

## Traccia n. 10

# L’ANNULLAMENTO D’UFFICIO EX ART. 21-NONIES L. N. 241/1990: RAPPORTI ED INTERAZIONI CON LA S.C.I.A., IL SILENZIO-ASSENSO TRA PUBBLICHE AMMINISTRAZIONI E LA CONFERENZA DI SERVIZI

### SOMMARIO

■ 1. Considerazioni introduttive sul principio del legittimo affidamento ■ 2. Il principio del legittimo affidamento ed il nuovo art. 21- *nonies* ■ 3. L’autotutela decisoria e la s.c.i.a.: un collegamento sempre più sfumato ■ 4. L’estensione del silenzio-assenso ai rapporti tra pubbliche amministrazioni. ■ 5. Autotutela e conferenza dei servizi: relazioni ■ 6. In sintesi.

### ■ 1. Considerazioni introduttive sul principio del legittimo affidamento.

Il principio del legittimo affidamento può essere collocato nel diritto europeo ove ha trovato origine l’esigenza di tutela, anche risarcitoria, conseguente al danno recato dagli atti unionali posti in violazione del diritto comunitario. Alla nozione di legittimo affidamento, che si collega ai diritti fondamentali, è riconducibile l’aspettativa fondata del singolo conseguente ad una determinazione dell’amministrazione, tenuta a conservare una condotta rispondente al canone della ragionevolezza. Il problema della tutela del legittimo affidamento si è posto sia con riferimento ai provvedimenti legislativi che incidono, retroattivamente, in ordine alla situazione patrimoniale dei privati regolata da norme favorevoli sia, a livello amministrativo, in occasione di provvedimenti riconducibili all’autotutela che incidono su una situazione già regolata dall’atto amministrativo. La tutela dell’apparenza del diritto mediante il flessibile principio del legittimo affidamento è stata ricondotta dalla dottrina italiana alla tecnica dei diritti quesiti. La situazione del privato caratterizzata dall’apparente stabilità ingenerata dalla determinazione dell’amministrazione, invero, merita tutela in corrispondenza dei tre elementi di fattispecie elaborati, nel tempo, dalla giurisprudenza europea. Nel dettaglio, il comportamento dell’Amministrazione integra l’elemento oggettivo di fattispecie se ha ingenerato nell’operatore economico aspettative fondate, parametrare all’astratto modello dell’operatore economico prudente e accorto, depositario di un bagaglio di conoscenze sia economiche che tecniche. La correlativa posizione dell’operatore economico deve corrispondere ad un comportamento ispirato dal canone della buona fede, esteso anche alla situazione antiguridica che presenti un carattere incolpevole (Ad. Plen., 17.01.2017, n.9). Con riferimento alle più

recenti pronunce relative all'elemento soggettivo di fattispecie, si richiama l'Adunanza Plenaria del Consiglio di Stato sentenza, 04.05.2018, n.5 che ha ricondotto la nozione di buona fede soggettiva all'affidamento incolpevole circa l'esistenza di un presupposto alla base della scelta di compiere le conseguenti attività economicamente onerose. Il terzo elemento della fattispecie corrisponde al decorso "di un ragionevole lasso di tempo" tra l'adozione dell'atto e la successiva modifica. La giurisprudenza europea ha infine chiarito che la situazione così configurata è meritevole di tutela in caso di contemperamento con gli altri interessi confliggenti. La sentenza della Corte di Giustizia Europea *Basilis Mavridis/Pe*, C-289/81, 14.04.1997 fonda la nuova responsabilità dell'Amministrazione discendente dalla lesione del legittimo affidamento. Nel dettaglio, è stato chiarito che la trasgressione di un obbligo da parte dell'amministrazione "non comporta necessariamente l'invalidità dell'atto impugnato, ma può eventualmente giustificare il risarcimento del danno, qualora l'interessato sia stato leso". Sono stati così tratteggiati i confini di una nuova forma di responsabilità dell'amministrazione, non discendente dall'illegittimità quanto dall'imprudente adozione, da parte dell'amministrazione, dell'atto amministrativo di seguito annullato in autotutela. Il sindacato del giudice, in tale contesto, ha ad oggetto le modalità di esercizio del potere ed ha natura bifasica. Il giudice, infatti, è tenuto ad accertare se è sorto l'affidamento- comprensivo dei tre elementi costitutivi di fattispecie- e, di seguito, al giudizio di meritevolezza della tutela. La nuova responsabilità discenderebbe non dalla revoca o dall'annullamento in autotutela del provvedimento quanto dalla generale violazione del principio di buona fede e correttezza -cui è tenuta anche l'Amministrazione- operativo tanto nella fase delle trattative che nella fase contrattuale. La Corte di Giustizia ha peraltro chiarito che il legittimo affidamento così configurato, determinato dal rilievo dell'apparenza del diritto, è meritevole di tutela anche nel caso in cui il ritiro del provvedimento abbia trovato ragione nel contrasto alla normativa sovranazionale.

