

BARBARA VERZICCO

Dottoranda presso l'Università degli Studi "Guglielmo Marconi".

b.verzicco@studenti.unimarconi.it

**RIFLESSIONI SULL'AUTOTUTELA DECISORIA E
L'INESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO
NELL'AMBITO DELLE RIFORME STRUTTURALI
DELL'EMERGENZA PANDEMICA**

**ON DECISORY SELF-PROTECTION AND THE INEXHAUSTIBILITY
OF ADMINISTRATIVE POWER IN THE CONTEXT OF
STRUCTURAL REFORMS OF THE PANDEMIC EMERGENCY**

SINTESI

Tra i numerosi interventi legislativi, a seguito della pandemia da Covid-19, rilevano i decreti-semplificazione che hanno apportato modifiche anche permanenti alla legge sul procedimento amministrativo, l. n. 241/1990, intervenendo nel rapporto pubblica amministrazione-privato, in costante evoluzione. Ripercorrendo gli articoli della legge interessati dalle riforme, viene focalizzata l'attenzione sulla persistente autotutela decisoria riconosciuta alla pubblica amministrazione anche nella situazione emergenziale, prova dell'inesauribilità del potere amministrativo. La necessità di perseguire l'interesse pubblico, anche nella contemporanea crisi della sovranità statale, trova fondamento inevitabilmente sul principio di legalità, che declina più propriamente nella "legalità-giustizia".

ABSTRACT

Along several legislative interventions, following the Covid-19 pandemic, simplification Decrees (*i.e. Decreto Semplificazioni and Semplificazioni bis*) have made even permanent changes to the law on administrative procedure, law no. 241/1990, intervening in the public-private relationship, constantly evolving. Observing the articles of the law concerned by the reforms, attention is focused on the persistent decisory self-protection recognized to the public ad-

ministration even in the emergency, proof of the inexhaustibility of administrative power. The need to achieve the public interest, even in the contemporary crisis of state sovereignty, is inevitably based on the principle of legality, which becomes more properly in “legality-justice”.

PAROLE CHIAVE: inesauribilità del potere amministrativo; autotutela decisoria; principio di legalità; procedimento amministrativo; legalità; giustizia

KEYWORDS: administrative power's inexhaustibility; decisory self-protection; rule of law; administrative procedure; legality; justice

INDICE: 1. Segnali di cambiamento del rapporto tra pubblica amministrazione - privato. – 2. Le interessanti modifiche della l. n. 241/1990. – 3. Il rinvio dell'art. 2 comma 8-*bis* all'autotutela decisoria (art. 21-*nonies*). – 4. Sull'inesauribilità del potere amministrativo e il principio di legalità dell'attività amministrativa. – 5. L'inesauribilità del potere amministrativo e l'autotutela decisoria.

1. Segnali di cambiamento del rapporto tra pubblica amministrazione – privato

L'evoluzione della funzione amministrativa riflette l'evoluzione della concezione dello Stato nelle sue fasi di transizione (stato minimo, stato regolatore, stato interventore) e conseguentemente del rapporto tra Stato e individuo, che ne è contemporaneamente causa ed effetto. L'amministrazione è in rapporto prima col suddito, sistematicamente in posizione di soggezione, poi con la figura del cittadino, in posizione paritaria, che matura nella sua qualifica di utente per poi tramontare e lasciar spazio all'Uomo, testimone della crisi della sovranità statale, in direzione di una posizione, ancora non qualificabile col termine supremazia¹, ma certamente di rilievo nel rapporto con l'amministrazione².

¹A. ROMEO, *Potere pubblico, attività amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, rileggendo le opere di Franco Scoca*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 4554, «Data l'esistenza di un'intima relazione tra concetti giuridici e struttura politica e sociale vigente in un dato momento storico, le trasformazioni sopra dette e quelle in atto implicano una revisione degli schemi concettuali che segnano l'approccio all'analisi dell'amministrazione, specie con riferimento a quel carattere di supremazia generale, già ridimensionato a seguito dell'espansione del fenomeno pluralistico e, con esso dell'acquisita consapevolezza, da parte dei gruppi di pressione, in via riflessa, del cittadino, di un proprio potere “contrattuale”».

²A. RIVIEZZO, *Pubblica funzione, pubblico servizio, servizio universale: da suddito a utente, passando per cittadino (a margine di un volume di Renato Conti)*, in *Nomos*, 1/2020.

La globalizzazione³, l'evoluzione dell'intelligenza artificiale⁴ e ultimo, ma ancora più incisivo nella trasformazione in corso, l'avvento della pandemia da Covid⁵ hanno necessariamente coinvolto sotto molteplici aspetti i diversi profili giuridici del rapporto tra la pubblica amministrazione ed il privato (cittadino-uomo).

Delimitando il campo di indagine, le considerazioni che seguono sono circoscritte alle modifiche intervenute sulla l. n. 241/1990, al fine di riflettere sulle rilevanti novità che il legislatore ha inteso introdurre nell'ordinamento italiano con i recenti numerosi interventi normativi nell'ambito di politiche di semplificazione e rilancio. In effetti, oltre alle modifiche emergenziali volte fronteggiare le necessità contingenti legate strettamente alla pandemia da Covid, sono state introdotte delle modifiche strutturali, destinate a permanere nel tempo, con i decreti semplificazioni e semplificazioni bis (d.l. n. 76/2020⁶ e d.l. n. 77/2021⁷).

In particolare, con tali disposizioni normative il legislatore è intervenuto anche al fine di conseguire “una semplificazione procedimentale, sottraendo o

³Per capire la portata del fenomeno si può far riferimento a V. MASTROIACOVO, *Le sovranità nell'era della post globalizzazione*, Pisa, Pacini Editore, 2019, R. FERRARA, *Introduzione al diritto amministrativo: le pubbliche amministrazioni nell'era della globalizzazione*, Bari, Laterza 2011, H.C. CASAVOLA, *La globalizzazione dei contratti delle pubbliche amministrazioni*, Milano, Giuffrè, 2012, J.E. STIGLITZ, *La globalizzazione che funziona*, Torino, Einaudi, 2006. Per una rilettura della globalizzazione alla luce della pandemia COVID-19 F. GASPARI, *Poteri speciali e regolazione economica tra interesse nazionale e crisi socioeconomica e politica dell'Unione europea*, in *federalismi.it*, 16/2020.

