un sindacato giurisdizionale più pregnante e tale da conoscere non più solo l'atto ma anche l'attività e la funzione attraverso l'espansione del vizio dell'eccesso di potere, fino a devolvere al sindacato giurisdizionale anche il c.d. merito amministrativo⁴⁵, dall'altro ha imposto (art. 21 *octies*, legge n. 241/1990) una limitazione all'annullamento per vizi formali⁴⁶ per impedire annullamenti dovuti a vizi formali quando si dimostri che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso⁴⁷.

⁴¹ PERFETTI, *Partecipazione ed obbligo di motivazione*, in PASTORI (a cura di), Legge 7 agosto 1990, n. 241 e ordinamenti regionali, Padova, 1995, 155.

⁴² Cons. Stato, Sez. VI, 16 aprile 1998, n. 515.

⁴³ Si osserva che a partire dall'art. 118, comma 4, Cost., si è delineato un nuovo rapporto pubblico/privato, basato su parità e collaborazione che, secondo lo schema del principio di sussidiarietà orizzontale, impone un rapporto di reciproca e necessaria fiducia. Cfr. STICCHI DAMIANI, *La revoca dopo la legge n. 15 del 2005*, in *Foro amm.-Tar*, 2006, 203.

⁴⁴ BENVENUTI, *Funzione amministrativa, procedimento, processo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1952, 118; ID., *L'amministrazione oggettivata: un nuovo modello*, in *Riv. trim. scienza dell'amministrazione*, 1978, 6.

⁴⁵ Osserva GILIBERTI, *Sulla pienezza del sindacato giurisdizionale sugli atti amministrativi. Annotazioni a Corte di Cassazione, Sezioni Unite, 20 gennaio 2014, n. 1013*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 1057: "il sindacato mediante principi si traduce in una forma di verifica sulla qualità giuridica delle scelte amministrative, sicché (...) vien difficile riconoscere l'esistenza di contenuti imperscrutabili e, conseguentemente, ritagliare una collocazione dogmaticamente significativa per il merito amministrativo".

⁴⁶ Si veda già CAIANIELLO, *Manuale di diritto processuale amministrativo*, Torino, 2003, il quale evidenziava che una visione sostanzialistica dell'oggetto del giudizio amministrativo consentirebbe di superare anche l'orientamento in base al quale, con inutile spreco di attività processuale, è possibile pervenire all'annullamento degli atti per meri vizi di forma o per difetto di motivazione. Tali annullamenti per vizi di forma andrebbero evitati, tutte le volte in cui si potesse accertare in giudizio che dai predetti vizi non sia derivata alcuna concreta lesione degli interessi del ricorrente.

⁴⁷ MATTARELLA, *Le dieci ambiguità della legge n. 15 del 2005*, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, 820.

3. *L'annullamento e il rapporto amministrativo.*

Inizialmente la dottrina ha ritenuto che l'effetto essenziale e diretto dell'annullamento fosse di far venire meno un precedente atto giuridico, sottolineando come la cessazione della fonte formale comporta, necessariamente, l'estinzione del rapporto, non essendo possibile l'esistenza di rapporti giuridici privi di forma, poiché è quest'ultima che fornisce il carattere della giuridicità⁴⁸.

L'effetto tipico principale dell'annullamento è fatto coincidere con l'eliminazione dell'atto dal mondo giuridico e alla tipicità di tale effetto si accompagna sempre un corrispondente effetto materiale che riguarda il rapporto⁴⁹.

Peraltro, l'abbandono del formalismo tipico della prima dottrina amministrativistica e l'esigenza di tenere in considerazione la realtà e la complessità dei fenomeni ha imposto di rivedere i concetti di provvedimento e procedimento amministrativo, fino a dare sempre maggiore rilievo al rapporto amministrativo, quale figura concettuale idonea non solo a dare valore al rapporto tra cittadini ed amministrazione ma anche a conferirgli giuridicità⁵⁰.

Il rapporto inizia ad essere concepito quale insieme di attività necessarie per conseguire un risultato concreto, distinto ed autonomo dai concetti di provvedimento e procedimento, definibile come l'"insieme di relazioni giuridicamente rilevanti, bipolari o multipolari, esterne e interne, che si instaurano tra pubbliche amministrazioni e privati finalizzate all'esercizio della funzione amministrativa e alla tutela dei diritti fondamentali dei soggetti coinvolti"⁵¹.

Cambia la concezione dell'interesse pubblico e la partecipazione del privato alla determinazione del contenuto e degli effetti del procedimento non può non influire sulla stabilità del provvedimento e sulla tutela dell'affidamento⁵².

Più in generale, "l'esercizio del potere di riesame dell'amministrazione in relazione al mutamento delle circostanze di fatto, al mutamento della costellazione di interessi in cui l'interesse pubblico viene a situarsi o ad altre cause non previste o non prevedibili avviene nell'ambito del rapporto amministrativo durevole il cui contenuto è stato determinato anche e soprattutto nel corso del rapporto procedimentale"⁵³.

Acquista autonoma valenza giuridica quel contemperamento tra diritti,

⁴⁸ ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 399; CARNELUTTI, *Processo di esecuzione*, Padova, 1931, III, 236.

⁴⁹ ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 311.

⁵⁰ PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, Milano, 2008, 102 ss.

⁵¹ PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., 104.

⁵² PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., 258.

⁵³ PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit., 261.

obblighi, competenze, facoltà ed oneri tra i soggetti giuridici coinvolti nel procedimento volto all'adozione del provvedimento amministrativo⁵⁴.

Diviene, quindi, necessario distinguere tra fine dell'atto e fine del rapporto giuridico, ammettendo anche che sia possibile riscontrare situazioni in cui la cessazione dell'atto non comporta l'estinzione del rapporto che, dall'atto di cui si tratta, era sorto⁵⁵.

D'altra parte, lo stesso codice del processo amministrativo, all'art. 34, comma 1, lett. e), nel consentire al giudice di ampliare il contenuto della sentenza fino a ricomprendere le misure idonee all'attuazione del giudicato pare confermare l'assunto per cui l'annullamento volto all'eliminazione dell'atto dal mondo giuridico potrebbe non rivelarsi sufficiente a garantire la correttezza sostanziale del rapporto tra ricorrente, amministrazione resistente ed eventuali controinteressati⁵⁶.

⁵⁴ Cfr. Cons. Stato, Sez. IV, 7 marzo 2013, n. 1403: "la natura 'dinamica' dell'interesse legittimo determina che esso si manifesta solo in riferimento all'attivazione del potere amministrativo e persista non solo fino al 'compimento' del medesimo per il tramite del provvedimento amministrativo, ma anche fin dove è riconosciuto al suo titolare...la tutela giurisdizionale". GRECO, *Il rapporto amministrativo e le vicende della posizione del cittadino* in *Dir. amm.* 2014, 585 ss.: "In tal quadro, peraltro, la vicenda estintiva della figura va diversamente costruita. E si deve ritenere che l'interesse legittimo, ancorché in ipotesi leso dal provvedimento amministrativo, permarrà in vita fino alla scadenza dei termini per l'attivazione della tutela giurisdizionale e si estinguerà alla scadenza di detti termini. In caso, viceversa, di tempestiva proposizione dell'impugnazione (o dell'azione) continuerà a permanere in vita, finché sia pendente il relativo giudizio e talvolta anche dopo, come si vedrà". Si veda anche ID., *Dal dilemma diritto soggettivo-interesse legittimo, alla differenziazione interesse strumentale-interesse finale*, in *Dir. amm.*, 2014, 479.

