

LE FONTI DEL DIRITTO ITALIANO

I testi fondamentali commentati con la dottrina
e annotati con la giurisprudenza

TESTO UNICO DELL'EDILIZIA

**(D.P.R. 6 giugno 2001 n. 380 e successive modifiche)
Artt. 1-51 - Artt. 136-137**

a cura di

Maria Alessandra Sandulli

Con il coordinamento di

Salvatore Bellomia - Mario R. Spasiano - Giuseppina Mari

III Edizione



GIUFFRÈ EDITORE

In assenza di un vincolo specificamente apposto sul centro storico cittadino, quale bene paesaggistico ai sensi dell'art. 136 del d.l. n. 42/2004, non sono applicabili le disposizioni del Codice dei beni culturali sul particolare procedimento autorizzatorio degli interventi edilizi che abbiano oggetto immobili ivi collocati, salvo che il vincolo abbia fondamento in una previsione di piano paesaggistico ovvero in altro provvedimento puntuale che abbia dichiarato l'immobile di interesse culturale in ragione del suo pregio storico-artistico. In mancanza di uno specifico regime vincolistico sul bene, l'intervento della Soprintendenza per i beni storici e paesaggistici non può ammettersi se non nei casi e nei limiti previsti dalla legge. In presenza di immobili abusivi in zona classificata centro storico, il parere della Soprintendenza è richiesto dagli artt. 33, comma 4 e 37, comma 3, solamente al limitato fine della determinazione della sanzione applicabile (demolitoria o pecuniaria), nei casi di assenza o difformità del permesso di costruire o della segnalazione certificata di inizio di attività. Queste disposizioni non trovano applicazione in caso di domanda di accertamento di conformità, dove solo l'autorità comunale è investita della potestà di pronunciarsi sull'assentibilità dell'intervento senza necessità del parere della Soprintendenza che, infatti, non è previsto nel procedimento previsto per il rilascio di tale sanatoria dall'art. 37, comma 4 (Cons. St., VI, 24 febbraio 2014, n. 855).

38 (L)

Interventi eseguiti in base a permesso annullato (legge 28 febbraio 1985, n. 47, art. 11; decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267, articoli 107 e 109). — 1. *In caso di annullamento del permesso di costruire, qualora non sia possibile, in base a motivata valutazione, la rimozione dei vizi delle procedure amministrative o la restituzione in pristino, il dirigente o il responsabile del competente ufficio comunale applica una sanzione pecuniaria pari al valore venale delle opere o loro parti abusivamente eseguite, valutato dall'agenzia del territorio, anche sulla base di accordi stipulati tra quest'ultima e l'amministrazione comunale. La valutazione dell'agenzia è notificata all'interessato dal dirigente o dal responsabile dell'ufficio e diviene definitiva decorsi i termini di impugnativa.*

2. *L'integrale corresponsione della sanzione pecuniaria irrogata produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria di cui all'articolo 36.*

2-bis. *Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 22, comma 3, in caso di accertamento dell'inesistenza dei presupposti per la formazione del titolo.*

a cura di **ROBERTO LEONARDI e MASSIMO OCCHIENA** (*)

(*) I paragrafi da 1 a 4 sono stati redatti da M. OCCHIENA; il restante aggiornamento è a cura di R. LEONARDI.

BIBLIOGRAFIA

Aa.Vv., *Le nuove regole dell'azione amministrativa dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2005; Aa.Vv., *Procedimento amministrativo e partecipazione: problemi, prospettive ed esperienze*, a cura di CROSETTI A.-FRACCHIA F., Milano, 2002; Aa.Vv., *Abusivismo edilizio: condono e nuove sanzioni*, Roma, 1985; ALI M., *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, RTDP, 1966, 527; ALBÈ A., *Primi interventi*

della giurisprudenza sulla nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio, URB APP, 2005, 1096; ANTONELLI V., *Commento art. 21-nonies. Annullamento d'ufficio*, in AA.VV., *La pubblica amministrazione e la sua azione*, a cura di PAOLANTONIO N.-POLICE A.-ZITO A., Torino, 2005, spec. 671; ANTONIAZZI S., *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; ASSINI N.-CICALA M.-FORTUNA E., *Condono edilizio*, Padova, 1985; BARONE G., *L'incidenza della nuova disciplina dell'invalidità degli atti amministrativi sui poteri di autotutela della pubblica amministrazione*, www.giustamm.it, 2005; BARONE G., *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, D AMM, 2002, 689; BASSI F., *Lezioni di diritto amministrativo*, Milano, 2008; BENVENUTI F., voce *Autotutela (dir. amm.)*, EdD, IV, 1959, 539; BERGONZINI G., *Art. 21 octies della legge n. 241 del 1990 e annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi*, D AMM, 2007, 254; CABIDDU M.A. (a cura di), *Diritto del governo del territorio*, Torino, 2010; CALABRÒ M., *Permesso di costruire: precisazioni in tema di decorrenza del termine per l'impugnativa e di presupposti per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio*, RG ED, 2007, 567; CALEGARI A., *Sulla natura sostanziale o processuale e sull'immediata applicabilità ai giudizi pendenti delle disposizioni concernenti l'annullabilità dei provvedimenti amministrativi contenute nell'art. 21-octies della l. n. 241 del 1990*, www.giustamm.it, 2005; CALZIA B., *In margine alla rinnovazione delle procedure amministrative a seguito di annullamento della concessione edilizia ex art. 11, l. 28 febbraio 1985, n. 47, NR, 1990, 91*; CAMERO R., *Ancora incertezze sulla motivazione dell'annullamento di concessione edilizia*, URB APP, 1998, 1013; CANNADA BARTOLI E., voce *Annulabilità e annullamento*, EdD, II, 1958, 484; CARINGELLA F., *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, RI DPCM, 2008, 2, 245; CASETTA E., *Manuale di diritto amministrativo*, a cura di FRACCHIA F., 15ª ed., Milano, 2013, 535; CASSATELLA A., *La nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio al vaglio della giurisprudenza amministrativa*, FA TAR, 2006, 2188; CENTOFANTI N., *Diritto urbanistico*, Padova, 2008; CERULLI IRELLI V., *Lineamenti del diritto amministrativo*, Torino, 2012; CERULLI IRELLI V.-ROMANO TASSONE A.-SATTA F.-FRANCARIO F.-FRACCHIA F.-OCCHIENA M., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies legge n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, GIUST AMM, 1/2005; CHIERICHETTI A., *L'annullamento d'ufficio della concessione edilizia nella giurisprudenza*, RGU, 1994, 247; CHINELLO D., *L'annullamento della concessione edilizia ed il dovere di congrua motivazione incombente sulla P.A.*, RG ED, 2003, 970; CIVITARESE MATTEUCCI S., *La forma presa sul serio*, Torino, 2006, 437; CLARICH M.-FONDERICO G. (a cura di), *Dizionario di diritto amministrativo*, Il Sole 24 Ore, 2007; COEN L., *Annulamento d'ufficio*, SJ, 2003, 387; CONTIERI A., *Il riesame del provvedimento amministrativo. Annullamento e revoca tra posizioni « favorevoli » e interessi sopravvenuti*, Napoli, 1991; CORAGGIO G., voce *Autotutela (dir. amm.)*, EGI, IV, 1988, 1; CORSO G., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2013, 230; CORSO G., voce *Autotutela (dir. amm.)*, in *Dizionario di diritto pubblico*, a cura di CASSESE S., Milano, 2006, 609; CORSO G., voce *Validità (dir. amm.)*, EdD, XLVI, 1993, 96; COSTANTINO F., *Contrarius actus e competenza ad adottare il provvedimento di annullamento d'ufficio di un atto viziato da incompetenza alla luce della l. n. 15 del 2005*, FA CDS, 2006, 1848; CROSETTI A.-POLICE A.-SPASIANO M.R., *Diritto urbanistico e dei lavori pubblici*, Torino, 2007; DE PRETIS D., *Diritto urbanistico e delle opere pubbliche*, Torino, 2009; DE ROBERTO A., *La legge generale sull'azione amministrativa (l. n. 241 del 1990 dopo le modifiche delle leggi 11 febbraio 2005 n. 15 e 14 maggio 2005 n. 80)*, Torino, 2005; DE VALLES A., *Annulamento d'ufficio e interesse pubblico*, FI, 1951, III, 228; DEL FEDERICO L., *Sanzioni amministrative*, ivi, 5424; DEODATO C., *L'annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2011, 982; DOMENICHELLI V., *La revoca del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2011, 875; FALCON G., *Questioni sulla validità e sull'efficacia del provvedimento amministrativo nel tempo*, D AMM, 2003, 1; FERRARA L., *I riflessi sulla tutela giurisdizionale dei principi dell'azione amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento: verso il tramonto del processo di legittimità*, in *I principi generali dell'azione amministrativa*, a cura di CHITI M.P.-PALMA G., Napoli, 2006, 54; FERRARI G., *Il nuovo codice dell'edilizia*, Roma, 2012; FIORITTO A., *Introduzione al diritto delle costruzioni*, Torino, 2013; FRACCHIA F.-OCCHIENA M., *Teoria dell'invalidità dell'atto amministrativo e art. 21 octies, l. n. 241/1990: quando il legislatore non può e non deve*, www.giustamm.it, 2005; FRANCHINI C.-LUCCA M.-TESSARO T., *Il nuovo procedimento amministrativo. Commentario coordinato della l. 241 del 1990 riformata dalla L. 11 febbraio 2005 e dalla L. 14 maggio 2005 n. 80*, Rimini, 2005; GAFFURI F., *L'acquiescenza al provvedimento amministrativo e la tutela dell'affidamento*, Milano, 2006; GAROFOLI R.-FERRARI G., *Codice dell'edilizia annotato con dottrina, giurisprudenza e formule*, 2ª ed., Roma, 2011; GAROFOLI R.-DE GIOIA V. (a cura di), *Codice dell'edilizia*, Milano, 2006; GHETTI G., voce *Autotutela della pubblica amministrazione*, DDP, II, 1987, 81; GHETTI G., voce *Annulamento d'ufficio dell'atto amministrativo*, DDP, I, 1987, 268; GIGANTE M., *Il principio di tutela del legittimo affidamento*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2011, 132; GIOVAGNOLI R., *I vizi formali e procedurali*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di SANDULLI M.A., Milano, 2011, 951; GRECO G., *Argomenti di diritto amministrativo*,

Milano, 2013, 111; GUICCIARDI E., *Questioni conseguenti all'annullamento di licenza edilizia*, GI, 1966, III, 129; GALETTA D.U., *Violazione di norme sul procedimento amministrativo e annullabilità del provvedimento*, Milano, 2003, spec. 236; GALETTA D.U., *I procedimenti di riesame*, in *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, a cura di CERULLI IRELLI V., Napoli, 2006, 393; LA ROSA G., *La revoca del provvedimento amministrativo*, Milano, 2013; LIGUGNANA G., *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; LOMBARDI R., *Effettività delle sanzioni edilizie, riparto di competenze ed esercizio dei poteri sostitutivi: un'ipotesi ricostruttiva*, RG ED, 2010, 3, 147; MANFREDINI G., *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, DPA, 2011, 316; MASERA S.R., *Annullamento d'ufficio di concessione edilizia, tutela dell'affidamento e disparità di trattamento*, RGU, 2001, 362; MATTARELLA B.G., *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi su "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia", Varenna, 20-22 settembre 2007, in www.astrid-online.it; MATTARELLA B.G., *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, a cura di CASSESE S., II, Milano, 2003, 934 s.; MENGOLI G., *Introduzione al diritto urbanistico*, Milano, 2012; MERUSI F., *La problematica dell'annullamento d'ufficio*, in MERUSI F., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni trenta all'alternanza*, Milano, 2001, 92; MERUSI F., *L'affidamento del cittadino*, Milano, 1970; MICALIZZI R., *Le sanzioni conseguenti all'annullamento del titolo edilizio, tra interpretazione letterale e principi generali*, URB APP, 2013, 6, 719; OCCHIANA M., «L'autorizzazione» edilizia tra silenzio, doveri di correttezza del cittadino e responsabilità degli amministratori, FA TAR, 2002, 1853; OCCHIANA M., *Situazioni giuridiche soggettive e procedimento amministrativo*, Milano, 2002; OCCHIANA M.-SAITTA F., *Il silenzio significativo come misura di semplificazione dell'attività edilizia: dubbi e prospettive*, RG ED, 2010, 5, 399; PAGLIARI G., *Corso di diritto urbanistico*, Milano, 2010; PAOLANTONIO N., *Il sindacato di legittimità sul provvedimento amministrativo*, Padova, 2000, spec. 27; PICOZZA E., *La nuova legge sull'azione e sul procedimento amministrativo. Considerazioni generali. I principi di diritto comunitario e nazionale*, CS, 2005, 1419; PIFFERI G., *Annullamento d'ufficio di una concessione edilizia*, R AMM, 1989, 1348; PIFFERI G., *Il decorso del tempo quale motivo di preclusione dell'annullamento d'ufficio*, AMM IT, 1976, 1007; QUADRI E., *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, URB APP, 2006, 718; RAGAZZO M., *L'autotutela amministrativa. Principi operativi e ambiti applicativi*, Milano, 2006; ROMANO S., *Poteri, potestà*, in ROMANO S., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, 1983 (ma 1947), spec. 186 e 202; SACCO R., *Introduzione al diritto comparato*, in *Trattato di diritto comparato*, diretto da SACCO R., Torino, 2002, 43; SALVIA F., *Manuale di diritto urbanistico*, Padova, 2012; SANDULLI A.M., *Manuale di diritto amministrativo*, 15ª ed., Napoli, 1989, 728; SANDULLI M.A., *L'azione amministrativa: commento alla L. 7 agosto 1990 n. 241 modificata dalla L. 11 febbraio 2005 n. 15 e dal D.L. 14 maggio 2005*, 35, Milano, 2005; SANDULLI M.A., *La potestà sanzionatoria della pubblica amministrazione*, Napoli, 1981; SANDULLI M.A., *Le sanzioni amministrative pecuniarie. Principi sostanziali e procedurali*, Napoli, 1983; SANDULLI M.A., *Dalla d.i.a. alla s.c.i.a.: una liberalizzazione a rischio*, RG ED, 2010, 6, 465; SINISI M., *La "doverosità" dell'esercizio del potere di autotutela in presenza di un atto amministrativo contrastante con regolamenti comunitari*, FA TAR, 2007, 10, 3265; STELLA RICHTER P., *Diritto urbanistico*, Milano, 2012; STEVANATO L., *Le sanzioni edilizie nelle sentenze dei giudici amministrativi*, Padova, 2000; SUSCA A., *L'invalidità del provvedimento amministrativo dopo le leggi n. 15/2005 e n. 80/2005*, Milano, 2006; TANDA P., *Sanatoria giurisprudenziale: auspicabile un intervento dell'Adunanza Plenaria*, RG ED, 2010, 3, 880; TITOMANLIO R., *Funzione di regolazione e potestà sanzionatoria*, Milano, 2007; TOMEI R., *La nuova disciplina dell'azione amministrativa. Commento alla l. 241 del 1990 aggiornata alle leggi n. 15 e n. 80 del 2005*, Padova, 2005; TRIMARCHI BANFI F., *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, D AMM, 2005, 843; TRIMARCHI BANFI F., *Illegittimità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, DPA, 2003, 409; TUCCARI F., *Annullamento dell'atto e processo amministrativo risarcitorio*, Napoli, 2004; URBANI P., a cura di, *Le nuove frontiere del diritto urbanistico*, Torino, 2013; VALAGUZZA S., *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, DPA, 2004; VARRONE C., *Nullità e annullabilità del provvedimento amministrativo*, www.giustamm.it, 2005; ZARAMELLA S., *Annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi e tutela delle posizioni soggettive*, SJ, 2004, 1076.