⁴Sul tema: E. BUOSO, *La pubblica amministrazione in Germania nell'era dell'intelligenza artificiale: procedimenti completamente automatizzati e decisioni amministrative robotiche*, in *P.A. Persona e pubblica amministrazione*, 1/2021, p. 495, C. BENETAZZO, *Intelligenza artificiale e nuove forme di interazione tra cittadino e pubblica amministrazione*, in *federalismi.it*, 16/2020, D.U. GALETTA, J.G. CORVALÁN, *Intelligenza artificiale per una Pubblica Amministrazione 4.0?*, in *federalismi.it*, 3/2019, F. GASPARI, *Città intelligenti e intervento pubblico*, in *Diritto dell'economia*, 98/2019, L. VIOLA, *L'intelligenza artificiale nel procedimento e nel processo amministrativo*, in *federalismi.it*, 21/2018.

⁵M. CARDONE, *La trasformazione digitale delle pubbliche amministrazioni: l'utilizzo dei dati per accelerare il processo di gestione delle risorse europee*, in B.G. MATTARELLA, L. FIORENTINO, M. CARDONE (a cura di), *La gestione del Recovery Plan*, Quaderni della Rivista Amministrazione in cammino, Roma, 2021.

⁶D.l. 16 luglio 2020, n. 76, convertito, con modificazioni dalla legge 11 settembre 2020, n. 120, c.d. “Decreto semplificazioni”, oggetto di modifiche da parte del d.l. 77/2021.

⁷D.l. 31 maggio 2021, n. 77, (*Governance* del Piano nazionale di ripresa e resilienza e prime misure di rafforzamento delle strutture amministrative e di accelerazione e snellimento delle procedure) conv. con modificazioni dalla legge 29 luglio 2021, n. 108, c.d. d.l. “Semplificazioni bis”.

modificando fasi e oneri della sequenza decisionale”⁸ incidendo, direttamente o indirettamente, sul complesso rapporto pubblica amministrazione-cittadino.

Di seguito sono riportate le modifiche, considerate maggiormente rilevanti ai fini delle presenti riflessioni, intervenute sulla l. n. 241/1990.

2. Le interessanti modifiche della l. n. 241/1990

Nel quadro delle modifiche apportate dai decreti semplificazioni e semplificazioni bis di particolare rilievo è il comma 8-*bis* inserito nell'articolo 2⁹ della l. n. 241/1990, introdotto dal d.l. n. 76/2020, che sancisce l'inefficacia del provvedimento emanato oltre i termini procedurali in tutti i casi in cui operi il regime del silenzio assenso, nonché nelle ipotesi di s.c.i.a., fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni. Tale disposizione è destinata a incidere profondamente sulla disciplina del silenzio significativo, con particolare riferimento al tema del c.d. provvedimento tardivo.

La riforma indica espressamente la conseguenza del decorso del termine procedimentale. Mentre, in precedenza, la legge chiariva gli effetti dell'inerzia dell'amministrazione solo *ex parte civis*, riconoscendo a quest'ultimo la titolarità di una posizione giuridica soggettiva analoga a quella che avrebbe avuto se fosse stato rilasciato il provvedimento a carattere positivo, con la disposizione indicata viene fatta chiarezza anche *ex parte pubblica*, indicando espressamente gli effetti del decorso del termine sull'esercizio della funzione da parte dell'ammi-

⁸M. MACCHIA, *L'inefficacia del provvedimento amministrativo e gli oneri regolatori nel decreto legge "Semplificazioni"*, in *Forum di quaderni costituzionali*, 3/2020, p. 175.

⁹Art. 2 comma 8-*bis* l. n. 241/1990: «Le determinazioni relative ai provvedimenti, alle autorizzazioni, ai pareri, ai nulla osta e agli atti di assenso comunque denominati, adottate dopo la scadenza dei termini di cui agli articoli 14-*bis*, comma 2, lettera c), 17-*bis*, commi 1 e 3, 20, comma 1, ovvero successivamente all'ultima riunione di cui all'articolo 14-*ter*, comma 7, nonché i provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti, di cui all'articolo 19, comma 3 e 6-*bis*, primo periodo, adottati dopo la scadenza dei termini ivi previsti, sono inefficaci, fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni».

nistrazione¹⁰. Indice di un rapporto sempre più paritario tra cittadino e pubblica amministrazione.

Viene poi introdotto il comma 2-*bis* all'art. 20 l. n. 241/1990¹¹ che prevede a richiesta di parte, uno specifico adempimento a carico della pubblica amministrazione proceduralmente inadempiente: il rilascio (per via telematica ed entro il termine di dieci giorni dalla richiesta del privato) dell'attestazione dell'intervenuta maturazione del silenzio assenso, sostituibile, in caso di decorrenza del termine assegnato, da una dichiarazione sostitutiva della parte richiedente *ex* articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445. E' evidente la finalità probatoria della disposizione a favore del soggetto interessato imponendo, alla pubblica amministrazione inadempiente, di attestare il decorso del termine per l'adozione del provvedimento richiesto, la maturazione del silenzio assenso nonché il conseguente accoglimento della domanda del privato.

Il legislatore, in un'ottica di maggiore semplificazione dei rapporti tra amministrazione e amministrato, interviene ancora una volta ammettendo l'autocertificabilità del silenzio assenso in caso di persistente inerzia della pubblica amministrazione.

La tendenza, a partire dagli anni '90, alla parificazione dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione, introducendo momenti di partecipazione e di confronto per la realizzazione del principio del buon andamento in termini di efficacia, efficienza e di economicità, si riscontra anche nell'istituto del pre-

¹⁰M. CALABRÒ, *Il silenzio assenso nella disciplina del permesso di costruire. L'inefficacia della decisione tardiva nel d.l. n. 76/2020 (c.d. decreto semplificazioni)*. (note a margine di *Cons. Stato, Sez. VI, 13 agosto 2020, n. 5034* e *T.A.R. Lazio, Roma, Sez. II-bis*, in *giustiziasieme.it*, 26 novembre 2020).

¹¹Art. 20 comma 2-*bis* della l. n. 241/1990: «Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale a provvedimento di accoglimento ai sensi del comma 1, fermi restando gli effetti comunque intervenuti del silenzio assenso, l'amministrazione è tenuta, su richiesta del privato, a rilasciare, in via telematica, un'attestazione circa il decorso dei termini del procedimento e pertanto dell'intervenuto accoglimento della domanda ai sensi del presente articolo. Decorsi inutilmente dieci giorni dalla richiesta, l'attestazione è sostituita da una dichiarazione del privato ai sensi dell'articolo 47 del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».

avviso di rigetto di cui all'art. 10-*bis* l. n. 241/1990 (di recente modificato dal d.l. n. 76/2020 convertito con legge n. 120/2020)¹².