⁵⁵ In tal senso, si veda già GORLA, *Del rischio e pericolo nelle obbligazioni*, Padova, 1934, 135; RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 141 ss. e 128, il quale sottolinea come l'effetto sul rapporto, sebbene mediato, indiretto e secondario non assume tuttavia un rilievo inferiore, se considerato in sé e per sé e nella sua importanza pratica, 267. *Contra* GUICCIARDI, *L'abrogazione degli atti amministrativi*, in *Raccolta di studi di diritto pubblico in onore di Giovanni Vacchelli*, Milano, 250.

⁵⁶ In merito alla distinzione tra atti costitutivi o innovativi (che hanno per effetto la nascita, modificazione, estinzione di un soggetto, di un potere, di un diritto, di un interesse, di un obbligo, producendo in sostanza un mutamento nelle condizioni giuridiche esistenti) ed atti dichiarativi (diretti a far valere, realizzare, conservare o tutelare un potere o diritto preesistente, senza produrre effetti innovativi) applicabile sia quando l'atto di annullamento assume la forma di manifestazione di volontà concreta della pubblica amministrazione, sia quando l'atto è rivestito della forma del provvedimento giurisdizionale, CAMMEO, *L'azione del cittadino contro la pubblica amministrazione*, in *Giur. it.*, 1905, IV, 48 ss. e ROMANELLI, *L'annullamento*, cit., 314, avevano già sottolineato l'esistenza di sentenze che non accertano soltanto situazioni, diritti o doveri preesistenti, ma che hanno per effetto di costituire nuovi diritti, nuovi doveri, nuove situazioni giuridiche. Recentemente CLARICH, *Commento all'art. 29 del codice del processo amministrativo, Azione di annullamento*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2010, sotto-

Così il potere di riesame, finalizzato a garantire la costante cura dell'interesse pubblico, non può prescindere dalla valutazione del sottostante rapporto giuridico e, quindi, dalla tutela dell'affidamento del privato⁵⁷.

Si può anche ipotizzare che i differenti interessi pubblici e privati coinvolti nel rapporto amministrativo mutino nel corso del tempo e, di conseguenza, richiedano forme di tutela differenti da parte dell'amministrazione mediante l'esercizio del potere di riesame.

L'atto di annullamento viene ad estinguere un precedente comportamento dell'amministrazione nell'ambito dello stesso rapporto ed è perciò un atto che incide su ciò che fino a quel momento appariva legittimo ed opportuno per l'amministrazione.

Siamo ormai lontani da quella concezione per cui l'atto annullabile, portando in sé latente il vizio che lo inficia, impedisce che il rapporto giuridico entri a far parte del mondo giuridico⁵⁸.

L'atto annullabile produce effetti nel mondo giuridico in tutto e per tutto equivalenti a quelli di un atto valido. Quando interviene l'annullamento, per la tutela di un attuale interesse pubblico, differente da quello posto a fondamento dell'atto viziato, nascono, si producono e realizzano differenti effetti giuridici che derivano da una diversa composizione degli interessi del rapporto giuridico⁵⁹.

Potrà così accadere che nella nuova contemperazione e valutazione dell'interesse pubblico sia preferibile limitare gli effetti dell'annullamento nel tempo (annullamento *ex nunc* o annullamento parziale) oppure, in alcuni casi, non pervenire all'annullamento lasciando in vita un provvedimento illegittimo *ab origine*.

linea che il codice non ha superato l'impostazione tradizionale del processo amministrativo come processo sull'atto anziché sul rapporto, in cui l'impugnazione dell'atto costituisce l'occasione per accertare nella sua interezza il modo di essere del rapporto.

⁵⁷ Cfr. GRECO, *Il rapporto amministrativo*, cit., il quale evidenzia come la durata del rapporto possa estendersi al caso di riedizione del potere (a seguito di sentenza di annullamento), al conseguente possibile ulteriore giudizio impugnatorio e di condanna all'adempimento.

⁵⁸ Per la ricostruzione dell'annullamento come elemento meramente dichiarativo con riferimento all'annullamento da parte delle autorità giurisdizionali amministrative, FAGGELLA, *La competenza nelle controversie in materia di pubblico impiego*, in *Giur. it.*, 1935, IV, 18.

⁵⁹ Come osserva PROTTO, *Il rapporto amministrativo*, cit. 253: "flessibilità e stabilità del provvedimento e, quindi, in ultima analisi, la tutela dell'affidamento del privato costituiscono questioni che attengono all'interpretazione del contenuto del provvedimento, con riferimento alla quale assume rilievo decisivo il rapporto amministrativo già instauratosi nel corso del procedimento amministrativo e che prosegue dopo l'emanazione del provvedimento".

4. Annullamento e revoca a confronto.

L'annullamento e la revoca sono finalizzati a una migliore realizzazione dell'interesse pubblico⁶⁰.

Il principio della continuità dell'azione amministrativa impone di assicurare che gli interessi pubblici siano efficacemente perseguiti, consentendo all'amministrazione di rivedere i propri atti, sia sotto il profilo della legittimità che sotto il diverso profilo dell'opportunità⁶¹.

Anche la revoca costituisce, pertanto, strumento per la continua verifica dell'adeguatezza dei risultati raggiunti con l'azione amministrativa⁶².

L'amministrazione conserva un potere autoritativo, discrezionale e di controllo sul permanere dei requisiti che giustificano l'opportunità dell'esercizio dell'azione⁶³. La valutazione circa l'assenza di una attuale rispondenza dell'atto revocando alle esigenze pubbliche è rimessa alla stessa PA e avviene sulla base di una nuova valutazione di opportunità⁶⁴.

⁶⁰ Cfr. PALMA, *Itinerari di diritto amministrativo*, Padova, 1996, 397, il quale afferma che mediante l'esercizio dell'autotutela l'amministrazione "perviene alla consapevolezza di meglio soddisfare l'interesse specifico perseguito con l'esercizio della funzione attiva".

⁶¹ Per una ricostruzione della distinzione tra annullamento e revoca nella dottrina e nella giurisprudenza, si rinvia a GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016, cap. I.

⁶² DI FIORE, *Il riesame del provvedimento*, in CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, 229; TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella l. n. 15 del 2005: profili problematici*, *ivi*, 237.

