

7 NOVEMBRE 2018

Tempo e potere di riesame:  
l'insofferenza del giudice  
amministrativo alle “briglie” del  
legislatore

di Clemente Pio Santacroce  
Ricercatore di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Padova

# Tempo e potere di riesame: l'insofferenza del giudice amministrativo alle “briglie” del legislatore \*

**di Clemente Pio Santacroce**

Ricercatore di Diritto amministrativo  
Università degli Studi di Padova

**Abstract:** Il contributo è volto a verificare, a tre anni dalla riforma c.d. “Madia”, se e in che termini quelle ambizioni di «certezza del diritto» e «tutela dell'affidamento» degli amministrati riposte dal legislatore del 2015 nell'introduzione di un termine massimo di diciotto mesi all'attivabilità del potere amministrativo di riesame, abbiano trovato concretizzazione in sede giurisprudenziale. Evidenziati i tratti essenziali della rinnovata relazione tra tempo e potere di riesame instaurata dalla l. n. 124/2015, l'attenzione è stata portata sull'atteggiamento assunto dai giudici amministrativi dinanzi a detto «*barrage* temporale». L'indagine ha restituito un cospicuo materiale giurisprudenziale, dalla cui analisi è emersa una marcata insofferenza del giudice amministrativo che si è sin qui manifestata attraverso diverse soluzioni di aggiramento. Queste, da una prospettiva più ampia, sembrano costituire sintomi ulteriori di quella rinnovata tendenza nomopoietica (quando non addirittura nomotetica) dei giudici comuni, e della loro riluttanza ad imboccare la via dell'accesso al Giudice delle leggi.

**Sommario:** **1.** Tempo e potere di riesame: la riforma del 2015 secondo le intenzioni del legislatore e nei suoi tratti (anche problematici) essenziali. **2.** *Segue.* La nuova regola: il termine massimo di diciotto mesi di cui al novellato art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990. **3.** *Segue.* La deroga: *mala fides* dell'amministrato, pregiudiziale penale e inoperatività del termine secondo la lettera del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*. La clausola legislativa di salvezza delle sanzioni (penali e di quelle) di cui al capo VI del d.P.R. n. 445 del 2000. **4.** Il monito del Consiglio di Stato in sede consultiva: evitare «prassi elusive» nel passaggio dal diritto scritto a quello applicato. **5.** Il giudice amministrativo dinanzi al «*barrage* temporale» dei diciotto mesi: interpretazioni letterali e soluzioni di aggiramento in tre anni di applicazione della novella. **6.** Letture omissive e “riscritture” giurisprudenziali del comma 2-*bis*: prove di «fuga dalla riforma». La deroga si fa regola. **7.** Un'insofferenza (comprensibile ma) dagli esiti singolari. L'alternativa conforme al sistema: l'incidente di costituzionalità.

## **1. Tempo e potere di riesame: la riforma del 2015 secondo le intenzioni del legislatore e nei suoi tratti (anche problematici) essenziali**

Le disposizioni della legge n. 124 del 2015 (riforma c.d. “Madia”) incidenti sul tema della c.d. «autotutela amministrativa»<sup>1</sup> sono senz'altro da annoverare tra quelle che hanno più di recente suscitato un intenso interesse scientifico in dottrina e una guardinga attenzione da parte della giurisprudenza amministrativa.

\* Articolo sottoposto a referaggio.

<sup>1</sup> Così la rubrica dell'art. 6, l. 7 agosto 2015, n. 124.

L'ampio fiorire, nel breve arco temporale di un triennio, di riflessioni e studi<sup>2</sup>, anche monografici<sup>3</sup>, e di una cospicua produzione giurisprudenziale in cui il giudice amministrativo non ha perso occasione per affermare la sua posizione su quello che può dirsi uno dei temi centrali del diritto amministrativo generale, sembra esserne la conferma.

La ragione di questo attento interesse sta, evidentemente, sia nella rilevanza del tema – esso concernendo, in definitiva, anche il modo d'essere del rapporto *autorità/libertà*<sup>4</sup> – sia nella portata innovativa e (almeno

---

<sup>2</sup> Si v. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *federalismi.it*, n. 17/2015; ID., *Postilla all'editoriale "Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015, n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela"*, in *federalismi.it*, n. 20/2015; F. FRANCIARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *federalismi.it*, n. 20/2015; M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 634 ss.; M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il "tempo" dell'annullamento d'ufficio e l'esercizio dei poteri inibitori in caso di s.c.i.a. Certezza del diritto, tutela dei terzi e falsi miti*, in *federalismi.it*, n. 24/2015; M. LIPARI, *La SCLA e l'autotutela nella legge n. 124/2015: primi dubbi interpretativi*, in *federalismi.it*, n. 20/2015; F. VOLPE, *L'annullamento del silenzio assenso e della s.c.i.a. Riflessioni di teoria generale a seguito dell'abrogazione dell'art. 21, comma 2, legge 7 agosto 1990, n. 241*, in *giustamm.it*, n. 10/2015; S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la Riforma Madia*, in *Giur. it.*, 2015, pp. 2748 ss.; V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124/2015: profili di incertezza nell'intreccio tra diritto amministrativo e diritto penale*, in *federalismi.it*, n. 21/2015; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, pp. 99 ss.; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. app.*, 2016, pp. 5 ss.; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *federalismi.it*, n. 20/2016; *Il riesame del provvedimento amministrativo dopo la legge n. 124/2015*, in *Nuove Aut.*, 2016, pp. 331 ss.; F. FRANCIARIO, *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, pp. 9 ss.; A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'inannullabilità dell'atto amministrativo*, in *giustamm.it*, n. 11/2016; M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, pp. 321 ss.; A. RALLO, *L'inserimento del termine certo nell'esercizio dell'autotutela: appunti per una discussione*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, cit., pp. 53 ss.; B. MAMELI, *Annullamento d'ufficio e annullamento giurisdizionale a confronto*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 2805 ss.; F. COSTANTINO, *L'annullamento d'ufficio del provvedimento*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 869 ss.; L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017; F. FRANCIARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *federalismi.it*, n. 8/2017; C. DEODATO, *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, pp. 1173 ss.; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *federalismi.it*, n. 7/2017; M. TRIMARCHI, *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, in *P.A. (Pers. e Amm.)*, 2017, I, pp. 189 ss.; G. FIDONE, *La progressiva limitazione della discrezionalità del potere di annullamento d'ufficio: bilanciamento degli interessi, perimetro del potere e doverosità nell'ottica del perseguimento del risultato dell'attività amministrativa*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, pp. 2043 ss.; A. GUALDANI, *Il tempo nell'autotutela*, in *federalismi.it*, n. 12/2017; N. POSTERARO, *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e della Adunanza plenaria n. 8 del 2017)*, in *federalismi.it*, n. 20/2017; R. CAPONIGRO, *Il potere amministrativo di autotutela*, in *federalismi.it*, n. 23/2017. Sia consentito segnalare, infine, anche C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento dopo la legge n. 124 del 2015*, in *Dir. e proc. amm.*, 2017, pp. 1145 ss.

<sup>3</sup> Si v., all'interno di un lavoro di più ampio respiro, M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018; B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Milano, 2017; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016.

<sup>4</sup> Cfr. L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma*, cit., p. 2, ove l'A., per mezzo di una fascinosa similitudine con l'Ἔργον platonico del *Sympōsion*, afferma (tra le altre cose): «l'autotutela è un istituto sempre affascinante, come lo è Ἔργον, che viene concepito durante il banchetto per la nascita di Afrodite e ne diventa un

sulla carta) dirompente che s'irradia in modo solo all'apparenza frammentario dall'art. 6 della legge "Madia", e che ha invece investito in modo sistematico le disposizioni sul riesercizio del potere amministrativo già un decennio prima immesse nella l. n. 241/1990<sup>5</sup>.

Il legislatore del 2015, attraverso una ben precisa scelta politica, ha infatti inteso instaurare una *rinnovata relazione* tra tempo e potere di riesame dei rapporti amministrativi sorti – (è indifferente se) per provvedimento, silenzio-assenso o s.c.i.a. – *contra legem*.

La legge del "7 agosto", con la quale si è voluto in qualche modo anche «celebrare» l'anniversario "d'argento" della legge generale sul procedimento<sup>6</sup>, ha in effetti innestato sulla (e sottratto dalla)<sup>7</sup> disciplina previgente taluni frammenti normativi capaci, nel loro insieme, di modificare il meccanismo di funzionamento di quel «perno [...] che si colloca allo *snodo delicatissimo* del rapporto fra il potere amministrativo e il suo riesercizio, da una parte, e la tutela dell'affidamento del privato, dall'altra»<sup>8</sup>.

Nessun mistero su obiettivi e spinte motivazionali del legislatore. Le ragioni della novella sono state esplicitate con chiarezza sia a livello politico che su quello più strettamente tecnico-giuridico<sup>9</sup>. L'idea di fondo è stata quella di posizionare quel «perno» in modo tale da volgere verso un sistema in cui sulla legittimità dei rapporti amministrativi *prevalga* «l'esigenza di certezza»<sup>10</sup> delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio precedentemente raggiunte dai privati.

Naturalmente, sul piano teorico, si potrà essere o meno in sintonia con un tale approccio, e si potranno eventualmente indicare possibili alternative<sup>11</sup>. Così come, sul piano pratico, si potrà dubitare che la

---

seguace. Continuiamo a seguirla e a studiarla da anni; forse perché – come ἜϞος è il simbolo della filosofia – l'autotutela acquista una valenza emblematica della relazione tra autorità e cittadino».

<sup>5</sup> Cfr. F. FRANCIARI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., pp. 2 s. Sulla solo apparente frammentarietà delle disposizioni in tema di autotutela decisoria contenute nella riforma "Madia", sia consentito anche il rinvio a C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., pp. 1147 ss.

<sup>6</sup> Si v., sul punto, B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme. L'innovazione nella pubblica amministrazione*, 2017, p. 100.

<sup>7</sup> Ci si riferisce, in particolare, all'abrogazione della norma di cui all'art. 21, comma 2, l. n. 241/1990, e del comma 136 dell'art. 1, l. n. 311/2004.

<sup>8</sup> Così, a proposito dell'istituto generale dell'autotutela decisoria, si è espresso in modo assai pregnante il Giudice delle leggi (cors. agg.): si v. Corte cost., 9 marzo 2016, n. 49 (punto 8 del *considerato in diritto*), in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it), e con note di A. SIMONATI, *La disciplina della S.C.I.A. edilizia fra principi del governo del territorio e semplificazione amministrativa*, in *le Reg.*, 2016, pp. 589 ss., e P.M. VIPIANA PERPETUA, *I poteri amministrativi a seguito di SCL al vaglio della Consulta*, in *Giur. it.*, 2016, pp. 2234 ss.

<sup>9</sup> Si v. B.G. MATTARELLA, *Il contesto e gli obiettivi della riforma*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, pp. 621 ss.

<sup>10</sup> In questi termini, B.G. MATTARELLA, *Le difficoltà della semplificazione*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, cit., p. 360, e B.G. MATTARELLA, *Burocrazia e riforme*, cit., p. 96, ove può leggersi: «I giuristi [...] devono imparare a dosare il valore della legittimità con altri valori, pure tutelati dall'ordinamento, come l'affidamento, la certezza e il raggiungimento dei risultati»; e *ivi*, p. 110, in particolare laddove l'A. afferma: «Nei suoi rapporti con i privati, l'amministrazione pubblica è spesso incoerente e, con i suoi comportamenti e i suoi mutevoli indirizzi, genera *incertezza*, che è dannosa per i rapporti civili ed economici. Per *rimediare*, la legge ha introdotto limiti al potere di autotutela delle amministrazioni [...]» (cors. agg.).

<sup>11</sup> Anche alla luce di un'analisi di diritto comparato: sia consentito il rinvio a C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., in part. §§ 4 e 6.

risultanza normativa dell'intervento legislativo del 2015 sia effettivamente in grado di perseguire, in modo adeguato, quell'obiettivo di «certezza giuridica» prefissato. O ancora, ci si potrà spingere sino a mettere in discussione, anche in concreto, la compatibilità del nuovo quadro normativo con quello costituzionale. Ciò che invece non dovrebbe ritenersi ammissibile – a meno di non voler alterare i rapporti tra poteri dello Stato, allontanandosi più o meno consapevolmente dalla forma di *Rechtsstaat* – è un'applicazione giurisprudenziale delle nuove disposizioni che attribuisca alle parole del legislatore un senso diverso da quello fatto palese dal loro significato<sup>12</sup>, e che pieghi le intenzioni del legislatore secondo una pretesa maggior saggezza del giudice<sup>13</sup>, la quale assume per ciò solo le sembianze (e in taluni casi anche la sostanza) dell'*arbitrio*.

Su questi profili, però, si avrà modo di tornare più avanti, essi costituendo, invero, la radice più profonda di queste riflessioni. Ora, invece, corre anzitutto l'obbligo di ricapitolare per sommi capi i tratti essenziali (anche problematici) della novella, soffermandosi in particolare su quel binomio *regola/deroga* da essa introdotto.

## **2. Segue. La nuova regola: il termine massimo di diciotto mesi di cui al novellato art. 21-*nonies* della legge n. 241 del 1990**

L'obiettivo di rafforzare la tutela dell'affidamento del privato sulla *stabilità* delle posizioni di vantaggio conseguite in forza di una precedente attivazione del potere amministrativo (o di un suo mancato esercizio), è stato perseguito dal legislatore del 2015 attraverso l'immissione nell'ordinamento di una *regola* che – nei termini generali in cui essa è stata introdotta e salve talune possibili considerazioni di diritto comparato e di politica del diritto<sup>14</sup> – può senz'altro dirsi *nuova*.