SOMMARIO

1. Premessa. — 2. Il potere di annullamento d'ufficio nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla novella della l. n. 241/1990. — 3. Il potere di annullamento d'ufficio di un permesso di costruire: dottrina e giurisprudenza a confronto con l'art. 21-nonies, l. n. 241/1990. — 4. L'annullamento d'ufficio nel prisma dell'art. 21-octies, l. n. 241/1990. — 5. L'art. 38 del t.u. edilizia: considerazioni preliminari e comparazione con la disciplina posta dalla l. n. 47/1985. — 6. Confronto tra il

regime sanzionatorio *ex art. 38* e quello *ex art. 31* del testo unico. — 7. L'annullamento del permesso di costruire per vizi delle procedure e la loro rimozione. — 8. L'annullamento del permesso di costruire per vizi sostanziali: la restituzione in pristino e la sanzione pecuniaria. — 9. L'accertamento dell'inesistenza dei presupposti per l'applicazione della d.i.a. e la conseguente decisione del comune tra rimozione dei vizi e irrogazione delle sanzioni. — 10. La competenza dirigenziale.

1. Premessa. L'articolo in commento richiede come presupposto necessario di applicazione l'avvenuto annullamento del permesso di costruire, in esito all'accertamento di un vizio di legittimità del medesimo da parte del giudice amministrativo o della stessa pubblica amministrazione. Di conseguenza, esso offre lo spunto per approfondire l'istituto dell'annullamento d'ufficio dell'autorizzazione edilizia da parte dell'amministrazione comunale che lo aveva in precedenza rilasciato. In quanto oggi regolato da specifica norma, l'art. 39 del testo unico in commento, si tralascerà, invece, la trattazione della disciplina del differente potere di annullamento di competenza regionale. Prima di procedere in tal senso, si reputa opportuno premettere una breve disamina relativa al più generale istituto dell'annullamento d'ufficio, al fine di poter, poi, meglio cogliere le specificità che lo stesso presenta con riferimento al settore di cui si tratta. Dal punto di vista metodologico, l'analisi di entrambi i citati profili sarà incentrata sull'elaborazione dottrinale e soprattutto sulle decisioni giurisprudenziali in merito intervenute, dal momento che, come noto, è a tali formanti dell'ordinamento giuridico (SACCO R., 2002, 43) che si devono l'individuazione del fondamento teorico del potere in esame, la fissazione dei presupposti per il legittimo esercizio del medesimo, la definizione dei relativi effetti e la determinazione delle garanzie procedurali da rispettare in siffatti casi, in assenza di una espressa disciplina normativa della materia.

Sul potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti illegittimi, il legislatore è intervenuto in tempi relativamente recenti, comunque quando i caratteri essenziali dell'istituto si erano già consolidati nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale. La disciplina di tale potere è stata posta, infatti, dapprima, con l'approvazione dell'art. 1, comma 136, l. n. 311/2004, norma speciale riferita precipuamente alle fattispecie finalizzate al conseguimento di risparmi o di minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche (in dottrina, sul punto, CASSATELLA A., 2006, 2188; ANTONELLI V., 2005, spec. 671; in giurisprudenza, TAR Calabria, II, 10 gennaio 2008, n. 6, www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lombardia, III, 23 febbraio 2007, n. 362, *ivi*; TAR Calabria, II, 24 maggio 2006, n. 571, *ivi*; TAR Puglia, II, 9 marzo 2006, n. 798, FA TAR, 2006, 2179; TAR Veneto, III, 2 marzo 2006, n. 1022, www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lombardia, Milano, III, 16 febbraio 2006, n. 875, *ivi*; TAR Puglia, II, 22 dicembre 2005, n. 5522, *ivi*). Successivamente con l'adozione del fondamentale art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 14 della legge di riforma n. 15/2005.

Per completezza di trattazione, inoltre, sembra opportuno in questa sede ricordare che la riforma del 2005 ha disciplinato la materia dell'invalidità e dell'inefficacia dell'atto amministrativo introducendo nella l. n. 241/1990 il capo IV-*bis*, dall'art. 21-*bis* all'art. 21-*nonies*, distinguendo, per quello che qui più rileva in tema

di autotutela, tra l'istituto dell'annullamento d'ufficio, art. 21-*nonies* citato, rispetto a quello della revoca, come disciplinata dall'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990 (sulla revoca si rinvia a LA ROSA G., 2013, 4; DOMENICHELLI V., 2011, 875).

I due istituti di autotutela sono profondamente diversi quanto a presupposti (DEODATO C., 2011, 989 ss.). Infatti, mentre l'annullamento d'ufficio costituisce un rimedio volto alla rimozione di un errore commesso nell'esercizio della funzione di primo grado e, quindi, opera in una logica essenzialmente correttiva dell'azione pubblica, la revoca assume una funzione più propriamente adeguatrice, intesa in termini di attualizzazione delle modalità di perseguimento dell'interesse pubblico specifico di cui occorre seguire la costante dinamica evolutiva. Pertanto, entrambi gli istituti hanno come oggetto immediato del provvedere l'eliminazione di un precedente atto o provvedimento di primo grado cui coniugare l'esigenza di un'azione amministrativa che si ponga come cura attuale dell'interesse pubblico: esigenza che, in termini funzionali, nelle ipotesi di annullamento si caratterizza come momento valutativo ulteriore rispetto al mero accertamento dell'illegittimità del provvedimento di primo grado, mentre nei casi di revoca discende proprio dalla necessità di adeguare per il futuro scelte ormai non più idonee ed efficaci, con l'inevitabile eliminazione dei provvedimenti formali che le contenevano, perché tali scelte sono state effettuate sulla base di situazioni di fatto non prevedibili al momento dell'adozione del provvedimento (art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990; per una approfondita disamina di queste tematiche, LA ROSA G., 2013, spec. 7; in giurisprudenza, *ex multis*, v. TAR Lazio, Roma, 22 novembre 2013, n. 9992, FA TAR, 2013, 11, 3427; TAR Campania, Napoli, I, 20 giugno 2006, n. 7085, *ivi*, 2006, 6, 2139).

Tornando al tema oggetto del presente commento, in considerazione della natura generale dell'art. 21-*nonies* citato, *in limine* al presente approfondimento, occorrerà indagare se questa disposizione sia destinata a mutare la « fisionomia » del potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti abilitativi, così come elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza.

2. Il potere di annullamento d'ufficio nell'elaborazione dottrinale e giurisprudenziale anteriore alla novella della l. n. 241/1990. Come si è *supra* anticipato, il potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi rinviene la propria iniziale delineazione nell'ambito della produzione giurisprudenziale, soprattutto amministrativa, nonché negli apporti forniti in materia dall'elaborazione dottrinale (in generale su tale istituto, in dottrina, da ultimo, DEODATO C., 2011, 989 ss.; si v. anche GALETTA D.-U., 2006, 393; ZARAMELLA S., 2004, 1076; TRIMARCHI BANFI F., 2003, 409; COEN L., 2003, 387; MERUSI F., 2001, 92; ALI M., 1966, 527; CANNADA BARTOLI E., 1958, 484, oltre al fondamentale studio di BENVENUTI F., 1959, 539 ss.). In mancanza di una espressa base normativa legittimante e disciplinante l'esercizio del potere *de quo*, l'origine non legislativa dell'istituto ha determinato la persistente sussistenza di significativi margini di ambiguità in relazione alle sue stesse caratteristiche strutturali, che ne hanno inevitabilmente compromesso la ricostruzione in termini unitari e omogenei (CASSATELLA A., 2006, 2188). Ciò a partire dalla

stessa individuazione del fondamento dogmatico del potere di cui si tratta, da taluni ricondotto nell'alveo dei c.d. « poteri di autotutela » della pubblica amministrazione, mentre da altri autori configurato alla stregua di un potere di amministrazione attiva, espressione dello stesso potere esercitato in primo grado.

In particolare, secondo il primo dei citati filoni dottrinali, il potere in esame sarebbe ascrivibile entro l'ambito della c.d. « autotutela amministrativa » che, costituendo « una deviazione rispetto al principio della tutela giurisdizionale » (CORRAGGIO G., 1988, 1), identifica « quella parte di attività amministrativa con la quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti o alle sue pretese » (BENVENUTI F., 1959, 539). In prospettiva storica, tale fenomeno viene ricollegato al passaggio dallo Stato assoluto, « nel quale il sovrano deteneva tutti i tre poteri — legislativo, giurisdizionale e amministrativo — e li esercitava per il tramite di propri organi », allo Stato di diritto ottocentesco, in cui, pur affermandosi il principio della separazione dei poteri, la pubblica amministrazione continua comunque ad esercitare, « sotto un profilo materiale » (ossia mediante l'adozione di formali provvedimenti amministrativi), « un residuo della funzione giurisdizionale un tempo assai più largamente attribuita » alla stessa (GHETTI G., 1987, 81).

In tale prospettiva, unitamente ai poteri di revoca, di abrogazione e di caducazione, il potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti amministrativi illegittimi viene considerato manifestazione dell'autotutela c.d. « decisoria », che si caratterizza per (sul punto, v., *ex multis*, BENVENUTI F., 1959, 541):

- a) esplicitarsi mediante l'adozione di atti tipici;
- b) essere distinta dall'autotutela c.d. « esecutiva »;
- c) avere ad oggetto atti e non rapporti;
- d) essere diretta, in quanto non contenziosa, cioè non fondata su ricorsi degli interessati;
- e) essere spontanea esplicitazione dell'autoimpugnazione da parte dell'ente pubblico che esercita tale potere: ciò perché, a differenza del controllo, non consiste in un'attività a carattere doveroso.

La seconda tesi è quella che per comodità descrittiva potrebbe denominarsi del « *contrarius actus* », per quanto occorra specificare che tale locuzione più precisamente va ad individuare la regola (utilizzata specialmente dalla giurisprudenza) secondo cui per rimuovere gli effetti di un provvedimento « occorre lo stesso procedimento necessario per l'adozione del provvedimento sui cui effetti si vuole intervenire » (MATTARELLA B.G., 2007, 934 s.). Secondo questa teorica, il potere della pubblica amministrazione di riesaminare i propri atti amministrativi costituirebbe espressione qualitativamente identica, benché temporalmente successiva, dell'originario potere di provvedere, il quale, dunque, non si esaurirebbe con il suo esercizio, ma sopravviverebbe allo stesso (CORSO G., 2013, 230; CONTIERI A., 1991, *passim*; *contra*, GHETTI G., 1987, 268). Dal punto di vista della teoria generale delle situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo, è evidente il riecheggiare in questa ricostruzione dell'impostazione romaniana, ossia della separazione tra il momento statico (attribuzione) e il momento dinamico (esercizio)

del potere. In altre parole, affermare che l'adozione del provvedimento e il suo annullamento dipendono dall'esercizio dello stesso potere significa logicamente predicare l'inesauribilità del potere amministrativo, nel senso che tale tesi costituisce lo sviluppo dell'assioma della preesistenza e, soprattutto, dell'astrattezza del potere, che rimane « sempre il medesimo attraverso i vari casi in cui si esplica », in quanto « non si traduce in un rapporto, ma sovrasta a singoli rapporti » (ROMANO S., 1983, spec. 186 e 202; in tema, più diffusamente, OCCHIENA M., 2002, 262).

Tornando alla surriferita *querelle* relativa alla natura del potere di annullamento, occorre comunque evidenziarne non solo l'estremo interesse dal punto di vista teorico-sistematico, ma anche la valenza applicativa. Essa presenta, infatti, importanti ricadute sul piano pratico-operativo, che sono, ovviamente, differenti a seconda dell'orientamento cui si intende aderire e che concernono sia il profilo procedimentale, sia quello sostanziale, con precipuo riferimento ai presupposti che devono sussistere per l'esercizio legittimo del potere di annullamento d'ufficio.

Per quanto riguarda il primo dei menzionati aspetti, dalla qualificazione del potere in esame alla stregua di potere di amministrazione attiva, uguale, ma di segno contrario, rispetto a quello esercitato in primo grado (in giurisprudenza, *ex multis*, Cons. St., V, 20 febbraio 2006, n. 701, FA CDS, 2006, 1837; Id., 30 novembre 2000, n. 6354, www.giustizia-amministrativa.it), deriva conseguentemente la necessità di rispettare, sul piano procedimentale, le medesime scansioni seguite in occasione dell'adozione del provvedimento oggetto di annullamento d'ufficio, in applicazione della già rammentata regola del *contrarius actus* (in giurisprudenza, TAR Veneto, II, 4 maggio 2005, n. 1952, RG ED, 2005, I, 1724; Cons. St., IV, 14 maggio 2004, n. 3054, *ivi*, 2004, I, 2175; Cons. St., V, 18 aprile 1996, n. 446, CS, 1996, I, 606; TRGA Trentino-Alto Adige, sez. auton., Bolzano, 30 dicembre 1996, n. 378, TAR, 1997, I, 535).