⁶³ Cfr. Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 1970, n. 211, in *Cons. Stato*, 1970, I, 507, che qualifica la revoca come un potere: "certamente discrezionale e il suo esercizio deve trovare giustificazione, specialmente quando incida su provvedimenti con i quali l'Amministrazione ha ampliato la sfera giuridica dei terzi, da una logica ed adeguata indicazione delle ragioni di opportunità amministrativa che consigliano la eliminazione dell'atto revocato. E di tali ragioni si deve trovare l'indicazione nello stesso provvedimento di autotutela dal quale deve risultare la consapevolezza dell'amministrazione di incidere su pregresse posizioni soggettive che dall'atto revocato abbiano trovato vita". In dottrina si veda ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; CORPACI, voce *Revoca e abrogazione del provvedimento amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1997; FERRARI, voce *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Digesto discipline pubblicistiche*, Torino, 1997; IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino 1999.

⁶⁴ Già l'art. 4, comma 2 della legge abolitiva del contenzioso amministrativo (legge 2248/1865), riconosceva all'amministrazione il potere di revoca e di modifica degli atti amministrativi, sottraendolo alle prerogative del giudice ordinario. È un potere che, a differenza dell'annullamento, può essere esercitato soltanto dal medesimo organo che ha adottato il provvedimento viziato. L'orientamento giurisprudenziale prevalente ritiene che l'amministra-

La *ratio* di tale potere è, pertanto, identica a quella dell'annullamento e risiede nell'attribuzione di una potestà genericamente connessa alla funzione amministrativa/potere pubblico⁶⁵.

Differisce dall'annullamento perché, mentre quest'ultimo comporta l'eliminazione del provvedimento illegittimo ed in contrasto con l'interesse pubblico, la revoca produce la cessazione degli effetti di un provvedimento legittimo, ma non più idoneo alla cura dell'interesse pubblico perseguito⁶⁶.

L'attenzione si è, quindi, rivolta a circoscrivere la portata applicativa di detto potere, meglio identificandone i presupposti e sottolineando l'esigenza che l'interesse pubblico sotteso al provvedimento di revoca mostri i caratteri della concretezza e dell'attualità⁶⁷.

L'istituto della revoca trova il suo fondamento in cause sopravvenute ed obiettivamente accertabili, che giustificano la cessazione dell'efficacia di un atto validamente emanato. In altre parole, attraverso la revoca si consente di regolare, in modo diverso e/o contrario da come fatto in precedenza, gli interessi che avevano determinato l'atto precedente, cioè quello che si revoca⁶⁸.

I motivi di revoca non costituiscono motivi di illegittimità al momento dell'emanazione dell'atto⁶⁹.

Si tratta di uno strumento finalizzato a garantire la continua rispondenza

zione, come nell'esercizio del potere di annullamento, sia tenuta a fornire adeguata motivazione sulla necessaria nuova discrezionale ponderazione degli interessi pubblici. Cons. Stato, Sez. V, 17 dicembre 1996, n. 1938; Id., Sez. V, 6 ottobre 1986, n. 499.

⁶⁵ Indipendentemente dalla natura pubblica o privata del soggetto che partecipa alla funzione pubblica, quale titolare di potestà amministrative in senso sostanziale.

⁶⁶ Cass., Sez. Un., 21 maggio 1927, in *Giur. it.*, 1927, I, 800: "L'annullamento, attenendosi a funzioni di vigilanza e di controllo esercitata da un organo amministrativo e per fini amministrativi, è regolato dalle norme di diritto pubblico, che gli sono proprie, che lo differenziano e lo distinguono dalla revoca, la quale, invece ricorre nel caso che l'atto amministrativo si ponga nel nulla per ragioni d'opportunità e di merito. Sia con l'annullamento, che con la revoca cade l'atto, ma con il primo per motivi di sola legittimità, e con la seconda per considerazioni di convenienza e di merito".

⁶⁷ IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 14, individua, come limiti idonei a circoscrivere la portata applicativa del potere di revoca, il carattere vincolato dell'atto, il contenuto dell'atto, l'essere l'atto manifestazione della cd. discrezionalità tecnica, il carattere paragiurisdizionale della decisione amministrativa, l'indisponibilità degli effetti, l'esaurimento degli effetti, le situazioni soggettive di vantaggio nate dall'atto revocando.

⁶⁸ RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 137, osserva che, parlando di revocabilità di atti amministrativi, ci si riferisce ad atti amministrativi validi.

⁶⁹ Cfr. art. 21 *quinquies* dove precisa che la revoca "determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti", codificando così l'efficacia non retroattiva del provvedimento di revoca.

della scelta amministrativa con l'interesse pubblico in concreto perseguito⁷⁰.

Nell'annullamento, invece, la cessazione dell'atto trova il suo fondamento in cause contemporanee alla sua emissione, siano esse dipendenti da una originaria limitazione della volontà che ha posto in essere l'atto, oppure da vizi da cui esso sia affetto. L'annullamento trova la sua causa giustificatrice in patologie di legittimità che inficiano l'atto sin dall'origine.

Peraltro, la sempre controversa distinzione tra i due istituti perde di valore giuridico a fronte della metamorfosi subita dal concetto di pubblico interesse e del rilievo che vengono ad assumere il rapporto giuridico e la tutela effettiva del privato coinvolto nell'espletamento dell'attività amministrativa⁷¹.

La distinzione tra revoca ed annullamento fondata sulla legittimità/illegittimità originaria del provvedimento⁷², infatti, viene meno quando l'illegittimità del provvedimento non è originaria, ma posteriore alla sua formazione⁷³.

Alla revoca fondata su ragioni di opportunità e convenienza, inoltre, è sempre stata riconosciuta efficacia *ex nunc*, a differenza dell'annullamento d'ufficio, che operando per vizi di legittimità si riteneva dovesse avere efficacia *ex tunc*⁷⁴.

Ma anche tale distinzione è stata messa in discussione. I vizi, infatti, indipendentemente dal fatto che siano riconducibili alla legittimità o al merito, se sussistono, inficiano l'atto *ab origine* e producono il medesimo effetto di consentirne l'eliminazione dal mondo giuridico⁷⁵.

È innegabile poi che la linea di confine tra legittimità e merito sia labile e in continuo movimento⁷⁶.

⁷⁰ Cons. Stato, Sez. VI, 17 marzo 1970, n. 211, in *Cons. Stato*, 1970, I, 507, che limita l'operatività della revoca alle ipotesi in cui sopravvengono elementi o fatti differenti rispetto a quelli valutati con il primo provvedimento.

⁷¹ ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., 68, considera la differenza tra annullamento e revoca come "uno dei punti più incerti e controversi della dottrina amministrativa".

⁷² RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1935, 67 ss.; ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., 99.

⁷³ ROMANO, *Annullamento degli atti amministrativi*, voce nel *Nuovo digesto it.*, 478.

