

Il sistema dei controlli amministrativi quale punto di equilibrio tra tutela delle risorse pubbliche e legittimo affidamento del privato in caso di adozione di provvedimenti attributivi di vantaggi economici, alla luce del dovere bilaterale di collaborazione e correttezza, secondo la sentenza n. 688/2024 del Consiglio di Stato

Sommario: 1. *La fattispecie oggetto del giudizio.* – 2. *La controversa lettura del provvedimento di ritiro di un beneficio economico.* – 3. *La rilevanza della buona fede nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione: la bilateralità del dovere di collaborazione e del comportamento secondo correttezza.* – 4. *L'affidamento legittimo: presupposti e conseguenze applicative.* – 5. *Gli esiti interpretativi della sentenza alla luce della controversa portata applicativa dell'art. 21-nonies della l. n. 241/1990 e dei limiti all'autotutela doverosa parziale.* – 6. *Considerazioni conclusive.*

1. *La fattispecie oggetto del giudizio*

La sentenza in epigrafe prende le mosse dalla pronuncia del Tar Calabria, n. 360, emessa il 7 febbraio 2018, che ha respinto il ricorso promosso dal privato per ottenere l'annullamento dell'atto di ritiro del fi-

nanziamento concesso dalla Regione Calabria e del relativo provvedimento di rettifica della graduatoria dei beneficiari del contributo, con il quale l'amministrazione dichiarava la non ammissione della ricorrente.

Al fine di inquadrare le principali questioni affrontate nella decisione assunta dalla Sezione V del Consiglio di Stato, occorre ricostruire i tratti distintivi della vicenda giudiziaria controversa.

Nel giugno del 2014, l'impresa ricorrente, dopo aver partecipato alla procedura selettiva, bandita dalla Regione Calabria, per il finanziamento di un programma finalizzato a sostenere modelli abitativi solidali nell'ambito delle politiche per la casa, viene inserita nella graduatoria definitiva dei beneficiari (con provvedimento del novembre 2014), ottenendo un finanziamento di circa 2,9 milioni di euro, la cui erogazione è subordinata alla verifica dell'effettivo possesso dei requisiti richiesti dal bando di gara.

Nello specifico, l'art. 4 della *lex specialis* subordina l'ammissibilità della domanda di finanziamento alla “*disponibilità dell'area edificabile oppure del fabbricato da demolire e ricostruire intesa come proprietà oppure opzione o preliminare di compravendita dell'area edificabile, sottoscritto e registrato in data anteriore a quella di presentazione della domanda*”.

Nel giugno del 2015, la Regione Calabria, tramite una apposita commissione di controllo, esamina la pratica di finanziamento a beneficio della ricorrente, verificando il possesso dei requisiti richiesti, quale condizione necessaria per la successiva approvazione dei progetti esecutivi e dei quadri tecnici ed economici proposti dall'impresa.

Nel corso delle verifiche, la commissione chiede all'impresa di trasmettere il titolo di proprietà sull'immobile e l'impresa nel produrre la documentazione richiesta, precisa che ha ottenuto la disponibilità del bene a seguito del trasferimento di proprietà effettuato con scrittura privata del 25 luglio 2014.

In esito ai chiarimenti dell'impresa, l'amministrazione non eccepisce alcunché e dichiara la conformità dei lavori con conseguente approvazione, ad opera della Regione Calabria, del quadro tecnico esecutivo (qte).

Nel febbraio 2016, la regione comunica alla beneficiaria l'avvio del procedimento di revoca del finanziamento in quanto il titolo di proprietà presentato dall'impresa non risulta registrato in linea con il requisito richiesto dal bando, alla luce delle segnalazioni svolte da una associazione di categoria che la informa della mancata registrazione dell'atto di acquisto dell'immobile alla data di scadenza del bando, prevista per il 28 luglio 2014 (1).

(1) La registrazione del titolo di proprietà era avvenuta presso l'Agenzia delle entrate solo il 2 ottobre 2014, circostanza poi confermata all'amministrazione a seguito di specifica richiesta in merito.

Da qui la ritenuta insussistenza dei requisiti di ammissione al beneficio, motivata sull'assunto che l'impresa mancava, al momento dell'istanza di partecipazione, della disponibilità dell'area edificabile.

Contro il provvedimento di ritiro l'impresa ricorre dinanzi al Tar Calabria, sostenendo che l'atto è affetto da vizi formali e sostanziali tali da determinarne l'annullamento.

Secondo il giudice di prime cure, il rigetto del ricorso proposto trova il proprio fondamento negli artt. 21-*octies*, c. 2, e 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. 7 agosto 1990, n. 241.

La mancata comunicazione di avvio del procedimento, fatta valere dal ricorrente, costituisce un vizio formale irrilevante ai fini dell'annullamento poiché l'indisponibilità dell'immobile, in violazione dei requisiti di partecipazione richiesti dal bando, giustifica l'adozione da parte dell'amministrazione di un provvedimento vincolato e di fronte alla carenza di un requisito essenziale ai fini della partecipazione, la stessa non avrebbe avuto altra alternativa se non quella di revocare il finanziamento concesso (2).

