

EDITORIALE – 16 SETTEMBRE 2015

Gli effetti diretti della 7 agosto 2015
L. n. 124 sulle attività economiche: le
novità in tema di s.c.i.a., silenzio-
assenso e autotutela

di Maria Alessandra Sandulli
Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Roma Tre



Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela

di Maria Alessandra Sandulli

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Roma Tre

Sommario: 1. Premessa. 2. Il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra queste e gestori di beni o servizi pubblici. 3. Le modifiche al regime della d.i.a./s.c.i.a. e del silenzio-assenso sui procedimenti a istanza di parte. 4. I nuovi limiti al potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. 5. I nuovi limiti al potere amministrativo di sospensione dell'efficacia e dell'esecutività dei provvedimenti. 6. Le conseguenze delle nuove disposizioni sulla tutela del terzo. 7. Riflessioni conclusive.

1. Premessa

Come anticipato nello scritto su *“Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi”* pubblicato su questa rivista il 15 luglio scorso, la legge delega per la riforma della p.A., che, per uno strano ritorno dei numeri e delle date, è stata approvata il 7 agosto (2015) con il n. 124, è intervenuta direttamente, con efficacia dal 28 agosto scorso, su alcune disposizioni chiave della l. 7 agosto 2005 n. 241.

In particolare, proseguendo nel percorso più timidamente avviato (con riferimento alla s.c.i.a. e alla revoca) dalle c.d. norme "sblocca Italia", la riforma ha prestato particolare attenzione al regime dell'autotutela, cercando un difficile temperamento tra l'esigenza di assicurare il rispetto della legalità e quella di garantire gli operatori e, soprattutto, gli investitori, della stabilità dei titoli di abilitazione all'esercizio di attività economiche e, in termini più generali, al godimento di benefici.



Raccogliendo le sollecitazioni di chi, già da tempo, aveva denunciato i rischi derivanti dalla scarsa garanzia di stabilità dei c.d. strumenti di semplificazione del sistema autorizzatorio¹ e recependo buona parte delle proposte richiamate nelle citate “*Riflessioni?*”, la legge è reintervenuta specificamente anche sul regime della s.c.i.a. e del silenzio-assenso sui procedimenti a istanza di parte, eliminando alcune, gravi, contraddizioni della relativa disciplina nella l. n. 241 del 1990 (in particolare, il grave regime sanzionatorio previsto dall'art. 21, comma 2, e l'illogico richiamo, nell'art. 19, agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* - relativi a provvedimenti di secondo grado - in riferimento a titoli fondati su atti di diritto privato).

Per un quadro più completo del nuovo sistema, si ricorda che la l. 11 novembre n. 164 (di conversione del d.l. 11 settembre 2014 n. 133, c.d. decreto “sblocca Italia”) ha circoscritto il potere di revoca disciplinato dall'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 (introdotto a sua volta dalla riforma del 2005), chiarendone l'utilizzabilità soltanto nei confronti di atti ad efficacia durevole e subordinandone l'esercizio a condizioni più rigorose. Fermo l'obbligo di indennizzo, nel nuovo testo della disposizione, i provvedimenti amministrativi possono essere invero revocati, fuori dai “classici” “*sopravvenuti motivi di pubblico interesse*”, in caso di mutamento della situazione di fatto, soltanto se esso non era “*prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento*”, mentre la revoca per nuova valutazione dell'interesse pubblico originario è comunque esclusa per i provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. Restava peraltro illogicamente confermato il dibattito co. 1-*bis*, che (oltre a fare irragionevole riferimento alla revoca di atti “*ad efficacia durevole o istantanea*”), applicando all'istituto concetti e principi che più correttamente attengono alla categoria dell'annullamento, nel limitare l'indennizzo per la revoca incidente su rapporti negoziali al mero danno emergente, impone di tener conto “*sia dell'eventuale conoscenza o conoscibilità da parte dei contraenti della contrarietà dell'atto amministrativo oggetto di revoca all'interesse pubblico, sia dell'eventuale concorso dei contraenti o di altri soggetti all'erronea valutazione della compatibilità di tale atto con l'interesse pubblico*”. Nonostante le ripetute sollecitazioni in tal senso, la l. n. 124 ha perso un'importante occasione per eliminare la disposizione, che, vieppiù alla luce del nuovo regime dell'annullamento, rischia di creare elementi di grave incertezza.