⁷⁴ Cass., Sez. Un., 21 maggio 1927, in *Giur. it.*, 1927, I, 800, affermò chiaramente che l'annullamento d'ufficio si configura in presenza di atti illegittimi ed ha effetti retroattivi mentre la revoca agisce nei confronti di provvedimento legittimi con effetti *ex nunc*. Nello stesso senso Cons. Stato, Sez. V, 19 gennaio 1935, in *Foro amm.*, 1935, I, 2, 86.

⁷⁵ ROMANELLI, *L'annullamento degli atti amministrativi*, cit., 87 ss. e 99, il quale identifica la differenza tra i due istituti esclusivamente nella originarietà (annullamento) o meno del vizio (revoca), indipendentemente dal fatto che siano di legittimità o di merito.

⁷⁶ Già la dottrina meno recente si era soffermata sul quesito del fondamento giuridico in base al quale le varie ipotesi devono considerarsi come figure di illegittimità. Si è resa necessa-

La figura dell'eccesso di potere quale vizio di illegittimità dell'atto discrezionale, si è formata, nella nostra giurisprudenza, con caratteristiche finalizzate a realizzare il principio dell'effettività della tutela⁷⁷.

ria da parte dottrina una ricerca metodologica del vizio in esame in quelle che sono le condizioni giuridiche dell'atto amministrativo. La questione è stata risolta concordemente in base alla teoria della causa: le varie figure raggruppate sotto la comune denominazione eccesso di potere, sono figure di illegittimità, perché ciascuna di esse, a suo modo, costituisce un vizio della causa dell'atto amministrativo. RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, Milano, 103; ID., *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto (incompetenza, eccesso di potere, violazione di legge) nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, II, 73; CAMMEO, *La violazione delle circolari come vizio di eccesso di potere*, in *Giur. it.*, 1912, III, 107; DE VALLES, *La validità degli atti amministrativi*, Padova, 1916, 174 ss. È innegabile però che attraverso la causa si finisca necessariamente ad invadere il merito, valutando i criteri di opportunità e convenienza. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, Roma, 1935, 46 e 51. Il problema della causa viene ad assumere particolare rilevanza negli atti discrezionali, dove è consentito, in adempimento dell'obbligo di perseguire il pubblico interesse, una discrezionale valutazione dei fini. Cfr. BODDA, *La nozione di causa giuridica della manifestazione di volontà nel diritto amministrativo*, Torino, 1953, 57, dove, tra l'altro, si rileva come, negli atti vincolati od esecutivi la causa è stabilita dalla legge. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo*, vol. III, 1292; ALESSI, *Intorno ai concetti di causa, illegittimità ed eccesso di potere*, Milano, 1934, 106. La valutazione del contenuto volitivo, dal punto di vista dell'interesse generale, la valutazione cioè del fine, dello scopo perseguito dall'autorità, alla stregua delle esigenze del pubblico interesse, costituisce la ricerca della causa dell'atto. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, cit., 51. E il vizio di merito non può che ripercuotersi sulla valutazione dello scopo, sul fine dell'atto e si riferisce, perciò, proprio alla causa. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, in *Raccolta di scritti di diritto pubblico in onore di G. Vacchelli*, Vita e pensiero, Milano 1938, 459, non pone alcuna distinzione tra regole che, se violate, possono dare luogo ad eccesso di potere e quelle attinenti al merito. Cfr. anche RANELLETTI, *Le garanzie della giustizia nella pubblica amministrazione*, cit., 104, il quale rileva che nel considerare il vizio di manifesta ingiustizia bisogna procedere cautamente per non trattare come vizio di legittimità dell'atto, un vizio che è invece di merito. In altre parole, il rischio è confondere con l'illogicità e l'irrazionalità del giudizio, che danno luogo ad un vizio di legittimità, l'inesattezza o l'ingiustizia del giudizio dal punto di vista dell'opportunità, che riguardano il merito. MORTATI, *La volontà e la causa nell'atto amministrativo e nella legge*, cit. 122.

⁷⁷ L'influenza esercitata dalla giurisprudenza francese sul Consiglio di Stato attiene all'esatta formulazione del principio che sottopone al sindacato di legittimità gli atti discrezionali. Ma a differenza del Consiglio di Stato francese, ove il *détournement* era l'unico motivo per il quale veniva ammesso il ricorso per *excès de pouvoir* contro atti discrezionali, la giurisprudenza del nostro Consiglio di Stato, fin dalle prime decisioni, non ha considerato lo sviamento di potere come unico vizio di illegittimità dell'atto discrezionale, ma ha riconosciuto particolari figure di illegittimità di questi atti, le quali, sebbene logicamente non derivino né dal concetto di eccesso di potere tradizionalmente inteso, né da quello di *détournement*, furono comprese, con quest'ultima figura, sotto la comune denominazione di eccesso di potere. ROVELLI, *Lo sviamento di potere*, cit., 450; RANELLETTI, *Dei confini tra legittimità e merito del provvedimento amministrativo e dei vizi dell'atto nei riguardi del sindacato giurisdizionale*, in *Foro amm.*, 1928, 73.

La giurisprudenza è intervenuta ampliando di volta in volta i contorni dell'eccesso di potere facendo ricorso alla manifesta irragionevolezza e violazione degli altri principi dell'azione amministrativa, quali quello di proporzionalità⁷⁸, di precauzione⁷⁹, parità di trattamento, difetto di motivazione⁸⁰ e riducendo la porzione insindacabile delle decisioni amministrative riservata al merito⁸¹.

L'insindacabilità della scelta vera e propria demandata all'amministrazione, cioè il merito amministrativo, viene erosa dalle regole che disciplinano le modalità della scelta⁸².

L'applicazione dei principi permette di verificare la qualità delle scelte amministrative consentendo una valutazione piena degli interessi in gioco⁸³.

⁷⁸ SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Milano, 1998; GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; PARISSIO, *Principio di proporzionalità e giudice amministrativo italiano*, in *Nuove autonomie*, 2006, 717; COGNETTI, *Principio di proporzionalità. Profili di teoria generale e di analisi sistematica*, Torino, 2011; FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi e processo amministrativo*, Torino, 2012.

⁷⁹ DE LEONARDIS, *Il principio di precauzione nell'amministrazione di rischio*, Milano, 2005.

⁸⁰ Cfr. VILLATA-RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 208-209, i quali evidenziano: "L'osservanza di canoni oggettivi da parte dell'amministrazione è legata strettamente allo strumento della motivazione del provvedimento amministrativo, nel senso che la prova del loro rispetto nel caso concreto è affidata a un'argomentazione convincente offerta dall'amministrazione stessa. (...) attraverso il sindacato sulla sufficienza delle motivazioni si giunge a rifare completamente il giudizio svolto dall'amministrazione. (...) Il giudice si spinge ad accertare direttamente i presupposti di fatto ed a specificare parametri normativi, spesso largamente indeterminati. L'esito ultimo di siffatta operazione è – talvolta – la creazione di norme ulteriori a quelle legislative per l'esercizio dell'azione amministrativa, nonché il superamento mascherato del principio tradizionale secondo cui resta preclusa al giudice, in sede di giudizio di legittimità, la diretta valutazione dell'interesse pubblico concreto perseguito dall'atto impugnato".