A conferma della ragionevolezza dell'azione amministrativa, il giudice esegue quella che definisce una "prova di resistenza" rispetto alle censure sostanziali proposte dalla ricorrente.

La previsione di cui all'art. 4 del bando di gara è legittima e ragionevole in quanto fondata sulla necessità di garantire la conformità del contratto di compravendita alla normativa vigente, considerato che "la certezza della disponibilità dell'immobile e della regolarità dell'atto appaiono requisiti funzionali al corretto svolgimento della procedura di selezione e alla realizzabilità del progetto".

Pertanto, secondo il giudice di primo grado, l'apprezzamento svolto dall'amministrazione è legittimo, sussistendo i presupposti richiesti dall'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 per l'esercizio dell'autotutela, declinati nell'illegittimità non sanabile dell'atto da annullare, nell'interesse pubblico, prevalente e attuale, alla sua rimozione nonché nella ragionevolezza dei tempi di ritiro.

2. La controversa lettura del provvedimento di ritiro di un beneficio economico

Il Consiglio di Stato, adito in appello dall'impresa soccombente, capovolge la sentenza pronunciata dal Tar Calabria, non condividendone la linea interpretativa.

(2) Ai sensi dell'art. 21-*octies*, c. 2, l. n. 241/1990, "non è annullabile il provvedimento adottato in violazione di norme sul procedimento o sulla forma degli atti qualora, per la natura vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato. Il provvedimento amministrativo non è comunque annullabile per mancata comunicazione dell'avvio del procedimento qualora l'amministrazione dimostri in giudizio che il contenuto del provvedimento non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato".

Prima di pronunciarsi sulle singole doglianze proposte dall'appellante, il collegio si sofferma preliminarmente sul provvedimento impugnato, denominato, in primo grado, "revoca" di un beneficio economico concesso ma ancora non erogato.

Secondo la Sezione V, tale accezione si applica per individuare l'atto caducatorio espressione del potere amministrativo di controllo sulla legittimità dell'elargizione di risorse pubbliche, gestite dall'amministrazione quale ente erogatore.

Anticipando le conclusioni a cui giunge la pronuncia in commento, la Sezione V del Consiglio di Stato supera il problema dell'inquadramento del provvedimento impugnato, applicando il canone generale della buona fede reciproca quale criterio interpretativo dei rapporti tra privato e pubblica amministrazione.

In altri termini, secondo la sentenza in epigrafe, a prescindere dal *nomen iuris* che si intende assegnare al provvedimento impugnato, la violazione della suddetta regola generale, non confortata da oggettive e superiori esigenze imperative, inficia la legittimità dell'azione amministrativa sia che questa assuma le forme dell'autotutela discrezionale (declinabile in provvedimenti di revoca ovvero di annullamento d'ufficio) che quelle dell'autotutela doverosa ovvero, ancora, qualora l'amministrazione faccia uso dei propri poteri di controllo a cui segue l'effetto caducatorio dei benefici attribuiti al destinatario dell'atto.

Sul punto, la sentenza in commento condivide l'orientamento espresso dall'Adunanza plenaria dello stesso Consiglio di Stato n. 18 dell'11 settembre 2020 che, in tema di incentivi alle fonti rinnovabili, affronta il problema interpretativo concernente la natura del potere esercitato dal Gse quando questo dispone la decadenza di un operatore dai benefici in precedenza accordati.

Secondo la plenaria, nel campo delle erogazioni pubbliche, l'interesse pubblico sotteso è la tutela alla corretta ripartizione delle risorse, in favore di iniziative imprenditoriali meritevoli di incentivazione e conformi alla legge.

Pertanto, se l'interesse pubblico da preservare consiste nell'assegnare risorse solo a soggetti meritevoli, capaci di realizzare programmi strumentali a migliorare l'efficienza della pubblica amministrazione, allorché questo interesse sia lesa, è preferibile attuare misure ripristinatorie idonee a garantire il rientro delle risorse e la ridestinazione a soggetti capaci di realizzare i servizi richiesti.

In questi casi, se l'atto favorevole al privato è il prodotto di dichiarazioni false rese in violazione di prescrizioni amministrative ritenute essenziali per la costituzione e la continuazione del rapporto, la caducazione dal beneficio costituisce l'effetto di un atto che priva l'amministrazione di qualsivoglia valutazione

ne discrezione ed è, dunque, espressione di un potere vincolato (3).

Pertanto, l'impossibilità per l'amministrazione di esercitare il potere di controllo, la legittima all'annullamento d'ufficio solo ove ricorrano i presupposti di cui all'art. 21-*nonies* della l. n. 241/1990 (4), che, secondo la giurisprudenza maggioritaria, non configura un obbligo di provvedere in capo all'amministrazione, trattandosi di un potere officioso e discrezionale, ma impone, anzitutto, un riesame della determinazione già adottata in comparazione con gli interessi, pubblici e privati, coinvolti (5).