La regola è, come ben noto, quella della “*intangibilità*”<sup>15</sup> dei rapporti amministrativi sorti *contra legem*, allorquando siano decorsi «*diciotto mesi*» dall'adozione del provvedimento favorevole, dalla formazione del silenzio-assenso o, nei casi di s.c.i.a., dallo spirare del termine di sessanta (o trenta)<sup>16</sup> giorni per l'esercizio del potere ordinario di verifica.

Alla luce delle modifiche additive apportate dall'art. 6 della legge “*Madia*” agli artt. 21-*nonies* e 19 della l. n. 241/1990, sembra corretto affermare che il legislatore abbia inteso immettere nel sistema un principio valevole *in modo trasversale*, che prescinde, cioè, dalla genesi provvedimentale o meno del rapporto

<sup>12</sup> Secondo la «*connessione di esse*»: così – com'è ben noto – l'art. 12 delle *preleggi*.

<sup>13</sup> E, forse, una presunta «investitura etica che non c'è»: si v. G. SEVERINI, *I 'due corpi del giudice', ovvero dell'impersonalità delle decisioni giudiziarie*, in *federalismi.it*, 2018, 15.

<sup>14</sup> Sia consentito ancora il rinvio a C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., §§ 4 e 6.

<sup>15</sup> Quantomeno in modo legittimo.

<sup>16</sup> Cfr. art. 19, comma 6-*bis*, l. n. 241/1990.

giuridico-amministrativo. Inserita nello statuto legislativo del potere di annullamento d'ufficio, infatti, la disposizione sul «termine massimo» è stata evidentemente ricondotta anche entro il regime giuridico della s.c.i.a. in forza di un rinvio onnicomprensivo fatto dall'anch'esso novellato art. 19, comma 4, alle «condizioni» previste dall'art. 21-*nonies*, e trova espressa applicazione anche per i casi in cui – secondo la (però poco felice) formula di cui allo stesso art. 21-*nonies* – il provvedimento si sia “formato” per silenzio-assenso, ai sensi dell'art. 20 della legge sul procedimento.

Lascia interdetti, allora, quella posizione giurisprudenziale di recente rintracciabile in talune decisioni di primo grado, attraverso la quale il giudice amministrativo, con riferimento all'istituto della s.c.i.a., ha messo in dubbio<sup>17</sup> o negato *in toto*<sup>18</sup> l'applicabilità del limite dei «diciotto mesi» al potere inibitorio “tardivo” (o – se si preferisce – “*in via di autotutela*”) previsto dall'art. 19, comma 4, della l. n. 241/1990. Trattasi, per giunta, di pronunce successive al c.d. “*decreto SCIA-2*”<sup>19</sup>, il quale, risolvendo per mezzo del suo art. 2, comma 4, il problema di individuazione del “*dies a quo*” di decorrenza del termine di diciotto mesi proprio con riferimento alle attività private intraprese previa segnalazione certificata, ha contribuito a comporre un quadro di diritto positivo che non sembra lasciar margine alcuno di discussione né spazio per interpretazioni singolari.

Che la nuova regola generi, però, talune – vere – questioni interpretative, è fuor di dubbio.

Chi ha sin qui avuto occasione di confrontarsi con il novellato art. 21-*nonies*, non ha mancato di porre in luce diversi dubbi prodotti dalla formulazione legislativa prescelta. In particolare, chi scrive ha già in altra sede evidenziato, oltre a perplessità e possibili alternative sul piano teorico, non poche incertezze

---

<sup>17</sup> In tal senso, si v., ad es., TAR Piemonte, sez. II, 23 maggio 2018, n. 636, nella parte in cui si afferma: «[...] *quand'anche dovesse ritenersi applicabile* il termine di diciotto mesi entro il quale può essere esercitato il potere di autotutela, previsto dall'art. 21 *nonies*, c. 1, l. n. 241/1990 (pur se, *a rigore*, non si è al cospetto di un “provvedimento di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici” ma di un atto soggettivamente privato), la fattispecie oggetto del presente giudizio rientrerebbe, comunque, nell'ambito di operatività dell'art. 21 *nonies*, c. 2 *bis*, l. n. 241/1990» (cors. agg.).

Si avvisa il lettore che tutte le decisioni e i pareri degli organi di Giustizia amministrativa citati nel presente lavoro sono consultabili nel sito istituzionale ([www.giustizia-amministrativa.it](http://www.giustizia-amministrativa.it)).

<sup>18</sup> In questi termini si v., ad es., TAR Sicilia, Palermo, sez. III, 8 giugno 2018, n. 1295, laddove può leggersi, nella parte in *diritto*: «È poi errato ritenere che tale provvedimento [di inibizione “tardiva” dell'attività segnalata] sarebbe intempestivo, in quanto adottato oltre il termine di 18 mesi previsto per legge. In primo luogo tale provvedimento non è un annullamento in autotutela, ma un provvedimento che può essere adottato in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-*nonies*; pertanto una volta rispettate le garanzie di partecipazione procedimentale e operata la valutazione propria degli annullamenti in autotutela, *non appare corretto ritenere operante anche il termine* previsto per l'adozione di tal genere di atti, come sembra confermato dal fatto che l'art. 21 *nonies*, proprio con riferimento al termine di adozione, rinvia all'art. 20 ma non all'art. 19 della stessa legge» (cors. agg.).

<sup>19</sup> D. lgs. 25 novembre 2016, n. 222.

applicative, capaci di neutralizzare almeno in parte quel traguardo di «sicurezza giuridica» rincorso dal legislatore<sup>20</sup>.

Non è ben chiaro, ad esempio, quale sia l'effettivo ambito oggettivo di applicazione della nuova regola sul «termine massimo». È dubbio, in particolare, se essa debba applicarsi al potere di riesame dei soli provvedimenti *expressis verbis* richiamati dal legislatore, ossia quelli di «*autorizzazione*» e quelli di «*attribuzione di vantaggi economici*», o debba invece optarsi per un'interpretazione *estensiva* delle due indicate (sub)categorie provvedimentali<sup>21</sup>.

Questa e diverse altre criticità, indiscutibilmente riscontrabili nella disposizione, non legittimano tuttavia l'interprete ad imboccare vie che conducono a risultati opposti rispetto a quelli perseguiti, con riguardo alla «strana coppia» *autotutela/affidamento*<sup>22</sup>, per il tramite della legge “Madia”. Le difficoltà interpretative devono essere affrontate e risolte, infatti, ponendo “*al centro*” la manifestazione di volontà del legislatore; non, invece, attraverso letture volte ad eludere in modo più o meno manifesto il significato e la sostanza della riforma.

Si intende con ciò dire che, a meno di non volerla contestare “*frontalmente*”, revocandone (anche concretamente) in dubbio la compatibilità costituzionale<sup>23</sup>, la novella va applicata per come essa è e per quello che è il senso che ad essa il legislatore ha inteso dare. *Tertium non datur*. Almeno sul piano teorico. Perché su quello pratico, poi, è dato invece imbattersi in sorprendenti decisioni in cui – a mero titolo d'esempio – un giudice amministrativo di primo grado si è recentemente spinto sino ad affermare che «è *pacífico* che il termine di 18 mesi previsto dall'attuale art. 21 *nonies* rappresent[*i*] una previsione di *massima* di carattere *ordinatorio* [sic!], la quale ben può essere superata in forza di esigenze superiori le quali superano ed assorbono ogni profilo inerente eventuali affidamenti generati in capo al destinatario dell'atto»<sup>24</sup>.

---

<sup>20</sup> A tal punto che, alla luce dell'analisi condotta, si è ritenuto di poter affermare che, dopo la riforma “Madia”, la tutela dell'affidamento dei privati sulla stabilità dei rapporti amministrativi «*oscilla*» tra garanzie legislative di effettività e perniciose apparenze: cfr. C.P. SANTACROCE, *Annulamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., p. 1147 (e *passim*).

<sup>21</sup> Si v. *ivi*, pp. 1180 ss.

<sup>22</sup> Così F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, pp. 425 ss.

<sup>23</sup> Cosa, peraltro, in parte possibile – a parere di chi scrive – almeno con riguardo a quelle fattispecie in cui vengano in rilievo interessi pubblici “*superprimari*”. A ben vedere, però, non sarebbe la previsione di un potere di autotutela “*a termine*” a presentare profili di illegittimità costituzionale, quanto la mancata inclusione di talune fattispecie “*sensibili*” tra le eccezioni ad una tale previsione legislativa. Sarebbe, cioè, l'altro termine del binomio regola/deroga a dar adito a possibili considerazioni critiche sotto il profilo costituzionale.

<sup>24</sup> Così, testualmente, TAR Lazio, Roma, sez. II, 13 febbraio 2018, n. 1695 (in part. punto 2*a*), ove può anche leggersi: «Quanto, segnatamente, al superamento del termine *de quo* (termine di 18 mesi come noto introdotto in tema di annullamento d'ufficio dalla L. n. 124 del 2015), è evidente al Collegio come esso sia *recessivo* rispetto all'azione straordinaria in questione, la quale, ispirata ad una preminente *ratio* di ripristino della legalità, tollera eventuali *lievi scostamenti* rispetto alla tempistica ordinaria» (cors. agg.). Sul punto si v. anche *infra*, § 5.

### **3. Segue. La deroga: *mala fides* dell'amministrato, pregiudiziale penale e inoperatività del termine secondo la lettera del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*. La clausola legislativa di salvezza delle sanzioni (penali e di quelle) di cui al capo VI del d.P.R. n. 445 del 2000**

Confezionata la regola dei «diciotto mesi», il legislatore del 2015 si è preoccupato di disattivare il nuovo effetto preclusivo prodotto dalla mera decorrenza del termine, con riguardo a quei casi in cui possa effettivamente parlarsi – secondo una ben specifica accezione<sup>25</sup> – di accertata *mala fides* dell'amministrato. I confini della *deroga* sono stati tracciati, almeno stando alla lettera del nuovo comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, in modo assai restrittivo.

Non ogni condotta imputabile all'amministrato e causativa della precedente azione (o inazione) amministrativa *contra legem* sembrerebbe legittimare l'attivabilità del potere di riesame dopo la scadenza dei diciotto mesi. La legge, infatti, limita espressamente l'ambito dell'eccezione – *id est*, di inoperatività del «termine massimo» – a quei casi in cui i provvedimenti favorevoli (o la legittimazione *ex lege*, in caso di s.c.i.a. o silenzio-assenso) siano stati conseguiti sulla base di «condotte» di falso – «false rappresentazioni dei fatti» o «dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci» – che integrino una fattispecie di «reato» e che siano state come tali accertate con «forza di giudicato»<sup>26</sup>.

A legger la disposizione di nuovo conio, allora, sembra potersi dire che il legislatore della riforma “Madia” abbia in sostanza inteso immettere nel sistema una sorta di *pregiudiziale penale*, cui subordinare l'(eventuale) esercizio *extra* termine dei poteri di cui agli artt. 21-*nonies*, comma 1, e 19, comma 4, della legge sul procedimento.

L'aspirazione verso la certezza del traffico giuridico-amministrativo ha così trovato una delle sue più ampie – e a parere di chi scrive, *estreme*, forse *debordanti* – manifestazioni legislative, consistente nell'apprestare una tutela *tout court* della «stabilità»<sup>27</sup> delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio nei confronti della pubblica amministrazione. Una tutela, cioè, che (pretende di) trascende(re), per *voluntas legis*, il principio generale del *legittimo* affidamento, almeno nella parte in cui essa si spinge sino a (ritenere di poter) sostituire al canone della *buona fede* – elemento costitutivo di quel principio – la mera assenza di un'acclarata *mala fede* penalmente rilevante<sup>28</sup>.

Un'interpretazione del comma 2-*bis* che tenga in debito conto il dato testuale della disposizione e valorizzi le effettive intenzioni del riformatore, dovrebbe perciò condurre ad affermare – salvo poi, naturalmente,

<sup>25</sup> Di cui si dirà subito *infra* nel testo.

<sup>26</sup> Cfr. art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, l. n. 241 del 1990.

<sup>27</sup> Che – come è stato ben detto – sarebbe stata elevata dal legislatore a valore in sé, che prescinde dalla buona fede del destinatario: in questi termini, M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit.

<sup>28</sup> Sul punto sia consentito rinviare a C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., p. 1207, ove s'è osservato che, per tale via, il legislatore pare aver introdotto nel sistema amministrativo italiano una forma di tutela *ope legis* di «un ossimoro: quello di “affidamento illegittimo” (se non addirittura *illicito*)».



interrogarsi sulla ragionevolezza dell'affermazione e sulla costituzionalità della norma<sup>29</sup> – che, spirato il termine di diciotto mesi, l'accertamento autonomo in sede amministrativa della mancanza anche *manifesta* di buona fede nella condotta causativa dell'illegittima adozione del provvedimento favorevole (o dell'illegittima mancata adozione del provvedimento di diniego o di quello inibitorio, rispettivamente per i casi di silenzio-assenso e s.c.i.a.), sia da ritenersi *insufficiente* ad integrare la peculiare fattispecie di deroga contemplata dal novellato art. 21-*nonies* della legge sul procedimento.

Anche quando, però, la *mala fides* abbia almeno in astratto o solo esteriormente rilevanza penale, l'integrazione in concreto di detta fattispecie, chiaramente ispirata al principio di presunzione di non colpevolezza<sup>30</sup>, risulta condizionata da un insieme così ampio di variabili che, la sovrapposizione piena tra fattispecie astratta e fattispecie concreta appare un'eventualità più facile da tracciare sulla carta che da riscontrare nel mondo giuridico reale.

Molteplici, in effetti, sono i fattori capaci di incidere sull'operatività della deroga. Se ne ricorderanno qui di seguito e sommariamente soltanto alcuni, rinviando il lettore ad altre sedi per una più ampia trattazione<sup>31</sup>.