L'effettività delle regole che disciplinano i confini del potere amministrativo presuppone invero la chiarezza e il rispetto di quelli delle categorie provvedimentali e la conseguente valutazione (della

¹ *In primis*, silenzio-assenso e d.i.a./s.c.i.a.: mi si consenta il rinvio a M.A. SANDULLI, *Il regime dei titoli abilitativi edilizi tra semplificazione e contraddizioni*, in *Riv. giur. edil.*, 2013, 301 ss.; Id. *Le novità in tema di silenzio*, in *Libro dell'anno del Diritto 2014*, Roma, 2014. Per una forte denuncia della difficoltà di conciliare la d.i.a./s.c.i.a. con il regime dell'autotutela cfr. anche F. LIGUORI, *Le incertezze degli strumenti di semplificazione: lo strano caso della d.i.a./s.c.i.a.*, in www.giustamm.it.



legittimità) degli atti alla stregua del loro contenuto sostanziale, quale che ne sia la qualificazione formale (chiarissimo, in tal senso, l'insegnamento della CEDU in tema di individuazione delle sanzioni alla stregua dei c.d. Engel criteria, ma anche la consolidata giurisprudenza interna sull'irrelevanza del *nomen* ai fini della applicazione delle regole dell'una o dell'altra tipologia giuridica, confermata dalla sentenza n. 14 del 2014 dell'Adunanza plenaria a proposito della necessaria distinzione tra revoca e recesso).

In quest'ottica devono essere, evidentemente, lette e applicate, pena la violazione dei principi costituzionali e euro-unitari di buona amministrazione e certezza del diritto, anche le nuove disposizioni in vigore dal 28 agosto 2015.

2. Il silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra queste e gestori di beni o servizi pubblici

La prima modifica diretta della l. n. 241 del 1990 è un'importantissima misura di semplificazione dei procedimenti diretti all'adozione di provvedimenti normativi e amministrativi che prevedono atti di assenso, concerto o nulla osta comunque denominati di altre amministrazioni pubbliche e/o di gestori di beni o servizi pubblici.

Attraverso un'estensione generalizzata dell'istituto del silenzio-assenso, l'art. 3 della l. n. 124, inserendo, nel corpo della l. n. 241, un apposito art. 17-*bis*, dispone che tali atti devono intendersi implicitamente acquisiti qualora siano decorsi trenta giorni (suscettibili di un'unica interruzione e conseguente nuovo decorso nei casi in cui l'amministrazione o il gestore rappresenti tempestivamente esigenze istruttorie o motivate e puntuali richieste di modifica) dal ricevimento dello schema di provvedimento, corredato della relativa documentazione, da parte dell'amministrazione procedente, "*senza che sia stato comunicato l'assenso, il concerto o il nulla osta*". La formula non è delle migliori, ma sta evidentemente a significare "*senza che sia stato comunicato l'atto (positivo o negativo), di assenso, concerto o nulla osta*". Lo conferma, del resto, l'ulteriore precisazione che in caso di mancato accordo tra le amministrazioni statali coinvolte nei suddetti procedimenti, la decisione sulle modifiche da apportare allo schema di provvedimento è assunta dal Presidente del Consiglio dei ministri, previa deliberazione del Consiglio dei ministri.

Il sistema dell'accordo implicito, che rende evidentemente recessiva la strada della richiesta diretta da parte del privato dei suddetti atti di assenso e andrebbe pertanto in ogni caso coordinato con le norme sullo Sportello Unico, conosce un'unica espressa eccezione per i casi in cui l'ordinamento UE richiede l'adozione di provvedimenti espressi.

Il terzo comma del nuovo art. 17-*bis* prevede infatti che le richiamate disposizioni si applicano anche ai casi in cui è prevista l'acquisizione di assensi, concerti o nulla osta comunque denominati di amministrazioni preposte alla tutela ambientale, paesaggistico-territoriale, dei beni culturali e della salute dei cittadini, con l'unica differenza che il termine, in mancanza di diverse disposizioni, è fissato in novanta giorni.

Nonostante la carenza fosse stata espressamente rimarcata in sede di audizione, la medesima deroga temporale non è prevista per gli assensi delle amministrazioni preposte alla difesa e alla tutela dell'ordine pubblico e della sicurezza. Dal momento che si tratta di interessi sicuramente non meno rilevanti di quelli considerati dal co. 3, è da ritenere che l'omissione non sia voluta ed è auspicabile che la disposizione sia sollecitamente integrata.