3. La rilevanza della buona fede nei rapporti tra privato e pubblica amministrazione: la bilateralità del dovere di collaborazione e del comportamento secondo correttezza

Così inquadrato il provvedimento impugnato, la sentenza si concentra su un secondo nodo interpretativo.

Secondo la sentenza, nelle procedure di evidenza pubblica, la completezza delle dichiarazioni da fornire "è di per sé un valore da conseguire" a sostegno di una celere decisione in ordine all'ammissione o meno del privato alla procedura, in conformità ai principi di proporzionalità e buon andamento della pubblica amministrazione.

Pertanto, l'obbligo di fornire informazioni complete configura un dovere di cooperazione riconducibile ai doveri di correttezza, solidarietà e autoresponsabilità espressione del più generale principio di buona fede.

L'adempimento a tali principi, prosegue il collegio, incontra, però, un limite nelle esigenze di certezza delle situazioni giuridiche e nell'affidamento che il privato in buona fede ripone sulla correttezza dell'operato della pubblica amministrazione, la cui condotta abbia rassicurato il privato sulla completezza ed esaustività delle dichiarazioni fornite.

Il passaggio motivazionale appena citato, concentrando sulla reciprocità dei doveri di buona fede e correttezza nei rapporti tra privato e amministrazione, è di particolare rilievo per gli esiti applicativi che ne discendono e suggerisce, alcune riflessioni.

La buona fede rilevante nelle dinamiche tra privati e pubblica amministrazione, è da ricondursi al dovere di buona fede oggettiva, a sua volta, espressione del canone di solidarietà sociale, cristallizzato nella Costituzione all'art. 2 e ribadito, all'art. 97, che impone alle parti doveri di cooperazione, tra i quali rientra, altresì,

il dovere di fornire informazioni non reticenti e incomplete.

Già la relazione al codice civile tracciava l'ambito applicativo del canone di buona fede inteso come richiamo "nella sfera del creditore alla considerazione dell'interesse del debitore e nella sfera del debitore al giusto riguardo all'interesse del creditore" (6).

Successivamente, il codice civile ha fissato espressamente il dovere di buona fede all'art. 1175, che impone ai soggetti del rapporto obbligatorio "un comportamento secondo correttezza", così da esprimere non solo un principio generale ma anche canone ermeneutico di valutazione della condotta delle parti e di integrazione del rapporto obbligatorio.

Medesimo significato sostanziale assumono l'art. 1375 c.c. secondo cui "il contratto deve essere eseguito secondo buona fede" e l'art. 1337 che impone alle parti di comportarsi secondo buona fede nelle trattative e nella formazione del contratto.

La buona fede e la correttezza costituiscono dunque un canone unitario, applicabile sia in fase di formazione che in fase di attuazione del rapporto obbligatorio, con il limite dell'apprezzabile sacrificio dei propri interessi.

Nelle dinamiche tra pubblica amministrazione e privato, l'obbligo di buona fede e correttezza si esplica in un dovere di lealtà delle parti durante le procedure, al fine di garantire l'imparzialità e la correttezza dell'azione amministrativa, confermato dal legislatore con l'art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990 che statuisce: "i rapporti tra il cittadino e la pubblica amministrazione sono improntati ai principi della collaborazione e della buona fede".

La generalità applicativa del canone della buona fede è ribadita dalla recente giurisprudenza amministrativa secondo la quale tale dovere "grava reciprocamente su tutti i membri della collettività, intensificandosi a seguito della instaurazione di momenti relazionali giuridicamente qualificati, dovendosi riconoscere l'esistenza di una proporzionalità diretta tra l'ambito e i contenuti dei doveri di correttezza, lealtà e buona fede ed il grado di intensità del momento relazionale e del conseguente affidamento da questo generato (7).

Secondo la giurisprudenza, con il citato art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, il legislatore ha chiarito che l'obbligo di buona fede, nel quale rientra il dovere di non aggravare inutilmente i procedimenti e l'attività amministrativa, è "biunivoco".(8)

In altri termini, la norma si riferisce ad una collaborazione reciproca, che impone, da un lato, all'amministrazione di rispettare tutti gli adempimenti formali richiesti dalla legge volti ad assicurare trasparenza e parità di trattamento e, dall'altro, al privato di

(3) L. Anibaldi, *Il controllo del gestore dei servizi energetici sugli incentivi alle fonti rinnovabili*, in *Giornale dir. amm.*, 2021, 2, 221.

(4) *Ex multis*, Cons. Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415. Precedenti conformi: Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 8; 11 settembre 2020, n. 18.

(5) L. Anibaldi, *op. cit.*

(6) A. Licci Marini, *La rilevanza della buona fede nella interpretazione della Scia*, in *Urb. e appalti*, 2023, 5, 641.

(7) *Ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 4 maggio 2018, n. 5.