Anzitutto, non è da ritenersi marginale l'ipotesi in cui, pur ricorrendo la condotta materiale di falso prevista da una specifica fattispecie incriminatrice, potrebbe giungersi, in sede giudiziale, all'accertamento della mancanza dell'elemento soggettivo del reato<sup>32</sup>. Così come potrebbe darsi il caso in cui un fatto di falso, pur presentando tutti gli altri elementi del reato, non oltrepassi in concreto la soglia di rilevanza penale in ragione del mancato superamento di un dato quantitativo individuato dal legislatore come

---

<sup>29</sup> Cfr. *infra*, § 7.

<sup>30</sup> Cfr. V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124/2015*, cit., p. 6.

<sup>31</sup> A tal riguardo, si v. integralmente l'attenta analisi di V. DI IORIO, *Osservazioni a prima lettura sull'autotutela dopo la l. n. 124/2015*, cit., e sia consentito rinviare anche a C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., § 5.3 (in particolare pp. 1203 ss.).

<sup>32</sup> Profilo evidentemente non trascurabile, già solo se si consideri che in tutte le fattispecie di cui agli artt. 476 ss. c.p., concernenti le *«falsità in atti»*, è richiesto l'elemento psicologico del dolo (generico). Sul punto, si v. più di recente Cass. pen., Sez. III, 14 maggio 2015, n. 30862, ove si ribadisce come «ai fini della sussistenza del delitto di falsità, materiale o ideologica, in atto pubblico, è sufficiente il dolo generico, [ma] ciò non comporta [...] che il dolo possa essere considerato *in re ipsa*: al contrario [...] esso deve essere sempre rigorosamente provato e deve essere escluso tutte le volte in cui la falsità risulti essere *oltre o contro* l'intenzione dell'agente, come quando risulti essere semplicemente dovuta ad una leggerezza o ad una negligenza di costui, poiché il sistema vigente ignora del tutto la figura del *falso documentale colposo* (punto 5.1. del *considerato in diritto*) (cors. agg.).

Anche con riguardo ad altre due fattispecie di reato aventi una specifica rilevanza per il tema di cui qui si discorre, è richiesto l'elemento psicologico del dolo. Il riferimento è alle ipotesi di *«indebita percezione di erogazioni a danno dello Stato»*, di cui all'art. 316-*ter* c.p., e di *«truffa aggravata per il conseguimento di erogazioni pubbliche»*, di cui all'art. 640-*bis* c.p. In detta ultima fattispecie incriminatrice, peraltro, perché possa dirsi integrato il reato, è richiesto che il soggetto agente ponga in essere la condotta al fine *specifico* di «procura[re] a sé o ad altri un ingiusto profitto con altrui danno».

discrimine tra violazione penale e violazione meramente amministrativa<sup>33</sup>. O ancora, non possono di certo escludersi future scelte legislative di depenalizzazione di alcuni reati di falso, che evidentemente determineranno, in modo più o meno consapevole e convincente, ricadute sul fronte amministrativo<sup>34</sup>. In tutti questi casi, è ben chiaro che gli eventuali provvedimenti autorizzatori o di attribuzione di vantaggi economici (illegittimamente o illecitamente) rilasciati, così come le eventuali legittimazioni prodottesi ex artt. 19 e 20 della legge sul procedimento, non potranno di certo dirsi conseguiti «*per effetto di condotte costituenti reato*»<sup>35</sup>.

Passando, poi, all'altro e assai problematico inciso del nuovo comma 2-*bis*, il quale richiede, ai fini dell'attivabilità *extra* termine del potere di riesame, che le condotte costituenti reato siano state anche «*accertate con sentenza passata in giudicato*»<sup>36</sup>, il ventaglio delle ipotesi di difficoltosa integrazione della fattispecie di deroga ivi prevista, si allarga ulteriormente. Non è difficile immaginare, infatti, tutta una serie di casi in cui, pur a fronte dell'accertamento in sede giudiziale di un reato di falso, l'ulteriore condizione richiesta dalla norma potrebbe non dirsi soddisfatta in ragione dell'inidoneità di quell'accertamento a conseguire la forza di giudicato *expressis verbis* imposta dal legislatore. A titolo meramente esemplificativo, si pensi a tutte le (non infrequenti) ipotesi di sopraggiunta estinzione del reato per decorrenza del termine di sua prescrizione, e alle consequenziali sentenze «di non doversi procedere»<sup>37</sup>, incapaci di spiegare efficacia di giudicato anche quando siano state pronunciate dopo una fase dibattimentale da cui sia emersa nitidamente la responsabilità penale dell'imputato e di questa ve ne sia traccia nella motivazione della pronuncia, o siano intervenute dopo una condanna in primo grado<sup>38</sup>. Probabilmente, se solo il legislatore avesse allargato l'area della deroga di cui alla disposizione in esame, prendendo sul serio gli interessi pubblici “*superprimari*” e riconoscendo, almeno in relazione a questi, un

---

<sup>33</sup> Si v., ad es., l'art. 316-*ter* c.p., ai sensi del quale può dirsi che l'indebita percezione, per sé o per altri, di contributi, finanziamenti, mutui agevolati *et similia*, acquisti rilevanza penale esclusivamente nei casi in cui la somma indebitamente percepita risulti superiore a 3.999,96 euro.

<sup>34</sup> Come si è già avuto occasione di rilevare (C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., pp. 1206 s.), a distanza di pochi mesi dall'entrata in vigore della legge “Madia”, il Governo ha approvato il d.lgs. 15 gennaio 2016, n. 7, recante «*Disposizioni in materia di abrogazione di reati e introduzione di illeciti con sanzioni pecuniarie civili, a norma dell'articolo 2, comma 3, della legge 28 aprile 2014, n. 67*», con il quale, tra le altre cose, sono stati abrogati gli artt. 485 e 486 c.p., prima disciplinanti, rispettivamente, la «*falsità in scrittura privata*» e la «*falsità in foglio firmato in bianco*», assoggettando entrambe le fattispecie al nuovo istituto della sanzione pecuniaria civile.

<sup>35</sup> Così come richiesto dall'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

<sup>36</sup> Così *ibidem*.

<sup>37</sup> Cfr. artt. 529 e 531 c.p.p.

<sup>38</sup> Cfr. Cass. civ., Sez. un., 27 maggio 2009, n. 12243, in *Giust. civ.*, 2009, 10, I, p. 2108, ove è ben sintetizzata la ragione per cui la legge processuale penale non riconosce efficacia di giudicato alle sentenze di non doversi procedere per estinzione del reato. In particolare, sul punto, la Cassazione osserva come, in dette pronunce, l'accertamento delle circostanze di fatto possa anche fermarsi alla mera delibazione, «essendo sufficiente al riguardo una valutazione sommaria». Detto orientamento è stato ancor più di recente confermato, peraltro in sede di composizione di contrasto, da Cass. civ., Sez. un., 26 gennaio 2011, n. 1768, in *Foro it.*, 2011, 9, I, p. 2411.

potere di riesame slegato da rigidi limiti temporali, sterili automatismi e inusuali ipotesi di pregiudizialità e subordinazione del potere amministrativo all'esercizio dell'azione penale, il senso di insoddisfazione – almeno da chi scrive, comunque avvertito<sup>39</sup> – si sarebbe almeno parzialmente attenuato. E invece, in forza e ad estrema conferma di quella tendenza alla «normalizzazione»<sup>40</sup> degli interessi c.d. “sensibili”, che ha tagliato trasversalmente l'intera riforma “Madia”, ciò – evidentemente – non è stato.

L'unica attenuazione di quel nesso assai stringente instaurato con il diritto penale, sembrerebbe scaturire da quella *clausola di salvezza* con cui il legislatore ha ritenuto opportuno chiudere il nuovo comma 2-*bis*.

Ivi si legge che è comunque «*fatta salva* l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al d.P.R. 28 dicembre 2000, n. 445». Ed è proprio all'interno di detto capo del testo unico sulla documentazione amministrativa che è collocato anche l'art. 75 (*Decadenza dai benefici*), il quale dispone che, qualora in sede di controllo amministrativo emerga la non veridicità del contenuto di una dichiarazione sostitutiva di certificazione o di atto di notorietà, «*il dichiarante decade dai benefici eventualmente conseguenti al provvedimento emanato sulla base della dichiarazione non veritiera*».

Trattasi di una clausola che molto ha fatto discutere i primi commentatori della disposizione, i quali sono pervenuti a posizioni tra loro assai diversificate. Il che di certo amplifica quel senso di incertezza generato dalla riforma.

Sul punto, in particolare, v'è stato chi, per un principio logico di non contraddizione con la *ratio* stessa della novella del 2015, ha ritenuto la disposizione sostanzialmente inapplicabile, trovando poi un appiglio teorico a supporto di detta tesi nella natura *non sanzionatoria* della misura di cui all'art. 75 del d.P.R. n. 445/2000, a fronte di un comma 2-*bis* che rinvia, invece, alle sole «*sanzioni*» ivi previste<sup>41</sup>.

Ma vi è stato sin da subito anche chi, all'opposto, pur invocando un intervento dirimente del legislatore, ha ritenuto che, allo stato della legislazione, detta clausola non possa che essere letta che come «prevalenza assoluta» dell'intero plesso sanzionatorio di cui al capo VI del d.P.R. n. 445/2000 «sulle altre regole contenute nell'art. 21-*nonies*»<sup>42</sup>.

Si ritiene militino in tal ultimo senso diverse ragioni, peraltro rintracciabili su più livelli.

---

<sup>39</sup> Un senso di insoddisfazione che si lega ad uno specifico convincimento di chi scrive, e cioè che un'adeguata soluzione di quella *inevitabile tensione* tra potere pubblico di riesame e affidamento del privato, non possa che passare attraverso la previsione per legge di un meccanismo di *compensazione monetaria* dei pregiudizi economici subiti dagli amministrati.

<sup>40</sup> L'espressione, assai significativa, è utilizzata da L. DE LUCIA, *La conferenza di servizi nel decreto legislativo 30 giugno 2016, n. 127*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, pp. 28 ss., per indicare quel fenomeno di recente «assoggettamento di alcuni interessi pubblici – in passato sottoposti a un regime amministrativo speciale in ragione della loro particolare delicatezza – a una disciplina giuridica ordinaria (o almeno caratterizzata da un minor tasso di specialità)».

<sup>41</sup> In questi termini, M.A. SANDULLI, *Postilla all'editoriale “Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124*, cit., p. 2.

<sup>42</sup> Così M. LIPARI, *La SCLIA e l'autotutela nella legge n. 124/2015*, cit., p. 20.

Sul piano esegetico, a meno di non voler optare per una lettura «ridondante» della disposizione<sup>43</sup>, appare difficile sostenere che il legislatore abbia inteso escludere quell'effetto giuridico *lato sensu* sanzionatorio (e in ogni caso assai sfavorevole per il privato) previsto dal citato art. 75. Affermare che il rinvio non sia esteso alla misura decadenziale dei benefici conseguiti attraverso una dichiarazione sostitutiva falsa, non spiegherebbe infatti la salvezza *sia* delle sanzioni penali *sia* di quelle del capo VI del d.P.R n. 445/2000, il quale sul piano sanzionatorio, oltre a detta misura, non prevede in verità null'altro se non la sottoposizione del dichiarante infedele alle sanzioni del codice penale e delle altre leggi penali speciali.

Sul piano sistematico, poi, predicare dopo la riforma “Madia” la non attivabilità del potere *ex art.* 75 del citato testo unico nei casi in cui sia stato superato il limite temporale dei diciotto mesi e non sia intervenuto un accertamento giudiziale del mendacio con forza di giudicato, significherebbe anche azzerare la *diversità ontologica* tra quel potere (per vero, meramente dichiarativo) e il potere amministrativo di riesame. Una diversità che, invece, può – e deve – senz'altro apprezzarsi quanto a *fonte, ratio, natura e presupposti*.

Il potere di cui all'art. 75, d.P.R. n. 445/2000, o – più correttamente – l'effetto decadenziale *ex lege* ivi previsto, affonda le proprie radici nel principio di *auto-responsabilità* del dichiarante, fulcro attorno al quale ruota l'intera normativa sull'*auto-certificazione*. Esso è stato previsto a chiusura del sistema, quale automatica conseguenza della lesione di quella fiducia (e collaborazione) riposta dallo Stato negli amministrati, a presidio della veridicità delle dichiarazioni sostitutive da questi presentate alla pubblica amministrazione. Trattasi di un potere che non lascia margini di apprezzamento discrezionale alle Amministrazioni<sup>44</sup> e non richiede alcuna valutazione circa il dolo o la colpa grave del dichiarante<sup>45</sup>, non risultando peraltro subordinato ad alcuna pregiudizialità penale<sup>46</sup>.

---

<sup>43</sup> Sia consentito il rinvio a C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., p. 1216 (*sub* nt. 273).

<sup>44</sup> Si v., *ex multis*, TAR Lombardia, Brescia, sez. I, 14 dicembre 2017, n. 594, e, ancor più di recente, TAR Toscana, sez. I, 11 luglio 2018, n. 989, le quali richiamano entrambe Cons. St., sez. V, 3 febbraio 2016, n. 404. A tal riguardo, si ritiene utile segnalare che, assai di recente, il TAR Puglia, Lecce, sez. III, ord. 17 settembre 2018, n. 1346, ha sollevato la questione di legittimità costituzionale dell'art. 75, d.P.R. n. 445/2000.

<sup>45</sup> Tra le pronunce più recenti, si vedano, sul punto (oltre alle decisioni di cui alla nota che precede): Cons. St., sez. V, 15 marzo 2017, n. 1172; TAR Friuli-Venezia Giulia, sez. I, 31 dicembre 2014, n. 678; TAR Sardegna, sez. I, 1 agosto 2014, n. 679; TAR Lazio, Roma, sez. I, 5 marzo 2014, n. 2555; Cons. St., sez. VI, 20 dicembre 2013, n. 6145; Cons. St., sez. V, 27 aprile 2012, n. 2447.