La norma dettata all'art. 10-*bis* è finalizzata ad introdurre un meccanismo deflattivo del processo, prevedendo la possibilità di incrementare i diritti difensivi del privato – parte debole del rapporto – tramite la partecipazione al procedimento amministrativo al fine di evitare che il privato ingiustamente destinatario di un provvedimento negativo agisca in giudizio.

La disposizione è rafforzata dalle conseguenze normative della violazione del preavviso di rigetto *ex art. 10-bis*: la violazione in effetti si sostanzia in una violazione di legge di cui al comma 1 dell'art. 21-*octies*¹³. L'omissione del preavviso di rigetto produce una violazione del diritto di difesa pieno del privato che non può essere sanato in sede processuale per la prima volta, proprio perché privato della “doppia garanzia” che l'ordinamento gli riconosce (in fase endo-procedimentale e processuale)¹⁴.

Al riguardo è intervenuta la novella del 2020¹⁵ che ha espressamente escluso la possibilità di applicare all'art. 10-*bis* la seconda parte dell'art. 21-*octies*, comma 2. L'omissione del preavviso di rigetto darebbe luogo ad una duplice

¹²M. CERRETO, *Il novellato preavviso di rigetto ex art. 10 bis l. 241/90: un nuovo punto di equilibrio nel percorso di parificazione tra p.a. e privato (Modifiche apportate con d.l. n.76/2020 convertito con legge n. 120/20)*, in *giustamm.it*, 11/2020.

¹³In particolare, del principio di partecipazione di cui all'art. 1 della l. n. 241/1990, art. 97 Cost e art. 41 della Carta di Nizza.

¹⁴M. CERRETO, *op. cit.*, p. 20: «l'unico caso in cui tale principio di partecipazione può venire meno, non può che essere quello esclusivo in cui sia “palese” al giudice, allo stato degli atti, che il provvedimento non avrebbe potuto avere un contenuto diverso, senza nessuna possibilità per la pubblica amministrazione di interloquire. In questo caso, infatti, non solo il privato non subisce alcuna violazione dei diritti partecipativi e di difesa, attesa l'evidenza di un provvedimento negativo nei suoi confronti; ma dall'altro lato vengono tutelati anche i principi di efficienza, di economicità, di semplificazione, senza rinviare nuovamente un procedimento alla p.a. viziato solo da un punto di vista meramente formale».

¹⁵Art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990: «Non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. La disposizione di cui al secondo periodo non si applica al provvedimento adottato in violazione dell'articolo 10-*bis*» L'ultima parte è stata modificata dall'art. 12 comma 1 lett. j del d.l. n. 76/2020.

violazione: da un lato, una violazione del “miglior” diritto di difesa che l'ordinamento ha riconosciuto al privato, prima in fase procedimentale e poi in fase processuale; dall'altro lato, si assegnerebbe al giudice un giudizio sul merito, al di fuori dei casi espressamente previsti dall'art. 34 c.p.a.

Il legislatore è poi intervenuto¹⁶ sui commi 9-*bis* e 9-*ter*, dell'articolo 2 (Conclusione del procedimento), della l. n. 241/1990: modificando il primo e riscrivendo completamente il secondo.

Il comma 9-*bis* già prevedeva che ad essere investita del potere sostitutivo fosse una figura apicale all'interno dell'amministrazione, con la modifica intervenuta può essere investita di tale potere anche un'unità organizzativa¹⁷. Aggiungendo tale disposizione qualora si verificasse un ritardo provvedimentale della pubblica amministrazione, l'interessato leso potrebbe attivarsi per la sostituzione rivolgendosi alla struttura individuata: viene così potenziata l'efficienza e l'efficacia dell'istituto previsto.

¹⁶L'articolo 61, comma 1 lett. a) e b) del d.l. 77/2021 ha modificato rispettivamente i commi 9-*bis* e 9-*ter* dell'art. 2 della l. n. 241/1990: «9-*bis*. L'organo di governo individua un soggetto nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione o una unità organizzativa cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia. Nell'ipotesi di omessa individuazione il potere sostitutivo si considera attribuito al dirigente generale o, in mancanza, al dirigente preposto all'ufficio o in mancanza al funzionario di più elevato livello presente nell'amministrazione. Per ciascun procedimento, sul sito internet istituzionale dell'amministrazione è pubblicata, in formato tabellare e con collegamento ben visibile nella homepage, l'indicazione del soggetto o dell'unità organizzativa a cui è attribuito il potere sostitutivo e a cui l'interessato può rivolgersi ai sensi e per gli effetti del comma 9-*ter*. Tale soggetto, in caso di ritardo, comunica senza indugio il nominativo del responsabile, ai fini della valutazione dell'avvio del procedimento disciplinare, secondo le disposizioni del proprio ordinamento e dei contratti collettivi nazionali di lavoro, e, in caso di mancata ottemperanza alle disposizioni del presente comma, assume la sua medesima responsabilità oltre a quella propria»; «9-*ter*. Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9-*bis*, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo e, entro un termine pari alla metà di quello originariamente previsto, conclude il procedimento attraverso le strutture competenti o con la nomina di un commissario».

¹⁷Art. 2 comma 9-*bis*, l. n. 241/1990: «L'organo di governo individua un soggetto nell'ambito delle figure apicali dell'amministrazione o una unità organizzativa cui attribuire il potere sostitutivo in caso di inerzia [...]».

La novella contenuta nel comma 9-*ter* stabilisce, invece, che l'attivazione del potere sostitutivo possa avvenire non più solo su richiesta e iniziativa del privato ma anche d'ufficio¹⁸.

Le disposizioni prevedono una forma di tutela giustiziale¹⁹ alternativa e non sostitutiva di quella giudiziale.

In verità, sono state sollevate alcune perplessità giurisprudenziali afferenti a una presunta necessità di esperire la tutela giustiziale quale requisito di procedibilità dell'azione giudiziale.

Perplessità superate per effetto di una analisi letterale e sistematica dei commi in esame.

Dal punto di vista letterale, sembra permanere la possibilità e non l'obbligo per il privato di richiedere l'esercizio del potere sostitutivo, ricorrendo al responsabile; la formulazione utilizzata dal legislatore, espressione di una mera facoltà e non anche di un obbligo, ha una conseguenza importante: solo all'obbligo è riconducibile l'accezione di requisito di procedibilità. Dal punto di vista sistematico, invece, i commi 9-*bis* e 9-*ter* sono successivi al comma 8 che prevede la tutela giudiziale in materia di silenzio.