Nella medesima ottica di effettiva (e non meramente conclamata) accelerazione dell'azione amministrativa, sarebbe peraltro necessario intervenire sui termini entro i quali l'amministrazione procedente deve richiedere gli atti di assenso, concerto, nulla osta e/o i pareri e le valutazioni tecniche di cui agli artt. 16 e 17 della l. n. 241, coordinandoli con quelli indicati per la conclusione del procedimento.

3. Le modifiche al regime della d.i.a./s.c.i.a. e del silenzio-assenso sui procedimenti a istanza di parte

Le altre modifiche direttamente introdotte dalla l. n. 124 (art. 6) investono la ridefinizione dei limiti temporali del potere di sospensione e di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi (vd. *infra*, §§ 4 e 5) e, coerentemente, dei limiti entro i quali l'amministrazione può intervenire sui titoli implicitamente formati o sulle attività avviate in base a d.i.a./s.c.i.a..

La (giusta) preoccupazione di arginare un abuso degli strumenti del silenzio-assenso e della d.i.a./s.c.i.a. aveva invero indotto il legislatore a cercare, accanto a mezzi efficaci di repressione di tali condotte, idonee modalità di tutela del terzo eventualmente pregiudicato dall'esercizio dell'attività illegittimamente intrapresa (come dimostrano gli sforzi della dottrina e della giurisprudenza e gli interventi legislativi tesi a cercare idonee forme di azione giurisdizionale avverso l'uso improprio della d.i.a./s.c.i.a.)².

² Cfr. *ex multis*, M. A. SANDULLI, *Denuncia di inizio attività*, in *Riv. giur. edil.* 2004 e A. TRAVI, *La DIA e la tutela del terzo: fra pronunce del g.a. e riforme legislative del 2005*, in *Urb e app.*, 2005, 1332; e, più recentemente, N. PAOLANTONIO, W. GIULIETTI, *La segnalazione certificata di inizio attività*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2010; E. ZAMPETTI, *D.i.a. e s.c.i.a. dopo l'Adunanza Plenaria n. 15/2011: la difficile composizione del modello sostanziale con il modello processuale*, *Dir. amm.*, 2011, 811 ss. e soprattutto G. GRECO, *La SCLA e la tutela dei*



Significativamente, l'estensione dell'ambito di applicazione dei suddetti strumenti ad opera della l. n. 80/2005³ è stata accompagnata dall'espressa clausola di "salvezza" del potere amministrativo di "assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies" (rispettivamente concernenti la revoca e l'annullamento d'ufficio), che tuttavia, come già detto, sono evidentemente incompatibili con la natura privata della d.i.a./s.c.i.a..

In termini ancor più severi, l'art. 21 della l. n. 241/1990, sotto la rubrica "disposizioni sanzionatorie", dopo aver disciplinato le conseguenze sanzionatorie delle dichiarazioni o attestazioni false o mendaci (co. 1), stabiliva al co. 2 che "Le sanzioni attualmente previste in caso di svolgimento dell'attività in carenza dell'atto di assenso dell'amministrazione o in difformità di esso si applicano anche nei riguardi di coloro i quali diano inizio all'attività ai sensi degli articoli 19 e 20 in mancanza dei requisiti richiesti o, comunque, in contrasto con la normativa vigente".

A una più attenta riflessione, tuttavia, proprio la progressiva riduzione delle attività il cui esercizio richiede (e impone) il rilascio di un provvedimento espresso ha visto (altrettanto giustamente) gradualmente aumentare le preoccupazioni derivanti dalle minori garanzie di "copertura" offerte dai suddetti strumenti di c.d. liberalizzazione (la d.i.a./s.c.i.a.) e semplificazione (il silenzio-assenso).

L'oggettiva difficoltà di individuare, all'interno di un intricato e spesso oscuro sistema normativo, la *regula iuris* del caso concreto (testimoniata, oltre che dai continui "correttivi" a leggi appena emanate, dai frequenti contrasti giurisprudenziali e dai numerosi interventi dell'Adunanza plenaria) impone di tutelare (come e forse più degli eventuali controinteressati) coloro i quali (italiani e stranieri) abbiano incolpevolmente intrapreso un'attività nella convinzione di agire nel rispetto della legge, facendo conseguentemente affidamento sui titoli abilitativi espressamente o tacitamente rilasciati dall'amministrazione ovvero formati sulla base della propria stessa segnalazione/dichiarazione⁴.

terzi al vaglio dell'Adunanza plenaria: ma perché, dopo il silenzio assenso e il silenzio inadempimento, non si può prendere in considerazione anche il silenzio diniego?, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 359 ss.; Id., *Ancora sulla s.c.i.a.: silenzio e tutela del terzo*, in *Dir. proc. amm.*, 2014.