<sup>46</sup> Sull'autonomia del potere di accertamento in sede amministrativa della non veridicità delle dichiarazioni sostitutive rispetto all'accertamento in sede penale del reato di false dichiarazioni si v., ad es., Cons. St., sez. III, 20 febbraio 2018, n. 1091, che, in riforma della decisione di primo grado (TAR Marche, sez. I, 29 settembre 2016, n. 536), evidenzia come, non avendo il legislatore previsto alcun «rapporto di pregiudizialità del processo penale rispetto all'esito del procedimento amministrativo», la pubblica amministrazione ben può procedere ad «una autonoma valutazione dei fatti [...] a prescindere dall'esito del procedimento penale» (parte in *diritto*, punto 3).

Il potere di dichiarare la decadenza (*ex lege*) dei benefici conseguiti *attraverso*<sup>47</sup> una dichiarazione sostitutiva mendace (o comunque non veritiera) e quello di riesame per vizi di legittimità sono, dunque, preordinati a funzioni tra loro diverse. E subordinare l'esercizio dell'uno ai limiti e alle condizioni previsti per l'altro, pertanto, non convince.

Sul piano pratico, infine, la clausola di salvezza di cui al comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento ben potrebbe fungere da fattore di *mitigazione* di quelle rigidità generate dal nuovo binomio regola/deroga che si è sin qui cercato di descrivere secondo il diritto positivo e le aspirazioni del legislatore.

#### **4. Il monito del Consiglio di Stato in sede consultiva: evitare «prassi elusive» nel passaggio dal diritto scritto a quello applicato**

È cosa ben nota, secondo un'espressione ancor oggi nitidamente echeggiante, che il Consiglio di Stato in sede consultiva ha sin da subito visto nell'introduzione per legge di un preciso «confine temporale» al potere di riesame, un «nuovo paradigma» nel rapporto tra pubblica amministrazione e privati<sup>48</sup>. Quasi una nuova declinazione della dialettica *autorità/libertà*, fortemente ispirata ai «principi di certezza dei rapporti

---

<sup>47</sup> Si intende con ciò evidenziare che, perché si determini l'effetto decadenziale di cui all'art. 75, d.P.R. n. 445/2000, è necessario che tra la dichiarazione sostitutiva infedele o comunque non veritiera e il beneficio conseguito vi sia uno specifico *nesso di causalità*: si v., in tal senso, Cons. St., sez. V, 9 aprile 2013, n. 1933, ove (in riforma di TAR Veneto, sez. III, 29 maggio 2012, n. 742, la quale aveva ritenuto legittimo ricomprendere nella comminatoria di decadenza di cui all'art. 75, «tutti gli effetti immediati e mediati, in qualunque modo collegati al mendacio») è stato affermato che «il beneficio o i benefici rispetto a[i] qual[i] opera la sanzione della decadenza di cui all'art. 75 sono solo quelli *immediatamente perseguiti* con la dichiarazione non veritiera e non già quelli indirettamente ricollegabili al mendacio» (punto 4.3.1) (cors. agg.). Nella stessa direzione, si v. anche Cons. St., sez. V, 13 novembre 2015, n. 5192, secondo cui «la disciplina dell'articolo 75 del d.p.r. n. 445 del 2000 è volta a sanzionare l'accertamento della non veridicità di dichiarazioni rese al fine di beneficiare di un determinato provvedimento e non certo la falsità di una dichiarazione *del tutto irrilevante* rispetto al conseguimento di quel beneficio» (punto 15) (cors. agg.).

Si ritiene meriti poi d'esser segnalato che, in ragione di un'asserita applicazione della norma, da parte di alcune Amministrazioni, non conforme al ricordato orientamento giurisprudenziale, nel 2016 è stato presentato alla Camera dei deputati un disegno di legge (A.C. 3824 - XVII Legislatura) recante «*Modifica all'articolo 75 del testo unico delle disposizioni legislative e regolamentari in materia di documentazione amministrativa, di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445, in materia di decadenza dai benefici in caso di dichiarazioni non veritiere*», con la finalità di introdurre espressamente nel testo del citato art. 75 un inciso volto a specificare che l'effetto decadenziale si determini solo «ove gli stati, i fatti o le qualità personali oggetto della dichiarazione [non veritiera] siano necessari per ottenere i benefici stessi».

<sup>48</sup> In questi termini, Cons. St., Ad. Comm. spec., 30 marzo 2016, n. 839 (punto 8.1.1 del *considerato*). Trattasi del parere reso sullo «*schema di decreto legislativo recante attuazione della delega di cui all'articolo 5 della legge 7 agosto 2015, n. 124, in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCLA)*». Detta norma di delega è stata poi esercitata dal Governo in due battute, attraverso l'approvazione dapprima del d.lgs. 30 giugno 2016, n. 126, recante «*Attuazione della delega in materia di segnalazione certificata di inizio attività (SCLA) [...]*», e poi del d.lgs. 25 novembre 2016, n. 222, sulla (sicuramente parziale, ma non per questo meno importante opera di) «*individuazione di procedimenti oggetto di autorizzazione, segnalazione certificata di inizio di attività (SCLA), silenzio assenso e comunicazione e di definizione dei regimi amministrativi applicabili a determinate attività e procedimenti [...]*».

giuridici e di tutela dell'affidamento». Una regola – come già rilevato – non nuova in termini assoluti<sup>49</sup>, ma comunque fortemente innovativa proprio in ragione della sua «valenza generale»<sup>50</sup>.

È però altrettanto noto come in quella stessa sede, i giudici-consiglieri, con un monito che riletto oggi sembra assumere quasi una valenza premonitrice (forse di un loro ben preciso convincimento), avvisavano di considerare «seriamente» il rischio di neutralizzazione “*dal basso*” della carica innovativa della riforma. E al fine di provare a ridurre quell'eventualità, consigliavano al potere politico, da un lato, di affrontare e risolvere per legge, «con chiarezza e rapidità», tutti i dubbi interpretativi che la novella aveva aperto e lasciato sul tappeto; e dall'altro, sempre col fine di evitare «fughe dalla riforma» (garantendone invece il suo successo nell'interesse dei cittadini) di valutare l'opportunità di procedere ad un'adeguata azione di comunicazione, formazione, indirizzo e monitoraggio, anche ad opera di una «cabina di regia»<sup>51</sup>.

L'ammonimento era ben chiaro: per conferire effettività al nuovo paradigma, quel binomio regola/deroga con cui il potere amministrativo di riesame era stato trasformato in un potere (almeno in astratto) a «*termine certo*»<sup>52</sup>, necessitava di un'applicazione (*in primis* giurisprudenziale, naturalmente) che non si prestasse a «prassi elusive»<sup>53</sup>, in quel (sempre) delicato passaggio dal diritto scritto al diritto applicato.

Quel rischio, però, si sarebbe ben presto materializzato, andando forse anche oltre le negative premonizioni paventate dal Consiglio di Stato in sede consultiva<sup>54</sup>. La corsa verso quel traguardo di stabilità e certezza dei rapporti giuridico-amministrativi, tanto anelato dal riformatore e altrettanto valorizzato dai consiglieri di Palazzo Spada, avrebbe incontrato – «*on the hard road from reform to implementation*»<sup>55</sup> – decise deviazioni e repentini arresti.

---

<sup>49</sup> Si v. *supra*, § 2.

<sup>50</sup> Cons. St., Ad. Comm. spec., n. 839/2016, cit., punto 8.1.3.

<sup>51</sup> Cons. St., Ad. Comm. spec., n. 839/2016, cit., punto 1 del *considerato*, secondo una proposta già avanzata, con riguardo alla fase attuativa dell'intera riforma “Madia”, in Cons. St., sez. cons. att. norm., parere 24 febbraio 2016, n. 515.

<sup>52</sup> Cfr. A. RALLO, *L'inserimento del termine certo nell'esercizio dell'autotutela: appunti per una discussione*, in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione*, cit., pp. 53 ss.

<sup>53</sup> Cons. St., Ad. Comm. spec., n. 839/2016, cit., punto 8.1.1 del *considerato*.

<sup>54</sup> A tal punto che, chi aveva presieduto la Comm. spec. incaricata di redigere quello che sarebbe diventato il più volte citato parere n. 839/2016, ossia Luigi Carbone, Pres. sez. Cons. St., a distanza di un anno circa, nell'accingersi a tenere la sua relazione dal titolo «*La riforma dell'autotutela come nuovo paradigma dei rapporti tra cittadino e amministrazione pubblica*» al Convegno su «*La legge generale sul procedimento amministrativo: attualità e prospettive nei rapporti tra cittadino e p.a.*» (Roma, Palazzo Spada, 20 marzo 2017), avrebbe confessato la forte tentazione – a cui non ha ceduto, facendo (però) «trionfare l'ottimismo sull'esperienza» – di aggiungere alla fine di quel titolo un punto di domanda: cfr. L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela*, cit., p. 1.

<sup>55</sup> Cons. St., sez. cons. att. norm., n. 515/2016, punto 3.2 del *considerato*.

## 5. Il giudice amministrativo dinanzi al «*barrage* temporale» dei diciotto mesi: interpretazioni letterali e soluzioni di aggiramento in tre anni di applicazione della novella

L'analisi della giurisprudenza formatasi sul tema qui in esame nel primo triennio di applicazione dei novellati artt. 21-*nonies* e 19, comma 4, della legge sul procedimento, porta ad affermare che il giudice amministrativo, posto dinanzi al «*barrage* temporale»<sup>56</sup> dei diciotto mesi introdotto dalla riforma “Madia”, ha reagito secondo una graduazione imprevedibile e variabile di soluzioni. C'è chi, al cospetto di quell'ostacolo, ha ritenuto di doversi inevitabilmente fermare; e chi, invece, insofferente alle briglie del legislatore, ha tracciato e percorso soluzioni di aggiramento.

Le decisioni in cui il giudice amministrativo ha optato per un'applicazione letterale della regola dei «diciotto mesi» sono tutt'altro che quantitativamente trascurabili. Anzi, rappresentano oltre la metà del numero complessivo di pronunce rinvenute nell'indagine condotta. Naturalmente, però, sono anche quelle destinate a suscitare minor interesse, perché nella loro piena, quasi meccanica e acritica aderenza al tenore letterale della nuova regola, risultano chiaramente scontate negli esiti.

A guardare questa casistica giurisprudenziale da una certa prospettiva, poi, sembra quasi che in diverse di quelle liti il giudice amministrativo (di primo grado) abbia apprezzato ed applicato *tout court* il nuovo “*filtro temporale*” introdotto dal legislatore per la facilità con cui gli ha consentito di liberarsi della questione di diritto in concreto sottopostagli. Ovviamente, in questi casi, il problema della compatibilità costituzionale delle nuove disposizioni non ha avuto possibilità alcuna di emergere.

Si sarebbe tuttavia ingenerosi – anzi scorretti – se si affermasse che l'interpretazione letterale abbia spesso prevalso solo per meri fini deflativi del carico di lavoro giurisdizionale. In quella casistica, infatti, vi sono anche molte decisioni in cui il giudice amministrativo ha mostrato profonda attenzione per l'innalzamento del grado di tutela dell'affidamento dei privati prodotto dall'innovazione legislativa del 2015<sup>57</sup>. E conseguentemente, e in piena consonanza rispetto alle intenzioni del riformatore, il giudice si è preoccupato di specificare e ribadire, onde provare a neutralizzare il rischio di future o già emergenti tendenze (sia amministrative che giurisprudenziali) chiaramente elusive del dato di diritto positivo:

- i) che, entro il termine di diciotto mesi, la pubblica amministrazione debba concretamente adottare il provvedimento di annullamento d'ufficio (o quello di divieto, *ex art.* 19, comma 4),

---

<sup>56</sup> L'espressione è presa in prestito da Cons. St., sez. IV, 28 giugno 2018, n. 3984.

<sup>57</sup> Tra le più recenti, si v., ad es., TAR Lombardia, Milano, sez. I, 2 luglio 2018, n. 1637, ove il giudice si diffonde sugli obiettivi della riforma, osservando: «La legge n. 124/2015, con la modifica dell'art. 21-*nonies*, ridisegna il rapporto tra i poteri pubblici e i privati “incisi” assegnando fondamentale significanza al decorso del tempo, per le situazioni giuridiche discendenti da provvedimenti amministrativi in funzione di tutela [...] dell'affidamento del privato, la cui sfera giuridica – ampliata dal potere amministrativo – non può tollerare una situazione di *diuturna instabilità*; e ciò, beninteso, sempre che il privato non abbia contribuito, con contegni riprovevoli e *penalmente rilevanti*, alla adozione di provvedimenti illegittimi [...]» (cors. agg.).

- a nulla rilevando, ai fini dell'effettiva osservanza del termine, la mera pendenza del procedimento a ciò preordinato<sup>58</sup>;
- ii) che detto termine decorra dall'adozione del provvedimento da annullare<sup>59</sup> o dalla formazione del relativo silenzio-assenso<sup>60</sup>, e nel caso di s.c.i.a., dalla scadenza del termine per l'esercizio del potere inibitorio ordinario<sup>61</sup>;
- iii) che la deroga di cui al comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* possa ritenersi attivata esclusivamente dall'*esatta integrazione* della fattispecie ivi prevista, non essendo a tal fine sufficiente la mera pendenza di un procedimento penale o un accertamento di reato che non abbia quella forza di giudicato richiesta dalla norma<sup>62</sup>.