(8) Così Tar Liguria, Sez. I, 23 maggio 2022, n. 408.

comportarsi secondo correttezza, collaborando al buon esito della procedura, in un'ottica di cura e massima tutela degli interessi collettivi coinvolti. (9)

A questo importante approdo la giurisprudenza amministrativa è giunta prima della novella legislativa, affermando che nello svolgimento della propria attività, anche autoritativa, la pubblica amministrazione è chiamata ad applicare sia le norme di diritto pubblico, che le norme generali dell'ordinamento civile di agire con lealtà e correttezza (10).

In sostanza, il cittadino si aspetta da chi esercita una funzione amministrativa ed è deputato al perseguimento del pubblico interesse, un maggiore impegno in termini di lealtà, correttezza, protezione e tutela dell'affidamento, in conformità ai principi di imparzialità e buon andamento (art. 97 Cost) (11).

Questa, come premesso nel paragrafo precedente, è anche la linea interpretativa seguita dalla sentenza in commento, che applicando il criterio di reciprocità degli obblighi di correttezza dimostra l'illegittimità del provvedimento impugnato, a prescindere dalla sua qualificazione in termini di esercizio del potere di controllo ovvero di autotutela.

Pertanto, se da un lato, è vero che la pubblica amministrazione, quale gestore di risorse pubbliche, ha il dovere di attuare verifiche dettagliate in ordine all'effettivo possesso dei requisiti richiesti per ottenere i finanziamenti, dall'altro, questo potere istruttorio non può esercitarsi senza uno sbarramento temporale: solo un efficace sistema di controlli e verifiche da parte dell'amministrazione rappresenta "il punto di equilibrio tra tutela dell'erario e affidamento del privato che, sulla base della preventiva acquisizione delle risorse, ha concretamente investito in un'attività imprenditoriale".

4. L'affidamento legittimo: presupposti e conseguenze applicative

Sull'istituto dell'affidamento e sulle sue ripercussioni applicative, è opportuno soffermarsi brevemente.

L'affidamento trova il proprio fondamento nel diritto civile, quale strumento di tutela della fiducia ragionevolmente riposta da una parte del rapporto sull'esistenza di una situazione, ingenerata dalla controparte, in apparenza corrispondente a quella reale.

Storicamente, nel diritto amministrativo, la tutela, anche risarcitoria, dell'affidamento del privato nella correttezza dell'azione amministrativa, non trovava fondamento nel nostro ordinamento (12).

(9) A. Licci Marini, *op. cit.*

(10) Sul punto v. Cons. Stato, Ad. plen., n. 5/2018 cit. e, conf., 29 novembre 2021, n. 19.

(11) Così M. Cavallaro, *Buona fede e legittimità del provvedimento amministrativo*, in *PA persona e amministrazione*, 2022, 2, 139, citato in A. Licci Marini, *op. cit.*

(12) R. Chieppa, R. Giovagnoli, *Manuale di diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 2023.

Venuta meno questa impostazione, si è fatta avanti nella giurisprudenza l'idea di un "diritto amministrativo paritario" coerente con i costituzionalizzati principi di imparzialità e buon andamento della pubblica amministrazione e con un modello di pubblica amministrazione improntato ai canoni di correttezza e buona fede.

Questa evoluzione è stata confermata dall'introduzione nella l. n. 241/1990, del capo IV-bis, rubricato "Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo. Revoca e recesso" (l. 11 febbraio 2005, n. 15) che ha contribuito a positivizzare l'affidamento quale principio regolatore di ogni rapporto giuridico, anche amministrativo (13).

Il valore dell'affidamento è stato riconosciuto anche dalla Corte costituzionale che gli attribuisce copertura nell'art. 3 Cost. (14).

Secondo il giudice delle leggi, il valore dell'affidamento si riflette anche sul rapporto tra il legislatore e i cittadini, in quanto, il primo può sempre adottare disposizioni modificative della disciplina dei rapporti giuridici, che incidono in senso sfavorevole sulla situazione soggettiva dei privati, ma tali disposizioni non devono sfociare "in un regolamento irrazionale, frustrando [...] l'affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto" (15).

La tutela dell'affidamento rientra, infine, tra i principi generali dell'ordinamento unionale, ai quali l'attività amministrativa deve uniformarsi ai sensi dell'art. 1 della l. n. 241/1990.

Secondo la Corte di giustizia "il principio della tutela del legittimo affidamento [...] fa parte dell'ordinamento giuridico comunitario e la sua inosservanza costituirebbe una violazione del Trattato o di qualsiasi regola di diritto relativa alla sua applicazione" (16).

Pertanto, anche nell'ordinamento giuridico unionale, se il privato è stato indotto a fare affidamento sulla legittimità dell'atto, produttivo di effetti favorevoli, quest'ultimo non può essere revocato, ma, qualora l'affidamento del privato non possa ritenersi ragionevole giacché la Commissione europea ha diligentemente e tempestivamente comunicato l'avvenuta rimozione del provvedimento, il suo ritiro può dirsi legittimo (17).