⁸¹ CASSESE, *le basi del diritto amministrativo*, VI ed., Milano, 2000, 443, il quale evidenzia come lo spazio del potere dell'amministrazione sia legato non tanto dalla legge, quanto dal giudice.

⁸² VILLATA-RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, anche laddove si precisa che "La creazione ad opera della giurisprudenza di principi generali impliciti nell'ordinamento giuridico che l'amministrazione è tenuta a rispettare nel suo agire è animata da un intento equitativo, che passa dalla sua sede naturale, il giudizio di merito, ad una nuova e più generale sede, e cioè il giudizio di legittimità (...) l'ambito della legittimità tende continuamente ad espandersi e a comprendere settori sempre più ampi del merito, proprio in virtù dell'attrazione entro il sindacato di legittimità di tutta quella parte dell'attività di merito in qualche modo assoggettabile a regole e, quindi, oggettivamente verificabile", 207.

⁸³ BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubb.*, 1950, 1 ss., eleva i principi al rango di norme giuridiche e obbliga ad incentrare l'attenzione

I profili meramente formali legati all'originario vizio di legittimità, quale controllo sulla corrispondenza astratta ad un modello legislativo, si arricchiscono dei contenuti del merito, rendendo difficoltosa l'individuazione di un discrimine tra i due ambiti dell'agire amministrativo⁸⁴.

Si potrebbe, quindi, ritenere non necessario mantenere l'istituto giuridico del merito distinto da quello della legittimità sul piano del potere di scelta dell'amministrazione, assumendo i due concetti rilievo esclusivamente dal punto di vista giurisdizionale al fine di limitare il potere di sindacato del giudice amministrativo, impedendogli di influire sulla scelta delle modalità del provvedimento finale e di sostituirsi all'amministrazione⁸⁵.

Sotto tale profilo, e con maggiore aderenza all'insegnamento europeo⁸⁶, si potrebbe giungere a qualificare la revoca come un annullamento per un motivo di merito⁸⁷.

In tal caso, sia l'annullamento fondato su un motivo di legittimità che quel-

non sul provvedimento ma sull'attività amministrativa in sé considerata. I principi costituiscono la disciplina dell'attività nel suo complesso e consentono il controllo dell'esercizio del potere. Per usare le parole di Benvenuti, essi sono "condizione di legittimità della funzione amministrativa, intesa l'espressione ad indicare il concretarsi del potere in un singolo atto amministrativo" (29).

⁸⁴ "La conformità dell'attività amministrativa alle regole non giuridiche di buona amministrazione", secondo la definizione di merito di MORTATI, *Norme giuridiche e merito amministrativo*, in *Stato e diritto*, 1941, viene attratta nei principi di efficacia, efficienza, proporzionalità, economicità dell'agire amministrativo. La stessa discrezionalità tecnica è sottoposta al controllo del giudice amministrativo.

⁸⁵ Cass., Sez. Un., 20 gennaio 2014, n. 1013: "il sindacato del giudice, essendo pur sempre un sindacato di legittimità e non di merito, è destinato ad arrestarsi sul limite oltre il quale la stessa opinabilità dell'apprezzamento operato dall'amministrazione impedisce d'individuare un parametro giuridico che consenta di definire quell'apprezzamento illegittimo. Con l'ovvio corollario che compete comunque al giudice di vagliare la correttezza dei criteri giuridici, la logicità e la coerenza del ragionamento e l'adeguatezza della motivazione con cui l'amministrazione ha supportato le proprie valutazioni tecniche, non potendosi altrimenti neppure compiutamente verificare quali siano in concreto i limiti di opinabilità dell'apprezzamento da essa compiuto".

⁸⁶ Cfr. *infra.*, cap. IV.

⁸⁷ Si veda già CANNADA BARTOLI, *Annullabilità ed annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, vol. II, Milano, 1958, 485 ss., il quale riconduceva l'inopportunità originaria ad elemento connotante l'annullamento d'ufficio per motivi di merito, poiché sia i vizi di legittimità che quelli di merito sono da ricondurre nel concetto di invalidità. Nella dottrina più antica i termini annullamento d'ufficio e revoca erano impiegati senza un significato preciso. RAGNISCO, *Revoca e annullamento di atti amministrativi*, in *Foro it.*, 1907, 282, evidenzia che la revocabilità degli atti amministrativi ha molti punti in contatto con l'annullamento d'ufficio. Anche la prima giurisprudenza considera i due concetti come sinonimi Cons. Stato, parere, 3 gennaio 1923, in *Riv. amm.*, 1923, 248; Cons. Stato, Sez. IV, 12 gennaio 1927, in *Foro it.*, 1928, III, 108; Cons. Stato, Sez. V, 1 giugno 1928, in *Foro it.*, 1928, III, 169.

lo fondato su un motivo di merito, si basano su un vizio dell'atto, e producono effetti *ex tunc* o *ex nunc* a seconda delle necessità della migliore soddisfazione dell'interesse pubblico⁸⁸.

Come chiarito dal giudice amministrativo, l'art. 21 *nonies* della legge n. 241/1990, nel disciplinare i presupposti e le forme dell'annullamento d'ufficio ha pur sempre configurato un potere di merito⁸⁹.

4.1. (Segue). *L'intervento del legislatore e la difficile distinzione tra revoca ed annullamento.*

I recenti interventi del legislatore hanno introdotto una nozione ampia di revoca, prevedendo tre presupposti alternativi che legittimano l'adozione del provvedimento⁹⁰: a) la sopravvenienza di motivi di pubblico interesse; b) il mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento; c) una nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, salvo che per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, ricomprendendosi in tale ultima ipotesi anche il quale mero riesame di fatti e interessi immodificati nel tempo e, quindi, il c.d. *jus poenitendi*⁹¹.

Il provvedimento di revoca può avere ad oggetto un provvedimento ad efficacia durevole o istantanea, che non abbia ancora esaurito i suoi effetti quando l'amministrazione decide di intervenire in autotutela, tanto che l'atto

⁸⁸ Si cfr. FERRARI, *Revoca*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, 335, il quale rileva come le affermazioni della giurisprudenza siano spesso riferite ai due istituti senza distinguerli in ragione del fatto che "nella ricostruzione e nell'applicazione giurisprudenziale i due istituti effettivamente rispondono a principi comuni".

⁸⁹ Cons. Stato, Sez. VI, 3 maggio 2012, n. 2551.

⁹⁰ Cfr. T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 20 febbraio 2013, n. 1874.