Viene poi modificato l'articolo 21-*nonies*, comma 1, della l. n. 241/1990²⁰: la novella in commento riduce da diciotto a dodici mesi il termine previsto per l'annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo illegittimo in ordine ai provvedimenti amministrativi di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

L'annullamento d'ufficio rappresenta l'espressione più intensa del potere di autotutela che l'ordinamento giuridico riconosce in capo alla pubblica amministrazione: al verificarsi dei presupposti di legge che legittimano l'esercizio di tale potere, la pubblica amministrazione che ha adottato un provvedimento af-

¹⁸Art. 2 comma 9-*ter* l. n. 241/1990: «Decorso inutilmente il termine per la conclusione del procedimento o quello superiore di cui al comma 7, il responsabile o l'unità organizzativa di cui al comma 9-*bis*, d'ufficio o su richiesta dell'interessato, esercita il potere sostitutivo».

¹⁹F. GIUNTA, *Il tempo dell'azione amministrativa: fondamento e strumenti di tutela*, in *salvisjuri-bus.it*, 16 marzo 2018.

²⁰Articolo 63, d.l. n. 77/2021.

fetto da un vizio di legittimità può procedere al relativo annullamento d'ufficio determinandone l'espunzione dall'ordinamento, al pari di una pronuncia di annullamento del giudice amministrativo. La pubblica amministrazione è posta nella condizione di eliminare unilateralmente un proprio provvedimento efficace (ancorché illegittimo) incidendo sulla sfera giuridica di terzi.

La riduzione del termine è volta ad incidere sulla stabilità dei rapporti tra amministrazione e amministrati.

È evidente nei suddetti riferimenti normativi come il legislatore abbia inteso intervenire nel rapporto tra cittadino e pubblica amministrazione, tutelando maggiormente il privato nell'esercizio dei propri diritti o interessi. Tuttavia, è ancorché evidente come la funzione amministrativa sia a tutt'oggi espressione di potere autoritativo della pubblica amministrazione. Nel proseguo si intende ragionare proprio sulla conciliazione tra la tutela dell'interesse privato e l'inesauribilità dell'esercizio del potere amministrativo nel quadro di un generale bilanciamento degli interessi pubblici e di quelli privati.

3. Il rinvio dell'art. 2 comma 8-bis all'autotutela decisoria (art. 21-nonies)

Una particolare riflessione merita l'autotutela decisoria prevista all'art. 21-nonies della l. n. 241/1990.

L'art. 2 comma 8-bis²¹, introdotto di recente, rinvia all'autotutela decisoria di cui all'art. 21-nonies. In effetti è riconosciuta, ai sensi dell'art. 21-nonies, alla pubblica amministrazione la possibilità di adottare provvedimenti “di secondo grado” attraverso la c.d. “autotutela decisoria”; in altri termini la pubblica amministrazione ha il potere di modificare, annullare o revocare un proprio provvedimento, già adottato, attraverso un riesame complessivo dei propri atti in sede di un “procedimento di secondo grado”²² «entro un termine ragionevole, comunque non superiore a dodici mesi»²³: la pubblica amministrazione è titolare di un

²¹L'ultima parte dell'art. 2 comma 8-bis, l. n. 241/1990 dispone: «...fermo restando quanto previsto dall'articolo 21-nonies, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni».

²²L. CONTI, *L'autotutela decisoria alla luce del nuovo art. 21 nonies*, in *giustamm*, 5/2016.

²³L'art. 63 del d.l. 31 maggio 2021, n. 77 ha ulteriormente ridotto il termine entro il quale una PA può esercitare l'autotutela, passando da diciotto mesi (cd. “Legge Madia”) a dodici.

potere in grado di modificare unilateralmente l'assetto delle relazioni giuridiche tra le parti.

Se l'amministrazione lascia decorrere il termine utile a provvedere, non esercitando la sua funzione, l'eventuale provvedimento di diniego tardivo emanato dopo la formazione del silenzio assenso deve essere ritenuto inefficace (comma 8-*bis* dell'art. 2 della l. n. 241 del 1990) fermo restando la possibilità di esercitare l'autotutela decisoria. Così il comma 8-*bis* dell'art. 2 nello specifico, conclude con il rinvio a tale disposizione, stabilendo che “resta fermo” il possibile esercizio del potere di annullamento d'ufficio, ove ne ricorrano i presupposti e le condizioni.

Certamente si tratta di una autotutela atipica perché l'oggetto del riesame nella fattispecie è la valutazione della legittimità della produzione di un effetto provvedimentale derivante da un comportamento omissivo: il silenzio della pubblica amministrazione.

A ben vedere la locuzione “resta fermo” del comma 8-*bis* dell'art. 2 si presta a differenti interpretazioni innanzitutto sull'oggetto del potere di annullamento: può essere annullato il provvedimento tardivo o gli effetti del silenzio assenso laddove si siano prodotti legittimamente.

In quest'ultimo caso la disposizione non risulterebbe innovativa in quanto l'art. 20 comma 3 della l. n. 241/1990 già prevede espressamente l'annullabilità d'ufficio degli effetti provvedimentali silenziosi formati.

Secondo questa interpretazione il legislatore avrebbe ritenuto opportuno sottolineare – quasi in chiave di bilanciamento degli interessi pubblici e privati in gioco – che l'istituto del silenzio assenso non rende il privato-cittadino immune dall'eventuale legittimo esercizio di un potere di riesame²⁴.

Il riferimento invece potrebbe essere agli eventuali provvedimenti tardivi qualificati ai sensi dell'art. 2, comma 8-*bis* come inefficaci. Si confermerebbe

²⁴M. CALABRÒ, *L'inefficacia del provvedimento tardivo di cui al nuovo art. 2, co. 8-bis della L. n. 241/1990 e gli effetti sulla disciplina del silenzio assenso, primi passi nell'ottica della certezza del diritto*, in *AmbienteDiritto.it*, 1/2021.

così la possibilità da parte della pubblica amministrazione di intervenire sui provvedimenti negativi tardivi.

Nell'introdurre l'espressa inefficacia del provvedimento tardivo, a favore del cittadino e della stabilità della sua posizione giuridica acquisita tramite il decorso del termine procedimentale, il legislatore intende aumentare il grado di certezza delle situazioni giuridiche soggettive coinvolte nel procedimento.

Già prima dell'introduzione del comma 8-*bis* nell'art. 2, al fine di ottemperare all'esigenza di limitare nel tempo la condizione di incertezza del privato si riteneva che il decorso del termine implicasse per la pubblica amministrazione la decadenza del potere di provvedere²⁵. La dottrina e la giurisprudenza maggioritaria affermavano l'illegittimità del provvedimento di diniego tardivo²⁶, sia in ragione della avvenuta consumazione del potere di amministrazione attiva²⁷, sia perché, in caso contrario, emergerebbe un evidente contrasto con il principio di buona fede ed il legittimo affidamento formatosi sull'assetto di interessi venutosi a creare a seguito della decorrenza del termine procedimentale²⁸.