(13) M. Perrelli, *Autotutela e affidamento*, in *Rassegna monogrammatica di giurisprudenza-Ufficio del massimario della giustizia amministrativa*, 31 dicembre 2022.

(14) Corte cost., 20 marzo 2019, n. 54.

(15) *Idem*.

(16) Corte giust., 3 maggio 1978, C-112/77, *Topfer c. Commissione*, citata in M. Perrelli, *op. cit.*; Corte giust., Sez. III, 22 settembre 1983, C-159/82, *Angelique Verli-Wallace c. Commissione*.

(17) M. Silvestri, *Potere pubblico e autotutela amministrativa. I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2021.

Nel quadro sinora delineato, l'affidamento opera come limite alle scelte discrezionali del legislatore, sovranazionale e nazionale, nei rapporti tra privati e in quelli tra privato e pubblica amministrazione, anche quando questa intende rimuovere un provvedimento precedentemente adottato e favorevole al destinatario.

Sussistono, tuttavia, limiti alla tutela dell'affidamento: se da un lato, si tratta di un "principio generale dell'azione amministrativa che, in presenza di una attività della pubblica amministrazione, fa sorgere nel destinatario l'aspettativa al mantenimento nel tempo del rapporto giuridico così sorto", dall'altro, non tutte le forme di affidamento sono giuridicamente rilevanti (18).

Il nostro ordinamento tutela soltanto l'affidamento ragionevole in termini di vantaggio prospettato al privato e fondato sulla convinzione soggettiva (e quindi in buona fede) che il suddetto vantaggio spetti di diritto.

In altri termini, l'affidamento deve essere legittimo e incolpevole in quanto il privato non deve aver contribuito al suo consolidarsi con una condotta negligente ovvero dettata dalla malafede (19).

La pronuncia in commento si colloca nel solco della prevalente giurisprudenza amministrativa espressasi sul tema, attuando le conseguenze applicative che discendono dalla violazione del legittimo affidamento al caso di specie.

Nella vicenda controversa, la fase istruttoria dedicata all'esame della documentazione presentata dall'impresa, si era conclusa positivamente, considerato che l'amministrazione nulla aveva eccepito in merito alla sua presunta falsità o incompletezza, limitandosi ad approvare i quadri tecnici ed economici predisposti dalla società.

Pertanto, tenuto conto che il privato non ha mai omesso o falsificato le informazioni in suo possesso, dichiarando, invece, sin da subito, le ambiguità contenutistiche presenti nella scrittura privata di acquisto allegata alla domanda di partecipazione, l'amministrazione è responsabile dell'affidamento consolidatosi nel privato in ordine alla correttezza della documentazione fornita e alla presunta sostenibilità

(18) Cons. Stato, Sez. VI, 18 giugno 2020, n. 5011.

(19) "Se infatti è vero in via generale che il potere della pubblica amministrazione di annullare in via di autotutela un atto amministrativo illegittimo incontra un limite generale nel rispetto dei principi di buona fede, correttezza e tutela dell'affidamento comunque ingenerato dall'iniziale adozione dell'atto (i quali plasmano il conseguente obbligo motivazionale), è parimenti vero che le medesime esigenze di tutela non possono dirsi sussistenti qualora il contegno del privato abbia consapevolmente determinato una situazione di affidamento non legittimo. In tali casi l'amministrazione potrà legittimamente fondare l'annullamento in autotutela sulla rilevata non veridicità delle circostanze a suo tempo prospettate dal soggetto interessato, in capo al quale non sarà configurabile una posizione di affidamento legittimo da valutare in relazione al concomitante interesse pubblico", così Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2017, cit.

dell'investimento, non avendo la pubblica amministrazione chiesto nessun ulteriore chiarimento in merito, prima di comunicare il ritiro dell'atto.

Esclusa la malafede del privato, per il collegio, l'amministrazione non può motivare il riesame del provvedimento che concede il contributo sulla base di informazioni successive all'esito dei controlli e all'approvazione della graduatoria (l'esposto dell'associazione di categoria e i riscontri avuti dall'Agenzia delle entrate), che, di fatto, non aggiungono nulla di nuovo rispetto a quanto la stessa avrebbe potuto acquisire nel corso della prima istruttoria.

Per questi motivi, la mancata registrazione dell'atto di acquisto alla data di scadenza del bando non può essere utilizzata dalla pubblica amministrazione, a distanza di tempo, per confutare quanto dichiarato in precedenza dall'appellante.

L'affidamento del beneficiario non è altro che il risultato di una condotta superficiale e scarsamente diligente adottata dall'amministrazione "al cospetto della quale si stagliano i corrispondenti diritti soggettivi di stampo privatistico" (20).