⁹¹ Cfr. le modifiche introdotte dal d.l. n. 133/2014, come conv. in legge n. 164/2014. Da ultimo, T.A.R. Molise, Sez. I, 29 settembre 2017, n. 327. In dottrina, LIGUGNANA, *Vecchie e nuove questioni in tema di revoca del provvedimento amministrativo*, in *www.giustamm.it.*, secondo l'A. la disposizione sarebbe suscettibile di due diverse interpretazioni. La prima, più restrittiva, secondo la quale per «nuova valutazione» si dovrebbe intendere un rinnovato apprezzamento di interessi che, seppur ponderati al momento dell'adozione del provvedimento di primo grado, hanno modificato il proprio peso o la propria rilevanza. La seconda, meno restrittiva, dove si ammette anche lo *jus poenitendi*. La revoca *jus poenitendi* era già ammessa in dottrina da RESTA, *La revoca degli atti amministrativi*, cit., in presenza di una mutazione della valutazione dello stato di fatto in funzione dell'interesse pubblico. L'amministrazione in tali ipotesi compie una valutazione dell'interesse pubblico diversa da quella effettuata al momento dell'emanazione dell'atto, rendendosi ciò indispensabile per realizzare le finalità pubbliche dalla stessa perseguite.

determina, per espressa previsione di legge, l'inidoneità del provvedimento a produrre ulteriori effetti.

Come rilevato dalla giurisprudenza, poi, con il richiamato art. 21 *quinquies*, ha fatto ingresso nel nostro ordinamento giuridico la c.d. responsabilità dell'amministrazione per atti legittimi⁹². La revoca a differenza dell'annullamento, dà luogo ad indennizzo nei confronti del privato⁹³.

Si precisa, però, che l'indennizzo *ex* art. 21 *quinquies*, legge n. 241/1990, non spetta in caso di revoca di atti ad effetti instabili ed interinali, ma solo in caso di revoca di atti definitivamente attributivi di vantaggi⁹⁴.

⁹²T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 8 settembre 2015, n. 11098. La giurisprudenza ha altresì precisato che "la mancata liquidazione dell'indennizzo unitamente alla disposta revoca non costituisce un vizio dell'atto di autotutela, ma consente al privato di agire per ottenere l'indennizzo", Cons. Stato, Sez. V, 21 aprile 2010, n. 2244. In dottrina, si veda GARRI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Torino, 1975, 54, il quale precisa come "nel caso di danni conseguiti all'esercizio di attività pienamente legittime della pubblica amministrazione, non v'è luogo a risarcimento, perché manca il presupposto dell'agire illecito. Tuttavia, per un principio di giustizia distributiva, il sacrificio imposto al privato per il raggiungimento di un fine di utilità generale va distribuito fra tutti i membri della collettività organizzata, attribuendosi al danneggiato un compenso, che ha carattere di indennizzo"; ALESSI, *La responsabilità della pubblica amministrazione*, Milano, 1955, 137 ss. dove si precisa: "è chiaro che il dovere di indennizzo da parte dell'amministrazione pubblica nei confronti del singolo il cui diritto sia stato sacrificato a profitto della collettività non potrà estendersi a tutto il pregiudizio subito dal singolo, ma soltanto sino al punto corrispondente al profitto effettivo andato esclusivamente a vantaggio della collettività, e cioè appunto corrispondente al valore oggettivo e attuale oggetto del diritto sacrificato".

⁹³Costituiva un'eccezione la previsione contenuta nell'art. 1, comma 136, legge 30 dicembre 2004, n. 311, ai sensi del quale: "Al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può sempre essere disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso. L'annullamento di cui al primo periodo di provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati deve tenere indenni i privati stessi dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque non può essere adottato oltre tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante". Comma abrogato dall'art. 6, comma 2, legge 7 agosto 2015, n. 124.

⁹⁴Nella fattispecie esaminata dal T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 8 settembre 2015, n. 11098, il giudice amministrativo esclude che spetti un indennizzo, *ex* art. 21 *quinquies*, per revoca di una dichiarazione di pubblico interesse della proposta di progetto di finanza. Tale dichiarazione non attribuisce, infatti, all'interessato una posizione giuridica definitiva, ben potendo l'Amministrazione dar luogo o meno a successiva procedura di affidamento della concessione o non dare corso affatto alle proposte che pure abbia ritenuto di pubblico interesse. Pur differenziando da tale dichiarazione di pubblico interesse la posizione del proponente (in tal senso cfr. Cons. Stato, Ad. Plen. n. 1/12), essa non assicura al promotore alcuna diretta, definitiva ed immediata utilità. Né la posizione della ricorrente ha assunto maggiore consistenza dall'indizione della gara che è stata infatti revocata prima ancora della partecipazione dell'istante ed atteso che il rimborso spese, in caso di gara, spetta a favore del promotore solo ove questo non

Anche tali differenze, che aiutavano nel delimitare il confine tra revoca ed annullamento, sono andate stemperandosi a causa degli interventi legislativi e dell'applicazione giurisprudenziale⁹⁵.

Se poteva affermarsi che siamo innanzi ad un provvedimento di annullamento quando il motivo per il quale l'amministrazione decide di ritirare l'atto in autotutela è riconducibile al momento della sua emanazione, mentre siamo dinnanzi ad una revoca quando la ragione dell'autotutela è sopravvenuta all'emanazione dell'atto in *prime cure* adottato, l'espressa previsione legislativa della revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario, fa sorgere non pochi dubbi sulla correttezza di tali affermazioni⁹⁶.

Inoltre, sempre il legislatore, nell'accentuare il carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio, cristallizza quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che ritiene annullabile non solo l'atto illegittimo ma anche quello divenuto inopportuno non essendo più il suo contenuto idoneo a soddisfare l'interesse pubblico in concreto perseguito.

Secondo il prevalente orientamento giurisprudenziale, poi, l'annullamento in autotutela non deriva in via automatica dall'accertata originaria illegittimità dell'atto, essendo altresì necessaria la sussistenza di un interesse pubblico attuale al ripristino della legalità che risulti prevalente sugli interessi dei privati che militano in senso opposto, e l'amministrazione deve fornire nell'atto di ritiro adeguata motivazione riguardo alla prevalenza dell'interesse pubblico⁹⁷.

Quest'ultimo, quale interesse diverso ed ulteriore al mero ripristino della legalità violata, è della stessa natura dell'interesse pubblico sotteso all'adozione del provvedimento di primo grado.

Occorre valutare la nuova situazione di fatto che si è venuta a creare, considerando gli effetti che *medio tempore* il provvedimento ha prodotto e le circostanze che si sono verificate, e considerare che lo stesso si trova ad incidere su una vicenda che si è protratta nel tempo ed ha subito adeguamenti e cam-

risulti aggiudicatario della concessione quando la gara si sia conclusa (cfr. Cons. Stato, 26 giugno 2015, n. 3237).

⁹⁵ Cfr. per esempio, T.A.R. Lazio, Roma, Sez. III, 13 luglio 2007, n. 6369. In dottrina, se veda, IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in SCOCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2011, 315, la quale sostiene che con la novella alla legge 241/1990 le differenze tra l'annullamento e la revoca si sono attenuate in quanto tutte e due sono strumenti funzionalizzati alla cura dell'interesse pubblico.