³ M.A. SANDULLI, *Semplificazione, certezza del diritto e braccia legate*, in www.giustamm.it 2005 e *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo: introduzione al tema*, in M.A. SANDULLI (a cura di) *Riforma della l. 241/1990 e processo amministrativo*, in *Quaderni de Il Foro amm.- TAR*, 2, Milano, 2006.

⁴ Sul legittimo affidamento determinato dal titolo illegittimamente formato, è significativo richiamare le ordinanze "gemelle" Cass. S. U. nn. 6594, 6595 e 6596 del 23.3. 2011, (in www.federalismi.it, 2011, con commenti di M.A. SANDULLI e F. PATRONI GRIFFI), sulla giurisdizione del g.o. sull'azione risarcitoria dei danni subiti dal relativo beneficiario per effetto della sua legittima caducazione. Nello stesso senso, più recentemente, *i.a.*, TAR Lombardia, Milano, I, 11.7.2014, n.1807.



Con conseguente disfavore verso il potere dell'amministrazione di intervenire agevolmente, in via di autotutela, sui titoli autorizzatori *contra legem* o addirittura, anche a distanza di anni, di assumere direttamente misure sanzionatorie nei confronti di attività poste in essere sulla base di titoli impliciti o di d.i.a./s.c.i.a. in (ritenuta) assenza dei presupposti per la relativa formazione o in (ritenuto) contrasto con la normativa vigente⁵.

Come evidenziato nelle precedenti riflessioni sul tema, la crescente sensibilità per l'affidamento generato dal conseguimento di un titolo espresso e la conseguente tendenza a circoscrivere entro limiti sempre più rigorosi il potere di disporre la revoca o l'annullamento rendeva sempre più fondata la critica a un sistema che, di contro, lasciava i titolari di un assenso implicito e i denuncianti/segnalanti delle attività "para-liberalizzate", i quali avessero (anche incolpevolmente) erroneamente ritenuto la sussistenza dei presupposti per poter validamente utilizzare lo strumento del silenzio-assenso o della d.i.a./s.c.i.a., generalmente esposti, a tempo indeterminato (d'ufficio o su ordine del giudice all'esito dell'azione avverso il silenzio prevista dall'art. 19, co. 6-ter, quale – unica – forma di tutela del terzo contro la d.i.a/s.c.i.a.), alle medesime (tendenzialmente gravi) sanzioni previste a carico di quanti abbiano (consapevolmente o comunque colpevolmente) agito in totale assenza di ogni titolo. Strumenti creati – e declamati – come misure di semplificazione e paraliberalizzazione delle attività economiche finivano così per tradursi in un pesantissimo *boomerang* per i loro (peraltro generalmente forzati) utilizzatori, per il solo fatto del mancato tempestivo esercizio, da parte dell'amministrazione, del potere/dovere di controllo sulla sussistenza dei presupposti per l'utilizzo dello strumento della d.i.a./s.c.i.a. o per l'esercizio dell'attività oggetto dell'istanza (con conseguente illegittima omissione dell'espletamento dei poteri inibitori, repressivi e/o conformativi di cui all'art. 19, co. 3 o illegittima formazione del titolo implicito di accoglimento).

Nell'attesa che (in forza dell'art. 5) il legislatore delegato delinei con maggiore chiarezza la mappa delle attività tacitamente assentibili e di quelle soggette a semplice segnalazione, l'art. 6 della l. n. 124 ha (finalmente) ricondotto a coerenza il sistema, mediante l'abrogazione del richiamato co. 2 dell'art. 21, opportunamente temperata, per il (solo) caso (limite) dei titoli "*conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato accertate con sentenza passata in giudicato*", dall'inapplicabilità del nuovo termine (di diciotto mesi) per l'esercizio del potere di autotutela o per il controllo postumo sulla legittimità della d.i.a./s.c.i.a..

⁵ Cfr. gli AA. citt. alla nota 1.