5. *Gli esiti interpretativi della sentenza alla luce della controversa portata applicativa dell'art. 21-nonies della l. n. 241/1990 e dei limiti all'autotutela doverosa parziale*

Nella sentenza in commento, un ulteriore passaggio motivazionale di rilievo è rappresentato dalla prova, fornita dai giudici, di poter addivenire a conclusioni favorevoli per l'appellante non soltanto evocando il principio di buona fede e le regole che governano l'esercizio dei poteri di controllo, ma, altresì, applicando l'impostazione dogmatica seguita dai giudici del Tar, che si avvalgono dei principi sottesi agli artt. 21-*octies* e 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, per ricondurre il potere esercitato dall'amministrazione all'autotutela.

In linea generale, l'annullamento in autotutela è espressione di un potere discrezionale che legittima l'amministrazione a rimuovere, in via autonoma e unilaterale, i provvedimenti che ostacolano il raggiungimento del pubblico interesse.

Si parla, in questo caso, della c.d. "autotutela decisoria spontanea" che si sostanzia nell'esercizio di un potere di ritiro, che, a sua volta, si manifesta attraverso gli atti dell'annullamento d'ufficio e della revoca. (21)

Il riesame dell'atto può, infatti, condurre l'amministrazione a svolgere un secondo giudizio di tipo negativo sul provvedimento emanato in precedenza, qualora la stessa ritenga di dover rimuovere l'atto perché invalido ovvero non rispondente al pubblico interesse.

(20) Così Cons. Stato, Ad. plen., n. 5/2018 cit.

(21) M. Fratini, *Manuale sistematico di diritto amministrativo*, Roma, Accademia del diritto, 2020-2021.

I provvedimenti di secondo grado sono stati per lo più tipizzati e il legislatore, con la riforma della l. n. 241/1990 ha espressamente qualificato come “autotutela” i provvedimenti di revoca, di annullamento d’ufficio e di convalida; ne è conferma la lettera dell’art. 20, c. 3, della legge sul procedimento amministrativo, che fa salvo, nei casi in cui il silenzio dell’amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l’assunzione di determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*.

Tanto premesso, va detto che l’approccio interpretativo adottato dalla Sezione V del Consiglio di Stato è connesso al presente contesto socioeconomico, oltreché giuridico, caratterizzato dalla tendenza a delimitare i casi di riesame degli atti amministrativi, nell’ottica di una maggiore responsabilizzazione della pubblica amministrazione allo svolgimento di istruttorie complete e tempestive.

Secondo il collegio, anche qualora il provvedimento impugnato confluisca nella categoria concettuale del potere di annullamento d’ufficio, l’amministrazione, per giustificarne l’esercizio, avrebbe dovuto garantire il rispetto dei presupposti previsti dal legislatore *ex art. 21-nonies* della l. n. 241/1990.

Nel dettaglio, secondo la norma sopracitata, il provvedimento può essere annullato se viziato da legittimità, se sussiste un interesse pubblico concreto e attuale alla sua rimozione, alla luce di un equo bilanciamento degli interessi coinvolti e nel rispetto di un termine ragionevole dal momento dell’adozione dell’atto che si intende rimuovere (non superiore a dodici mesi).

A ben guardare, secondo il collegio, la pronuncia di primo grado, affermando la natura necessitata e vincolata dell’atto “tale da rendere inutile qualsiasi apporto contributivo del destinatario”, evoca la controversa categoria dell’autotutela c.d. doverosa (ancorché parziale), che legittima l’amministrazione ad annullare il provvedimento, favorevole al privato, motivandone la rimozione sulla falsità delle dichiarazioni prodotte da questo (22).

L’istituto dell’autotutela c.d. doverosa si pone in antitesi all’esercizio di un potere discrezionale e consente all’amministrazione di annullare l’atto preceden-

(22) L’art. 21-*nonies*, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990, tipizza l’annullamento d’ufficio dei provvedimenti amministrativi sulla base di false rappresentazioni 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. La norma declina un’ipotesi di autotutela doverosa parziale che, nello scandire la mera dequotazione del termine ragionevole, consente all’amministrazione di procedere al riesame anche oltre i termini legalmente contemplati, nonché di riscontrare l’eventuale istanza del terzo, finalizzata ad ottenere l’attivazione, senza perciò solo vincolare il contenuto della decisione. Così si esprime il Consiglio di Stato, Sez. II, 2 novembre 2023, n. 9415, in materia di autotutela doverosa parziale in caso di falso o mendacio. Precedente conforme, *ex multis*, Cons. Stato, Ad. plen., 11 settembre 2017, n. 18.

temente emanato, senza svolgere *ex ante* valutazioni comparative in ordine agli interessi sottesi al provvedimento da rimuovere, al tempo trascorso dall’adozione dell’atto e all’eventuale affidamento del destinatario sulla sua stabilità.

Secondo la giurisprudenza, l’autotutela doverosa protegge il preminente interesse alla reintegrazione dell’ordine giuridico violato, tanto da legittimare l’amministrazione ad annullare il provvedimento oltre il termine ragionevole e senza adeguata motivazione sull’interesse pubblico all’intervento, essendo individuabile, *in re ipsa*, nel ripristino della legalità violata.