---

<sup>58</sup> Tra le prime pronunce registrabili su detto profilo, sin da subito attentamente segnalate in dottrina (M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *giustamm.it*, n. 6/2016, p. 4 e *sub* nt. 27), si v. in particolare TAR Puglia, sez. III, 17 marzo 2016, n. 351, ove si esclude in modo deciso che la sola comunicazione di avvio del procedimento di riesame possa «valere a ritenere rispettato il termine indicato dalla disposizione novellata, in quanto il tenore letterale della stessa rinvia chiaramente, a tal fine, all'adozione effettiva del provvedimento di autotutela [...] Nel medesimo senso depone l'interpretazione logico-sistematica, in quanto, ritenere sufficiente l'adozione della comunicazione di avvio del procedimento, per il rispetto del termine normativamente imposto, conduce a ritenerlo, di fatto, *non perentorio* ai fini dell'adozione dell'atto definitivo di autotutela» (cors. agg.).

In termini analoghi si v. anche Cons. St., Ad. Comm. spec., n. 839/2016, cit., secondo cui sarebbe da considerarsi evidentemente una prassi elusiva «quella di ritenere che per il rispetto del termine di diciotto mesi sia sufficiente un mero avvio dell'*iter* dell'autotutela, magari privo di motivazioni e destinato a protrarsi per anni, mentre invece il termine va riferito alla compiuta adozione degli atti di autoannullamento o, nel caso della SCIA, degli atti inibitori, repressivi o conformativi» (punto 8.1.1 del *considerato*).

Sull'impossibilità di dare rilievo al momento in cui sia iniziato il procedimento di riesame, visto che «*da dictio* letterale della norma individua inequivocabilmente il *dies ad quem* del citato termine nel momento in cui l'atto illegittimo è «*annullato d'ufficio*», si v. anche la già citata decisione TAR Lombardia, Milano, n. 1637/2018 (punto 2.8 del *diritto*). Ancor più di recente, poi, il tema dell'irrelevanza (ai fini qui in esame) della mera apertura del procedimento finalizzato all'adozione del provvedimento «*in autotutela*», è affrontato anche da Cons. St., sez. V, 4 luglio 2018, n. 4092 (punto 4.2.1 del *diritto*), ove può leggersi che «il rispetto del termine legale per l'esercizio dell'autotutela deve essere verificato in relazione all'adozione del provvedimento di secondo grado e non in relazione a un mero atto di impulso [...] sia pure di contenuto piuttosto prescrittivo» (trattavasi, nel caso di specie, di un atto di indirizzo di una Giunta comunale). E ancora: «Del resto, se si ammettesse che l'adozione di un atto di indirizzo possa assumere una sorta di 'effetto prenotativo' in ordine alla fattispecie di annullamento d'ufficio, ne deriverebbe una sostanziale incertezza in ordine all'effettivo termine finale, nonché la possibilità di dar luogo a comportamenti opportunistici, volti in sostanza ad eludere la portata di un termine legale evidentemente finalizzato ad introdurre certezza in ordine all'*an* stesso dell'esercizio dell'autotutela» (*ibidem*).

<sup>59</sup> Escludendo espressamente, ad es., la fondatezza di un'eccezione sul punto sollevata da un'Amministrazione comunale resistente, la quale sosteneva (sulla base di apposito parere legale) che «il termine di 18 mesi dovesse decorrere da quando il Comune aveva avuto notizia della illegittimità del provvedimento da annullare, e non dalla data di emanazione del provvedimento»: cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. III, 10 maggio 2018, n. 936.

<sup>60</sup> Cosa che, talvolta, potrebbe anche non essere di così immediata e facile constatazione: si v., ad es., TAR Calabria, Catanzaro, sez. II, 24 gennaio 2018, n. 202, sulla formazione del silenzio-assenso a fronte di un'istanza di permesso di costruire per un intervento edilizio assoggettato anche ad autorizzazione sismica (*ex* art. 94, d.P.R. n. 380/2001).

<sup>61</sup> Ai sensi dell'art. 2, comma 4, d.lgs. n. 222/2016 (come già ricordato: si v. *supra*, § 2).

<sup>62</sup> Si v. in tal senso, *ex multis*: TAR Abruzzo, L'Aquila, sez. I, 20 febbraio 2017, n. 100, ove, sulla dedotta «impermeabilità del potere autoannullatorio al decorso del termine di legge in presenza di «attestazione ampiamente false e mendaci?», il collegio osserva che il comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies* abbia legato «la possibilità di superare il



Insomma, e senza dilungarsi oltre (sull'ovvio), in molti casi il giudice amministrativo sembra aver voluto effettivamente sposare – *naturaliter*, nel bene e nel male – la volontà del legislatore della riforma “Madia”, facendosene fedele interprete.

Come si è già anticipato, l'indagine giurisprudenziale ha però restituito anche un insieme di *soluzioni di aggiramento*. Sono queste a suscitare, naturalmente, una maggiore curiosità ed interesse sul piano scientifico. Detto insieme non può dirsi, ormai, affatto trascurabile sul piano quantitativo, oltre a caratterizzarsi per una significativa tendenza a crescere e a trovare più di recente conferme anche nella giurisprudenza amministrativa di ultima istanza.

Le diverse decisioni con cui il giudice amministrativo ha sostanzialmente aggirato il «*barrage* temporale» previsto dal nuovo art. 21-*nonies*, possono essere raggruppate, per semplicità espositiva, nei sottoinsiemi delle soluzioni fondantisi, rispettivamente:

- a.1) su aggiramenti “*macroscopici*”;
- a.2) sul principio di *specialità*;
- a.3) sul differimento del *dies a quo* di decorrenza del termine di diciotto mesi;
- a.4) sul sostanziale rovesciamento del rapporto *regola/eccezione*.

Il sottoinsieme *a.1* si compone di quelle (per vero non molte) pronunce, di cui peraltro in parte s'è già detto<sup>63</sup>, con cui il giudice amministrativo (di primo grado) ha predicato la natura (non perentoria bensì

---

termine [...] alla sussistenza di una sentenza passata in giudicato che abbia accertato il falso», cosa che manca nel caso di specie, poiché «la “falsità” non risulta affatto accertata nelle forme previste dalla richiamata disposizione» (punto II.7 del *diritto*); TAR Campania, Salerno, sez. II, 27 aprile 2017, n. 780, secondo cui la legge «richiede *testualmente* che le false rappresentazioni dei fatti [...] siano l'effetto “di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato”, presupposto che [...] nella specie non ricorre» (cors. agg.); TAR Campania, Napoli, sez. III, 19 dicembre 2017, n. 5969, nella parte in cui si afferma che «è da escludere che l'esercizio del potere di autotutela [...] dopo il decorso dei 18 mesi possa essere sorretto da una falsità della pregressa SCIA, in difetto di un accertamento con sentenza passata in giudicato»; TAR Campania, Salerno, sez. II, 6 luglio 2018, n. 1041, laddove si osserva come in quella vicenda non fosse stato versato in atti «alcun documento comprovante l'avvenuto accertamento del reato di falso con provvedimento irrevocabile dell'autorità giudiziaria penale, non potendosi ritenere tale, contrariamente a quanto ritenuto dal Comune [...], l'accertamento effettuato *incidenter tantum*, in applicazione dell'art. 4 L.A.C., da parte del giudice penale, con l'ordinanza richiamata nella motivazione del provvedimento gravato» (punto 12); TAR Calabria, Catanzaro, cit., n. 202/2018, che rileva l'inapplicabilità della norma di cui al comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, «posto che non vi è alcuna “*sentenza passata in giudicato*”, che contenga l'accertamento della falsità del contenuto de[gli] [...] elaborati tecnici»; TAR Molise, sez. I, 28 maggio 2018, n. 314, secondo cui «non vale a superare la rilevata tardività l'asserita falsità delle dichiarazioni rese da parte ricorrente con riguardo all'agibilità e alla destinazione dell'immobile, atteso che il Legislatore ha inteso limitare il rilievo di tali ipotesi al caso in cui la dichiarazione impiegata ai fini della S.C.I.A. costituisca oggetto di un accertamento di falsità fondato su una sentenza passata in giudicata»; TAR Veneto, sez. III, 4 giugno 2018, n. 600, che esclude l'operatività della deroga al termine di diciotto allorquando la vicenda penale sia ancora «*sub iudice*».

<sup>63</sup> Si v. *supra*, § 2.

meramente) «ordinatoria» del termine di diciotto mesi<sup>64</sup>, o ha dubitato<sup>65</sup> (della) o addirittura escluso in radice – talvolta anche grossolanamente – l’operatività del nuovo limite temporale con riguardo all’esercizio del potere inibitorio-ripristinatore (o conformativo) “*in autotutela*” in caso di s.c.i.a.<sup>66</sup>, pur a fronte di un dato normativo inequivocabile<sup>67</sup>.

Nel sottoinsieme *a.2* confluiscono, diversamente, tutte quelle decisioni in cui il giudice amministrativo, onde pervenire al risultato di escludere l’applicabilità della disposizione sul «termine massimo», ha ritenuto di poter fare leva sul principio «*lex posterior generalis non derogat priori specialis*». Tra queste, meritano d’esser segnalate, in particolare, quelle in tema di «*decadenza*»<sup>68</sup> dagli incentivi economici concessi per la produzione di energia da fonti rinnovabili<sup>69</sup>, che vanno a comporre un plesso giurisprudenziale decisamente omogeneo (anche in ragione della sostanziale concentrazione della competenza in un unico tribunale amministrativo regionale)<sup>70</sup> e assolutamente univoco nel ritenere che le previsioni del novellato art. 21-*nonies* siano da considerarsi del tutto ininfluenti, proprio in ragione della «*specialità*» della norma di cui all’art. 42, comma 3, del d.lgs. n. 28 del 2011<sup>71</sup>.

<sup>64</sup> In tal senso, ad es., TAR Lazio, Roma, n. 1695/2018, cit. Sull’indiscutibile natura perentoria del termine, si v., tra i primi, M. RAMAJOLI, *L’annullamento alla ricerca*, cit.

<sup>65</sup> Cfr. TAR Piemonte, n. 636/2018, cit.

<sup>66</sup> Cfr. TAR Sicilia, Palermo, n. 1295/2018, cit.

<sup>67</sup> Cfr. art. 19, co. 4, legge n. 241 del 1990, in combinato disposto con la norma di cui all’art. 2, comma 4, d.lgs. n. 222 del 2016, ai sensi della quale: «*Nei casi del regime amministrativo della Scia, il termine di diciotto mesi di cui all’art. 21-*nonies*, comma 1, della legge n. 241 del 1990, decorre dalla data di scadenza del termine previsto dalla legge per l’esercizio del potere ordinario di verifica da parte dell’amministrazione competente*».

<sup>68</sup> Si reputa opportuno qui rammentare come il Consiglio di Stato in sede consultiva abbia sin da subito sottolineato la necessità di chiarire che «la regola generale dell’art. 21-*nonies* si applichi anche a provvedimenti che non sono formalmente definiti “*di annullamento*”: alcune disposizioni utilizzano infatti, impropriamente, i termini “*revoca*”, “*risoluzione*”, “*decadenza*” (dai benefici) o simili per indicare, oltre all’abusivo utilizzo del titolo, la reazione dell’ordinamento all’illegittimo conseguimento del titolo, utilizzando forme che sono state definite di “*annullamento travestito*”»: così Cons. St., Ad. Comm. spec., n. 839/2016, cit., punto 8.3 (lett. d) del *considerato*.

<sup>69</sup> Ai sensi dell’art. 42, comma 3, d.lgs. 28/2011, «*nel caso in cui le violazioni riscontrate nell’ambito dei controlli di cui ai commi 1 e 2 siano rilevanti ai fini dell’erogazione degli incentivi, il GSE dispone [...] la decadenza dagli incentivi*».

<sup>70</sup> Detta concentrazione non è frutto di una qualche scelta legislativa in tal senso. L’art. 135 c.p.a., sulla competenza funzionale inderogabile del TAR del Lazio (sede di Roma), invero nulla prevede a tal proposito. Essa, invece, è il prodotto della cristallizzazione di un preciso orientamento del Cons. St., sez. V, ord. 21 settembre 2011, n. 5319, secondo il quale, ai fini dell’individuazione del tribunale amministrativo regionale competente a decidere le controversie di cui si discorre nel testo, non può guardarsi al solo ambito regionale in cui ha sede l’impianto o la società di esso proprietaria. Il giudice amministrativo, in sede di regolamento di competenza, ha infatti ritenuto che i meccanismi incentivanti collegati alla qualificazione IAFR (emissione di certificati verdi, riconoscimento di una tariffa omnicomprensiva, etc.), pur se riferiti ad uno specifico impianto, collocato in un determinato ambito territoriale regionale, «*producono effetti sull’intero sistema nazionale di produzione dell’energia elettric[a], costituendo strumenti per il raggiungimento degli scopi, evidentemente non localizzabili, di incentivazione all’uso delle energie rinnovabili, al risparmio energetico e alla riduzione delle emissioni di anidride carbonica*» (punto 6.3).

<sup>71</sup> Si v., *ex multis*: TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 28 febbraio 2017, n. 2954; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 24 maggio 2017, n. 6205; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 8 settembre 2017, n. 9639; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 8 settembre 2017, n. 9633; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 26 settembre 2017, n. 9906; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 15 marzo 2018, n. 2971; TAR Lazio, Roma, sez. III-*ter*, 10 luglio 2018, n. 7655. In queste decisioni, il giudice amministrativo

Quanto agli altri due sottoinsiemi (*a.3* e *a.4*), può anzitutto dirsi che, visti da una specifica prospettiva, essi rappresentano gli ennesimi sintomi di una tendenza (deriva?) nomopoietica (quando non addirittura nomotetica) del giudice amministrativo (*rectius*: di alcuni giudici amministrativi).