Ma in alcuni casi è stato ritenuto legittimo anche un provvedimento negativo tardivo, oltre ogni "termine ragionevole" già previsto dall'originaria versione dell'art. 21-nonies della l. n. 241 del 1990, dotato dei caratteri sufficienti ad essere qualificato nella sostanza come atto di autotutela, contenente una motivazione particolarmente rafforzata, circa la persistente concretezza e attualità dell'interesse pubblico alla rimozione dell'atto di primo grado. Il decorso di

²⁵A. SCOGNAMIGLIO, *Rito speciale per l'accertamento del silenzio e possibili contenuti della sentenza di condanna*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2017, p. 481.

²⁶In tal senso T.A.R. Campania, Napoli, Sez. V, 1° aprile 2019, n. 1798, in *giustizia-amministrativa.it*, T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VII, 16 dicembre 2009, n. 8834.

²⁷V. PARISIO, *I silenzi della pubblica amministrazione. La rinuncia alla garanzia dell'atto scritto*, Milano, Giuffrè, 1996, p. 136; ma, in tal senso, già A.M. SANDULLI, *Il silenzio della pubblica amministrazione oggi: aspetti sostanziali e processuali*, in *Dir. e soc.*, 1982, p. 771. In giurisprudenza: T.A.R. Campania, Napoli, Sez. VIII, 3 maggio 2010, n. 2266, Cons. Stato, Sez. IV, 19 giugno 2006, n. 3626.

²⁸L. GIANI, *Articolo 20. Silenzio assenso*, in N. PAOLANTONIO, A. POLICE, A. ZITO (a cura di), *La pubblica amministrazione e la sua azione. Saggi critici sulla legge n. 241/1990 riformata dalle leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 422.

un considerevole lasso di tempo non incide in radice sul potere di annullare in autotutela il provvedimento «ma onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora a un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale»²⁹.

Occorre inoltre tener presente che il Consiglio di Stato³⁰ indicava nel 2018 la possibilità del superamento del termine rigido (all'epoca di diciotto mesi) per annullare un provvedimento illegittimo, presentando un'interpretazione logica dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990, sia nel caso di falsa attestazione dei presupposti (frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante), sia nel caso di dolo o colpa grave in grado di provocare il mancato il rispetto di una stringente tempistica nella gestione della iniziativa, invocando in tal caso il canone di ragionevolezza per apprezzare e gestire la confliggente correlazione tra gli opposti interessi in gioco.

Per completezza occorre indicare una differente tesi ermeneutica della disposizione in oggetto, secondo la quale la pubblica amministrazione può esercitare il potere di riesame inteso come potere di annullare il provvedimento tardivo negativo al fine di eliminare l'esistenza dell'atto. Tuttavia, tale tesi non è condivisibile in quanto tra i presupposti per emanare un provvedimento di an-

²⁹Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8 del 17 ottobre 2017. In tale pronuncia resa proprio in materia di autotutela in ambito edilizio (con riferimento ad una fattispecie antecedente l'entrata in vigore del vigente art. 21-*nonies*), l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato da un lato ha affermato il principio secondo cui la locuzione "tempo ragionevole" preso in considerazione dal citato art. 21-*nonies* è da intendere in termini non parametrica ma relazionale, ossia in riferimento al complesso delle circostanze rilevanti nella singola situazione di fatto e dunque il decorso di un considerevole lasso di tempo dal rilascio del titolo edilizio, laddove comporti la violazione del criterio di ragionevolezza del termine (prefissato o meno dal legislatore nella sua misura), non esaurisce il potere di annullare in autotutela il titolo medesimo, ma piuttosto «onera l'amministrazione del compito di valutare motivatamente se l'annullamento risponda ancora a un effettivo e prevalente interesse pubblico di carattere concreto e attuale» (Cons. Stato, Ad. Plen. n. 8 del 17 ottobre 2017; nello stesso senso Consiglio di Stato, Sez. VI, n. 3462/2017), dall'altro, ha chiarito come non sia possibile «postulare in via generale e indifferenziata» un interesse pubblico *in re ipsa* alla rimozione dei titoli edilizi illegittimamente rilasciati. Di conseguenza, «grava in via di principio sull'Amministrazione [...] l'onere di motivare puntualmente in ordine alla sussistenza di un interesse pubblico concreto e attuale alla rimozione dell'atto, tenendo altresì conto dell'interesse del destinatario al mantenimento dei relativi effetti».

³⁰Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940.

nullamento d'ufficio vi è l'illegittimità dell'atto oggetto di riesame: ma i provvedimenti tardivi sono inefficaci, non illegittimi³¹.

Occorre infine, aggiungere che il rinvio dell'art. 2 comma 8-*bis* potrebbe essere inteso come rinvio al comma 2 dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990, che fa espressamente «salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole». Di recente il Consiglio di Stato³² si è pronunciato proprio sul comma 2 dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 del 1990 confermando che «la possibilità per l'Amministrazione di concludere il riesame del proprio operato con una decisione di carattere conservativo trova fondamento nel principio generale di economicità e conservazione dei valori giuridici e nella garanzia del buon andamento dell'agire amministrativo.

A seconda della specie di vizio da emendarsi, è stata nel corso del tempo elaborata una articolata tassonomia di atti ad esito confermativo, dei quali fanno parte: la conferma, la ratifica, la convalida, la rettifica, la conversione e la sanatoria.

Sul piano della ricostruzione sistematica, l'insieme di tali istituti è stato ricompreso nella categoria dell'autotutela, ovvero della potestà generale dell'amministrazione di prevenire o risolvere le controversie sulla legittimità dei propri atti, inquadrandoli fra i procedimenti di secondo grado.»

Ancora una volta il Consiglio di Stato sottolinea la possibilità che le pubbliche amministrazioni esercitino il potere di autotutela decisoria in ragione della preminenza delle ragioni di interesse pubblico. «La proposizione tratteggia la convalida come un istituto di carattere generale, volto a rendere l'atto stabile a tutti gli effetti per i quali è preordinato, ogni qualvolta il pubblico interesse ne richieda il consolidamento».

³¹M. CALABRÒ, *op. cit.*, p. 19, i provvedimenti tardivi: «sono qualificati dal medesimo art. 2, co. 8-*bis* come inefficaci, quindi non certo illegittimi, atteso che, come noto, gli atti illegittimi sono efficaci finché, per l'appunto, non vengono annullati».

³²Cons. St., sez. VI, 27 aprile 2021, n. 3385.