Qualora si propendesse per l'opzione ricostruttiva che annovera il potere di annullamento tra quelli di autotutela della pubblica amministrazione, ne conseguirebbe una struttura procedimentale non necessariamente attuativa della disciplina d'azione che regola le modalità di esercizio del potere ai fini dell'adozione dell'atto di primo grado. Un'interpretazione meno rigorosa, dunque. Infatti, come è stato posto in luce anche dalla giurisprudenza, questa diversa rappresentazione teorico-ricostruttiva ha il vantaggio d'introdurre « un temperamento proprio con riferimento all'annullamento d'ufficio, posto che il medesimo non è espressione (a differenza in particolare della revoca) dello stesso potere in forza del quale fu emanato l'atto di primo grado » (Cons. St., V, 8 ottobre 1992, n. 977, RGU, 1994, 243). In buona sostanza, seguendo tale prospettazione sarebbe sufficiente porre in essere un procedimento meramente analogo, e non necessariamente identico, rispetto a quello originario, fermo restando il rispetto della garanzia procedimentale della partecipazione (comunicando cioè l'avvio del procedimento *ex art. 7, l. n. 241/1990* al/ai soggetto/i che beneficiano degli effetti giuridici prodotti dall'atto che si intende rimuovere), al fine di consentire al/i destinatario/i del provvedimento oggetto di riesame di avvalersi delle facoltà endoprocedimentali previste dal capo III della l. n. 241/1990 (Cons. St., VI, 28

febbraio 2006, n. 887, FA CDS, 2006, 574; TAR Calabria, II, 6 ottobre 2005, n. 1638, *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., IV, 5 aprile 2005, n. 1487, FA CDS, 2005, 1065, in cui, peraltro, si chiarisce che l'onere del preventivo avviso di avvio del procedimento subisce una deroga con riferimento ai casi in cui sussistono particolari esigenze di celerità, che, comunque, debbono essere esplicitamente richiamate nel provvedimento, o l'interessato è stato comunque posto in condizioni di partecipare al procedimento; TAR Campania, V, 25 giugno, 2002, n. 3745, *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Sicilia, II, 18 febbraio 2003, n. 221, *ivi*). Inoltre, come si è anticipato, le delineate concezioni teorico-dogmatiche del potere di annullamento d'ufficio esplicano la propria incidenza altresì sul piano sostanziale e, in particolare, implicano una differente accezione dell'interesse pubblico, qui inteso alla stregua di presupposto di esercizio dell'annullamento che, per giurisprudenza e dottrina prevalenti, deve concorrere con l'illegittimità del provvedimento ai fini dell'esercizio legittimo del potere di annullamento d'ufficio (non essendo sufficiente il mero ripristino dell'« ordine giuridico violato » (Casetta E., 2013, 535; in generale, sull'interesse pubblico c.d. « specifico », Paolantonio N., 2000, spec. 27).

In proposito, si precisa che il citato potere richiede, quali presupposti strutturali per il suo legittimo esercizio, non soltanto la sussistenza di un provvedimento illegittimo, il cui vizio sia stato puntualmente verificato e individuato (Cons. St., V, 6 giugno 2002, n. 3173, *www.giustizia-amministrativa.it*; CGAS, 13 ottobre 1999, n. 447, TAR, 1999, I, 1757), non rilevando, peraltro, se esso sia o meno dipeso da colpa imputabile alla stessa amministrazione (TAR Campania, Salerno, I, 7 marzo 2006, n. 251, FA TAR, 2006, 1088), ma altresì l'esistenza di un interesse pubblico, ulteriore e diverso da quello finalizzato al ripristino della legalità violata (TAR Friuli Venezia Giulia, I, 25 novembre 2013, n. 614, *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Puglia, Lecce, 28 novembre 2013, n. 2390, FA TAR, 2013, 11, 3533; Cons. St., IV, 14 febbraio 2006, FA CDS, 2006, 438). Tale interesse, più specificatamente, deve rivestire i caratteri della concretezza e dell'attualità (Cons. St., VI, 4 luglio 2014, n. 3401, *www.giustizia-amministrativa.it*; Id., III, 19 febbraio 2014, n. 769, FA CDS, 2014, f. 2; Cons. St., III, 9 maggio 2012, n. 2683, RG ED, 2012, 3, 799; Cons. St., IV, 27 novembre 2010, n. 8291, FI, 2011, III, 192; TAR Veneto, II, 30 settembre 2010, n. 5242, FA TAR, 2010, 2776; TAR Liguria, I, 11 dicembre 2007, n. 2050, *ivi*, 2007, 3732; Cons. St., VI, 14 ottobre 2004, n. 6656, FA CDS, 2004, 2921) e « svolge un ruolo corrispondente all'interesse del privato ricorrente nell'annullamento giurisdizionale e [...] non ha, invece, equivalente nell'annullamento in sede di controllo » (per definizione disinteressato) » (CORSO G., 2013, 96). Esso, inoltre, costituisce un riflesso della natura discrezionale del potere di cui si tratta (SANDULLI A.M., 1989, 728; in giurisprudenza, Cons. St., V, 3 maggio 2012, n. 2548, FA CDS, 2012, 1236 chiarisce che l'art. 21-nonies, l. n. 241/1990 ha disciplinato i presupposti e le forme dell'annullamento d'ufficio, ma non ha modificato la natura del potere e non lo ha trasformato da discrezionale in obbligatorio; sul punto si v. anche TAR Lazio, Roma, II, 2 aprile 2014, n. 3600, *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Campania, Salerno, II 17 marzo 2014, n. 581, *ivi*; TAR Campania, Napoli, 28 novembre 2013, n. 5331, FA TAR, 2013, 11, 3468;

Cons. St., III, 30 luglio 2013, n. 4026, FA CDS, 2013, 1922; TAR Lazio, Roma, II, 4 maggio 2010, n. 9350, *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Liguria, I, 30 ottobre 2006, n. 1349, RG ED, 2007, I, 715; Cons. St., IV, 15 febbraio 2005, n. 477, FA CDS, 2005, 327); da ciò deriva che « sia rispetto a provvedimenti ancora impugnabili, sia rispetto a provvedimenti ormai divenuti inoppugnabili, non esiste alcun obbligo giuridico dell'amministrazione di iniziare, sia pure ad iniziativa di parte, alcun procedimento di autotutela o comunque di secondo grado, incidente sulla precedente attività amministrativa, rientrando l'esercizio dell'autotutela in una sfera ampiamente discrezionale » (Cons. St., VI, 29 novembre 2005, n. 6770, FA CDS, 2005, 3406. In senso conforme, oltre alla richiamata Cons. St., V, sent. n. 2548/2012, cit., recentemente, Cons. St., V, 22 gennaio 2014, n. 322, FA CDS, 2014, 84; in questi termini, SINISI M., 2007, 1).

In definitiva, giurisprudenza costante considera il potere di autotutela come un potere di merito non obbligatorio e riservato alla pubblica amministrazione da esercitare in base a valutazioni riservate all'amministrazione e insindacabili dal giudice (in questi termini, v., da ultimo, TAR Friuli Venezia Giulia, I, 5 maggio 2014, n. 181, *www.lexitalia.it*; Cons. St., V, 3 maggio 2012, n. 2551, FA CDS, 2012, *ivi*; Cons. St., IV, 1° luglio 2011, n. 3949, FA CDS, 2011, *ivi*).

Sulla necessità di un bilanciamento di interessi si è pure argomentato che « anche nell'ordinamento comunitario la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria un'attenta ponderazione degli interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo » (Cons. St., VI, 3 marzo 2006, n. 1023, *www.giustizia-amministrativa.it*). Sul tema si è espressa anche la Corte di Giustizia, secondo la quale « il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquistato carattere definitivo, in quanto la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario e il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza dei termini ragionevoli di ricorso e in seguito all'esaurimento dei mezzi di impugnazione giurisdizionale, contribuisce a tale certezza » (CGUE, gr. sez., 12 febbraio 2008, n. 2, FA CDS, 2, I, 293; sull'annullamento d'ufficio nell'ordinamento dell'Unione, si v. DEODATO C., 2011, 982).

Si noti, tuttavia, che allo stesso tempo parte della dottrina e della giurisprudenza non hanno mancato di individuare fattispecie di c.d. « annullamento doveroso », *rectius* necessitato (per tale precisazione terminologica, VALAGUZZA S., 2004, 1267, in cui l'Autore effettua una rassegna giurisprudenziale inerente alle ipotesi di cui si sta trattando), in cui l'esercizio di tale potere è fatto discendere automaticamente dal riscontro dell'illegittimità del provvedimento oggetto di riesame, senza che sia necessaria l'estrinsecazione, in motivazione, di uno specifico interesse pubblico perseguito dall'amministrazione procedente (sull'annullamento doveroso, in generale, MANFREDINI G., 2011, 316; SANDULLI A.M., 1989, 730 s.; in relazione all'annullamento di autorizzazioni edilizie, OCCHIENA M., 2002, 1853). Invero, le ipotesi di annullamento giustificato *in re ipsa* senza necessità di spiegarne l'effetto giuridicamente rilevante sul piano dell'interesse pubblico appaiono, nel

loro complesso, piuttosto eterogenei e difficilmente riconducibili ad una *ratio* comune e unitaria.

In particolare, le fattispecie tradizionalmente prospettate dalla dottrina sembrano costituire una sorta di meccanismo di compensazione a fronte della mancata previsione normativa di poteri costitutivi-cassatori in capo al giudice ordinario o all'organo titolare della funzione di controllo. Sul punto, si ricordano, a titolo esemplificativo, le « ipotesi di illegittimità dell'atto dichiarata da una sentenza del giudice ordinario passata in giudicato (art. 4, l. cont. amm.), ovvero da un'autorità di controllo cui non compete la potestà di annullamento (ad esempio dalla Corte dei conti nell'ambito del controllo successivo), oppure ancora (nel)l'ipotesi di atto consequenziale rispetto ad un atto presupposto annullato (dal giudice o dall'amministrazione stessa) » (Casetta E., 2013, 536).

Le ipotesi di derivazione giurisprudenziale paiono, invece, connotate dall'idea di fondo della prevalenza *in re ipsa* di alcuni interessi pubblici. Infatti, da un'indagine ad ampio spettro di questa giurisprudenza emerge che i giudici ritengono taluni interessi pubblici particolarmente critici e sensibili, per non dire assoluti, nel senso di sciolti da qualsivoglia operazione di contemperamento con altri interessi (specie privati). Ad esempio, dall'analisi della casistica giurisprudenziale emerge che sussiste, in ogni caso, la prevalenza dell'interesse pubblico all'annullamento di provvedimenti amministrativi in contrasto con la tutela di beni paesaggistici ed archeologici (*ex multis*, TAR Calabria, Reggio Calabria, 28 maggio 2014, n. 222, www.giustizia-amministrativa.it) ovvero che comportano un esborso continuo di risorse pubbliche (Cons. St., VI, 12 aprile 2007, n. 1698, FA CDS, 2007, 1247; Cons. St., V, 16 novembre 2005, n. 6401, *ivi*, 2005, 3306; Cons. St., VI, 7 novembre 2005, n. 6156, *ivi*, 2005, 3362; Cons. St., V, 11 marzo 2005, n. 1032, www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., IV, 22 ottobre 2004, n. 6956, V NOT, 2004, 1560; TAR Campania, Salerno, II, 5 maggio 2003, n. 340, www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., V, 16 gennaio 2002, n. 213, FA CDS, 2002, 96) o che risultano conformi a norme nazionali però contrastanti con la normativa comunitaria, per assicurare l'uniforme applicazione del diritto non solo nell'ordinamento statale, ma anche in quello europeo, atteso che la giurisprudenza comunitaria è solita trarre i principi dai diritti nazionali, con il metodo induttivo, per rielaborarli e restituirli agli ordinamenti degli Stati membri, dando luogo ad un processo di omogeneizzazione dei loro sistemi giuridici (MATTARELLA B.G., 2007, 22; DEODATO C., 2011, 1000; in giurisprudenza, v. TAR Sicilia, Catania, II, 2 febbraio 2007, n. 2049, GD, 2007, 43, 89; ma, sul punto, *contra* Cons. St., VI, 3 marzo 2006, n. 1023, GI, 2006, 2414; C UE, 20 marzo 1997, C-24/95, *Alcan*).

Sicché « l'interesse pubblico all'economicità e alla correttezza della gestione delle finanze delle amministrazioni [...] e l'interesse pubblico alla conformità dell'ordinamento con i principi comunitari paiono intrinsecamente prevalere nelle considerazioni della giurisprudenza amministrativa » (VALAGUZZA S., 2004, 1260). Infine, altre decisioni, in maniera più generica e maggiormente estensiva al contempo, hanno sostenuto che l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio è sottratto a valutazioni di natura discrezionale da parte dell'amministrazione procedente ogni qual volta il provvedimento risulti viziato da illegittimità per contra-

sto con i principi fondamentali disciplinanti la materia in considerazione (TAR Campania, Salerno, I, 7 marzo 2006, n. 251, FA TAR, 2006, 1088; TAR Puglia, I, 7 febbraio 2005, n. 383, *www.giustizia-amministrativa.it*).

Salvo le surriferite peculiari ed eccezionali ipotesi di annullamento doveroso, il requisito dell'illegittimità del provvedimento oggetto di riesame, come si è anticipato, è ritenuto necessario, ma non sufficiente a legittimare l'annullamento dello stesso. È, infatti, richiesta anche l'esistenza di uno specifico, concreto e attuale interesse pubblico, che deve essere esplicitato in modo chiaro e univoco dalla motivazione del provvedimento di annullamento (TAR Puglia, Lecce, III, 8 gennaio 2014, n. 32, *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., V, 10 settembre 2009, n. 5427, FA CDS, 2009, 9, 2118; TAR Lombardia, Brescia, I, 1 dicembre 2009, n. 2382, FA TAR, 2009, 12, 3389; Cons. St., IV, 21 dicembre 2009, n. 8516, FA CDS, 2009, 12, 2832). Sulle caratteristiche di quest'ultima, è dato osservare in giurisprudenza l'utilizzo di un ampio spettro di aggettivazioni, che, volta a volta, afferma che deve essere:

a) « congrua » (TAR Lazio, Roma, II, 3 marzo 2008, n. 1956, *www.giustamm.it*; Cons. St., V, 25 luglio 2006, n. 4671, FA CDS, 2006, 2200; Id., 1° marzo 2003, n. 1150, GI, 2003, 1259);

b) « specifica » (TAR Sicilia, Catania, I, 4 maggio 1999, n. 861, *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., V, 7 novembre 2003, n. 7116, FA CDS, 2003, 3369);

c) « adeguata » (TAR Lazio, Roma, II-bis, 11 gennaio 2008, n. 151, *www.giustamm.it*; Cons. St., V, 18 novembre 2004, n. 7553, C IT, 2005, 94).