La seconda, importante, modifica investe, infatti, il criticato richiamo, nell'art. 19, agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* in riferimento a un titolo che, stante la sua natura non provvedimentoale (ormai legificata dal co. 6-*ter*), non può evidentemente formare oggetto di provvedimenti di secondo grado quali pacificamente sono quelli – di revoca e di annullamento – disciplinati da questi ultimi articoli. La novella del 2015, sostituendo integralmente i commi 3 e 4 dell'art. 19 e chiarendo l'esatta portata della modifica introdotta dalla l. n. 164/2014, in sede di conversione del d.l. n. 133, prevede, più coerentemente, che, per le attività intraprese con d.i.a./s.c.i.a. in contrasto con la normativa vigente, dopo la scadenza dei termini (di sessanta o, nel caso di attività edilizia, trenta, giorni) stabiliti per l'esercizio ordinario dei poteri inibitori e/o repressivi, l'amministrazione competente possa intervenire (*“adotta[re] comunque i provvedimenti di cui al co. 3”*) soltanto *“in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies*”* (su cui v. *infra*). In linea con la politica generale di restrizione dei poteri di autotutela incidenti su diritti economici avviata dalle norme *“sblocca Italia”* (per la revoca) e sviluppata dalla riforma della p.a. (per l'annullamento), l'art. 5 della l. n. 124 ha peraltro eliminato la distinzione introdotta dal precedente co. 4 dello stesso art. 19 tra i diversi interessi colpiti, che, creando non poche difficoltà di raccordo con il predetto richiamo generalizzato agli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* operato dal co. 3, disponeva che decorso il termine (di sessanta giorni dalla segnalazione) per l'adozione dei provvedimenti inibitori e/o repressivi previsto dal primo periodo dello stesso co. 3 (o quello, ridotto, di trenta giorni, previsto dal co. 6-*bis* per la s.c.i.a. edilizia), l'amministrazione poteva *“intervenire solo in presenza del pericolo di un danno per il patrimonio artistico e culturale, per l'ambiente, per la salute, per la sicurezza pubblica o la difesa nazionale e previo motivato accertamento dell'impossibilità di tutelare comunque tali interessi mediante conformazione dell'attività dei privati alla normativa vigente”*.

4. I nuovi limiti al potere di annullamento d'ufficio dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici

La vera rivoluzione del sistema, che accresce la rilevanza delle modifiche sopra esposte, è peraltro rappresentata dalla riforma dell'art. 21-*nonies* della l. n. 241 (introdotta dalla l. n. 15/2005), che, come noto, definisce i confini del potere di annullamento d'ufficio degli atti amministrativi da parte dell'organo che lo ha emanato (ovvero da altro organo previsto dalla legge), consentendone l'esercizio soltanto a condizione che l'annullamento (i) risponda a *“ragioni di interesse pubblico”* (evidentemente diverse dall'interesse – generale – al ripristino della legalità violata), (ii) sia disposto *“entro un termine ragionevole”* e (iii) tenga *“conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati”*. Come anticipato, nella logica di offrire maggiori garanzie all'affidamento degli

operatori economici nella stabilità dei titoli e dei benefici conseguiti o maturati, la l. n. 124 definisce in un massimo di diciotto mesi il termine “ragionevole” previsto dalla suddetta disposizione per l’annullamento dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, escludendo peraltro (anche se con dubbia opportunità⁶) ogni distinzione tra gli interessi pubblici colpiti (ivi compresi tanto i c.d. interessi sensibili, ovvero quelli per i quali il vecchio testo dell’art. 19, co. 4, consentiva l’intervento tardivo sulla s.c.i.a., quanto le esigenze della finanza pubblica). Viene pertanto significativamente abrogato il co. 136 dell’art. 1 della l. n. 311 del 2004, che, “*al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari?*”, consentiva comunque l’annullamento d’ufficio di provvedimenti illegittimi (a prescindere dalla considerazione dei contrapposti interessi), contemperando peraltro tale regime straordinario con la previsione che l’annullamento avesse ad oggetto “*provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con privati?*”, doveva “*tenere indenni i privati stessi dall’eventuale pregiudizio patrimoniale derivante, e comunque?*” non poteva essere disposto “*oltre tre anni dall’acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante?*”.

Come già evidenziato, la novella del 2015 ha peraltro cercato di operare un opportuno bilanciamento tra le predette esigenze di certezza degli operatori in buona fede e i fenomeni (purtroppo non infrequenti) di dichiarazioni false o mendaci per effetto di illeciti penali, inserendo nello stesso art. 21-*nonies* il citato co. 2-*bis*, il quale, fatte salve le sanzioni penali e le sanzioni previste dal capo VI del d.P.R. n. 45 del 2000, esclude l’operatività del limite dei diciotto mesi per l’annullamento dei provvedimenti conseguiti in modo fraudolento, “*per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato?*”.