Per quanto qui d’interesse, la giurisprudenza ha applicato la figura dell’autotutela doverosa anche alle ipotesi di illegittima concessione di finanziamenti pubblici, sostenendo che, se l’erogazione di pubbliche risorse manca di un titolo giustificativo, l’interesse pubblico alla rimozione del provvedimento prevale sull’interesse del privato, a prescindere dal tempo trascorso e senza necessità per l’amministrazione di motivare l’annullamento.

La portata applicativa dell’istituto in esame è stata messa in discussione dall’Adunanza plenaria del Consiglio di Stato nel caso in cui l’amministrazione, dopo aver rilasciato il titolo di sanatoria di un edificio abusivo, ha riconsiderato la sua legittimità disponendone l’annullamento, benché trascorso un notevole lasso di tempo (23).

Secondo quanto statuito dalla plenaria, postulare un generico interesse pubblico alla rimozione di atti già emanati, non può costituire una prassi generalizzata per la pubblica amministrazione procedente quanto, piuttosto, una eccezione alla regola generale *ex art. 3* della l. n. 241/1990 che impone la motivazione di tutti i provvedimenti amministrativi.

Secondo la giurisprudenza, è necessario limitare l’applicazione dell’autotutela doverosa in quanto, se abusata, è in grado di produrre effetti distorsivi, consentendo all’amministrazione, in ipotesi limite, di adottare atti di ritiro privi di motivazione, dopo essere rimasta inerte per lungo tempo e senza tener conto dell’interesse del destinatario del provvedimento al mantenimento dei suoi effetti, in violazione dei principi di correttezza e buon andamento della pubblica amministrazione (24).

Si può, dunque, affermare che anche l’agire in autotutela soggiace al rispetto del principio di legalità, di affidamento e di buona fede “ove il tempo e le ragioni della scelta assumono rilievo dirimente, rendendo il destinatario della funzione, ovvero gli interessi di cui è portatore, parte costitutiva del processo di riesame (25).

(23) Cons. Stato, Ad. plen., n. 8/2017, cit.

(24) M. Fratini, *op. cit.*

(25) E. Giardino, *L’autotutela amministrativa e l’interpretazione della norma*, in *Giornale dir. amm.*, 2018, 4, 439.

La pronuncia in commento condivide la giurisprudenza a cui si è fatto cenno in tema di autotutela decisoria e di limiti alla sua generalizzata applicazione.

Secondo il collegio, se la figura dell'autotutela doverosa è applicabile, in via eccezionale, alle sole fattispecie in cui il provvedimento favorevole è il prodotto delle reticenti e false dichiarazioni prodotte dal privato, l'atto oggetto di impugnazione manca di questo presupposto.

L'appellante, infatti, non ha ommesso ovvero alterato le informazioni in suo possesso, né in fase di presentazione della domanda di partecipazione né nel corso della successiva fase istruttoria, pertanto, nel caso di specie, non ricorrono i presupposti che consentirebbero all'amministrazione di motivare l'annullamento dell'atto sulla non veritiera prospettazione dei fatti da parte del privato.

Le conclusioni a cui approda il collegio, confermano, dunque, che l'autotutela doverosa parziale, pur legittimando l'amministrazione ad una attenuazione del vincolo motivazionale, non la esenta completamente, considerato che l'azione amministrativa deve ispirarsi al vincolo di buona fede oggettiva.

Questa impostazione è stata condivisa anche dalla Corte costituzionale secondo la quale “in via di principio, il momento discrezionale del potere della pubblica amministrazione di annullare i propri provvedimenti non gode in sé di copertura costituzionale. Lo strumento dell'autotutela deve sempre essere valutato nel quadro dei principi di imparzialità, di efficienza e, soprattutto, di legalità dell'azione amministrativa, espressi dall'art. 97 Cost.” (26).

Il richiamo ai principi di carattere generale consente di addivenire alla conclusione che, nella fattispecie in esame, l'affidamento del privato trova la propria fonte nella negligenza istruttoria dell'amministrazione, il cui prezzo non deve ricadere sul beneficiario incolpevole, a conferma della bilateralità della clausola generale di buona fede.

Infine, la pronuncia in commento, dimostra come alle medesime soluzioni interpretative, sia possibile giungere accedendo all'istituto generale dell'annullamento d'ufficio.

L'annullamento d'ufficio, differendo dal mero ripristino della legalità violata, impone all'amministrazione di motivarne l'attivazione dimostrando l'illegittimità dell'atto e dando prova, a seguito di adeguata comparazione, della sussistenza di un interesse pubblico all'eliminazione del provvedimento superiore a quello del privato.

A questi primi due presupposti, se ne affianca un terzo: il legislatore impone all'amministrazione di esercitare l'annullamento d'ufficio entro un termine ragionevole e comunque non superiore a dodici mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici.

(26) Corte cost., 22 marzo 2000, n. 75.