Dal punto di vista ricostruttivo, il vero problema sembra, tuttavia, essere che non è dato riscontrare la sussistenza di un'accezione unanimemente condivisa di siffatto interesse pubblico, tale cioè da distinguerlo dal mero ripristino della legalità violata. Il fatto è che, anche in relazione a tale aspetto, pare mancare omogeneità di vedute circa il fondamento del potere di cui si tratta. Tralasciando gli assunti più risalenti e che oramai paiono recessivi — ad esempio quello secondo cui l'interesse pubblico all'annullamento d'ufficio coinciderebbe o con la mera opportunità di procedere all'eliminazione di un atto illegittimo (Cons. St., IV, 18 maggio 1976, n. 344, FA CDS, 1976, I, 1251; Cons. St., VI, 27 giugno 1972, n. 398, *ivi*, 1972, I, 863), o con la necessità di sopprimere un atto non più in linea con l'interesse pubblico originariamente perseguito (Cons. St., V, 7 giugno 1952, n. 906, GI, 1952, III, 188; Id., 29 dicembre 1950, n. 1338, FI, 1951, III, 228, con nota di DE VALLES A., 1951, *passim*) —, gli orientamenti attualmente prevalenti paiono riconducibili tendenzialmente a due distinte opzioni interpretative.

La prima è il corollario della ricostruzione teorica che configura il potere *de quo* quale espressione del medesimo potere esercitato in primo grado. Essa sostiene che « l'interesse pubblico che l'amministrazione deve curare quando riesamina l'atto in vista di un suo eventuale annullamento [...] è lo stesso interesse pubblico che era stato curato (o avrebbe dovuto essere curato) con l'atto originario » (CORSO G., 2013, 610; in giurisprudenza, Cons. St., V, 7 settembre 2000, n. 4741, CS, 2000, I, 1995).

La seconda prospettazione, invece, maggioritaria in giurisprudenza, si ricollega alla concezione dell'istituto dell'annullamento d'ufficio come potere di c.d. « au-

totutela amministrativa ». Invero, sul punto in esame essa appare meno rigorosa di quella da ultimo delineata, posto che ammette la non necessaria coincidenza dell'interesse pubblico perseguito in sede di annullamento con quello sotteso al provvedimento di primo grado (Cons. St., IV, 5 ottobre 1995, n. 784, FA, 1995, 2158, in cui si richiede « un'analitica rappresentazione, adeguatamente esternata, di tutti gli interessi, pubblici e privati, coinvolti »; Cons. St., IV, 27 luglio 1994, n. 634, CS, 1994, I, 1025, in cui si afferma che la pubblica amministrazione, posto che « non esiste un solo interesse pubblico, ma una pluralità di interessi pubblici talvolta confliggenti fra di loro, deve ricercare tutti quelli che possono essere coinvolti nella vicenda al suo esame, porli a confronto e stabilire quale è quello al quale deve essere data la precedenza »).

Comunque sia, a prescindere dalla tesi cui si intenda aderire, una volta individuato ed esternato in motivazione lo specifico interesse pubblico all'annullamento (non importa se coincidente o meno con quello originariamente perseguito) occorre un ulteriore passaggio. La pubblica amministrazione procedente deve cioè comparare siffatto interesse con quelli sottesi alle situazioni giuridiche dei soggetti privati che, confidando nella legittimità del provvedimento oggetto di riesame, abbiano acquisito il consolidamento delle posizioni di vantaggio da quest'ultimo loro attribuite. In questo senso, da ultimo, Cons. St., IV, 10 giugno 2014, n. 2940, www.giustizia-amministrativa.it, afferma che è « indiscutibile [...] che l'esercizio del potere di autotutela presupponga un'attenta ponderazione comparativa tra tutti gli interessi dei soggetti coinvolti, mentre il ripristino della legalità non è motivo di per sé solo sufficiente per l'annullamento del precedente atto, ove a esso non si accompagni la convinzione, dimostrabile, che tutto ciò sia in funzione della tutela effettiva dell'interesse pubblico, inteso in senso ampio » (così anche Cons. St., IV, 21 dicembre 2009, n. 8529, FA TAR, 2010, I, 46; TAR Campania, Napoli, III, 10 aprile 2007, n. 3193, FA TAR, 2007, 4, 1408; TAR Lombardia, Milano, II, 31 gennaio 2007, n. 115, www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., V, 25 settembre 2006, n. 5622, FA CDS, 2006, 2540; TAR Campania, Salerno, I, 7 marzo 2006, n. 251, FA TAR, 2006, 1008, in cui, peraltro, si chiarisce che « l'ampiezza dell'obbligo di motivazione gravante sull'amministrazione in ordine alle ragioni di pubblico interesse che giustificano l'esercizio dei poteri di autotutela relativamente ad un provvedimento ampliativo della sfera giuridica del privato, è direttamente proporzionale all'affidamento (e al suo livello di consolidamento), in capo al destinatario del provvedimento, *medio tempore* formatosi »; TAR Campania, Napoli, VIII, 2 luglio 2014, n. 3608; Cons. St., IV, 4 febbraio 2006, n. 564, FA CDS, 2006, 438; Cons. St., V, 19 luglio 2005, n. 3819, *ivi*, 2005, 2254; Cons. St., IV, 1° ottobre 2004, n. 6409, CS, 2004, I, 2045; Cons. St., V, 24 settembre 2003, n. 5444, AMM IT, 2003, 1713; TAR Lombardia, III, 30 aprile 2003, n. 1092, ND, 2004, I, 738; in dottrina, *ex multis*, ANTONELLI V., 2005, 659).

Come è stato scritto, questa « comparazione tra interesse pubblico all'annullamento e interessi privati contrapposti rinviene il proprio canone applicativo nel principio della tutela dell'affidamento, inteso sia in senso oggettivo, quale legittima aspettativa del cittadino a che l'amministrazione agisca nel rispetto di tutte le situazioni giuridiche che essa stessa ha contribuito a determinare, sia in senso

soggettivo, quale fiducia del privato nella solidità e nella legittimità dei provvedimenti emanati da una pubblica autorità » (CALABRÒ M., 2007, 573. Sul principio di tutela dell'affidamento, in dottrina, QUADRI E., 2006, 718; TRIMARCHI BANFI F., 2005, 843; MASERA S.R., 2001, 362; MERUSI F., 1970, *passim*; CARINGELLA F., 2008, 3; GIGANTE M., 2011, 132; sull'applicazione del principio di affidamento in relazione all'annullamento giurisdizionale, v. Cons. St., IV, 6 agosto 2013, n. 4148, RG ED, 2013, 6, 1119 e anche Cons. St., ad. plen., 23 aprile 2009, n. 4, RG ED, 2009, 3, I, 751, la quale ha chiarito che « la situazione di affidamento si configura solamente nei confronti dell'annullamento in sede amministrativa e non in sede giurisdizionale »). Con l'ulteriore conseguenza che « l'amministrazione è tenuta ad esaminare la possibilità di conservare la situazione giuridica originata dall'atto in tutti quei casi nei quali sia possibile correggere o integrare aspetti e momenti del procedimento, senza il pregiudizio per l'interesse pubblico sostanziale » (Cons. St., V, 11 maggio 2007, n. 2346, FA CDS, 2007, 1510; la possibilità di convalidare un provvedimento amministrativo illegittimo è, peraltro, attualmente prevista in maniera espressa dall'art. 21-*nonies*, comma 2, l. n. 241/1990 e si ritiene che l'esercizio di siffatto potere conservativo debba essere preferito a quello dell'annullamento d'ufficio, in « applicazione del principio di conservazione dei valori giuridici »: così, CASSETTA E., 2013, 539; v. anche CANNADA BARTOLI E., 1958, secondo cui l'annullamento, atto facoltativo, non richiederebbe nessuna giustificazione sulla base di altri interessi oltre che di quello pubblico, perché espressione di un interesse proprio ed esclusivo dell'amministrazione).

A contrario, si ritiene che il suaccennato contemperamento di interessi non debba avere luogo tutte le volte in cui non ci siano le condizioni per ritenere sussistente un affidamento da parte dei privati. La giurisprudenza, a tal proposito, ha osservato che in sede di adozione di un atto in autotutela la comparazione tra interesse pubblico e quello privato è necessaria nel caso in cui l'esercizio dell'autotutela discenda da errori di valutazione dovuti all'amministrazione pubblica, non già quando lo stesso è dovuto a comportamenti del soggetto privato che hanno indotto in errore l'autorità amministrativa (TAR Puglia, Salerno, II, 24 gennaio 2013, n. 171, www.giustizia-amministrativa.it). Infatti, l'elemento soggettivo dell'affidamento che l'ordinamento tutela richiede che il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, quindi maturato in buona fede. All'opposto, non merita protezione l'aspirazione all'intangibilità di un vantaggio che l'interessato abbia ottenuto con colpa (v., *ex multis*, TAR Puglia, Lecce, I, 21 marzo 2013, n. 620, www.giustizia-amministrativa.it; TAR Trentino Alto Adige, Trento, I, 14 dicembre 2011, n. 310, *ivi*). Ciò alla luce del « principio che — mitigando il formalismo di un'acritica e illegittima valorizzazione dell'interesse dei soggetti che, beneficiati da atti illegittimi, aspirino al mantenimento di quegli atti — esime l'Amministrazione, che intenda procedere all'autotutela, dal ponderare l'interesse privato in comparazione con quello pubblico, quando da essa derivi il venir meno di vantaggi che, contrastando con le finalità dell'ordinamento, debbano, per ciò stesso, essere rimossi »: TAR Molise, I, 2 gennaio 2014, n. 10, www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., V, 12 novembre 2013, n. 5415, FA CDS 2013, 3106.

Inoltre, è bene ricordare la distinzione teorica tra affidamento e consolidamento delle posizioni giuridiche. Sul punto è stato precisato che « l'affidamento può sussistere indipendentemente dal decorso del tempo, anzi diremo che sussiste nel momento stesso in cui l'amministrazione emana il suo atto. Il consolidamento, invece, necessita del trascorrere del tempo, così che è possibile affermare che con il passare del tempo si consolida anche l'affidamento, mentre non può dirsi che l'affidamento determini, di per se stesso, il consolidarsi degli effetti del provvedimento » (BARONE G., 2002, 689).

Vengono tradizionalmente considerati quali fattori ostativi al citato consolidamento:

- a) l'inefficacia del provvedimento oggetto di riesame o comunque il decorso di un breve lasso di tempo dall'adozione del medesimo (in dottrina, sugli effetti del decorso del tempo rispetto all'annullamento d'ufficio, FALCON G., 2004, 1; OCCHIENA M., 2002, 1864 s.; PIFFERI G., 1976, 1007; in giurisprudenza, Cons. St., V, 31 dicembre 2003, n. 9263, *www.giustizia-amministrativa.it*; CGAS, 25 marzo 1999, n. 127, TAR, 1999, I, 5818; Cons. St., VI, 8 maggio 1998, n. 832, CS, 1998, I, 99);
- b) la mala fede del soggetto privato che abbia erroneamente o falsamente rappresentato la realtà, su cui si sia poi basato il provvedimento di primo grado (Cons. St., V, sent. n. 9263/2003, cit.; sul punto si v. le considerazioni di TRIMARCHI BANFI F., 2003, *passim*).

Infine, un ultimo profilo critico concernente l'istituto dell'annullamento d'ufficio consiste nella determinazione dell'efficacia temporale del provvedimento adottato nell'esercizio di siffatto potere. In proposito, all'opzione ricostruttiva tradizionale che attribuisce ad esso un'efficacia retroattiva, si affianca la tesi prospettata da una parte della dottrina (ad esempio, CONTIERI A., 1991, 128; CORSO G., 99, 240; FALCON G., 38, 38), secondo cui la pubblica amministrazione procedente potrebbe discrezionalmente scegliere se rimuovere gli effetti di un provvedimento amministrativo annullato *ex tunc* oppure *ex nunc*.

3. Il potere di annullamento d'ufficio di un permesso di costruire: dottrina e giurisprudenza a confronto con l'art. 21-nonies, l. n. 241/1990. Il tentativo di delineare le caratteristiche strutturali, sul piano sostanziale e procedimentale, dell'annullamento d'ufficio di un provvedimento amministrativo illegittimo ha permesso di evidenziare come la definizione delle medesime in sede pretoria e dottrinale ne abbia sfumato i contorni e abbia reso assai ardua la riconduzione ad unità dell'istituto stesso.

Procedendo nell'analisi, si reputa ora opportuno verificare se quanto si è sopra prospettato esibisca capacità euristiche anche nello specifico settore dell'edilizia. È evidente che, in tale materia, il discorso si saldi proprio con la fattispecie dell'annullamento d'ufficio del permesso di costruire (già concessione edilizia) da parte della medesima amministrazione che lo aveva in precedenza rilasciato. Dall'analisi dell'elaborazione dottrinale (ALBÉ A., 2005, 1096; CHINELLO D., 2003, 970; CAMERO R., 1998, 1013; CHIERICHETTI A., 1994, 247; PIFFERI G., 1989, 1348; GUICCIARDI E., 1966, 129) e giurisprudenziale pare evincersi una sorta di pedisse-

qua trasposizione nel settore del diritto edilizio dei tratti problematici *supra* esaminati. Emerge, infatti, un quadro complessivo alquanto eterogeneo e frammentario proprio in relazione ai nodi problematici già illustrati nel corso del precedente paragrafo. Sicché nel prosieguo ci si limiterà a porre in luce le peculiari connotazioni che questi ultimi presentano con riferimento al menzionato specifico ambito di indagine, salvo, poi, accertare se tali profili di criticità abbiano allo stato attuale trovato una definitiva e univoca soluzione nel disposto dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, che, giova ribadirlo, contiene una espressa disciplina normativa generale dell'istituto *de quo*.

Ripercorrendo i punti più delicati e tradizionalmente oggetto di dibattito, si inizia da quello concernente le garanzie procedurali da rispettarsi nel corso della procedura di riesame.