Il sottoinsieme *a.3*, pur componendosi – ad oggi – di un numero esiguo di pronunce, merita particolare attenzione. Da esso emerge una posizione decisamente lontana dal dato di diritto positivo (*rectius*: contraria alla legge), sulla cui base il giudice amministrativo è giunto ad affermare che il termine di diciotto mesi previsto dall'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento debba farsi decorrere non dal momento dell'adozione del provvedimento da annullare (o dalla formazione del silenzio-assenso, o ancora dalla scadenza del termine perentorio per l'esercizio dei poteri previsti dall'art. 19, co. 3), bensì da quello in cui l'Amministrazione abbia concluso la sua «attività rivalutativa» ai fini dell'esercizio del potere di autoannullamento<sup>72</sup>, o – quantomeno – solo a partire dalla scoperta del vizio<sup>73</sup>. Quasi superfluo aggiungere che l'eventuale affermarsi di un simile orientamento, che per certi versi sembra esser “figlio” dell'Ad. plen. n. 8 del 2017<sup>74</sup>, porterebbe con sé la quasi integrale neutralizzazione della portata innovativa della riforma. Il potere di riesame tornerebbe ad essere “*a termine incerto*”. Il tempo dell'autotutela decisoria, da quantità oggettivamente predeterminabile anche dagli amministratori, finirebbe col trasformarsi, infatti, nel “*tempo della pubblica amministrazione*”.

Infine, il sottoinsieme *a.4* va a comporsi di un numero ormai significativo e (soprattutto) crescente di decisioni, attraverso le quali diversi tribunali amministrativi regionali hanno promosso una sostanziale “*risrittura giurisprudenziale*” del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, andando a modificare, sulla base di (pretese) interpretazioni costituzionalmente orientate, quel rapporto regola/deroga ivi previsto, sino a trasformare la derogabilità del termine di diciotto mesi in regola. Ma su queste pronunce, che peraltro hanno trovato

---

romano ha sempre ribadito la propria posizione, consistente per l'appunto nel ritenere che «il potere di disporre la decadenza dagli incentivi [ex art. 42, d.lgs n. 28/2011] [abbia] *natura speciale* rispetto all'ipotesi disciplinata dal[l']art. 21-*nonies*» (cors. agg.).

<sup>72</sup> Si v. in tal senso TAR Lazio, Roma, sez. I-*bis*, 19 luglio 2018, n. 8150, secondo cui «la decorrenza del termine dei 18 mesi, previsto dalla legge *si presta* ad essere *ragionevolmente* computato – non dalla data di adozione del provvedimento poi oggetto di annullamento, bensì – dal momento in cui l'attività rivalutativa dell'Amministrazione è giunta a compimento» (cors. agg.). Merita d'essere segnalato come lo stesso estensore di quella pronuncia, poco più di un anno prima, aveva invece escluso la sussistenza di «elementi che [potessero] indurre a configurare un termine diverso [da quello indicato dall'art. 21-*nonies*], pena la sostanziale alterazione del *dictum* del legislatore» (cors. agg.): cfr. TAR Lazio, Roma, sez. II-*bis*, 7 marzo 2017, n. 3215. Ma in quel caso, il risultato della sostanziale neutralizzazione in sede giurisprudenziale della regola legislativa del termine massimo dei diciotto mesi, sarebbe stato comunque conseguito per altra via: sul punto si v. *infra*, § 6.

<sup>73</sup> In questa direzione sembra andare, ad es., TAR Veneto, sez. II, 21 marzo 2018, n. 325.

<sup>74</sup> Cons. St., Ad. plen. 17 ottobre 2017, n. 8, su cui si v. G. MANFREDI, *La Plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico “in re ipsa”?*, in *Urb. app.*, 2018, pp. 52 ss., e M. TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, pp. 68 ss.

più di recente conferma anche nella giurisprudenza del Consiglio di Stato, ci si soffermerà partitamente nel paragrafo che segue.

## **6. Letture omissive e “riscritture” giurisprudenziali del comma 2-*bis*: prove di «fuga dalla riforma». La deroga si fa regola**

L'insofferenza del giudice amministrativo per una delimitazione esageratamente restrittiva della deroga prevista dal comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, si è sin qui manifestata, per vero, secondo due diversi atteggiamenti giurisdizionali.

In certe fattispecie, il giudice sembra essersi comportato come se quel doppio inciso (di cui al citato comma 2-*bis*) sulla rilevanza penale del falso («*per effetto di condotte costituenti reato*»)<sup>75</sup> e sulla necessità di un suo accertamento con forza di giudicato («*accertate con sentenza passata in giudicato*»)<sup>76</sup>, neppure vi fosse.

In altre, invece, si è predicata la riferibilità di quella duplice condizione ai soli casi di dichiarazione sostitutiva (di certificazione o di atto di notorietà) mendace, così scardinando almeno per metà il “*cancello*” della deroga, al fine di lasciare entrare nell'area di sua operatività – dal punto di vista del giudice estensore, sperabilmente anche *pro futuro* – tutti quei casi in cui, a prescindere da una qualche rilevanza penale della condotta, la falsa od erronea rappresentazione dei fatti posta alla base dell'azione (o inazione) amministrativa illegittima, sia in qualche modo riconducibile (e conseguentemente addebitabile) all'amministrato.

Le differenze tra i due atteggiamenti chiaramente non mancano. Allo stesso tempo e con altrettanta evidenza, però, hanno molto in comune. Può facilmente rilevarsi, infatti, come essi abbiano condizionato in egual misura e nella stessa direzione gli esiti delle vicende giudiziali in cui hanno avuto occasione di manifestarsi, costituendo le prime «*fughe dalla riforma*»<sup>77</sup>. Ma soprattutto, da entrambi emerge in modo nitido la figura di un giudice amministrativo preso dall'intento di eludere il diritto di fonte legislativa, per affermare un diritto pretorio ritenuto più ragionevole, che sovrasti quello prodotto dal legislatore.

Il primo approccio è, in un certo senso, disarmante. Potrebbe forse indicarsi, in estrema sintesi, come lettura consapevolmente omissiva del dato di diritto positivo, con finalità eminentemente creativa. Con esso il giudice mostra di disinteressarsi *in toto* dell'esistenza dei frammenti più caratteristici e significativi del nuovo comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, a mezzo dei quali – come si è detto<sup>78</sup> – il legislatore ha inteso subordinare espressamente la superabilità del termine di diciotto mesi all'accertamento con forza di

---

<sup>75</sup> Così l'art. 21-*nonies*, co. 2-*bis*, legge n. 241 del 1990.

<sup>76</sup> Così *ibidem*.

<sup>77</sup> Così, proprio con riferimento al delicato *momento attuativo* del novellato art. 21-*nonies*, Cons. St., Ad. Comm. spec., n. 839/2016, cit., punto 8.1.1.

<sup>78</sup> Si v. *supra*, § 3.

giudicato della condotta di falso penalmente rilevante (e causativa della precedente azione amministrativa illegittima), al fine di immettere nel sistema una “*tutela rinforzata*” della «stabilità» delle situazioni giuridiche soggettive di vantaggio già prodottesi in forza di una precedente attivazione (o inattivazione) del potere amministrativo.

E così, a titolo d’esempio, il giudice amministrativo – pur mostrando (solo esteriormente) di invocare proprio la nuova disposizione di cui al comma 2-*bis*, per poi in concreto, però, prescindere dai contenuti più “scomodi” – ha affermato, in modo piano, che la «*falsa dichiarazione*» circa il possesso dei requisiti soggettivi richiesti dalla legge per autorizzare interventi di trasformazione edilizia, legittimi l’amministrazione comunale all’esercizio del potere di autotutela «*anche oltre*» il termine di diciotto mesi<sup>79</sup>. O ancora, a fronte di una «*falsa rappresentazione*» dello stato dei luoghi nella predisposizione di una s.c.i.a. (non essendo stata dichiarata fedelmente, in quel caso, la previa realizzazione di un ampliamento del manufatto esistente), si è parimenti detto, con altrettanta naturalezza, che quel *barrage* temporale non possa trovare operatività alcuna, indipendentemente dalla rilevanza penale del falso e dal suo accertamento in sede giudiziale<sup>80</sup>. In una diversa occasione, poi, la «*puntuale descrizione*» delle false rappresentazioni nel provvedimento inibitorio-ripristinatorio adottato “in via di autotutela” ai sensi dell’art. 19, comma 4, l. n. 241/1990, è stata ritenuta – dal giudice amministrativo di ultima istanza – sufficiente a legittimare un intervento «*senza limiti di tempo*», avendo il soggetto interessato (attraverso una s.c.i.a., in quel caso presentata per avviare un’attività di parcheggio) dichiarato «due circostanze non corrispondenti al vero, [e] cioè la compatibilità dell’attività svolta con la destinazione urbanistica di zona [...] e la conformità alle norme urbanistiche del locale di servizio, per il quale viceversa era stata semplicemente chiesta una sanatoria, poi non concessa»<sup>81</sup>. Sempre il Consiglio di Stato, ancor più di recente, ha poi ritenuto che la semplice omissione di talune «circostanze rilevanti» in sede di istanza di proroga di un permesso di costruire, «farebbe *seriamente dubitare* della possibile operatività dei termini preclusivi all’esercizio dell’autotutela»<sup>82</sup>. Anche nell’ambito di un giudizio per l’annullamento di un provvedimento volto al recupero di somme percepite a titolo di erogazioni in agricoltura, il giudice

---

<sup>79</sup> Cfr. TAR Molise, sez. I, ord. 13 gennaio 2017, n. 11 (cors. agg.).

<sup>80</sup> Cfr. TAR Puglia, Lecce, sez. I, 23 novembre 2017, n. 1837.

<sup>81</sup> Cfr. Cons. St., sez. VI, 2 gennaio 2018, n. 11 (cors. agg.).

<sup>82</sup> Cfr. Cons. St., sez. IV, 28 giugno 2018, n. 3984 (cors. agg.). In questo caso, però, la riflessione sull’inoperatività del termine di cui all’art. 21-*nonies* è solo incidentale e *ad abundantiam*, avendo il giudice già liquidato come infondata la censura dell’appellante incentrata sulla violazione del «termine massimo» per l’esercizio dell’autotutela, sulla base di un argomento – diciamo così – aritmetico, che ha condotto l’estensore della pronuncia ad affermare che, nel caso di specie, «il termine dei 18 mesi scolpito nella norma risulta, seppur di poco, *pienamente rispettato* [sic!]. Fatto sta, però, che quel calcolo si appalesa erroneo, considerato che tra il 30.09.2015, giorno di adozione dell’atto di proroga del permesso di costruire poi annullato, e il 18.05.2017, giorno di adozione del provvedimento in autotutela, v’è una finestra temporale evidentemente più larga di quella prevista dall’art. 21-*nonies* della legge sul procedimento. Può solo aggiungersi, allora, che bene ha fatto il giudice ad abbondare.

amministrativo ha considerato l'intervento in autotutela «*giustificato e tempestivo*» proprio in applicazione del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, pur mancando – “*naturaliter*” – qualsivoglia accertamento giudiziale della rilevanza penale della condotta di falso<sup>83</sup>. Così come, ad avviso di un altro giudice amministrativo di primo grado, il termine di diciotto mesi dovrebbe ritenersi non operante sia «per i casi di falsa rappresentazione della realtà»<sup>84</sup>, sia per quelli di «*rappresentazione incompleta* che [abbia] *verosimilmente* tratto in inganno il funzionario esaminatore del progetto»<sup>85</sup>.

La casistica è varia ed emergente. Non è il caso, però, di attardarsi oltre. Le fattispecie succintamente ricordate, infatti, già dimostrano una disinvolta applicazione giurisprudenziale “*omissiva*” del novellato art. 21-*nonies*, che tende a rovesciare quel rapporto *regola/eccezione* individuato dal legislatore come ottimale ai fini del perseguimento degli obiettivi di «certezza» e «stabilità» delle posizioni giuridiche dei privati.

Il secondo approccio, invece, è quello di un giudice amministrativo che, almeno in prima battuta, dà pienamente atto della consistenza del dato normativo condensato dal legislatore nel comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*. Tuttavia, poi, onde evitarne un'applicazione che «andrebbe a riscontrare validi profili di incostituzionalità»<sup>86</sup>, egli – «per la salvaguardia de[i] principi di imparzialità e buona amministrazione di cui all'art. 97 Cost.»<sup>87</sup> – finisce col “*riscrivere*” almeno in parte la norma, rifugiandosi dietro la (ricorrente) giustificazione di «un'interpretazione costituzionalmente orientata»<sup>88</sup>, che – *rectius* – andrebbe più semplicemente considerata per quel che nella sostanza spesse volte essa è: ovverosia, un'(inammissibile)<sup>89</sup> interpretazione *contra legem*, mascherata – è questo l'avviso di chi scrive – da quell'«insopportabile» funzione di (pseudo)giustizia costituzionale diffusa, «pretesamente» esercitata dal giudice comune<sup>90</sup>.

Nonostante non pare possano nutrirsi fondati dubbi<sup>91</sup> circa il fatto che il legislatore, attraverso la formulazione del comma 2-*bis*, abbia inteso introdurre una specifica pregiudiziale penale “qualificata” (dall'efficacia di giudicato) con riguardo *sia* alle «false rappresentazioni dei fatti» *sia* alle «dichiarazioni

<sup>83</sup> Cfr. TAR Sicilia, Catania, sez. IV, ord. 24 febbraio 2018, n. 134 (cors. agg.).

<sup>84</sup> Cfr. TAR Veneto, sez. II, 15 maggio 2018, n. 517.

<sup>85</sup> Cfr., in questi termini, TAR Veneto, sez. II, 27 aprile 2018, n. 461 (cors. agg.). Nella giurisprudenza più recente, si vedano, tra le altre, anche TAR Lazio, sez. I-*ter*, ord. 6 giugno 2018, n. 3336, e TAR Friuli Venezia Giulia, sez. I, 2 luglio 2018, n. 237.