In tal modo la disposizione dovrebbe risolvere anche il delicato tema dei rapporti di pregiudizialità tra giudizi penali e giudizi amministrativi, ostando alla giustificazione dell’intervento in autotutela sulla base della mera apertura di indagini penali e alla possibilità di opporre al giudice amministrativo eventualmente adito avverso i provvedimenti di annullamento (o di sospensione) d’ufficio dei titoli *de quibus* la mera “pendenza” di un processo penale⁷.

A tale proposito appare peraltro opportuno rappresentare il rischio che l’effettività della riforma sia inficiata dalla posizione che andranno ad assumere i giudici penali, che, verosimilmente, continueranno a non tener conto (disapplicare) le autorizzazioni che ritengono illegittimamente rilasciate, valutando la condotta sulla base della sua conformità o meno al quadro normativo vigente, a prescindere dalla sussistenza o meno del titolo.

⁶ Cfr. il già richiamato scritto su “*Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi?*” del 15 luglio.

⁷ Cfr. significativamente Cons. St., V, 27.4.2015, n. 2074.



Il dichiarato obiettivo della riforma e l'abrogazione dell'art. 21, co. 2, della l. n. 241/ 1990, che, come sopra ricordato, prevedeva l'applicazione delle sanzioni per l'assenza di titolo alle condotte realizzate sulla base di titoli abilitativi impliciti o di d.i.a./s.c.i.a. contrari al contesto normativo, dovrebbe costituire un significativo ostacolo al perpetrarsi di tale orientamento, ma sarebbe nondimeno utile una disposizione che puntualizzasse in modo esplicito che il possesso di un titolo, almeno fin quando non se ne accerti, con sentenza passata in giudicato, l'illecita acquisizione o formazione, costituisce presunzione di legittimità della condotta e osta all'applicazione delle sanzioni penali per contrasto con le norme di riferimento.

Intervenendo soltanto sulla l. n. 241, la riforma lascia parimenti aperto il varco al potere di annullamento governativo, che, si ricorda, trova le sue origini nell'art. 6 del t.u.l.c.p. del 1915 ed è stato confermato dall'art. 138 del t.u.ee.ll. (d. lgs. n. 267/2000, s.m.i.), che attribuisce al Governo il potere straordinario di annullare, per "gravi" motivi di interesse pubblico gli atti illegittimamente assunti dagli enti locali a "tutela dell'unità dell'ordinamento". La circostanza che nessuna delle norme che, a vario titolo, sono intervenute a limitare il potere di autotutela dell'amministrazione, abbia introdotto limiti temporali all'utilizzo dell'istituto lascia supporre che anche il legislatore del 2015 abbia inteso deliberatamente farne ancora salvo l'esercizio "in ogni tempo", anche se le recenti riforme impongono un'interpretazione massimamente rigorosa dell'espressione "gravi motivi di interesse pubblico". Alla stregua delle critiche più volte espresse sulla esclusione di ogni distinzione tra interessi sensibili e non ai fini dell'operatività del nuovo limite di diciotto mesi al potere di autoannullamento, l'istituto, se correttamente applicato, ha peraltro il vantaggio di contemperare la tutela dell'affidamento con l'esigenza di evitare la "grave" compromissione dei suddetti interessi. Sarebbe tuttavia sicuramente opportuno introdurre, anche per tale potere, un adeguato limite temporale (quinquennale, o, al massimo, decennale).

Maggiori perplessità suscita invece la mancata abrogazione dell'art. 39 del t.u. dell'edilizia, che attribuisce alle regioni il potere di annullare (o, nelle more, sospendere) il permesso di costruire e (in evidente contraddizione con l'art. 19 co. 6-ter, prima ancora che con la richiamata riforma dei commi 3 e 4, l. n. 241) la d.i.a./s.c.i.a. entro il termine di dieci anni dal relativo rilascio o dalla relativa formazione. Diversamente dall'annullamento governativo, che si giustifica in quanto potere straordinario ed eccezionale a tutela dell'unità dell'ordinamento, il potere *de quo*, inquadrabile piuttosto come un potere ordinario di intervento sostitutivo, nell'ambito del più generale potere di controllo della regione sul territorio e circoscritto sin dall'origine entro un preciso limite temporale, a fronte di un potere di autotutela all'epoca illimitato, appare in evidente e irragionevole contrasto con un sistema che tende invece dichiaratamente ad incentivare gli



investimenti, dando massime garanzie di stabilità agli operatori, tanto, appunto, da non distinguere più, ai fini del tempo massimo per l'annullamento d'ufficio, tra gli interessi tutelati. È dunque auspicabile un intervento “correttivo” che ridisciplini in tempi rapidi l'istituto.