⁹⁶ Cons. Stato, Sez. V, 5 luglio 2011, n. 4082; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., 14 maggio 2014, n. 282; T.A.R. Puglia, Bari, Sez. I, 13 dicembre 2013, n. 1682.

⁹⁷ Così Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609; Id., Sez. IV, 19 marzo 2013, n. 1605; Id., Sez. III, 30 luglio 2013, n. 4026. Lo stesso art. 21 *nonies* afferma che "il provvedimento amministrativo illegittimo (...) può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico".

biamenti⁹⁸. Spesso i cambiamenti fattuali intervenuti sono tali da imporre una valutazione differente del vizio originario e la constatazione dell'efficiente perseguimento dell'interesse pubblico.

L'annullamento, in altre parole, non è più strumentale alla corretta applicazione del diritto (mero ripristino della legalità violata), avendo perso quello stretto legame con il principio di legalità che originariamente caratterizzava l'istituto.

Esso diviene il modo per perseguire un determinato interesse che viene a prevalere nel momento in cui è esercitato.

Come nel processo amministrativo l'illegittimità dell'atto non è di per sé sufficiente perché lo stesso venga annullato, per l'esercizio del potere di autotutela la sola illegittimità non giustifica l'annullamento, rendendosi necessaria la sussistenza anche di un interesse pubblico attuale e concreto all'annullamento, con una adeguata ponderazione comparativa, che tenga anche conto dell'interesse dei destinatari dell'atto al mantenimento delle posizioni che su di esso si sono consolidate e del conseguente affidamento derivante dal comportamento seguito dall'amministrazione⁹⁹.

D'altra parte, anche la revoca, se inizialmente ancorata esclusivamente a ragioni di merito sopravvenute, con le modifiche apportate nel 2007 all'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, diviene uno strumento di cui la PA può avvalersi anche nei confronti di provvedimenti ad efficacia istantanea (purché non siano ancora stati eseguiti) per contrarietà del provvedimento all'interesse pubblico, e, di conseguenza, implicitamente si ammette la revoca con effetti retroattivi¹⁰⁰.

La stessa giurisprudenza sottolinea come revoca ed annullamento siano atti ampiamente discrezionali¹⁰¹.

È evidente la contraddittorietà tra i commi 1 e 1 *bis* dell'art. 21 *quinquies* della legge n. 241/1990, laddove, per il primo, la revoca può incidere soltanto su atti "ad efficacia durevole", mentre, per il secondo, l'atto revocato può an-

⁹⁸ Cons. Stato, Sez. VI, 18 agosto 2009, n. 4958. Nello stesso senso, Corte Giust., 24 gennaio 2002, in causa C-500/99, *Conserve Italia Soc. Coop.*

⁹⁹ Così Cons. Stato, Sez. VI, 14 novembre 2014, n. 5609; Id., Sez. IV, 14 maggio 2014, n. 2468; C.G.A., Sez. Giur., 15 settembre 2014, n. 540.

¹⁰⁰ Cfr. art. 21 *quinquies*, comma 1 *bis*, legge n. 241/1990, inserito dall'art. 13, d. l. 31 gennaio 2007, n. 7.

¹⁰¹ Il T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 8 settembre 2015, n. 11098, aggiunge, altresì, che devono essere respinte le ulteriori censure mosse dalla parte ricorrente in ordine ai profili partecipativi e procedurali poiché è evidente come l'eventuale partecipazione della ricorrente non avrebbe in alcun modo potuto incidere sulla decisione dell'amministrazione che si appalesa di carattere eminentemente discrezionale. In dottrina si veda SCOCA, *La discrezionalità nel pensiero di Giannini e nella dottrina successiva*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2000, 1046 ss.

che essere “ad efficacia istantanea” se incidente su “rapporti negoziali”, con un possibile effetto retroattivo che avvicina l'istituto a quello dell'annullamento d'ufficio per illegittimità.

Come l'annullamento, anche nelle ipotesi di revoca per sopravvenuti motivi di interesse pubblico o di mutamento della situazione di fatto, occorre che la stessa sia ancorata al perseguimento dell'interesse pubblico che l'amministrazione deve comparare con gli interessi privati alla conservazione dell'atto e, pertanto, è legittima soltanto qualora sopravvengano nuove ragioni di interesse pubblico¹⁰².

Anche la previsione legislativa della revoca *ius poenitendi* legittima tale atto se ricollegato alla successiva conoscenza di fatti o situazioni sconosciuti al momento dell'emanazione del provvedimento.

D'altra parte, l'art. 1, comma 136, della legge 30 dicembre 2004, n. 311, per il quale può disporsi l'annullamento volto a “conseguire risparmi o minori oneri finanziari” anche nel caso in cui incida “su rapporti contrattuali o convenzionali con privati”; attribuisce un potere che, al di là del *nomen* dell'atto, appare vicino allo schema della revoca sul presupposto della rivalutazione della convenienza di contratti già stipulati¹⁰³.

Infine, l'ammissibilità di forme di annullamento *ex nunc*, per consentire all'amministrazione, nel bilanciamento degli interessi derivanti dall'esercizio del proprio potere discrezionale, di valutare la soluzione più funzionale al perseguimento dell'interesse pubblico attraverso la modulazione degli effetti retroattivi del provvedimento di annullamento tenendo conto del legittimo affidamento del privato, pare vanificare ogni differenza con la revoca¹⁰⁴.

L'interesse pubblico è tutelato dall'amministrazione attraverso provvedimenti demolitori che possono avere limitati effetti retroattivi: in tal caso le conseguenze della revoca e dell'annullamento sono le stesse, restano inalterati gli effetti che l'atto *medio tempore* ha prodotto.

¹⁰² T.A.R. Lombardia, Brescia, Sez. I, 14 marzo 2011, n. 722.

¹⁰³ Il comma è stato abrogato dall'art. 6, comma 2 della legge 7 agosto 2015, n. 124. Come si vedrà nel paragrafo 7 di questo capitolo la figura dell'annullamento/revoca si avvicina anche a quella prevista dall'art. 21 *sexies* della legge n. 241/1990, per cui è possibile “il recesso unilaterale dai contratti della pubblica amministrazione ... nei casi previsti dalla legge o dal contratto”, secondo una regola di tipicità delle ipotesi di recesso analoga a quella di cui agli articoli 1372 e 1373 c.c.

¹⁰⁴ MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, 1970, Milano, 142-144 il quale sottolinea come il principio di buona fede possa imporre all'amministrazione di limitare gli effetti temporali del proprio atto (*ex nunc* anziché *ex tunc*); FALCON *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 38 il quale sottolinea come l'ammissibilità dell'annullamento *ex nunc* sia supportata dall'esistenza di tale possibilità in diversi ordinamenti europei.

È ormai venuta meno quella differenza predeterminata tra i due istituti che voleva l'annullamento ricollegato all'atto non conforme alle norme al fine di eliminarne tutti gli effetti perché geneticamente viziato, e la revoca *ex nunc* giustificata dalla originaria legittimità dell'atto¹⁰⁵.