<sup>86</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, n. 3215/2017, cit. (punto 2.2 del *diritto*).

<sup>87</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>88</sup> Cfr. TAR Piemonte, n. 636/2018, cit.

<sup>89</sup> Cfr. M.A. SANDULLI, “*Principi e regole dell'azione amministrativa*”: *riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, in *federalismi.it*, n. 23/2017, p. 8.

<sup>90</sup> Cfr. M. LUCIANI, “*Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta*”, relazione al Convegno “*La sentenza amministrativa ingiusta ed i suoi rimedi*”, Castello di Modanella, Serre di Rapolano (Siena), 19-20 maggio 2017, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, pp. 19 s.

<sup>91</sup> Sul punto, infatti, si condivide appieno quanto già osservato da L. CARBONE, *La riforma dell'autotutela*, cit., p. 19, secondo cui «il dettato del comma 2-*bis* appare abbastanza chiaro nel riferire a entrambe le fattispecie l'inciso sulla sentenza passata in giudicato».

sostitutive [...] false o mendaci»<sup>92</sup>, il giudice amministrativo ha viceversa ravvisato «*giusti motivi* per affermare che l'espressione “accertate con sentenza passata in giudicato” non possa che essere riferita [...] *esclusivamente* alle “dichiarazioni sostitutive di certificazioni e dell'atto di notorietà false o mendaci”, pena *un'eccessiva ed ingiustificata restrizione* del potere di intervento in autotutela dell'Amministrazione»<sup>93</sup>.

Naturalmente, in quella sede, il discorso era funzionale (anzitutto) alla risoluzione del caso concreto, il quale presentava al tribunale amministrativo regionale – per l'appunto – un'ipotesi di falsa rappresentazione dei fatti, che in quella ricostruzione si giovava dell'essere stata slegata dalle troppo stringenti e fastidiose briglie introdotte dal legislatore del 2015. E pertanto, premessa la riportata “*interpretazione creativa*”, quel giudice ha poi avuto gioco facile nello statuire che la pubblica amministrazione avesse legittimamente esercitato il potere di autotutela, pur se ben oltre il termine di diciotto mesi (nel caso di specie, dopo circa quattro anni dall'adozione del provvedimento poi autoannullato) ed «in carenza dell'emissione di una sentenza passata in giudicato»<sup>94</sup>.

Merita d'esser segnalato, però, che detta ricostruzione, al di là della fattispecie concreta in cui ha avuto occasione di emergere, avrebbe ben presto trovato un primo, non trascurabile séguito nella giurisprudenza di diversi tribunali amministrativi regionali<sup>95</sup>. E – come si dirà subito appresso – non solo. La tesi della riferibilità della duplice condizione della rilevanza penale della condotta e del suo accertamento con forza di giudicato alle *sole* ipotesi di provvedimenti ampliativi (o legittimazioni *ex lege*) conseguiti sulla base di dichiarazioni sostitutive false, è stata recentemente condivisa, infatti, anche dal Consiglio di Stato<sup>96</sup>, in sede di pronuncia sull'appello per la riforma di quella sentenza di primo grado in cui detta tesi s'era per la prima volta affacciata<sup>97</sup>.

A Palazzo Spada, peraltro, quella costruzione, oltre a trovare una strenua conferma, si è arricchita di un supporto motivazionale supplementare, frutto di un abile percorso argomentativo. Rimarcata la (condivisibile) considerazione circa la ragionevolezza di una protezione legislativa del solo *legittimo*

---

<sup>92</sup> Sul punto si v. *supra*, § 3.

<sup>93</sup> Così, testualmente, TAR Lazio, Roma, n. 3215/2017, cit. (punto 2.2 del *diritto*) (cors. agg.).

<sup>94</sup> Si v. *ibidem*.

<sup>95</sup> La decisione del TAR Lazio, Roma, n. 3215/2017, cit., è indicata come specifico e pienamente condivisibile precedente giurisprudenziale sull'interpretazione del novellato art. 21-*nonies* in diverse pronunce di primo grado. Tra queste, si vedano in particolare: TAR Lazio, Roma, sez. II-*ter*, 19 settembre 2017, n. 9823; TAR Puglia, Lecce, sez. I, 8 febbraio 2018, n. 165 (che riporta, nella sostanza, interi stralci della pronuncia del tribunale amministrativo romano); TAR Piemonte, n. 636/2018, cit. (su cui si v. già *supra*, nel testo del paragrafo e *sub* nt. 88).

<sup>96</sup> Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940.

<sup>97</sup> Cfr. TAR Lazio, Roma, n. 3215/2017, cit., nella parte in cui si sottolinea la novità della questione concernente la «portata dell'eccezione» (alla regola dei «diciotto mesi») prevista dal comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, e si dà atto che – allora – «non [erano] rinvenibili precedenti giurisprudenziali in ordine a tale specifico profilo» (punto 2.2).

affidamento – esso non avendo, diversamente, «i connotati della *meritevolezza* di tutela»<sup>98</sup> in ragione dell’«abusività del vantaggio conseguito»<sup>99</sup> –, il discorso è stato articolato su più piani:

i) quello di un’analisi «grammaticale», «logica» e «sintattica» della disposizione di cui all’art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, che – ad avviso del collegio giudicante – porterebbe inevitabilmente a dire che «il sintagma “*per effetto di condotte [costituenti reato]*” [sia] riferibile esclusivamente al predicato [...] nominale “*false e mendaci*”» e, di conseguenza, alle sole “*dichiarazioni sostitutive*” (di certificazione o di atto di notorietà), e non anche, invece, alle “*rappresentazioni*”, «che la norma postula già “*false*”»<sup>100</sup>;

ii) quello – connesso – di un’analisi semantica (di alcune) delle parole di cui quella disposizione si compone, dalla quale – «per quanto sottile» – sarebbe possibile trarre la convergente affermazione che solo rispetto alla “*dichiarazione*” si renderebbe «plausibile e pertinente il riferimento esplicito alle “condotte” causali», diversamente da quanto dovrebbe dirsi con riguardo alla “*rappresentazione*”, che già ingloberebbe nel suo significato, invece, «l’azione consapevole del determinatore»<sup>101</sup>;

iii) quello teleologico – ivi definito «decisivo ed assorbente» –, alla luce del quale sarebbe evidente «che il legislatore abbia inteso negare legittimità (e meritevolezza di tutela) agli affidamenti frutto di condotte *dolose* della parte, risultando a tal fine *irrelevante* la ricorrenza di fatti di reato [sic!]»<sup>102</sup>.

A chiusura, poi, è stato posto un argomento – diciamo così – “*ad excludendum*”, nel senso d’esser volto ad escludere espressamente l’opposta ricostruzione esegetica al dichiarato fine di evitarne le conseguenze, e in particolare, tra queste, il dover giungere ad affermare, alla luce del dato testuale del comma 2-*bis*, che un’erronea rappresentazione dei fatti posti alla base dell’adozione del provvedimento ampliativo possa considerarsi «fonte di implausibile e valorizzato affidamento anche quan[d]o [sia] intenzionale o dolosa»<sup>103</sup>.

Pur rimanendo dichiaratamente lontano – ma forse solo all’apparenza – da una valutazione di «opportunità» e «funzionalità» dell’opzione legislativa del 2015 sull’introduzione del termine di diciotto mesi<sup>104</sup>, il Consiglio di Stato ha poi finito col “*riscrivere*”, in sostanza, il novellato art. 21-*nonies*, depurandolo da ogni riferimento *effettivamente condizionante* al diritto penale. Quel collegio giudicante, infatti, ha conclusivamente affermato – così tentando di sancire, in via pretoria, la trasformazione della derogabilità del termine da *eccezione* in *regola* – che «(limitato ma chiaro) scopo della norma è quello di declinare una diversa tempistica (rigida od elastica) in dipendenza della corrispondenza a verità dei fatti acquisiti in sede

<sup>98</sup> Cfr. Cons. St., sez. V, n. 3940/2018, cit., punto 4.2 del *diritto*.

<sup>99</sup> Cfr. *ivi*, punto 4.3.

<sup>100</sup> Cfr. *ivi*, punto 4.6, lett. a) e b), del *diritto*.

<sup>101</sup> Cfr. *ivi*, punto 4.6, lett. c), del *diritto*.

<sup>102</sup> Cfr. *ivi*, punto 4.6, lett. d), del *diritto* (ult. cors. agg.).

<sup>103</sup> Cfr. *ivi*, punto 4.6, lett. e), del *diritto*.

<sup>104</sup> Cfr. *ivi*, punto 4.1 del *diritto*.



procedimentale»<sup>105</sup>, e che pertanto il superamento di quel termine dovrà considerarsi consentito *non solo* quando «la falsa attestazione abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione *penalmente rilevante*»<sup>106</sup> – come, invece, univocamente scolpito dal legislatore nel comma 2-*bis* –, ma anche nei casi in cui l'erroneità dei presupposti per il rilascio del provvedimento ampliativo «risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte»<sup>107</sup>.

Il che, come si ribadirà nel prossimo paragrafo, potrebbe pure apparire ragionevole e almeno in parte condivisibile, ma – a meno di non voler stravolgere la lettera del comma 2-*bis*<sup>108</sup> attraverso fasciose analisi grammaticali e sintattiche – appartiene (o dovrebbe ritenersi appartenere) più al mondo dei “*desiderata normativi*” che a quello del diritto positivo ad oggi vigente.

## **7. Un'insofferenza (comprensibile ma) dagli esiti singolari. L'alternativa conforme al sistema: l'incidente di costituzionalità**

Gli equilibrismi interpretativi di un giudice amministrativo garante dello «svolgimento della funzione amministrativa secondo giustizia»<sup>109</sup>, volti ad arginare quegli eccessi legislativi che nel 2015 hanno rimodellato il potere di riesame legandolo ad un «termine certo», si spiegano non troppo difficilmente. Le preoccupazioni – per quanto si è già detto<sup>110</sup> – sono evidenti e almeno in parte anche condivisibili. Ma solo nella sostanza.

Quegli sforzi ermeneutici per mezzo dei quali la giurisprudenza amministrativa, anche di ultima istanza, si è spinta ben oltre quanto consentito dalla lettera della legge<sup>111</sup>, finiscono per sfociare, infatti, in esiti anomali sul piano logico e palesemente antitetici rispetto alle intenzioni del legislatore<sup>112</sup>.

La predicata riferibilità degli incisi sulla pregiudiziale penale “rinforzata” (di cui al comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*) alle sole fattispecie in cui il vantaggio conseguito *contra legem* dall'amministrato sia il frutto di

---

<sup>105</sup> Cfr. *ivi*, punto 4.7, lett. a), del *diritto*, ove peraltro si aggiunge che, in tal caso, «*indipendentemente* dal fatto che siano state all'uopo rese *dichiarazioni sostitutive*» (cors. agg.), «sarà necessario l'accertamento definitivo in sede penale», con ciò contraddicendo almeno in parte l'argomento della riferibilità del doppio inciso di cui al comma 2-*bis*, sulla rilevanza penale della condotta e del suo accertamento con forza di giudicato, alle sole dichiarazioni sostitutive di certificazione o dell'atto di notorietà: cfr. *supra*, nel testo del paragrafo.

<sup>106</sup> Così *ivi*, punto 4.8 (cors. agg.).

<sup>107</sup> Così *ibidem*.

<sup>108</sup> E, con essa, le intenzioni del legislatore: si v. *supra*, § 3.

<sup>109</sup> Così G. PESCATORE, *La tutela della giustizia nell'amministrazione*, in *Foro it.*, 1981, p. 13 e *passim*.

<sup>110</sup> Sia in questa (cfr. *supra*, §§ 1, 2 e 3) che in una precedente occasione: cfr. C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., in part. §§ 3 e 6.

<sup>111</sup> Cfr. M. LUCIANI, *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta”*, cit., p. 23.

<sup>112</sup> Su cui si v. *supra*, § 3.

una dichiarazione sostitutiva mendace, oltre a piegare oltremodo il dato letterale della disposizione<sup>113</sup>, presta forse il fianco ad un'obiezione anzitutto sul piano logico<sup>114</sup>.

Affermare, infatti, che detto comma 2-*bis* debba esser letto nel senso che esso subordini la derogabilità del termine di diciotto mesi alla duplice condizione della rilevanza penale della condotta e del suo accertamento con forza di giudicato *solo* con riguardo alle ipotesi di dichiarazioni sostitutive false, e non anche, invece, quando si diano (altre modalità di) false rappresentazioni dei fatti, significherebbe che:

i) nei casi in cui l'accertamento del falso sia di più facile e pronta soluzione, esso basandosi, ad esempio, sul mero raffronto tra quanto autocertificato dall'amministrato dichiarante e quanto presente negli "archivi" dell'amministrazione certificante<sup>115</sup>, allora l'esercizio *extra* termine del potere amministrativo di riesame resterà condizionato dai tempi e dall'alea dell'accertamento in sede giurisdizionale della responsabilità penale, per giunta con efficacia di giudicato;

ii) allorquando, invece, l'accertamento del falso presenti più o meno evidenti margini di opinabilità<sup>116</sup> circa l'effettiva sussistenza della colpevolezza in capo al soggetto istante o segnalante, potrà considerarsi sufficiente, ai fini del superamento del termine di diciotto mesi, un autonomo apprezzamento dei fatti da parte della pubblica amministrazione procedente.

Sul piano degli obiettivi di «stabilità» e «certezza» perseguiti dal legislatore del 2015, poi, merita qui d'esser sottolineato, in particolare, come la ricostruzione giurisprudenziale sull'inoperatività della pregiudiziale penale con riguardo alle ipotesi di false o mendaci rappresentazioni dei fatti, finirebbe col neutralizzare *in toto* la portata innovativa della riforma.