In merito, la giurisprudenza amministrativa maggioritaria ha tendenzialmente fatto ricorso alla stretta applicazione del principio del *contrarius actus*, richiedendo l'espletamento di un procedimento identico a quello svolto per l'adozione del permesso di costruire, con la conseguente necessaria preventiva acquisizione del parere della commissione edilizia comunale, salvo i casi in cui l'amministrazione non dovesse compiere alcuna valutazione di ordine tecnico (TAR Lazio, Roma, II, 3 marzo 2008, n. 1956, *www.giustamm.it*; TAR Basilicata, 3 febbraio, 2004, n. 50, TAR, 2004, I, 1564; TAR Lazio, Latina, 27 marzo 2003, n. 300, *ivi*, 2003, I, 1429; CGAS, 3 giugno 1999, n. 235, CS, 1999, I, 1029; Cons. St., V, 18 agosto 1998, n. 1272, FA, 1998, 2096). Non sono, però, mancate pronunce in cui del menzionato principio è stata fornita un'interpretazione meno rigorosa: ad esempio, ammettendo la possibilità di prescindere dal parere sanitario (Cons. St., V, 1° ottobre 1985, n. 305, CS, 1985, I, 1103) o da quello dell'autorità preposta al vincolo qualora l'annullamento fosse fondato esclusivamente su ragioni edilizie e urbanistiche (Cons. St., V, 7 settembre 2000, n. 4741, FA CDS, 2000, 3098; Id., 3 giugno 1996, n. 621, FA CDS, 1996, 1869), oppure ancora dai pareri facoltativi richiesti nel corso del procedimento di primo grado (Cons. St., V, 8 ottobre 1992, n. 977, RGU, 1994, 241; Id., 16 marzo 1987, n. 202, GC, 1987, I, 2431), fermo restando il « punto fermo » del necessario invio della comunicazione di avvio del procedimento *ex art.* 7, l. n. 241/1990 (TRGA Trentino Alto Adige, 12 marzo 2004, n. 256, TAR, 2004, I, 2446; TAR Campania, 16 marzo 2004, n. 2967, *ivi*, I, 2029; TAR Basilicata, 3 febbraio 2004, n. 44, *ivi*, I, 1563; TRGA Trentino Alto Adige, 24 marzo 2003, n. 201, TAR, 2003, I, 2599).

Né sul punto giova riferirsi al dato positivo, giacché l'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 non ha affrontato espressamente la questione del procedimento da seguire nell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio. In questo quadro, parte della dottrina ha, comunque, sollevato (giustificati) dubbi sulla sopravvivenza del principio del *contrarius actus* strettamente inteso. In particolare, si è sostenuto che « saranno proprio le esigenze del secondo procedimento ad imporre cosa sia necessario rivedere del primo e cosa, invece, possa essere accantonato », finendo, pertanto, per far acquisire al predetto principio « un ruolo marginale, al più avendo un ruolo di parametro di riferimento ai fini del secondo procedimento » (COSTANTINO F., 2006, 1848).

Ulteriori profili di criticità, che paiono tutt'ora aperti e non risolti dalla disciplina normativa introdotta nel 2005, attengono all'efficacia — *ex tunc* o anche, eventualmente, *ex nunc* — del provvedimento di annullamento, nonché ai presupposti sostanziali per il legittimo esercizio del potere di annullamento d'ufficio.

Con riferimento a questi ultimi, ad esempio, l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, prevede espressamente la necessaria — e motivata — sussistenza di « ragioni di interesse pubblico » (ulteriori rispetto al mero ripristino della legalità a seguito della riscontrata illegittimità del provvedimento oggetto di riesame), ma prescinde dalla qualificazione di tali « ragioni di interesse pubblico ». L'inevitabile conseguenza è il protrarsi della *querelle* tra le due opposte concezioni di interesse pubblico all'annullamento già tratteggiate (v. *supra*, par. 2), che a loro volta costituiscono un riflesso di natura pratico-applicativa derivante dalla ricostruzione dogmatica del potere *de quo* cui si è inteso aderire. Pertanto, per quanto di specifico interesse in questa sede, all'opzione interpretativa che richiede necessariamente l'esistenza di un interesse urbanistico-edilizio (CGAS, 28 agosto 1986, n. 116, CS, 1986, I, 1363), continuerà a contrapporsi la tesi più estensiva, secondo cui è sufficiente l'individuazione di « un interesse solo in senso lato urbanistico, comprensivo, dunque, di interessi genericamente inerenti l'assetto del territorio, alla tutela ambientale e paesaggistica, al traffico, all'ecologia, alla salute dei cittadini e così via » (MASERA R.S., 2001, 366; in giurisprudenza, in senso conforme, Cons. St., V, 1° marzo 2003, n. 1150, cit.; TAR Marche, 12 maggio 2000, n. 742, TAR, 2000, I, 1140; Cons. St., IV, 7 ottobre 1985, n. 308, CS, 1985, I, 1103).

Da altro punto di vista, la succitata norma chiarisce espressamente che l'illegittimità del provvedimento di primo grado non è sufficiente a sorreggerne il legittimo annullamento d'ufficio. Il legislatore pare, dunque, essersi conformato a quell'orientamento dottrinale e giurisprudenziale che sosteneva la natura discrezionale del potere di annullamento (con precipuo riferimento al settore dell'edilizia e dell'urbanistica, Cons. St., V, 2 settembre 2002, n. 4392, FA CDS, 2002, 2055) e la conseguente necessaria presenza di un interesse pubblico ulteriore, specifico, puntuale e concreto (sempre in relazione all'annullamento d'ufficio di permessi di costruire, TAR Lazio, Roma, II, 3 marzo 2008, n. 1956, cit.; Cons. St., IV, 8 giugno 2007, n. 3009, FA CDS, 2007, 1773; Cons. St., V, 13 marzo 2000, n. 1311, CS, 2000, I, 552; TAR Liguria, I, 30 giugno 1999, n. 286, FA, 2000, 1852). Mancando, invece, qualsiasi riferimento a possibili ipotesi derogatorie, allo stato attuale non sembrano residuare margini di operatività per le fattispecie di c.d. « annullamento doveroso ». Annotazione di notevole interesse, atteso che una parte della giurisprudenza includeva anche i casi di annullamento d'ufficio di concessioni edilizie in questa categoria, rinvenendo nella tutela dell'assetto del territorio un interesse pubblico particolarmente critico e sensibile al punto da non richiedere una puntuale motivazione e un contemperamento con altri interessi (TAR Calabria, Reggio Calabria, 28 maggio 2014, n. 222, *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., IV, 31 maggio 2007, n. 2805, FA CDS, 2007, 1478; Id., 26 maggio 2006, n. 3201, RG ED, 2006, I, 1332).

Discorso in parte simile può essere condotto anche in relazione al bilanciamento tra l'individuato interesse pubblico all'annullamento e le situazioni giuridiche dei

soggetti privati — *in primis* i diretti destinatari — che, avendo fatto affidamento sulla legittimità del provvedimento oggetto di revisione, abbiano acquisito il consolidamento delle posizioni di vantaggio loro attribuite (per quanto concerne le fattispecie di annullamento di permessi di costruire, Cons. St., V, 1° marzo 2003, n. 1150, cit.; Id., 9 ottobre 2000, n. 5357, CS, 2000, I, 2170; TAR Sicilia, Catania, I, 4 maggio 1999, n. 861, cit.). Si tratta di fattispecie che oggi sembrano oggetto di positiva regolazione: infatti, l'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, statuisce che la pubblica amministrazione deve esercitare il potere di annullamento d'ufficio « entro un termine ragionevole » tenendo conto « degli interessi dei destinatari e dei controinteressati » (in giurisprudenza, si rinvia a Cons. St., V, 13 marzo 2014, n. 1265, www.giustizia-amministrativa.it; TAR Umbria, I, 21 gennaio 2010, n. 23, RG ED, 2010, 5, 1731; Cons. St., IV, 21 dicembre 2009, n. 8529, www.giustizia-amministrativa.it). In assenza di tali presupposti si avrebbero, soprattutto in ambiti settoriali come quello in esame, gravi conseguenze economiche per i titolari di titoli abilitativi che avevano legittimamente confidato nella certezza delle conseguenze giuridiche delle proprie condotte e nel corretto esercizio del potere amministrativo esercitato dall'amministrazione competente.

Vero è che la citata disposizione prevede la possibilità di omettere, seppure in casi eccezionali, tale attività di contemperamento di interessi: il che ha portato ad affermare la possibilità di prescindere, « in certa misura, dal consolidamento o meno [...] (degli interessi) privati, i quali devono essere, comunque, considerati nell'apprezzamento globale » (Cons. St., VI, 27 febbraio 2006, n. 846, FA CDS, 2006, 565). Sono così state sollevate critiche a quelle ipotesi ermeneutiche elaborate dalla giurisprudenza che assumono il mancato consolidamento dell'affidamento del privato, ad esempio, con riferimento all'inefficacia della concessione edilizia o al decorso di un breve lasso di tempo dal rilascio della medesima (TAR Calabria, Catanzaro, II, 15 giugno 2005, n. 1110, FA TAR, 2005, 2175; Cons. St., IV, 7 novembre 2002, n. 6113, FA CDS, 2002, 2825; TAR Lombardia, Milano, I, 15 novembre 2002, n. 4425, FA TAR, 2002, 3550), nonché alla falsa o erronea rappresentazione della realtà da parte del soggetto richiedente tale provvedimento (TAR Liguria, I, 12 ottobre 2005, n. 1349, FA TAR, 2005, 3117; Cons. St., V, 24 settembre 2003, n. 5445, FI, 2004, III, 138; Id., 12 ottobre 2004, n. 6554, www.giustizia-amministrativa.it).

Peraltro, in dottrina, è stata operata un'utile precisazione circa la rilevanza del « fattore tempo ».

Il ruolo di quest'ultimo pare essere mutato: se nella produzione giurisprudenziale da ultimo richiamata il decorso di un breve lasso di tempo automaticamente consentiva di trascurare qualsivoglia valutazione afferente alle posizioni dei privati, nell'attuale contesto, in cui vi è comunque l'onere di tenere in considerazione « gli interessi dei destinatari e dei controinteressati », « un seppur brevissimo lasso di tempo [...] non può essere considerato *a priori* come un indizio inequivocabile dell'inesistenza dell'affidamento » (CALABRÒ M., 2007, 578). Infatti, « un "tempo" che non sia stato "riempito" da nulla, anche se di minore durata, avrà determinato un consolidamento delle situazioni minore di un lasso di tempo breve, ma per così dire intensamente vissuto dalle parti destinatarie del provvedimento » (BARONE G.,

2002, 704). Con la conseguenza che la tutela dell'affidamento dei privati oggi risulta imperniata sull'« unione tra tempo trascorso e utilizzazione che il cittadino ha fatto dell'atto oggetto di annullamento d'ufficio » (BARONE G., 2005, *passim*).

Tali dense considerazioni sono state recepite dalla giurisprudenza successiva alla riforma del 2005, che ha considerato come limiti al legittimo esercizio del potere di annullamento d'ufficio di una concessione edilizia non solo il lungo tempo trascorso (da ultimo, TAR, Campania, Napoli, VIII, 2 luglio 2014 n. 3608, www.giustizia-amministrativa.it, che dichiara illegittimo l'annullamento di una concessione edilizia a causa del considerevole lasso di tempo decorso dal rilascio del titolo abilitativo al provvedimento di annullamento pari a oltre dieci anni), ma anche « lo stato di avanzamento dei lavori e [...] l'assunzione di obbligazioni del concessionario nei confronti di istituti di credito e di terzi promissari acquirenti » (TAR Campania, Napoli, IV, 1° aprile 2005, n. 3029, URB APP, 2005, 1094; in senso conforme, TAR Lazio, Roma, II-bis, 11 gennaio 2008, n. 151, www.giustamm.it; Cons. St., IV, 31 ottobre 2006, n. 6465, RG ED, 2007, 564). E tutto ciò diventa ancor più rilevante nel settore di cui trattiamo e in un ambito di crescente liberalizzazione delle attività economiche, anche sotto la spinta del diritto dell'Unione europea, come risulta dalla Direttiva 2006/123/CE (cd. Direttiva Bolkenstein), trovando un significativo riconoscimento in Italia con il d.lg. n. 159/2010, di attuazione della direttiva citata, e con il d.l. n. 138/2011, conv. nella l. n. 148/2011 (art. 3), nonché con il d.l. n. 1/2012, conv. nella l. n. 27/2012 (art. 1) (in dottrina, sul tema, SANDULLI M.A., 2010, 466).

Tali disposizioni hanno sancito la progressiva riduzione delle misure di controllo preventivo (autorizzazione) in favore di mere comunicazioni o di autodichiarazioni di inizio di attività sottoposte ad un mero potere di controllo entro un termine prestabilito. Il processo di liberalizzazione e la competitività del Paese devono necessariamente trovare un sostegno nell'effettività delle misure di liberalizzazione, che impone di garantire agli operatori un'assoluta certezza sulle conseguenze giuridiche dei propri comportamenti, che devono essere pertanto valutati alla luce di un quadro normativo chiaro e predefinito, oltre che dell'esito del controllo sull'idoneità della dichiarazione rimesso alle autorità competenti. Da qui segue, da una parte la necessità di non esporre gli operatori economici al rischio di interventi in autotutela disposti a distanza di anni sulla base di interpretazioni estensive dei limiti all'utilizzo dello strumento; dall'altra la necessità di non esporre l'amministrazione a forme di responsabilità contrattuale o da contatto sociale a seguito dell'illegittimità dell'annullamento d'ufficio. La proposta di fissazione, oggi con il d.d.l. 1577, del termine massimo di 18 mesi entro i quali la p.a. può intervenire in autotutela sembra proprio perseguire tale obiettivo (sul punto, *ex multis*, v. TAR Puglia, Bari, III, 13 maggio 2009, n. 1139, RG ED, 2009, 4, 1593, in cui, in riferimento all'annullamento d'ufficio di un permesso di costruire, ha affermato che « ai fini del risarcimento del danno, va analizzato e giudicato con maggior rigore il comportamento dell'amministrazione che ha illegittimamente annullato un permesso di costruire, in quanto l'attività provvedimentale non incide su una mera aspettativa, bensì su un titolo all'edificazione ormai acquisito e in grado di creare un rapporto fra parte pubblica e privata assimilabile al vincolo

contrattuale; la rottura di detto rapporto, causata dall'adozione di un illegittimo atto di ritiro genera in capo al soggetto pubblico una responsabilità di natura contrattuale e quanto meno da contatto sociale qualificato»; negli stessi termini, v. Cons. St., V, 31 ottobre 2008, n. 5453, RG ED, 2009, I, 284).

4. *L'annullamento d'ufficio nel prisma dell'art. 21-octies, l. n. 241/1990.*

Nella prospettiva teorica in cui si collocano queste considerazioni introduttive al commento dell'art. 38 del t.u. edilizia, si ritiene opportuno compiere un breve cenno alla problematica posta dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, quanto al presupposto sostanziale dell'annullamento d'ufficio, ossia l'illegittimità del provvedimento amministrativo oggetto di riesame. Più specificamente ci si riferisce all'ampiezza del generico rinvio contenuto nella citata disposizione normativa al precedente art. 21-*octies* (sull'art. 21-*octies*, v. GIOVAGNOLI R., 2011, 951). Articolo che dopo aver elencato i tre classici vizi di legittimità, prevede nel capoverso due eccezionali ipotesi in cui il provvedimento amministrativo non può essere annullato, benché non conforme al paradigma normativo.