## 2. Il principio del legittimo affidamento ed il nuovo art. 21- *nonies*.

All'art. 21- *nonies*, comma 1, della legge 241/1990, nella versione precedente alla Riforma del 2015, era stato introdotto per la prima volta, fra gli altri limiti all'annullamento d'ufficio, il parametro indeterminato del c.d. "termine ragionevole". Sebbene l'introduzione di un ulteriore requisito all'autotutela decisoria rappresentasse una novità, in accoglimento degli orientamenti giurisprudenziali sul punto, la mancanza di un limite temporale certo attribuiva all'operatore giuridico l'individuazione – in concreto- del limite ragionevole al potere di autotutela. Il giudice amministrativo, ad esempio, aveva individuato il "termine ragionevole" nel limite di due anni. A ogni modo, la delimitazione temporale dello spazio giuridico riservato all'autotutela decisoria, orientata al principio di ragionevolezza, differenziava per la prima volta, in relazione al tempo e al grado di complessità del caso concreto, i procedimenti in ordine alla valutazione degli interessi coinvolti. Con l'art. 21- *nonies*, comma 1, della legge 241/1990, modificato dal d.l. n. 133 del 2014, convertito dalla legge n. 164 del 2015, il legislatore ha assecondato l'istanza di certezza e di stabilità

proveniente dalla realtà sociale – ed in particolare dagli operatori economici – riconducendo per la prima volta la nozione indeterminata del c.d. “termine ragionevole” al limite massimo dei diciotto mesi dal momento dell’adozione dei provvedimenti attributivi di vantaggi economici. Con il parere 30 marzo 2016, n. 839 il Consiglio di Stato, reso nell’ambito del procedimento legislativo di adozione del provvedimento in esame, ha peraltro chiarito la portata generale della norma, escludendo che la clausola dell’analogia espressa (“*le altre tipologie di atti amministrativi*”) determinasse la distinzione, ai fini applicativi, fra provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici. L’introduzione di tale limite ha calibrato l’esercizio del potere autoritativo dell’Amministrazione alla sempre maggiore richiesta di stabilità e di certezza dei rapporti giuridici, nell’ambito di uno spazio europeo concorrenziale e competitivo. Peraltro, il Consiglio di Stato, ha più volte “*considerato il parametro temporale di riferimento dei 18 mesi, pur non applicabile “ratione temporis” alle controversie, “rilevante ai fini interpretativi e ricostruttivi del sistema degli interessi rilevanti?”*. (Cons. St., 23/4/2018, n. 2443). Il limite temporale si aggiunge agli altri limiti dell’annullamento d’ufficio che consistono nella sussistenza delle «*ragioni di interesse pubblico*» all’annullamento, qualificato in termini di attualità e concretezza, nonché nella ponderazione «*degli interessi dei destinatari e dei controinteressati*». In relazione all’ambito applicativo dei requisiti in esame, che si traducono nell’assolvimento dell’onere motivazionale, si registrano due vicende interpretative che di seguito si richiamano brevemente. Quanto al requisito delle ragioni di interesse pubblico, di recente, ne è stata data un’interpretazione formalistica in un settore diverso da quello concorrenziale. Il giudice amministrativo, nel dettaglio, ha chiarito che l’onere motivazionale dell’amministrazione è più leggero ai fini della tutela dell’interesse pubblico di primaria importanza. Pertanto, al di là del requisito del “termine ragionevole”, le preminenti esigenze del pubblico potere, nel caso di annullamento c.d. doveroso del permesso di costruire illegittimo, possono determinare uno snellimento dei tempi procedurali. Il Consiglio di Stato (Cons. St., Sez. IV, 19 agosto 2016, n. 3660), del resto, ha chiarito che, in tale circostanza, l’Amministrazione è principalmente portatrice dell’interesse alla remissione in pristino della legalità. La pronuncia segue l’orientamento consolidato dall’Adunanza Plenaria, in relazione alla realizzazione di opere abusive (Ad. Plen., 17.1.2017, n. 9). In generale, il requisito delle ragioni di interesse pubblico, pertanto, pone il problema del difficile contemperamento tra l’esigenza di assicurare il rispetto della legalità e, dall’altro, di garantire agli operatori la stabilità dei provvedimenti di cui sono destinatari soprattutto nei settori in cui sono operative le regole della concorrenza. Quanto alla ponderazione degli interessi “*dei destinatari e dei controinteressati*”, si segnala il contrasto giurisprudenziale riguardo all’inferenza del principio del legittimo affidamento all’esercizio del potere di autotutela con riferimento all’istituto della s.c.i.a. In tale contesto si pone l’ordinanza di remissione alla Corte costituzionale del T.A.R. Toscana, sez. III, n.667, 11 maggio 2017 con la quale il giudice remittente ha sollevato la questione della legittimità costituzionale dell’art. 19, comma 6 ter, della legge n. 241/1990 in quanto non individuerrebbe un termine entro cui i terzi controinteressati possono sollecitare l’esercizio dei poteri di controllo affidati all’Amministrazione. Ed effettivamente, le esigenze di tutela dei controinteressati e, nel dettaglio, dell’autore della segnalazione, si pone in contrasto