“Se il termine di confronto è il potere anziché l'atto e cioè una forza disciplinata in se stessa (...) non si è autorizzati a porre delle differenze qualitative tra gli elementi che cospirano a definire la disciplina interiore di tale energia (...) tutto ciò che si pone in relazione al potere ed alla funzione è dunque giuridico e non vi sono misure diverse di tale giuridicità”¹⁰⁶.

Lo stesso legislatore, con la legge n. 124/2015, modificando l'art. 19 sulla segnalazione certificata di inizio attività, al comma 4, introduce un generico potere di adottare provvedimenti inibitori e ripristinatori a condizione che ricorrano i presupposti per l'annullamento d'ufficio (la sussistenza di un interesse pubblico e il rispetto del termine ragionevole non superiore a 18 mesi), configurandolo come forma di autotutela, pur mancando l'oggetto stesso dell'autotutela sugli atti, ovvero il provvedimento amministrativo¹⁰⁷.

Peraltro, se revoca ed annullamento talora tendono a sovrapporsi, abbracciando anche figure atipiche di autotutela, il legislatore mantiene distinti i due istituti quando sceglie di non introdurre alcun termine per l'esercizio del potere di revoca che, quindi, resta esercitabile senza limiti temporali predeterminati *ex lege* ma con il limite dell'attualità dell'interesse pubblico all'esercizio del suddetto potere¹⁰⁸.

¹⁰⁵ Cfr. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, cit., 329; CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni "favorevoli" e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991, 219.

¹⁰⁶ BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, 412. Cfr. anche, BENVENUTI, *Eccesso di potere amministrativo per vizio della funzione*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1950, 1 ss.; BASSI, *La norma interna*, Milano, 1963; PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, 309 ss.

¹⁰⁷ Prima della novella del 2015, l'amministrazione poteva intervenire dopo la scadenza del termine di 60 giorni dalla data di presentazione della SCIA soltanto a tutela di interessi cc.dd. sensibili. Le modifiche apportate al citato comma 4 dell'art. 19, eliminano le previgenti limitazioni al controllo *ex post* e consentono all'amministrazione di intervenire, nei limiti dell'art. 21 *nonies*, a prescindere dalla natura o dal tipo di interesse pubblico oggetto di tutela.

¹⁰⁸ T.A.R. Lazio, Sez. II *bis*, 8 settembre 2015, n. 11098, sottolinea come nella delibera di Giunta siano evidenziati alcuni profili inerenti una nuova valutazione dell'interesse pubblico (la manifestazione da parte della popolazione del Comune della contrarietà alla realizzazione dell'opera e l'interesse primario, dunque, a rispondere ai bisogni manifestati dalla stessa popolazione). Tale motivazione rende prevalenti le ragioni di opportunità della nuova scelta, con conseguente conferma della qualificazione del provvedimento in termini di revoca. Tenuto conto che nell'esercizio del c.d. *jus poenitendi* l'amministrazione gode di ampia discrezionalità, deve ritenersi che la motivazione posta a fondamento della revoca non sia affetta da vizi di le-

Il legislatore, infatti, laddove ha ritenuto di dover intervenire nelle diverse discipline di settore, ponendo limiti all'esercizio del potere pubblico, lo ha fatto fissando un termine¹⁰⁹.

Occorre, tuttavia, precisare che l'obbligo di rispettare i principi nazionali ed europei richiamati all'art. 1, legge n. 241/1990 (buon andamento, coerenza delle scelte amministrative, affidamento e certezza dei rapporti giuridici) impone, che nell'esercizio dei poteri di autotutela, e, quindi, anche in caso di revoca per interesse pubblico sopravvenuto, si tenga conto dell'affidamento maturato dal destinatario del provvedimento di primo grado e, di conseguenza, del tempo trascorso dalla sua adozione¹¹⁰.

Sotto tale profilo, la previsione dell'obbligo di indennizzo, misura riparatoria ad una attività della PA conforme a diritto, parrebbe giustificare la scelta del legislatore di lasciar sopravvivere un potere di revoca senza limiti di tempo¹¹¹.

gittimità. Sulla sovrapposizione tra annullamento e revoca e altre ipotesi di autotutela, si veda CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in www.giustizia-amministrativa.it, il quale sottolinea: "l'ambito applicativo della norma va affrontato con un approccio non formalistico, prescindendo dal *nomen iuris* dei provvedimenti menzionati dalla legge. Ciò vale sia per gli atti di autotutela ai quali è applicabile il precetto del termine massimo (per cui il parere del Consiglio di Stato n. 839 del 2016 ha ritenuto applicabile la norma a tutti i provvedimenti di secondo grado diretti a rimuovere provvedimenti illegittimi, a prescindere dal *nomen iuris* ad essi attribuito dalle normative speciali di riferimento: decadenza, risoluzione, revoca ecc., affermando che si tratta di casi di 'annullamento mascherato'), sia per gli atti di primo grado che sono oggetto dell'autotutela: 'anche in questo caso, infatti, appare preferibile un'esegesi sostanzialistica che, in coerenza con lo scopo della disposizione ricomprenda nel suo perimetro attuativo tutti gli atti attributivi di vantaggi giuridici od economici, a prescindere dal *nomen iuris* di 'autorizzazione' usato nel testo della norma (e, quindi, includendo anche permessi, nulla osta, abilitazioni ecc.)'".

¹⁰⁹ Proprio con riferimento all'autotutela privata esercitabile nei contratti pubblici, l'art. 108 commi 1 e 1 *bis* e l'art. 176, commi 1 e 2 espressamente escludono talune ipotesi di autotutela dall'ambito di applicazione del termine di cui all'art. 21 *nonies*, legge n. 241/1990, al fine di consentire il rispetto del diritto europeo. Così Cons. Stato, Commis. spec., 28 dicembre 2016, n. 2777, parere reso sullo schema di regolamento in materia di attività di vigilanza sui contratti pubblici di cui all'art. 211, comma 2, e 213 del decreto legislativo 18 aprile 2016, n. 50.

¹¹⁰ Cfr. Cons. Stato, Sez. III, 23 febbraio 2015, n. 910. Il principio del legittimo affidamento impone, infatti, da parte dell'amministrazione una puntuale ponderazione tra l'interesse pubblico perseguito e l'interesse privato che viene sacrificato. Cfr. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970. Sull'opportunità di prevedere un termine ragionevole nell'ipotesi di revoca per *jus poenitendi*, TARULLO, *Il riesercizio del potere amministrativo nella l. n. 15 del 2005*, 242 ss.; IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, cit.

¹¹¹ Cfr. T.A.R. Sicilia, Palermo, Sez. II, 9 luglio 2007 n. 1775, dove si afferma l'incompatibilità di una domanda di risarcimento danno ed una di indennizzo proposte nel medesimo giudizio poiché, mentre la prima presuppone la qualificazione della revoca come illegittima, la seconda prescinde da tale qualificazione.