Come noto, la « non annullabilità » riguarda due ipotesi:

a) quando si è in presenza di un provvedimento amministrativo vincolato, adottato in violazione di norme formali o procedurali, a condizione che sia palese che il contenuto dispositivo dello stesso non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato;

b) quando è stata omessa la comunicazione di avvio del procedimento, ma l'amministrazione riesca a dimostrare in giudizio che comunque il contenuto del provvedimento, vincolato o discrezionale, non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato.

Alla luce di queste disposizioni, occorre, dunque, stabilire se anche l'annullamento d'ufficio, e non solo quello giurisdizionale, possa risultare inibito al ricorrere delle fattispecie descritte nel comma 2 dell'art. 21-*octies*. Con la precisazione che tutte e due possono venire in rilievo, dal momento che la giurisprudenza prevalente ha ravvisato, nel rilascio di concessioni edilizie, l'esercizio di un potere di natura vincolata (sul punto, Cons. St., IV, 20 dicembre 2005, n. 7263, FA CDS, 2005, 3614; Id., 30 giugno 2005, n. 3539, *ivi*, 1748; Cons. St., V, 24 settembre 2003, n. 5446, www.giustizia-amministrativa.it, in cui, peraltro, si ha cura di precisare la distinzione tra urbanistica ed edilizia, rinvenendola « oltre che ovviamente nella diversità degli oggetti che sono disciplinati dalle norme, (proprio) nel carattere dei rispettivi procedimenti: gli strumenti urbanistici generali e le relative varianti danno luogo ad un procedimento complesso, ad elevata discrezionalità, mentre la concessione edilizia è un provvedimento di controllo di conformità del progetto alla disciplina urbanistica ed edilizia vigente nella zona e, come tale, ha natura vincolata e non discrezionale »; Cons. St., V, 10 gennaio 1997, n. 28, CS, 1997, II, 1705).

Le possibili soluzioni al profilo di criticità in esame costituiscono, almeno in parte, corollario del tipo di tesi cui si accede nella ricostruzione teorica dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990. Infatti, è evidente che, qualora si attribuisca alla citata disposizione

una valenza sostanziale (in tal senso, in giurisprudenza, Cons. St., V, 19 marzo 2007, n. 1307, GD, 2007, fasc. 15, 79), non si potrà che concludere nel senso del necessario rispetto delle previsioni *ivi* contenute anche da parte della pubblica amministrazione nell'esercizio del potere di annullamento d'ufficio, posto che, al ricorrere delle summenzionate fattispecie, il provvedimento amministrativo non solo dovrà considerarsi non annullabile, ma altresì non illegittimo, e ciò a prescindere dal percorso argomentativo di natura teorica seguito al fine di giungere a siffatta conclusione. In proposito, benché irrilevante ai nostri precipi fini, si potrebbe alternativamente sostenere, ad esempio, che il provvedimento amministrativo di cui l'art. 21-*octies* esclude l'annullabilità, sia legittimo, o perché meramente irregolare (FERRARA L., 2006, almeno con riferimento alla previsione di cui al primo periodo del comma 2, art. 21-*octies*; VARRONE C., 2005) o perché esplicante una sorta di efficacia sanante rispetto ad un vizio endoprocedimentale (PICOZZA E., 2005, 1419; FRACCHIA F.-OCCHIENA M., 2005, *passim*; CASSETTA E., 2013, 535), o, ancora, perché, nel caso degli atti amministrativi vincolati, la non annullabilità prevista dal precetto normativo « esprime [...] in modo ellittico il fatto [...] che si tratta di atti che non partecipano al processo di produzione del diritto e che quindi può essere superfluo colpire, costituendo semplicemente un tramite (non sempre necessario) tra la produzione legislativa e l'applicazione giudiziale » (CIVITARESE MATTEUCCI S., 2006, 437).

Se, invece, si riconosce all'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, natura esclusivamente processuale (così la giurisprudenza maggioritaria: Cons. St., VI, 4 settembre 2007, n. 4614, www.giustizia-amministrativa.it; TAR Lazio, III, 18 gennaio 2007, n. 345, FA TAR, 2007, 1013; Cons. St., VI, 17 ottobre 2006, n. 6194, DG, 2006, fasc. 45, 98; TAR Sicilia, Catania, I, 11 gennaio 2006, n. 14, *ivi*, fasc. 12, 86; Cons. St., VI, 26 ottobre 2005, n. 5969, FA CDS, 2007, 254; TAR Lazio, I, 30 agosto 2005, n. 6358, GM, 2006, 456), ne consegue in ogni caso la qualificazione del provvedimento amministrativo in termini di illegittimità (TAR Lazio, I, 23 febbraio 2007, n. 1625, www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., VI, 11 settembre 2006, n. 5260, www.giustizia-amministrativa.it; Id., 16 maggio 2006, n. 2763, FA CDS, 2006, 1528), anche in relazione alle eccezionali ipotesi disciplinate dal comma 2 della menzionata disposizione normativa. Corollario di questa diversa prospettazione è che la pubblica amministrazione ben potrebbe procedere all'annullamento d'ufficio del provvedimento a suo tempo adottato, perché il divieto di annullamento opererebbe soltanto in sede giurisdizionale (BERGONZINI G., 2007, 254; QUADRI E., 2006, 720, in cui l'A. ritiene che l'annullamento d'ufficio potrebbe costituire nelle ipotesi previste dall'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, « un correttivo del principio del raggiungimento dello scopo di origine comunitaria »; si v. anche GALETTA D.-U., 2003, spec. 236, che nella prospettiva anteriore all'entrata in vigore della l. n. 15/2005, indica nella sanatoria del provvedimento da parte dell'amministrazione che lo ha adottato la soluzione per evitarne l'annullamento per vizi di forma procedimentali e, al contempo, per rendere superflua l'approvazione di norme, difformi dal paradigma costituzionale, che ne impediscano l'annullamento giurisdizionale).

Proprio la violazione del principio del parallelismo tra tutela giurisdizionale e autotutela che deriverebbe dall'adesione alla tesi da ultimo delineata, ha indotto parte della dottrina a prospettare l'impossibilità per l'amministrazione di esercitare il potere di annullamento d'ufficio nei casi in cui lo stesso sia inibito al giudice amministrativo, benché in presenza di un provvedimento che è e rimane illegittimo (BARONE G., 2005, *passim*). A risultati pressoché simili giunge altra dottrina, secondo cui, per quanto in linea di principio riferibili soltanto all'autorità giurisdizionale, le previsioni dell'art. 21-*octies* finirebbero in concreto per incidere anche sull'esercizio del potere amministrativo di annullamento d'ufficio, dal momento che, in presenza dei presupposti previsti dal comma 2 della predetta norma, risulterebbe « estremamente difficoltoso [...] evidenziare la sussistenza di un interesse pubblico all'annullamento di un atto sostanzialmente legittimo, essendo eventualmente più agevole disporre la convalida del provvedimento » (CASATELLA A., 2006, 2204; in senso analogo, CALEGARI A., 52005, in cui l'Autore afferma che, nei casi di cui all'art. 21-*octies*, comma 2, l. n. 241/1990, « l'annullamento in autotutela sarebbe comunque inibito dalla mancanza di pubblico interesse »).

Ricordate le diverse opinioni sulla questione in esame, pare di potere ribadire la prospettazione teorica a suo tempo elaborata, ossia che nel nuovo quadro risultante a seguito dell'entrata in vigore dell'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, l'elemento che vale a recuperare l'illegittimità posta in essere dall'amministrazione è il provvedimento che, al momento della sua emanazione nasce legittimo. Per questa ragione qualora sussistano i requisiti stabiliti dall'art. 21-*octies*, il provvedimento non può essere annullato dall'amministrazione: infatti, proprio con la sua emanazione l'ente pubblico decide di convalidare l'illegittimità, così precludendosi lo spazio per un futuro annullamento d'ufficio, che sarebbe contraddittorio rispetto alla scelta effettuata a conclusione del procedimento (FRACCHIA F.-OCCHIENA M., 2005, *passim*). Le difficoltà ermeneutiche e ricostruttive poste dall'art. 21-*octies*, l. n. 241/1990, considerato in sé e in relazione, per quanto qui maggiormente rileva, al successivo art. 21-*nonies*, denunciano l'imperfezione della norma, la cui formulazione e il cui inserimento nel corpo della legge sul procedimento avrebbe sicuramente richiesto maggiore precisione da parte del legislatore.

5. L'art. 38 del t.u. edilizia: considerazioni preliminari e comparazione con la disciplina posta dalla l. n. 47/1985. Venendo ora all'esame dell'art. 38 del t.u. edilizia, si deve considerare come tale articolo riproduca sostanzialmente quanto già statuito dall'art. 11, l. n. 47/1985, il quale, a sua volta, ricalcava il precetto posto all'art. 15 della l. n. 10/1977. Oltre all'aggiornamento definitorio conseguente all'introduzione ad opera del t.u. in commento del nuovo *nomen iuris* « permesso di costruire », gli elementi di novità sono: a) la previsione della necessità di una « motivata valutazione » circa l'impossibilità della rimozione dei vizi procedurali che hanno causato l'annullamento del permesso di costruire o la non praticabilità della restituzione in pristino; b) l'attribuzione della competenza al dirigente (art. 107, d.lg. n. 267/2000) o, per l'ipotesi di comuni privi di personale

di qualifica dirigenziale, al responsabile del competente ufficio comunale (art. 109, d.lg. n. 267/2000); c) la regola *ex* comma 2-*bis* (aggiunto dall'art. 1, comma 1, lett. o, d.lg. n. 301/2002), che estende l'applicazione dell'art. 38 anche ai lavori eseguiti a seguito di denuncia di inizio attività (regolata dall'art. 22 del t.u.).

L'art. 38 in commento è, quindi, pressoché identico all'art. 11, l. n. 47/1985, il quale trova applicazione nelle ipotesi di annullamento della concessione per motivi formali o procedurali, e non anche qualora l'annullamento sia disposto per motivi sostanziali (TAR Liguria, I, 5 febbraio 2011, n. 235, FA TAR, 2011, 2, 399; TAR Campania, Salerno, I, 31 maggio 2011, n. 1029, FA TAR, 2011, 5, 1699; TAR Liguria, I, 17 ottobre 2002, n. 1008, FA TAR, 2002, 3151), riguardanti la cubatura assentita e le disposizioni in materia di distacchi, in mancanza di un piano particolareggiato o di un apposito atto di convenzione con il confinante (GAROFOLI R.-DE GIOIA V., 2006, 699; in giurisprudenza, Cons. St., V, 22 maggio 2006, n. 2960, RG ED, 2006, I, 1411, in cui si afferma che « in caso di annullamento in sede giurisdizionale di una concessione edilizia ritenuta illegittima per vizio sostanziale, l'amministrazione non può emettere un nuovo provvedimento concessorio in applicazione dell'art. 11 l. n. 47/1985, trattandosi di norma che consente la rimozione esclusivamente di vizi procedurali »; negli stessi termini, v. TRGA Trentino Alto Adige, 31 gennaio 2006, n. 28, FA TAR, 2006, 70; Cons. St., V, 26 maggio 2003, n. 2849, FA CDS, 2003, 1638; TAR Liguria, Genova, I, 17 ottobre 2002, n. 1008, FA TAR, 2002, 3151; Cons. St., V, 12 ottobre 2001, n. 5407, RG ED, 2001, I, 1162; *contra*, Cons. St., IV, 2 novembre 2010, n. 7731, RG ED, 2011, I, 118, in cui si afferma che « l'art. 38, t.u. dell'edilizia nel disciplinare il regime giuridico degli interventi eseguiti in base ad un titolo edilizio annullato in via giurisprudenziale, non contiene alcun divieto generale di rinnovazione del rilascio di permessi di costruire annullati volta ad emendare vizi di carattere sia sostanziale, quali il mancato rispetto delle distanze, che procedurale »).

Questa riproposizione, da parte dell'art. 38 del t.u., dell'art. 11 della l. n. 47/1985 consente di fare riferimento alla giurisprudenza (sempre attuale) formatasi su quest'ultimo ai fini di illustrare le problematiche interpretative poste dalla norma in commento.

6. Confronto tra il regime sanzionatorio *ex* art. 38 e quello *ex* art. 31 del testo unico. Come già previsto dalla l. n. 47/1985, anche nel t.u. è stato stabilito un diverso regime sanzionatorio a seconda che le opere edilizie siano state realizzate a seguito di titolo abilitativo successivamente annullato (art. 38, t.u. e art. 11, l. n. 47/1985), oppure in totale assenza di tale titolo (art. 31, t.u. e art. 7, l. n. 47/1985). Sempre ricalcando le scelte operate nella legge del 1985, anche nel t.u. emerge l'opzione di introdurre « un regime sanzionatorio più mite » (TAR Lombardia, Milano, II, 4 aprile 2013, n. 841, FA TAR, 2013, 1102; Cons. St., V, 3 febbraio 2000, n. 597, RG ED, 2000, I, 423) per le opere eseguite a seguito di permesso di costruzione annullato o non formatosi per insussistenza dei presupposti, rispetto a quanto previsto dall'art. 31 del t.u. (da ultimo modificato dal d.l. n. 133/2014, conv. in l. n. 164/2014) per gli interventi eseguiti senza permesso di costruire, in

totale difformità o con variazioni essenziali (la giurisprudenza amministrativa ha parlato più volte di « speciale norma di favore »: v., *ex multis*, Cons. St., IV, 30 luglio 2012, n. 4300, FA CDS, 2012, 7-8, 1900; TAR Puglia, Bari, III, 13 gennaio 2012, n. 187, FA TAR, 2012, 1, 261; TAR Campania, Napoli, II, 14 febbraio 2011, n. 932, RG ED, 2011, 4, I, 1075). Questa diversità di entità sanzionatoria pare riconducibile alla necessità di riconoscere al titolare del titolo abilitativo rimosso una forma di tutela dell'affidamento (v. *supra*, par. 2), almeno nei casi in cui i lavori eseguiti non incidano irrimediabilmente sull'assetto del territorio e, dunque, si prestino a essere conservati (Cons. St., IV, 4 maggio 2012, n. 2592, RG ED, 2012, 3, 804, in cui si afferma che « se è vero che l'edificazione intervenuta in base a titolo successivamente annullato equivale ad edificazione senza titolo, è altrettanto vero e ragionevole che il legislatore non equipari quanto agli effetti sanzionatori le due fattispecie, rendendo necessario comparare l'interesse pubblico al recupero dello *status quo ante* con il rispetto delle posizioni giuridiche soggettive del cittadino incolpevole dell'illegittimità, al contrario confidante nell'esercizio legittimo del potere amministrativo »; negli stessi termini, v. Cons. St., IV, 10 agosto 2011, n. 4770, FA CDS, 2011, 7-8, 2412).