5. I nuovi limiti al potere amministrativo di sospensione dell'efficacia e dell'esecutività dei provvedimenti

Anche senza procedere alla sollecitata integrale riscrittura dell'art. 21-*quater* (mi si consenta ancora una volta il rinvio allo scritto “*Poteri di autotutela della pubblica amministrazione e illeciti edilizi*” di luglio), il legislatore ha coerentemente esteso anche al potere di sospensione i nuovi limiti temporali introdotti dall'art. 21-*nonies*.

In particolare, in linea con la scelta di circoscrivere entro un limite temporale assoluto e inderogabile il potere dell'amministrazione di intervenire in autotutela sugli atti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, vietandone in via generale e assoluta l'autocaducazione per vizi originari di legittimità (a prescindere dalla rilevanza delle norme violate e dell'interesse pubblico tutelato) oltre il suddetto termine di diciotto mesi, la novella ha chiarito che, una volta trascorso tale termine, gli atti non più suscettibili di essere caducati (a prescindere, evidentemente, dal *nomen* formalmente attribuito all'intervento inteso a travolgerli) non possono evidentemente neppure essere – o restare – sospesi.

6. Le conseguenze delle nuove disposizioni sulla tutela del terzo

Aumentando le garanzie dei beneficiari dei titoli illegittimi, la novella, inevitabilmente, riapre la questione della tutela del terzo.

Il problema si pone all'evidenza essenzialmente in riferimento alla d.i.a./s.c.i.a., posto che contro i provvedimenti (impliciti o espliciti) i terzi possono comunque esperire l'azione impugnatoria ai sensi dell'art. 29 c.p.a.. Non si può inoltre trascurare che i limiti del potere di eliminazione d'ufficio dei titoli illegittimi incontrano comunque un importante temperamento (i) nell'espresso richiamo, all'art. 21-*nonies* (co. 1, ultimo periodo, aggiunto dalla l. n. 164/2014), delle responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento dei provvedimenti illegittimi e (ii) nella previsione, all'art. 2, co. 1, della l. n. 241, come novellato dalla l. n. 190/2012, che, nei casi di manifesta irricevibilità, inammissibilità, improcedibilità o infondatezza della domanda, le pp. AA. devono concludere il procedimento con un provvedimento espresso in forma semplificata: disposizione che, nei termini generali in cui è formulata, non sembrerebbe più legittimare il



silenzio sulle istanze di autotutela⁸. Ferma restando l'astratta possibilità delle amministrazioni di respingere l'istanza invocando il decorso dei termini per l'impugnazione del provvedimento pretesamente illegittimo, la sollecita attivazione dei controinteressati (in tempo utile all'esercizio del potere di annullamento) potrà dunque spingere i funzionari che vorranno evitare le responsabilità derivanti dai danni arrecati all'interesse pubblico (e agli stessi terzi) dall'adozione e/o dal mancato annullamento di atti illegittimi a un tempestivo esercizio del relativo potere.