A meno, infatti, di non voler sminuire ulteriormente il dato testuale del comma 2-*bis* dell'art. 21-*nonies*, escludendo dalla ivi contenuta clausola di salvezza delle disposizioni sanzionatorie previste dal Capo VI del d.P.R. n. 445/2000 quella di cui al suo art. 75, le sole fattispecie in relazione alle quali opererebbe – ad avviso del giudice amministrativo – detta pregiudiziale, sarebbero in definitiva le stesse fattispecie comunque “coperte” – al di là del termine di diciotto mesi – da quell'effetto decadenziale automatico dei benefici eventualmente conseguiti sulla base di dichiarazioni sostitutive non veritiere, previsto dal citato art. 75 del testo unico sulla documentazione amministrativa<sup>117</sup>.

<sup>113</sup> Sul piano testuale, diversamente da quanto sostenuto da Cons. St., sez. V, n. 3940/2018 (punto 4.6 del *diritto*), sembrerebbe più corretto dire che l'inciso (di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*) «*per effetto di condotte costituenti reato*» (unitamente al successivo «*accertate con sentenza passata in giudicato*») si riferisca al *conseguimento* del provvedimento ampliativo o alla legittimazione *ex* artt. 19 e 20 della l. n. 241/1990, e non, invece, alle dichiarazioni sostitutive.

<sup>114</sup> Obiezione, peraltro, liquidata dal giudice amministrativo attraverso l'argomento del “*prova troppo*”: cfr. Cons. St., sez. V, n. 3940/2018, cit., punto 4.7 del *diritto*.

<sup>115</sup> Cfr. artt. 43 e 71, d.P.R. n. 445/2000.

<sup>116</sup> Cfr. M. SINISI, *La nuova azione amministrativa: il “tempo” dell'annullamento d'ufficio*, cit., p. 17.

<sup>117</sup> Su cui si v. ampiamente *supra*, § 3.

Delle pronunce con cui la giurisprudenza ha sin qui cercato di aggirare il «*barrage* temporale» dei diciotto mesi, si condividono, in sostanza, soltanto i dubbi di costituzionalità, che in modo più o meno esplicito ed argomentato esse lamentano. Ma piuttosto che imboccare, poi, la via dell'interpretazione costituzionalmente orientata – per vero da ritenersi preclusa ogniqualvolta «il testo non [...] consent[*a*] di conciliare l'inconciliabile»<sup>118</sup> – sarebbe stato non solo più utile *pro futuro*, ma anche doveroso<sup>119</sup>, spingersi sino a sollevare concretamente la questione di legittimità costituzionale del novellato art. 21-*nonies* della legge sul procedimento.

Peraltro, se anche gli sforzi profusi nella sostanziale “riscrittura” giurisprudenziale del comma 2-*bis* non avessero presentato le diverse criticità sin qui evidenziate, essi non sarebbero comunque stati in grado di risolvere un ulteriore problema, cui pure già s'è fatto cenno<sup>120</sup>. Anzi, la ricostruzione da ultimo prospettata dal Consiglio di Stato<sup>121</sup>, nel non cogliere l'occasione per sollevare la *quaestio de legitimitate*, sembrerebbe per certi versi aggravarlo. Infatti, predicare la superabilità del termine di diciotto mesi ogniqualvolta già solo in sede amministrativa (e dunque a prescindere da qualsivoglia pregiudizialità penale) sia riscontrabile il dolo o la colpa dell'amministrato che abbia infedelmente rappresentato i fatti all'Amministrazione, dovrebbe poi coerentemente condurre a sostenere – come pure il giudice mostra di fare – che, allorquando, invece, l'illegittimità del provvedimento ampliativo sia imputabile anche solo «a titolo di colpa concorrente»<sup>122</sup> alla pubblica amministrazione, il termine di diciotto mesi sarà inevitabilmente da considerarsi *semper* rigido e inderogabile. Di contro, la via dell'incidente di costituzionalità avrebbe probabilmente consentito di toccare anche il tema della derogabilità del termine con riguardo a quei (non troppo difficilmente ipotizzabili) casi in cui, pur a fronte dell'imputabilità all'Amministrazione del previo illegittimo esercizio (o mancato esercizio) del potere amministrativo, emergano interessi pubblici così “*forti*” da esigere<sup>123</sup> un riesame del rapporto amministrativo in precedenza instauratosi *contra legem*.

---

<sup>118</sup> Così M. LUCIANI, *Il “giusto” processo amministrativo e la sentenza amministrativa “giusta”*, cit., p. 23.

<sup>119</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>120</sup> Si v. *supra*, § 3, e sia consentito anche il rinvio a C.P. SANTACROCE, *Annulamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., pp. 1163 ss. Trattasi di un profilo che, almeno larvamente, sembra emergere anche da quella stessa giurisprudenza che per prima ha sollevato dubbi di legittimità costituzionale del novellato art. 21-*nonies*: cfr. TAR Lazio, Roma, n. 3215/2017, cit., punto 2.2 del *diritto*, laddove il giudice amministrativo osserva, in termini più generali, che «l'ammissione dell'esercizio di tale potere esclusivamente entro [...] 18 [mesi] in termini netti e assoluti non avrebbe potuto non rivelarsi incostituzionale per contrasto, tra gli altri, con l'art. 97 della Cost., in ragione della inequivoca necessità di tenere conto anche di casi connotati da *specifiche peculiarità*, atte a *sminuire* o addirittura ad *annientare* l'esigenza [di tutela dell'affidamento dei destinatari di provvedimenti ampliativi]» (cors. agg.).

<sup>121</sup> Cons. St., sez. V, n. 3940/2018, cit.

<sup>122</sup> Cfr. *ivi*, punto 4.8 del *diritto* (lett. *b*).

<sup>123</sup> Nell'interesse della collettività e – sperabilmente – senza frustrare, allo stesso tempo, le legittime aspettative di tutela dell'affidamento dell'amministrato in buona fede, il quale, come si è in parte anticipato (si v. *supra*, *sub* nt. 39), dovrebbe poter trovare – *de iure condendo* – immediata e piena soddisfazione nella compensazione monetaria del pregiudizio economico subito, senza essere costretto ad agire in giudizio, peraltro dinanzi ad altro giudice, per

Da questa prospettiva, allora, le decisioni con cui il giudice amministrativo ha sin qui tracciato soluzioni di aggiramento della preclusione temporale di cui al novellato art. 21-*nonies*, al di là della laconicità (in taluni casi) o raffinatezza (in altri) dei percorsi argomentativi seguiti, costituiscono comunque un'occasione perduta. Un'occasione che, probabilmente, non tarderà tuttavia a ripresentarsi, proprio in ragione di quella centralità del tema dell'autotutela decisoria, di cui si è detto in apertura<sup>124</sup>, e della rilevanza della sottesa *quaestio iuris*. Per coglierla, però, il giudice amministrativo dovrebbe mostrarsi meno incline all'esercizio della sua funzione giurisdizionale con aspirazioni (spesse volte) nomopoietiche (se non nomotetiche), e più propenso, invece, a rimettere al Giudice delle leggi ciò che è proprio di quel giudice. A meno che non si inneschi una repentina inversione di tendenza – per il cui inverarsi si ritiene possano provare a dare il loro contributo anche Dottrina e Accademia –, allo stato, però, non sembra ci sia da ben sperare. Non è così infrequente, infatti, imbattersi in decisioni dalle quali emerge la figura di un giudice amministrativo poco incline ad osservare pienamente i “*confini*” della sua funzione<sup>125</sup>. Anzi<sup>126</sup>.

La riluttanza dei giudici comuni ad imboccare la via dell'accesso alla Corte costituzionale sembra peraltro confermata da recenti, incontestabili dati quantitativi.

Come può leggersi nell'ultima *relazione* sulla giurisprudenza costituzionale<sup>127</sup>, infatti, seppur le pronunce adottate nel 2017 «hanno riguardato, come di consueto in misura preponderante, giudizi in via incidentale»<sup>128</sup>, il numero dei procedimenti instaurati nell'anno di riferimento – confermando la tendenza, registrabile nell'ultimo decennio, «alla riduzione del numero complessivo degli atti di promovimento»<sup>129</sup> – ha segnato «una ulteriore *consistente flessione* del numero delle *ordinanze di rimessione*»<sup>130</sup>.

---

il risarcimento dei danni provocati dall'autoannullamento dell'illegittimo provvedimento favorevole. Sul punto sia consentito rinviare a C.P. SANTACROCE, *Annullamento d'ufficio e tutela dell'affidamento*, cit., § 6.

<sup>124</sup> Cfr. *supra*, § 1.

<sup>125</sup> Non mancano, naturalmente, decisioni di segno manifestamente contrario. Sui limiti alla possibilità di ricorrere all'interpretazione costituzionalmente orientata, si v., ad es., Cons. giust. amm. reg. sic., 31 gennaio 2014, n. 36, ove viene ribadita con forza la necessità che l'interpretazione adeguatrice «non travalichi, quand'anche spinta fino agli estremi limiti delle sue valenze semantico-giuridiche, i vincoli della legittima esegesi consentita al giudicante senza *trasmodare* in una vietata *nomopoiesi* di matrice pretoria» (punto 15 del *diritto*) (cors. agg.).

<sup>126</sup> Sui limiti della funzione giurisdizionale e sulla necessaria distinzione tra interpretazione e “creazione”, si v. in particolare M.A. SANDULLI, “*Principi e regole dell'azione amministrativa*”: *riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, cit., pp. 3 ss., dove, tra le diverse riflessioni d'interesse, viene anche sottolineato come «la sostituzione del giudice al legislatore» è «fenomeno [...] tanto più grave qualora la creazione giurisprudenziale finisse col limitare la garanzia degli interessi più deboli a vantaggio del potere pubblico» (*ivi*, p. 9).

<sup>127</sup> *Relazione del Presidente Paolo Grossi sulla giurisprudenza costituzionale del 2017*, in [www.cortecostituzionale.it](http://www.cortecostituzionale.it).

<sup>128</sup> Così *ivi*, p. 1.

<sup>129</sup> Che scendono dai «950 del 2007 ai 308 attuali, con il più basso valore degli ultimi dieci anni»: cfr. *ivi*, 9.

<sup>130</sup> Che passano dalle 857 del 2007 alle 198 del 2017: cfr. *ibidem* (cors. agg.).

La responsabilità di quella che è stata di recente indicata come una vera e propria «crisi del giudizio incidentale di costituzionalità»<sup>131</sup>, è da imputarsi – è stato detto<sup>132</sup> – sia al Giudice delle leggi che ai giudici comuni. Al primo, per quegli eccessi rinvenibili nella giurisprudenza costituzionale, che nel tempo hanno irrigidito oltremodo «l'onere di esperire il tentativo di interpretazione conforme»<sup>133</sup>. Ai secondi, invece, perché si sono (non troppo difficilmente) lasciati «lusinga[re] da una dottrina dell'interpretazione che sembra averli svincolati da qualunque limite derivante dal diritto positivo»<sup>134</sup>. Ma come ha di recente ricordato quella stessa autorevole ed accorta voce della dottrina costituzionalistica italiana, la «*santa soverchieria*» (del giudice sul legislatore) di carneltuttiana memoria «non è più consentita»<sup>135</sup>.

Questa rinnovata propensione ad assumere (anche) le vesti di nomoteta, così conquistando gli spazi lasciati vuoti o mal coltivati dal legislatore, è fenomeno che merita specifiche riflessioni e – con tutta evidenza – non deve essere sottovalutato<sup>136</sup>.

Allo stesso tempo, però, anche i giudici dovrebbero riflettere.

Una giurisprudenza, infatti, che ambisca a ricollocarsi in modo forte come fonte del diritto, perde evidentemente di autorevolezza nel momento stesso in cui si dimostra «frammentaria», «imprevedibile» e «diseguale»<sup>137</sup>, divenendo sì fonte, ma – come è stato icasticamente ben detto – di un «diritto incalcolabile»<sup>138</sup>.

E in molte occasioni, oggigiorno, si ha la precisa e duplice sensazione che la benda non sia quella che copre gli occhi di *Dike*, così da giudicare secondo *imparzialità*, e che l'esito del giudizio sia sempre più spesso, invece, affidato a *Tyche*, con la sua benda che produce *casualità*.

Ritornando dal generale al particolare, colui il quale oggi si accinga ad impugnare un provvedimento di riesame adottato allorquando la finestra temporale di cui all'art. 21-*nonies* si sia già chiusa, lamentando per l'appunto tale vizio, dovrebbe fare *affidamento*, allora, anche su una discreta dose di buona sorte.

---

<sup>131</sup> Così M. LUCIANI, *Il "giusto" processo amministrativo e la sentenza amministrativa "giusta"*, cit., p. 20.

<sup>132</sup> Cfr. *ibidem*.

<sup>133</sup> Così *ibidem*, ove peraltro si aggiunge: «il ripensamento che di recente la nostra Corte ha dimostrato di coltivare [il riferimento è a Corte costituzionale, 24 febbraio 2017, n. 42], riprendendo (ma in realtà profondamente correggendo) un proprio vecchio *dictum* [...] è probabilmente tardivo».

<sup>134</sup> Così *ibidem*.

<sup>135</sup> Così *ivi*, 23.

<sup>136</sup> Come, peraltro, ben dimostra anche l'accorta dottrina amministrativistica: in argomento si v. M.A. SANDULLI, «*Principi e regole dell'azione amministrativa*»: *riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale*, cit.

<sup>137</sup> Così, in modo cristallino, G. SEVERINI, *I "due corpi del giudice", ovvero dell'impersonalità delle decisioni giudiziarie*, cit., pp. 20 s.

<sup>138</sup> N. IRTI, *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 57 ss. e *passim*.