con il legittimo affidamento ingenerato nel destinatario della s.c.i.a. nel caso di segnalazione successiva al termine dei sessanta giorni. L'ordinanza di remissione alla Corte costituzionale interviene in un contesto caratterizzato da diversi orientamenti. Sul punto si richiama la significativa sentenza del Consiglio di Stato, Sez. VI, 3 novembre 2016, n. 4610 che ha ritenuto prevalente la tutela dell'affidamento dell'autore della s.c.i.a. atteso che se il terzo potesse *“sollecitare i poteri inibitori senza limiti temporali e di valutazione dell'incidenza sulle posizioni del privato che è ricorso a questo modulo di azione, verrebbero frustrate le ragioni di liberalizzazione, in quanto l'interessato, anche molto tempo dopo lo spirare dei trenta (o sessanta) giorni previsti dalla legge per l'esercizio dei poteri in esame potrebbe essere destinatario di atti amministrativi inibitori dell'intervento posto in essere.”* Nell'ambito di tale dibattito può essere collocata la tentata riconduzione dell'istituto alle ipotesi di deroga espressa al limite temporale dei 18 mesi, con particolare riferimento alle “false rappresentazioni dei fatti” ovvero alle “sanzioni penali” (Consiglio di Stato, parere 4.8.2018, n. 1784). L'operatività del principio del legittimo affidamento, nel settore concorrenziale e, in senso ampio, nel mondo del diritto amministrativo, incide sul procedimento amministrativo, rappresentando la ragione alla base del termine ragionevole dei 18 mesi quale limite all'esercizio del potere. Il principio del legittimo affidamento, orientato al canone della ragionevolezza, rappresenta pertanto un limite strutturale al potere di annullamento d'ufficio.

### **3. L'autotutela decisoria e la s.c.i.a.: un collegamento sempre più sfumato.**

La legge delega Madia ed i discendenti decreti attuativi, che hanno delineato una nuova immagine della P.A., ricalibrando il rapporto con il cittadino nel senso di una sempre maggiore parità, hanno rinnovato anche la s.c.i.a., l'istituto che maggiormente rappresenta il fenomeno della “frammentazione decisionale pubblica”. Si tratta di uno degli argomenti di maggiore delicatezza, considerato che l'istituto rappresenta un LEP (livello essenziale delle prestazioni), così come disposto dalla stessa Costituzione. La nuova s.c.i.a. riflette l'immagine di un istituto di liberalizzazione delle attività economiche, superando così quanto disposto dalla Corte costituzionale con la sentenza n. 164/2012 che, invece, aveva ricondotto l'istituto agli strumenti di semplificazione dell'azione amministrativa. La scelta del legislatore, pertanto, si pone nell'ambito dell'orientamento favorevole alla riconduzione della s.c.i.a. agli strumenti di liberalizzazione parziale (Ad. Plen., 29 luglio 2011, n.15) ovvero di liberalizzazione c.d. totale. La nuova s.c.i.a. valorizza il principio di auto responsabilità del privato che era stato introdotto all'esito dell'armonizzazione della c.d. direttiva Bolkstein n.2006/123/CE (la direttiva servizi) ed era stato limitato all'ambito dell'eccezione. La modernizzazione della s.c.i.a. genera dei riflessi sul rapporto con l'autotutela decisoria, così come osservato dal Consiglio di Stato con il parere n.839 del 2016. La premessa maggiore del ragionamento è rappresentata dal richiamo del dibattito sulla natura non provvedimentale della s.c.i.a. in luogo della riconduzione all'atto amministrativo tacito. Da tale premessa discende che l'esercizio del potere di autotutela non appare conciliabile con l'istituto della s.c.i.a., ormai non più ricondotta nell'ambito dei provvedimenti amministrativi, neppure in senso implicito. Considerato il carattere non