Il tempo assume per il legislatore un nuovo valore nei rapporti tra amministrazione e privato, da un lato, quale garanzia per la pubblica amministrazione, delimitando l'inoppugnabilità dei provvedimenti nell'interesse dell'amministrazione, e, dall'altro, interviene circoscrivendo l'esercizio discrezionale del potere di annullamento nell'interesse del cittadino, quando ormai l'apprezzabile lasso temporale trascorso ha contribuito a consolidare la situazione giuridica di cui lo stesso è titolare (27).

Questa è la linea seguita dalla sentenza in esame.

Il potere esercitato dall'amministrazione non trova fondamento nella figura dell'annullamento d'ufficio poiché l'amministrazione non ha motivato l'interesse pubblico alla rimozione dell'atto, concedente il beneficio economico ed è intervenuta oltre il termine ritenuto ragionevole *ex lege*, tenuto conto che la stessa non può agire discrezionalmente in ogni tempo, vanificando gli investimenti sostenuti dal privato beneficiario del contributo.

Quanto detto, vale, secondo il collegio, “vuoi che l'amministrazione abbia fatto uso del proprio potere di controllo (non motivando la diversa valutazione dell'adeguatezza dimostrata *per acta e facta concludentia* fino a quel momento) vuoi che abbia provveduto *ex art. 21-nonies*.”

Pertanto, se il provvedimento non è supportato da delle esigenze imperative connesse al perseguimento del pubblico interesse, non soltanto lede l'affidamento del privato ma rappresenta uno sviamento di potere dalle finalità che l'amministrazione è deputata a tutelare, tra le quali, in qualità di ente gestore di risorse pubbliche, rientra anche il sostegno alle iniziative private coerenti con queste finalità.

6. Considerazioni conclusive

La soluzione proposta dalla pronuncia costituisce un punto di equilibrio tra esigenze apparentemente contrapposte, da un lato, garantire all'amministrazione l'esercizio dei poteri di controllo e di riesame dei provvedimenti già emanati e, dall'altro, assicurare al cittadino la stabilità delle situazioni giuridiche che lo riguardano, tutelando il suo legittimo e incolpevole affidamento.

La sentenza in commento mette in luce problematiche, teoriche e pratiche, frequenti nella prassi dei rapporti tra amministrazione e privato, soprattutto in sede di finanziamenti pubblici, se si considera che il tecnicismo delle informazioni richieste al privato genera spesso dubbi interpretativi che si riflettono in produzioni documentali imprecise e non esaustive.

(27) Si tratta di “una nuova ‘regola generale’ che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo” e che inesorabilmente “fa prevalere l'affidamento. Così in E. Giardino, *op. cit.*”

Le soluzioni ermeneutiche adottate dalla pronuncia confermano la centralità della regola generale della buona fede e correttezza anche nei rapporti tra pubblica amministrazione e privato, valorizzandone il carattere bilaterale che responsabilizza entrambe le parti del rapporto.

In questo modo, il privato non potrà avvantaggiarsi delle informazioni reticenti o inesatte fornite all'amministrazione, così come quest'ultima non potrà giustificare un'attività istruttoria negligente e incompleta evocando la tutela del prevalente pubblico interesse, con conseguente elusione dell'onere motivazionale e del termine ragionevole.

La sensibilità del legislatore alle tematiche esaminate è confermata nell'art. 1, c. 2-*bis*, l. n. 241/1990 che dà avvio alla creazione di un nuovo modello di pubblica amministrazione "paritaria".

In questo contesto, occorre accennare alle novità apportate dal d.lgs. 31 marzo 2023, n. 36, recante il nuovo codice dei contratti pubblici che valorizza la reciprocità del canone della buona fede, elevandolo tra i principi generali che governano la materia dei contratti pubblici.

Nel dettaglio, la relazione al codice del 2023 afferma che lo scopo perseguito attraverso la codificazione dei principi generali è la valorizzazione dell'autonomia e della discrezionalità amministrativa in un settore in cui spesso la presenza di una disciplina rigida e dettagliata ha creato incertezze e inefficienze, mediante il richiamo a principi "precettivi", dotati di immediata valenza operativa.

Per queste ragioni, il legislatore del 2023, in linea con la giurisprudenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato e con quella delle Sezioni unite, ha introdotto l'art. 5 che codifica, al c. 1, l'obbligo di buona fede e correttezza nell'ambito delle procedure di evidenza pubblica, che si contraddistinguono per una chiara valenza precontrattuale; mentre, il c. 2, tutela l'affidamento legittimo e incolpevole dell'operatore economico, quale limite al potere amministrativo "che può venire in considerazione sia in materia di diritti soggettivi che di interessi legittimi ed inerire, pertanto, anche ai rapporti connotati da un collegamento con l'esercizio del potere".

Tanto considerato, ad oggi, l'obbligo di buona fede, ben rientra tra gli interessi che la pubblica amministrazione ha l'obbligo di perseguire e temperare prima di compiere le proprie scelte, siano esse vincolate o discrezionali.

VERONICA RITA IBBA