È interessante infine rilevare come il Consiglio di Stato sottolinei «la collocazione della norma nel medesimo articolo dedicato all'annullamento d'ufficio, conferma la comune ambientazione dei due istituti nell'ambito dell'autotutela. Tale correlazione appare altresì espressiva di un principio di preferenza per la scelta amministrativa volta alla correzione e alla conservazione – ove possibile – di quanto precedentemente disposto, rispetto all'opzione eliminativa».

4. Sull'inesauribilità del potere amministrativo e il principio di legalità dell'attività amministrativa

Se fino a un recente passato imperava indiscusso il dogma dell'inesauribilità del potere di provvedere, giustificato dalla rilevanza degli interessi pubblici che l'azione amministrativa mira a curare, corollario dell'art. 97 Cost. come possibilità, accordata all'amministrazione, di plasmare l'assetto degli interessi collettivi senza limiti temporali, per consentirne l'adeguamento alle esigenze della comunità, oggi l'inesauribilità del potere amministrativo è posta fortemente in discussione dall'evoluzione del rapporto privato-pubblica amministrazione. La posizione paritaria e la maggiore tutela normativa garantita al cittadino, volta a sollevarlo da una posizione di subordinazione esistente *ab origine*, impongono di riflettere sulla validità della teoria dell'inesauribilità del potere della pubblica amministrazione.

L'amministrazione è libera di esercitare il potere in ogni tempo e di riesercitarlo per sostituire le proprie precedenti determinazioni, anche nel caso in cui queste siano state annullate?

L'inesauribilità del potere si fonda sulla presunta necessità di attribuzione dello stesso alla pubblica amministrazione, connaturata alla logica stessa di amministrare per fini pubblici³³ ed il suo esercizio trova il fondamento nel principio della legalità.

L'esercizio dell'attività amministrativa è manifestazione della funzione pubblica, necessariamente contenuta entro il limite positivo della attribuzione

³³M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2018, p. 166.

normativa di potere, indispensabile alla cura concreta degli interessi pubblici ad essa affidati.

Il principio della legalità, desunto dall'interpretazione sistematica delle disposizioni costituzionali, principio generale dell'ordinamento italiano è alla base dei rapporti tra legge e attività amministrativa: il potere esercitato dalla pubblica amministrazione nello svolgimento della propria attività deve essere attribuito per legge ed essere esercitato secondo prescrizioni di legge.

Come sancito dall'art. 1, l. n. 241/1990 l'«attività amministrativa persegue i fini determinati dalla legge secondo le modalità fissate dalla stessa legge, nonché in base ai principi individuati dall'ordinamento comunitario».

L'interesse pubblico da perseguire non è scelto liberamente dalle pubbliche amministrazioni, ma è normativamente definito, predeterminato dalla legge, previa comparazione ponderata dei molteplici interessi pubblici primari e secondari che insistono nell'ordinamento statale. È il legislatore che a priori sceglie e classifica gli interessi pubblici: la funzione amministrativa è esercitata in applicazione delle sue scelte, secondo regole e parametri ben definiti, sia nell'espletamento di attività vincolata che discrezionale.

Al riguardo Massimo Severo Giannini sosteneva che «la scelta dell'autorità amministrativa spazia in un ambito circoscritto da norme quando l'amministrazione, agisce, deve curare l'interesse pubblico proprio della sua attribuzione o della sua competenza (...). Un interesse pubblico non esiste mai solitario, ma sta insieme ad altri interessi, pubblici, collettivi e privati. Chiamiamo primario l'interesse pubblico che un'autorità ha in attribuzione o in competenza, secondari, per quell'autorità, gli altri interessi». «Si può (...) precisare – conclude l'Autore – che se la scelta è il risultato della discrezionalità, questa costa di una ponderazione comparativa di più interessi secondari in ordine ad un interesse primario»³⁴. E proprio nell'esercizio della discrezionalità amministrativa è evidente l'attività comparativa che l'amministrazione è chiamata a compiere tra gli

³⁴M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1993, II, pp. 47 ss.

interessi secondari e l'interesse primario di cui istituzionalmente è portatrice: compito dell'amministrazione è quindi quello di perseguire l'interesse pubblico primario arrecando il minor sacrificio possibile agli altri interessi compresenti secondo il principio di proporzionalità.

Il procedimento amministrativo è allora “processo decisionale formalizzato” attraverso il quale le pubbliche amministrazioni esercitano i poteri che ad esse sono attribuiti dalla legge e il provvedimento amministrativo ne è espressione di potestà, attribuita dalla legge ed esercitata secondo la legge, per la cura dell'interesse pubblico³⁵.

Il procedimento amministrativo, in quanto processo decisionale formalizzato deve garantire la tracciabilità della decisione assunta dall'amministrazione al fine di verificare, sulla base di dati e di parametri oggettivi, la legittimità del provvedimento adottato dalla stessa pubblica amministrazione e la sua conformità alla normativa di riferimento.

Secondo quanto esposto sembra possibile sostenere che l'inesauribilità è carattere necessario del potere amministrativo, connaturato alla logica stessa dell'amministrare per fini pubblici (posto che l'amministrazione deve essere in condizione di curare l'interesse pubblico; posto che la cura dell'interesse deve essere assicurata dal principio della legalità eliminando possibili errori dell'amministrazione). E' inevitabilmente necessario che il potere non si esaurisca con il suo esercizio oppure con l'infruttuoso decorso del termine.

La funzione, come potere amministrativo largamente inteso, non si esaurisce con l'esercizio del potere nella singola fattispecie ma assolve alla «necessità che la P.A. agisca, svolga i suoi compiti, curi [...] gli interessi pubblici in posizione di supremazia e in modo tempestivo, efficace, continuativo, non intralciato più che tanto dalla resistenza di interessi individuali o dal sindacato giuri-

³⁵F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2019.

sdizionale»³⁶. Una necessaria presenza dello Stato nella cura degli interessi pubblici che giustifica la presenza effettiva dello Stato stesso³⁷.

Così, fondamentale al riguardo è la distinzione tra funzione attribuita alla pubblica amministrazione ed esercizio del potere nell'espletamento della funzione: l'«esercizio del potere determina il suo esaurimento»³⁸, l'esercizio della funzione no. La funzione permane oltre il singolo esercizio del potere, permane al di là del singolo episodio di amministrazione. La funzione è nella natura stessa della pubblica amministrazione. La titolarità, in capo all'amministrazione, della funzione è l'origine dei nuovi poteri che continuamente si generano e si rinnovano nell'avvicinarsi delle situazioni giuridiche.