Rinviando l'analisi della graduazione sanzionatoria, in via preliminare si osserva come, in riferimento al sopravvenuto carattere antiggiuridico dell'opera, il legislatore abbia mantenuto la scelta operata nel 1985, chiamando l'amministrazione a valutare la possibilità di ripristinare la legalità violata e, quindi, a graduare le diverse misure applicabili. In altre parole, mentre in alcune ipotesi il comune può fare ricorso alla misura più radicale (che muta a seconda della diverse fattispecie: in alcuni casi può essere la demolizione, totale o parziale; in altri la rimessione in pristino, anche con l'esecuzione delle opere necessarie a riportare il corpo edilizio alla situazione preesistente), in altri può, invece, seguire la strada di tentare un contemperamento tra l'interesse pubblico e quello del privato, ordinando a quest'ultimo, una volta intervenuto l'annullamento del titolo edilizio, di eseguire i lavori necessari per conformare « la situazione di fatto alla normativa urbanistica » (Cons. St., V, 26 maggio 1997, n. 563, CS, 1997, I, 723), oppure irrogando una sanzione pecuniaria (TAR Campania, Napoli, IV, 2 aprile 2002, n. 1784, FA TAR, 2002, 1784).

In dottrina (GAROFOLI R.-DE GIOIA V., 2006, *passim*) si è osservato come tale disposizione debba applicarsi non solo in caso di annullamento disposto dall'amministrazione in sede di autotutela, ma anche in caso di annullamento proveniente da un organo giurisdizionale (in giurisprudenza, TAR Sardegna, 26 luglio 2004, n. 1169, www.giustizia-amministrativa.it). Peraltro, l'effetto sanante della sanzione pecuniaria si pone in deroga al principio generale della giurisprudenza secondo il quale la sanzione amministrativa pecuniaria in materia edilizia svolge una funzione di riequilibrio patrimoniale, presentandosi come strumento risarcitorio per l'abuso realizzato dal privato nei confronti della collettività. Invero, il pagamento di tale sanzione, anche se legittima l'opera abusiva non rimuove il carattere antiggiuridico né, inoltre, permette al proprietario di poter usufruire degli eventuali benefici previsti dagli strumenti urbanistici per le opere non abusive (v., sul punto, TAR Abruzzo, L'Aquila, I, 16 febbraio 2012, n. 420, FA TAR, 2012, 6,

1999), anche se questo non varrebbe nel caso delle sanzioni irrogate ai sensi dell'art. 38 in commento, le quali produrrebbero i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria (così Cons. St., VI, 31 marzo 2014, n. 1530; in *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Calabria, Reggio Calabria, 25 maggio 2011, n. 451, *ivi*). Merita ancora sottolineare come in passato sia stato sottolineato dalla giurisprudenza come la possibilità di conservare le opere eseguite anche se successivamente il permesso di costruzione sia stato rimosso possa porsi in contrasto con la tutela delle situazioni giuridiche soggettive vulnerate dall'intervento edilizio. Infatti, la mancata decisione comunale di riduzione in pristino potrebbe frustrare la piena protezione della situazione giuridica del soggetto che, impugnato il titolo abilitativo a edificare, ne abbia ottenuto l'annullamento giurisdizionale. In tal senso, si prospetterebbe un possibile contrasto con i principi di azionabilità delle situazioni giuridiche dei cittadini e di effettività della tutela giurisdizionale. La questione, affrontata dal TAR Puglia (Bari, II, 5 maggio 1995, n. 329, TAR, 1995, I, 3254) è stata respinta per manifesta infondatezza in quanto, laddove non sia possibile la riduzione in pristino, l'irrogazione di una sanzione pecuniaria non lederebbe la situazione giuridico soggettiva del ricorrente vittorioso contro una concessione edilizia, perché la tutela apprestata dall'ordinamento non sarebbe necessariamente identificabile nella mera restituzione dei luoghi allo stato originario.

Quanto all'ambito di applicazione dell'art. 38 rispetto a quello dell'art. 31, di per sé non sembrano emergere particolari difficoltà interpretative: il primo si applica solo per la specifica ipotesi in cui l'abusività delle opere derivi dalla rimozione del titolo giuridico in base al quale sono state eseguite, oppure dall'accertata insussistenza di un presupposto di applicazione della d.i.a.; il secondo allorché l'abusività consegua all'esecuzione di lavori che hanno originato un organismo integralmente diverso da quello autorizzato. Inoltre, l'operatività dell'art. 38 deve considerarsi operante tanto in caso di annullamento d'ufficio del permesso di costruire, di altro titolo, d.i.a., ai sensi dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, quanto in ipotesi di annullamento giurisdizionale disposto dal giudice amministrativo (in questi termini, v. Cons. St., VI, 17 marzo 2014, n. 1309, *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., IV, 30 luglio 2012, n. 4300, FA CDS, 2012, 7-8, 1900; TAR Emilia-Romagna, Parma, 21 aprile 2011, n. 114, *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Calabria, Catanzaro, II, 1° luglio 2010, n. 1417, FA TAR, 2010, 7-8, 2652).

7. L'annullamento del permesso di costruire per vizi delle procedure e la loro rimozione. Passando ora all'esame delle problematiche attuative dell'art. 38, sembra opportuno iniziare dall'analisi del presupposto necessario di applicazione della norma, ossia l'annullamento.

Rilevato che esso può conseguire tanto all'esercizio del potere cassatorio del giudice amministrativo (TAR Sardegna, Cagliari, II, 26 luglio 2004, n. 1169, FA TAR, 2004, 2399), quanto di quello di autotutela dell'amministrazione, si osserva che, a seconda del vizio per cui è stato dichiarato, l'annullamento medesimo influenza il regime applicativo della norma. Infatti, il potere-dovere del comune di rimuovere i vizi procedurali ricorre soltanto nel caso in cui il permesso di costruire

sia stato annullato per vizi di carattere formale (in giurisprudenza, v. TAR Veneto, II, 28 novembre 2011, n. 1772, *www.giustizia-amministrativa.it*; TAR Liguria, I, 5 febbraio 2011, n. 235, *ivi*; TAR Abruzzo, Pescara, 11 marzo 2008, n. 157, *ivi*, in cui si afferma che « l'art. 38, d.P.R. 6 giugno 2001, n. 380 (ex art. 11, l. 28 febbraio 1985, n. 47) è norma di favore che assiste l'affidamento qualificato del privato che ha realizzato la costruzione in base a titolo abilitativo poi venuto meno, per cui, nell'ipotesi di annullamento della concessione, l'applicazione delle sanzioni previste da detta norma è consentita qualora non sia possibile la rimozione dei vizi delle procedure amministrative »; in senso conforme, v. TAR Puglia, Bari, II, 27 febbraio 2003, n. 873, *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., IV, 14 dicembre 2002, n. 7001, *ivi*). Ciò avviene tutte le volte in cui l'annullamento non sia avvenuto per contrasto sostanziale del titolo abilitativo con le norme urbanistico-edilizie poste dalla legislazione o dagli strumenti urbanistici (Cons. St., V, 22 maggio 2006, n. 2960, FA CDS, 2006, 1441; Cons. St., IV, 29 ottobre 2002, n. 5907, FA CDS, 2002, 2387; TAR Liguria, I, 17 ottobre 2002, n. 1008, FA TAR, 2002, I, 3151; Cons. St., V, 12 ottobre 2001, n. 5407, RG ED, 2001, I, 1162; Cons. St., IV, 24 dicembre 1999, n. 1949, FA, 1999, 2437; Cons. St., V, 18 ottobre 1996, n. 1255, *ivi*, 1996, 2893). Così, nel caso di un annullamento in sede giurisdizionale del procedimento di lottizzazione convenzionata e dei permessi di costruire relativi, il giudicato può avere esecuzione con la rinnovazione degli atti divenuti illegittimi, previa eliminazione dei vizi, a condizione, tuttavia, che quanto edificato non contrasti con il divieto assoluto di edificabilità (Cons. St., V, 9 luglio 1990, n. 593, FA, 1752). Allo stesso tempo, non mancano pronunce che abbiano operato una lettura meno rigorosa della norma, ammettendo anche a fronte di vizi sostanziali l'irrogazione della sanzione pecuniaria in luogo di quella ripristinatoria, qualora sia stato accertato che la demolizione della parte abusiva dell'opera, a seguito dell'annullamento del relativo titolo abilitativo, non potesse realizzarsi tecnicamente senza arrecare pregiudizio alla parte della costruzione eseguita in conformità al medesimo titolo (in questi termini si è espresso il TAR Emilia-Romagna, Parma, 21 aprile 2011, n. 114, *cit.*; TAR Veneto, II, 27 luglio 2007, n. 2601, FA TAR, 2007, 7-8, I, 2306; Cons. St., V, 26 maggio 2003, n. 2849, FA CDS, 2003, 1638; TAR Liguria, I, 17 ottobre 2002, n. 1008, FA TAR, 2002, 3151).

Inoltre, quando l'annullamento discende da vizi formali anziché da un contrasto obiettivo e originario con le prescrizioni di piano o con quelle di legge e di regolamento, incombe sull'amministrazione il dovere di rimuoverli, perfezionando un effetto sanante che paralizza il potere sanzionatorio (restituzione in pristino e irrogazione della sanzione pecuniaria: in questi termini, v. Cons. St., III, 13 gennaio 2012, n. 187, *www.giustizia-amministrativa.it*; Cons. St., IV, 2 novembre 2010, n. 7731, FA CDS, 2010, 11, 2328; Cons. St., IV, 14 dicembre 2002, n. 7001, RG ED, 2003, I, 765). Da questo punto di vista, l'esercizio della potestà sanzionatoria (su cui, in generale, per tutti, v. SANDULLI M.A., 1981, *passim*, e Id., 1983, *passim*) prevista dalla norma in commento riveste un ruolo residuale nell'ambito delle possibili conseguenze all'annullamento del permesso di costruire (in materia, MENGOLI G.C., 2012; STEVANATO L., 2000). In linea di principio, dunque, l'annullamento del permesso di costruire non conduce necessariamente alla demolizione:

infatti, nel caso di opere realizzate sulla base del titolo annullato, la loro demolizione deve essere considerata quale *extrema ratio*, privilegiando, ogni volta che sia possibile, la riedizione del permesso di costruire emendato dai vizi riscontrati (in senso conforme, TAR Lombardia, Milano, II, 6 dicembre 2012, n. 2944, URB APP, 2013, 6, 719, con nota di MICALIZZI R., 2013, *passim*; Cons. St., IV, 17 maggio 2012, n. 2852, FA CDS, 2012, 5, 1172; TAR Puglia, Bari, III, 13 gennaio 2012, n. 187, FA TAR, 2012, 1, 261; Cons. St., IV, 16 marzo 2010, n. 1535, FA CDS, 2012, 3, 555). È evidente, dall'esame della giurisprudenza amministrativa, che l'art. 38 in commento rappresenta una speciale norma di favore che differenzia sensibilmente la posizione di colui che abbia realizzato l'opera abusiva sulla base di un titolo successivamente annullato, rispetto a coloro che hanno realizzato opere abusive perché prive di titolo fin dall'origine (TAR Campania, Napoli, II, 14 febbraio 2011, n. 932, RG ED, 2011, 4, I, 4075). Tutto ciò è vero, pur considerando che, in linea generale, la giurisprudenza amministrativa è consolidata nel considerare l'ordine di demolizione come momento logico successivo rispetto alla possibilità sanante di una situazione fattuale illegittima. L'eventuale provvedimento sanzionatorio si rivela, dunque, legittimo solo a seguito dell'adozione di un espresso e motivato provvedimento che palesi le ragioni ostative all'accoglimento dell'istanza di accertamento di conformità. L'esame di suddette istanze, infatti, si pone come antecedente logico, nonché giuridico, rispetto a provvedimenti sanzionatori che, per la loro natura, presuppongono l'accertamento di una situazione di illegittimità rispetto alla quale non sia possibile procedere a forme di sanatoria (TAR Liguria, I, 5 febbraio 2011, n. 235, FA TAR, 2011, 2, 399; TAR Puglia, Lecce, III, 2 luglio 2010, n. 1645, www.giustizia-amministrativa.it; TAR Abruzzo, Pescara, I, 11 marzo 2008, n. 157, RG ED, 2008, 4-5, I, 1180; TAR Campania, Napoli, VI, 28 marzo 2007, n. 312, RG ED, 2007, I, 1437; Cons. St., IV, 3 marzo 2005, 1072, FA CDS, 2005, 913). Pertanto, a seguito dell'annullamento del permesso di costruire, l'amministrazione ha l'obbligo di riesaminare l'intera vicenda e di esperire un approfondimento istruttorio per verificare se sia possibile mantenere l'opera realizzata mediante l'applicazione di altra sanzione o mediante l'adeguamento della situazione di fatto alla normativa urbanistica con riferimento agli strumenti vigenti all'epoca della notifica della sentenza di annullamento passata in giudicato. Diversamente, in caso di carenza di istruttoria, il provvedimento di demolizione dovrà ritenersi illegittimo, per difetto di motivazione, atteso che l'amministrazione, ai sensi dell'art. 38, d.P.R. n. 380/2001, deve motivare la scelta della demolizione in luogo della misura riparatoria pecuniaria (v. TAR Abruzzo, Pescara, 11 marzo 2008, n. 157, cit.; TAR Campania, Napoli, IV, 2 aprile 2002, n. 1784, www.giustizia-amministrativa.it; Cons. St., IV, 14 dicembre 2002, n. 7001, RG ED, 2003, I, 765; TAR Veneto, II, 10 marzo 1987, n. 140, www.giustizia-amministrativa.it) o in luogo della possibilità di conformare la situazione di fatto alla normativa urbanistica, tanto più se soltanto una parte del fabbricato risulti abusivamente realizzata. In questo caso, una giurisprudenza costante, come già si è detto, ha sostenuto l'applicabilità della sanzione alternativa pecuniaria, qualora la demolizione della sola parte non sorretta dal legittimo titolo abilitativo esponga « a serio rischio statico la residua parte legittima del fabbricato medesimo » (in

questi termini, v. TAR Liguria, I, 5 febbraio 2011, n. 235, FA TAR, 2011, 2, 399; TAR Campania, Salerno, I, 31 maggio 2011, n. 1029, *ivi*, 5, 1699). In questo caso, l'amministrazione potrà concordare con il privato interessato la realizzazione di misure e interventi alternativi alla demolizione, al fine di perseguire la legittimazione urbanistico-edilizia del manufatto, ove possibile a beneficio del proprietario e senza pregiudizio per l'amministrazione (TAR Abruzzo, L'Aquila, 24 marzo 2011, n. 152, www.giustizia-amministrativa.it).