Sicuramente più delicato e complesso il problema della tutela giurisdizionale del terzo contro la d.i.a./s.c.i.a.. Il carattere perentorio del termine di cui all'art. 19, co. 1 e i nuovi limiti imposti dalla riforma all'intervento "postumo" dell'Amministrazione mal si conciliano infatti con i tempi di instaurazione del giudizio ex art. 31 c.p.a., che, in base al co. 6-ter dello stesso art. 19 (aggiunto, in reazione all'Adunanza plenaria n. 15 del 2011, dal d.l. n. 138 del 2011, convertito, con modificazioni, nella l. n. 148), costituisce l'unico strumento di tutela contro l'omesso esercizio del potere di verifica del legittimo utilizzo dello strumento. Se è vero infatti che l'accoglimento del ricorso sull'omessa adozione dei provvedimenti inibitori, repressivi e/o conformativi dell'attività denunciata o segnalata nei termini di cui al co. 1, implicando l'accertamento dell'illegittimo utilizzo della d.i.a./s.c.i.a., ne impone evidentemente l'adozione in sede di ottemperanza, svincolandola dal rispetto delle condizioni di cui all'art. 21-*nonies*, resta pur sempre il problema, tutt'altro che semplice, del termine entro il quale il terzo deve, come richiesto dall'art. 19, co. 6-ter, prima sollecitare l'intervento della p.A. (in deroga al modello generale dell'azione ex art. 31 c.p.a.) e poi promuovere il giudizio. Teoricamente, stante la consumazione del potere-dovere di "prima" reazione all'illegittimo utilizzo della d.i.a./s.c.i.a. (indipendente dalla sussistenza di un specifico interesse pubblico e dalla valutazione dei contrapposti interessi), esso dovrebbe coincidere con i sessanta (o trenta) giorni entro (e non oltre) i quali tale reazione può avere luogo. Non si può tuttavia tralasciare di considerare che tale soluzione, se per un verso è coerente con l'intento di garantire la stabilità dei titoli abilitativi che ha guidato la riforma, priva ingiustamente di adeguata tutela il terzo in ogni caso in cui l'attività non venga di fatto tempestivamente iniziata e dunque esso non sia posto in grado di averne contezza in tempo utile per proporre la suddetta azione. Per evitare prevedibili contrasti interpretativi, con inevitabili riflessi anche sulle certezze del titolo, è auspicabile un sollecito intervento legislativo sul punto, che, magari riprendendo il modello costruito dall'Adunanza plenaria, riveda il sistema di tutela del terzo, collegandone in

⁸ TAR Lombardia, Milano, III, 4.6.2014, n. 1412 e TAR Sardegna, II, 19.3.2014, n. 246, nonché, sia pure in termini meno netti, TAR Campania, Napoli, III, 20.2.2015, n. 1207 e TAR Lombardia, Milano, II, 21.5.2014, n. 1308. Anche se non affronta il tema alla luce della novella normativa, continua peraltro a escludere un obbligo di provvedere sulle istanze di autotutela Cons. St., V, 22.1.2015, n. 273.



ogni caso espressamente l'onere di attivazione all'effettivo avvio dell'attività oggetto di d.i.a./s.c.i.a. (ovvero ad altra circostanza idonea a consentirgli la conoscenza di quest'ultima).

7. Riflessioni conclusive

A venticinque anni dall'approvazione della l. n. 241 e a dieci anni da quella della l. n. 80, la novella del 2015 spinge a un importante ripensamento sul potere di autotutela, che, da strumento ordinario e "naturale" di riesercizio del potere in funzione della massima tutela dell'interesse pubblico, si trasforma in termini sempre più netti in strumento eccezionale, che non può trascurare le esigenze di certezza e di stabilità che presiedono alla garanzia di effettività delle libertà economiche.

Si impone in quest'ottica una riflessione di ordine generale sui presupposti per l'autoannullamento. In disparte la valutazione dell'interesse pubblico prevalente, in un'ottica di garanzia degli investitori e di massima attenzione alla tutela dell'affidamento, il contrasto con la normativa vigente che giustifica l'annullamento d'ufficio deve essere valutato in termini più rigorosi di quelli che potrebbero giustificare il diniego. In altri termini, a fronte di un quadro normativo oggettivamente incerto, atteso il *favor* che l'ordinamento, anche euro-unitario, riserva alle attività produttive, l'interpretazione meno favorevole all'istante può essere al più legittimata (sempre che trovi giustificazione in interessi pubblici prevalenti) in sede di primo vaglio della richiesta, ma non dovrebbe poter essere mai idonea a legittimare il potere di annullamento⁹.

Un'ultima considerazione meritano i riflessi che i nuovi limiti al potere di annullamento potrebbero esplicare sulla *vexata quaestio* degli effetti del contrasto dei provvedimenti amministrativi con il diritto euro-unitario, in ragione del primato di quest'ultimo sul diritto nazionale e dell'esigenza di evitare antinomie tra i due ordinamenti¹⁰ e, in termini più generali, sui delicati confini tra annullabilità e nullità¹¹.

Gli spunti di riflessione e di dibattito aperti dalla riforma sono, come si vede, numerosi e interessanti.

⁹ V. però Cons. St., ad. plen. 24 maggio 2011, n. 9.

¹⁰ Cfr. da ultimo, G. Massari, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014 e ivi ampi richiami di dottrina e di giurisprudenza.

¹¹ Cfr. Cass. S.U. n. 26242/2014.