Nello specifico la norma che disciplina la funzione «ricollega il sorgere del potere al verificarsi di determinati presupposti (come l'istanza di parte, o anche il semplice accertamento della necessità di provvedere³⁹ in merito al relativo interesse), determinando il continuo succedersi, in capo all'amministrazione di poteri di uguale contenuto»⁴⁰.

«Lo svolgimento della funzione può richiedere così di intervenire nuovamente nello stesso rapporto giuridico l'amministrazione può revocare il prov-

³⁶A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta e infeconda idea», - *Disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico)*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, XVII, 1988, p. 602.

³⁷M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 166.

³⁸B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, *Diritto amministrativo generale*, Milano, Giuffrè 2003, p. 785, al riguardo anche M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 14 ss.

³⁹Di rilievo è la sentenza Cons. St., A.P., 25 maggio 2021, n. 8, l'Adunanza plenaria si pronuncia sugli effetti della nomina del Commissario ad acta, in relazione alla permanenza del potere di provvedere in capo all'Amministrazione: «L'Adunanza Plenaria ritiene che l'amministrazione, che è risultata soccombente in sede giurisdizionale, non perda il proprio potere di provvedere, pur in presenza della nomina e dell'insediamento di un commissario ad acta al quale è conferito il potere di provvedere per il caso di sua inerzia nell'ottemperanza al giudicato (ovvero nell'adempimento di quanto nascente da sentenza provvisoriamente esecutiva ovvero da ordinanza cautelare), e fino a quando lo stesso non abbia provveduto. Fino a tale momento, si verifica, dunque, una situazione di esercizio concorrente del potere da parte dell'amministrazione, che ne è titolare ex lege, e da parte del commissario, che, per ordine del giudice, deve provvedere in sua vece.». Sulla necessità di provvedere si veda anche G. BALLO, *Gli effetti della nomina del commissario ad acta nel giudizio sul silenzio: permane o si consuma il potere di provvedere dell'Amministrazione silente*, in *giustamm.it*, 12/2020.

⁴⁰B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 785.

vedimento già emanato, così come può emanare un nuovo provvedimento in seguito all'annullamento di quello precedente»⁴¹.

Alla luce delle considerazioni sin qui presentate si può ritenere che l'amministrazione è libera di esercitare il potere in ogni tempo e di riesercitarlo per sostituire le proprie precedenti determinazioni⁴².

Prima dell'entrata in vigore dell'art. 21-nonies, l. n. 241/1990, il Consiglio di Stato affermava che «il potere di revisione delle precedenti determinazioni amministrative costituisce un principio generale legato alla tensione fisiologica ed inesauribile dell'azione amministrativa verso l'interesse pubblico»⁴³ e ancora oggi rileva che la revoca è configurata dalla legge «secondo presupposti di particolare latitudine, in coerenza con il principio di inesauribilità del potere amministrativo»⁴⁴.

La preminenza dell'atto successivo su quello anteriore è l'unica soluzione coerente con la sopravvivenza della funzione al suo esercizio: è una soluzione imposta dalla natura della funzione amministrativa che è inesauribile. Infatti, se il secondo atto non potesse produrre effetti di annullamento, revoca, modifica, convalida o conferma del primo atto, significherebbe che possiede una efficacia inferiore e dunque che la funzione si è affievolita o addirittura consumata al momento del suo primo esercizio⁴⁵.

In tale contesto l'attività esercitata dalla pubblica amministrazione viene a caratterizzarsi sempre meno come potere e sempre più come funzione⁴⁶.

⁴¹B.G. MATTARELLA, *op. cit.*, p. 785.

⁴²Per completezza dell'esposizione occorre tener presente che la teoria dell'inesauribilità del potere fondata sulla presunta necessità è oggetto critiche, al riguardo si veda M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 166.

⁴³Cons. Stato, sez. VI, 26 maggio 2003, n. 2865.

⁴⁴Cons. Stato, sez. V, 21 giugno 2016, n. 2719.

⁴⁵M. TRIMARCHI, *op. cit.*, p. 15.

⁴⁶A. ROMEO, *Potere pubblico, attività amministrativa e situazioni giuridiche soggettive, rileggendo le opere di Franco Scoca*, in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 4554.

È, in ogni caso, rilevante la necessità teorica di distinguere tra norme attributive del potere e norme intese a disciplinarne l'esercizio e dunque di scorgere l'elemento distintivo della funzione nello sviluppo procedimentale⁴⁷.

L'attività amministrativa non è avulsa dalla realtà ma esercitata nel contesto sociale, contestualizzata in un preciso e definito ambito spazio-temporale, che oggi è in continua trasformazione. L'agire amministrativo si trova così ad affrontare «una realtà problematica, diversificata e multiforme, in un contesto organizzativo policentrico e complesso, segnato dallo sviluppo di dinamiche contrastanti»⁴⁸ e sovrastanti, non può pertanto essere “ingessato” esso stesso ma, legittimato nel suo esercizio, deve poter essere inteso come inesauribile, perché solo l'inesauribilità può conferire la capacità di “amministrare” situazioni in continua evoluzione e perseguire legittimamente interessi pubblici.

L'autotutela decisoria dell'art. 21-nonies, espressione dell'agire amministrativo, consente alla pubblica amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni conferendo flessibilità all'atto amministrativo, al fine di adattarlo alle mutevoli esigenze dell'interesse pubblico, esercitata nel pieno rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa.

Occorre ancora sottolineare come la visione dinamica del procedimento amministrativo, intesa quale concatenazione dinamica di atti e operazioni, funzionali alla formazione progressiva del provvedimento amministrativo, riepilogo di quanto prima avvenuto nel corso del procedimento amministrativo, porta a considerare il valore e gli effetti della l. n. 241/1990 in un'ulteriore prospettiva quella della tutela giurisdizionale: «il dispiegarsi del procedimento si rivela strettamente funzionale alla completezza e alla profondità della cognizione giurisdizionale. Ciò porta all'affermazione di un nuovo tipo di legalità, non di una “legalità-legittimità”, bensì di una “legalità-giustizia”, intesa a dare vita ad un nuovo e giusto assetto di tutti gli interessi coinvolti mediante il loro confronto»⁴⁹.

⁴⁷A. ROMEO, *op. cit.*, p. 4557.

⁴⁸A. ROMEO, *op. cit.*, p. 4557.

⁴⁹M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo come modello teorico di produzione giuridica tipica di diritto amministrativo (rileggendo la teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedi-*

Spostando così il baricentro dell'azione amministrativa dall'atto finale all'istruttoria procedimentale si intende rendere più sostanziale il controllo giurisdizionale sul corretto esercizio del potere amministrativo. La disciplina della legittimità del provvedimento privilegia «la correttezza nell'esercizio del potere ed, entro certi limiti, la idoneità del comportamento amministrativo alla cura dell'interesse pubblico rispetto alle carenze strutturali (vizi di volontà, vizi della esternazione)»⁵⁰.