Dal punto di vista della prassi operativa, dall'esiguità di precedenti giurisprudenziali si evince che i suddetti criteri applicativi non comportano particolari problemi. Per completezza d'indagine, si segnala che la giurisprudenza formatasi sull'art. 11, l. n. 47/1985, ha considerato alla stregua di vizio procedurale/formale la mancata acquisizione dei pareri ambientali (TAR Valle D'Aosta, 22 maggio 2002, n. 47, FA TAR, 2002, 1499) e la non acquisizione del nulla-osta dei vigili del fuoco (Cons. St., V, 8 ottobre 1992, n. 977, RGU, 1994, 241, secondo cui, in questo caso, prima di procedere all'annullamento della concessione edilizia, il sindaco deve comunque verificare se sia possibile sanare il vizio mediante l'acquisizione tardiva del nulla-osta medesimo), mentre (ovviamente) il TAR Lazio, Latina, (10 novembre 1994, n. 920, FA, 1995, 1355) ha escluso che possa qualificarsi come vizio attinente alla procedura autorizzatoria l'ipotesi di mancato impegno del concessionario, in sede di rilascio del titolo abilitativo, a realizzare le opere di urbanizzazione primaria.

8. L'annullamento del permesso di costruire per vizi sostanziali: la restituzione in pristino e la sanzione pecuniaria. Nell'impossibilità di rimuovere i vizi procedurali, il comune deve procedere all'applicazione o della sanzione consistente nella restituzione in pristino, o di quella pecuniaria, commisurata al valore venale dell'opera realizzata.

Come traspare dallo stesso tenore letterale dell'articolo in commento, la sanzione pecuniaria presenta il carattere della residualità, ossia può essere comminata quando la restituzione in pristino non sia possibile (giurisprudenza costante; per tutte, Cons. St., V, 19 aprile 1994, n. 300, FA, 1994, 799). Quest'ultima costituisce, invece, la sanzione ordinaria che deve essere applicata in presenza di un manufatto abusivamente realizzato e non deve essere sorretta da una specifica motivazione di interesse pubblico. Sul punto pare potersi cioè applicare il principio generale costantemente affermato in giurisprudenza secondo cui l'interesse pubblico alla rimozione di opere che siano in contrasto con la disciplina urbanistica è *in re ipsa* (TAR Toscana, 7 gennaio 2014, n. 13, www.giustizia-amministrativa.it; TAR, Toscana, III, 13 aprile 2005, n. 1596, RG ED, 2005, I, 1338; TAR Campania, Napoli, III, 9 dicembre 2003, n. 15141, TAR, 2004, I, 733; Cons. St., V, 22 novembre 2001, n. 5926, FA, 2001, 2841; Id., 1° ottobre 2001, n. 5178, FA, 2781). In alcune sentenze, i giudici di primo grado sono, tuttavia, andati di contrario avviso: TAR Veneto, II, 20 gennaio 2004, n. 191, TAR, 2004, I, 1090; TAR Sicilia, Palermo, II, 28 novembre 2003, n. 3560, *ivi*, I, 414; TAR Veneto, II, 22 gennaio 1990, n. 2, TAR, 1998, I, 1965; TAR Veneto, II, 10 marzo 1987, n. 140, FA, 1988,

563, sanciscono la necessità di una esplicita motivazione in riferimento alle ragioni che inducono a ritenere prevalente l'interesse alla distruzione di un'opera in luogo dell'irrogazione delle sanzioni alternative; TAR Lombardia, II, 5 maggio 1987, n. 144, TAR, 1987, I, 2358, specifica che il comune deve valutare e quindi motivare la scelta della demolizione non solo in senso materiale, ma anche in senso giuridico-economico e di opportunità sociale.

Sempre riguardo alla motivazione, essa deve, invece, essere prevista nel caso dell'applicazione della sanzione pecuniaria: sul punto, la chiara formulazione dell'art. 38 non dà adito a nessun dubbio. Questa norma prevede, infatti, che tale sanzione possa conseguire soltanto allorché il comune dimostri l'impossibilità della rimozione dei vizi procedurali e della rimessione in pristino. Invero, per l'irrogazione della sanzione pecuniaria la giurisprudenza costante richiedeva la motivazione anche sotto l'imperio dell'art. 11, l. n. 47/1985, che pure non la prevedeva esplicitamente come il vigente art. 38 del t.u. (sul punto, v. TAR Puglia, Lecce, 28 novembre 2013, n. 2330, FA TAR, 2013, 11, 353; TAR Lazio, II, 24 settembre 2002, n. 8106, FA TAR, 2002, 2915).

Come specificato dal comma 2 dell'art. 38 in esame, il pagamento della sanzione siccome commisurata dall'agenzia del territorio produce i medesimi effetti del permesso di costruire in sanatoria *ex* art. 36 del t.u. (così era previsto anche dall'art. 11, l. n. 47/1985, che richiamava l'art. 13).

9. L'accertamento dell'inesistenza dei presupposti per l'applicazione della d.i.a. e la conseguente decisione del comune tra rimozione dei vizi e irrogazione delle sanzioni. L'art. 1, comma 1, lett. o) del d.lg. n. 301/2002 recante « *Modifiche ed integrazioni al decreto del Presidente della Repubblica 6 giugno 2001, n. 380* », ha inserito all'art. 38 il comma 2-bis, che estende l'applicazione della disciplina dettata da tale norma anche agli interventi la cui esecuzione sia stata effettuata a seguito di presentazione di denuncia di inizio attività. Si tratta di un completamento normativo sicuramente, pur con profili di criticità, considerata l'ampiezza del campo operativo della d.i.a. siccome risultante dall'art. 22, comma 3, del t.u., che all'autodenuncia assoggetta numerose tipologie di opere edilizie (l'istituto della d.i.a., ovvero s.c.i.a., come del resto quello del silenzio-assenso, ha assunto dimensioni assai estese a seguito della l. n. 80/2005; in dottrina, v. CERULLI IRELLI V., 2012, 409).

A questo riguardo, è presumibile che, anche senza tale opportuna previsione espressa, la giurisprudenza avrebbe analogicamente esteso l'applicazione dell'art. 38 anche alle opere eseguite sulla base di d.i.a. In giurisprudenza (v. Cons. St., IV, 13 gennaio 2010, n. 72, RG ED, 2010, 2, I, 461) si è interpretato l'art. 38 in esame con una sostanziale assimilazione della d.i.a. ad un titolo abilitativo esplicito, quale il permesso di costruire, a seguito di una lettura dell'art. 2-bis, citato, in combinato disposto con l'art. 19, comma 3, l. n. 241/1990, modificato dall'art. 25, d.l. di riforma della pubblica amministrazione. Tuttavia, in seguito, il legislatore ha superato tale possibile interpretazione, negando la natura provvedimento della s.c.i.a., come della d.i.a., e di conseguenza la sua diretta impugnabilità (in giurisprudenza, si

rinvia a Cons. St., ad. plen., 29 luglio 2011, n. 15, DPA, 2012, 1, 171; in dottrina, v. GRECO G., 2013, *passim*; SANDULLI M.A., 2010, 474). L'attuale formulazione dell'art. 19, comma 3, aggiunto dall'art. 6, comma 1, d.l. 13 agosto 2011, n. 138, conv. in l. 14 settembre 2011, n. 148, dispone che « la segnalazione certificata di inizio attività, la denuncia e la dichiarazione di inizio attività non costituiscono provvedimenti taciti direttamente impugnabili. Gli interessati possono esercitare l'esercizio delle verifiche spettanti all'amministrazione e, in caso di inerzia, esperire esclusivamente l'azione di cui all'art. 31, c. 1, 2, 3, del d.lg. 2 luglio 2010, n. 104 ».

Si pone, così, un contrasto tra l'art. 38, comma 2-*bis*, in commento nella parte in cui afferma l'esperibilità della determinazione in autotutela anche nei confronti della d.i.a., equiparandola in questo modo ad un provvedimento amministrativo e l'art. 19, comma 6-*ter*, l. n. 241/1990, il quale prevedendo come rimedio nei confronti di tale titolo edilizio il ricorso al giudice amministrativo avverso il silenzio della pubblica amministrazione, ne nega la natura provvedimentoale.

10. La competenza dirigenziale. Quanto alla determinazione dell'organo cui spetta il potere di infliggere le sanzioni contemplate dall'articolo in analisi, alla competenza del sindaco siccome statuito dall'art. 11, l. n. 47/1985, subentra, ai sensi dell'art. 38 del t.u. in commento, quella del dirigente o del responsabile dell'ufficio comunale competente. Il riferimento legislativo in materia è agli artt. 107 e 109 del d.lg. n. 267/2000 (espressamente menzionati dal titolo dell'art. 38, laddove vengono richiamate le norme considerate nella compilazione della fattispecie), che dispongono che la competenza ad adottare i provvedimenti di rilascio o di diniego di concessione o autorizzazione edilizia (*recte*, permesso di costruire), nonché quelli repressivi di abusi edilizi, spetta non più al sindaco, ma al dirigente o, in mancanza di personale di qualifica dirigenziale, al funzionario addetto all'ufficio comunale cui spetta la competenza in materia.

L'art. 38 ripropone il tema della separazione della politica dall'amministrazione, ripercorrendo un solco già tracciato dal t.u. sugli enti locali, ma ancora prima avviato dalla l. n. 142/1990, il cui art. 51 disponeva una ripartizione delle competenze fra l'area della gestione amministrativa, propria dei dirigenti e il potere di indirizzo e di controllo, di spettanza degli organi elettivi delle autonomie locali. Dal 1990 in poi tutti gli interventi del legislatore in materia di riparto delle competenze tra organi politici e dirigenziali hanno mantenuto la stessa impostazione e il t.u. edilizia ribadisce il principio anche in riferimento alle competenze in materia di repressione degli abusi edilizi, come già peraltro affermato da giurisprudenza costante (TAR Campania, Napoli, VI, 23 maggio 2006, n. 5500, FA TAR, 2006, 1821, in cui si afferma che « la l. n. 142/1990 all'art. 51, comma 3, attribuisce la competenza all'adozione dei provvedimenti concernenti la materia edilizia e la prevenzione e repressione degli abusi edilizi al dirigente amministrativo. Tali atti hanno, dunque, natura gestionale. Il Sindaco è incompetente ad emettere un provvedimento di annullamento di un'istanza di condono edilizio accolta all'esito di un'istruttoria. Considerata la natura gestionale di tali provvedimenti, infatti, la competenza, *ex art.* 51, comma 3, l. n. 142/1990, è esclusivamente attribuita al

dirigente che ha adottato il medesimo atto. La controfirma apposta dal segretario comunale, non coautore dell'atto adottato dal Sindaco, non ha effetto sanante l'illegittimità per incompetenza, potendo, al più, la stessa firma considerarsi espressione di un'attività consultiva e non di amministrazione attiva. Il segretario comunale non può essere considerato figura equipollente a quella del dirigente di cui all'art. 51, comma 3, l. n. 142/1990. Ne discende che non può, tramite visto di legittimità, svolgere una funzione di controllo su provvedimenti di natura gestionale»; in senso conforme, v. TAR Campania, Napoli, IV, 12 aprile 2005, n. 3780, RG ED, 2005, I, 2049 s.; TAR Campania, Napoli, VII, 23 dicembre 2005, n. 20646, FA TAR, 2005, 4077; TAR Campania, Napoli, IV, 17 maggio 2004, n. 2694, CS, 2004, I, 998; TAR Campania, Napoli, 18 dicembre 2003, n. 15430, FA TAR, 2003, 3593; TAR Abruzzo, L'Aquila, 2 dicembre 2002, n. 879, FA TAR, 2002, 4045; TAR Molise, 9 maggio 2002, n. 413, *ivi*, 1666; TAR Toscana, III, 12 marzo 2002, n. 485, *ivi*, 887; Cons. St., V, 6 marzo 2000, n. 1149, FA, 2000, 884).

39 (L)

Annullamento del permesso di costruire da parte della Regione (legge 17 agosto 1942, n. 1150, art. 27, come sostituito dall'art. 7, legge 6 agosto 1967, n. 765; decreto del Presidente della Repubblica 15 gennaio 1972, n. 8, art. 1). — 1. *Entro dieci anni dalla loro adozione le deliberazioni ed i provvedimenti comunali che autorizzano interventi non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della loro adozione, possono essere annullati dalla regione.*

2. *Il provvedimento di annullamento è emesso entro diciotto mesi dall'accertamento delle violazioni di cui al comma 1, ed è preceduto dalla contestazione delle violazioni stesse al titolare del permesso, al proprietario della costruzione, al progettista, e al comune, con l'invito a presentare controdeduzioni entro un termine all'uopo prefissato.*

3. *In pendenza delle procedure di annullamento la regione può ordinare la sospensione dei lavori, con provvedimento da notificare a mezzo di ufficiale giudiziario, nelle forme e con le modalità previste dal codice di procedura civile, ai soggetti di cui al comma 2 e da comunicare al comune. L'ordine di sospensione cessa di avere efficacia se, entro sei mesi dalla sua notificazione, non sia stato emesso il decreto di annullamento di cui al comma 1.*

4. *Entro sei mesi dalla data di adozione del provvedimento di annullamento, deve essere ordinata la demolizione delle opere eseguite in base al titolo annullato.*

5. *I provvedimenti di sospensione dei lavori e di annullamento vengono resi noti al pubblico mediante l'affissione nell'albo pretorio del comune dei dati relativi agli immobili e alle opere realizzate.*

5-bis. *Le disposizioni del presente articolo si applicano anche agli interventi edilizi di cui all'articolo 22, comma 3, non conformi a prescrizioni degli strumenti urbanistici o dei regolamenti edilizi o comunque in contrasto con la normativa urbanistico-edilizia vigente al momento della scadenza del termine di 30 giorni dalla presentazione della segnalazione certificata di inizio attività ⁽¹⁾.*

⁽¹⁾ L'espressione « segnalazione certificata di inizio attività » è stata sostituita alla precedente « denuncia di inizio attività », per cui v. nota *sub* art. 5. Si rinvia altresì all'art. 22.