Nel segno dell'assicurazione di una tutela giustiziale generale piena e tempestiva si possono interpretare le disposizioni contenute nei commi 9-*bis* e 9-*ter* volte a disciplinare l'esercizio del potere sostitutivo in caso di inerzia dell'amministrazione.

L'evoluzione della concezione della legalità-legittimità in legalità-giustizia del procedimento amministrativo riflette così la parallela e più ampia evoluzione del rapporto pubblica-amministrazione - cittadino.

5. L'inesauribilità del potere amministrativo e l'autotutela decisoria

L'autotutela decisoria viene definita «come espressione di un privilegio generale dell'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni (...) che enfatizza la flessibilità dell'atto amministrativo, nel presupposto che esso debba essere sempre adattato alle mutevoli esigenze dell'interesse pubblico ed aderente al principio di legalità dell'azione amministrativa»⁵¹.

Tuttavia, nell'art. 21-nonies della l. n. 241/1990 il termine di dodici mesi, come limite massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (dei soli provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, non carpitati attraverso rappresentazioni o dichiarazioni false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudica-

mento di Scoca), in AA.VV., *Scritti per Franco Gaetano Scoca*, V, Napoli, Editoriale Scientifica, 2020, p. 4415.

⁵⁰F.G. SCOCA, *La teoria del provvedimento dalla sua formulazione alla legge sul procedimento*, in *Dir. amm.*, 1995, p. 9.

⁵¹F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *federalismi.it*, 8/2017, pp. 15-16.

to)⁵² sembra esso stesso incompatibile con l'affermazione della immanenza ed inesauribilità del potere, qualificato in termini di potere generale volto al conseguimento dell'interesse pubblico, anche in un momento successivo all'adozione del provvedimento.

Lo spirare di un termine, di dodici mesi, lega una garanzia di certezza del regime giuridico del rapporto tra ufficio amministrativo e privato-cittadino già destinatario di un provvedimento anche illegittimo (purché non carpito con frode o falso), ed ora anche legittimo ma inefficace⁵³ in caso di determinazioni tardive (ai sensi dell'art. 2 comma 8-*bis* della l. 241/1990). L'esercizio del potere di autotutela decisoria trova così il limite nella tutela della certezza del diritto nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: limite originato proprio dal necessario bilanciamento, valutato a priori dal legislatore, tra interessi pubblici e interessi privati.

Il potere amministrativo espressione di potere autoritativo della pubblica amministrazione ha lasciato nel tempo sempre più spazio all'esercizio del potere discrezionale, ma in entrambe i casi l'esercizio dell'attività amministrativa trova ragion d'essere nell'attribuzione legislativa dei suddetti poteri.

Gradualmente, soprattutto con la promulgazione della Costituzione, è emersa l'esigenza di rinvenire nell'ordinamento un fondamento legale dei poteri amministrativi e, con riferimento al tema, un fondamento legale del potere di autotutela decisoria (specie dell'annullamento d'ufficio), siccome idoneo ad incidere su posizioni giuridiche dei destinatari del provvedimento⁵⁴.

Tale esigenza è stata avvertita soprattutto con l'introduzione, nella legge n. 241/1990, da un lato degli istituti ispirati da esigenze di semplificazione, «idonei a determinare l'assetto dei rapporti e degli interessi anche al di fuori dello "schema" classico del provvedimento amministrativo (con i suoi caratteri

⁵²Art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

⁵³M. CALABRÒ, *op. cit.*, p.19.

⁵⁴P. OTRANTO, *Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*, in *federalismi.it*, 14/2020, p. 241.

di unilateralità ed imperatività)»⁵⁵; dall'altro delle garanzie partecipative degli interessati e dell'obbligo di motivazione del provvedimento.

In particolare, la legalità, in tale contesto, è garantita dal procedimento, “processo decisionale standardizzato”, sede dell'acquisizione e della composizione degli interessi pubblici e privati rilevanti, volto a produrre il provvedimento come atto che definisce il “problema amministrativo”⁵⁶.

La garanzia di una piena ed effettiva considerazione degli interessi privati accanto a quello pubblico primario sembra ridurre lo spazio per un ripensamento unilaterale da parte dell'amministrazione sul contenuto della decisione, qualora illegittima o inopportuna.

Tuttavia, per una rivisitazione della ricostruzione dogmatica del potere di autotutela decisoria, si deve necessariamente riflettere sulla distinzione tra funzione amministrativa e potere amministrativo.

Recuperando così la distinzione tra funzione attribuita alla pubblica amministrazione ed esercizio del potere nell'espletamento della funzione si ribadisce che l'«esercizio del potere determina il suo esaurimento»⁵⁷, mentre la funzione permane oltre il singolo esercizio del potere, permane al di là del singolo episodio di amministrazione.

L'autotutela decisoria non è da intendersi quale espressione dell'immanenza ed inesauribilità del potere di amministrazione attiva, bensì quale potere amministrativo che esercitato determina il suo stesso esaurimento. L'immanenza ed inesauribilità della funzione amministrativa attiva deriva dalla necessità di garantire la continua rispondenza dell'attività amministrativa al pubblico interesse ed è strettamente ancorato al principio di legalità. Ma ancor più l'autotutela decisoria, come espressione di tale potere, deve essere ancorata al principio di legalità.

⁵⁵P. OTRANTO, *op. cit.*, p. 241.

⁵⁶F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, pp. 133 ss.

⁵⁷B.G. MATTARELLA, *L'attività*, in CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, I, Diritto amministrativo generale, Milano, Giuffrè, 2003, p. 785, al riguardo anche M. TRIMARCHI, *op. cit.*, pp. 14 e ss.

L'autotutela decisoria altro non è che il singolo episodio di amministrazione nel più generale quadro di inesauribilità della funzione amministrativa.

Seppure il decorso del termine ragionevole (comunque non superiore a dodici mesi per i provvedimenti d'ufficio richiamati) consumi il potere dell'Amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento illegittimo⁵⁸ (salva l'eccezione prevista dalla norma di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* L. n. 241/1990), non consuma la funzione amministrativa.

In tale contesto l'introduzione del termine di dodici mesi è indubbiamente segnale del «nuovo paradigma nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati»⁵⁹, paradigma che deve essere interpretato nell'ambito più vasto dell'esercizio della funzione amministrativa.

⁵⁸Sulla “consumazione del potere” di autotutela decisoria decorso il termine, Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

⁵⁹Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto S.C.I.A.