

Autotutela amministrativa

Vincoli comunitari, discrezionalità nell'esercizio dei poteri di autotutela e conferenza di servizi

CONSIGLIO DI STATO, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023

Pres. Schinaia - Est. Chieppa - Brindisi LNG s.p.a. c. Provincia di Brindisi

I principi codificati dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della L. n. 241 del 1990 non vengono derogati e, pertanto, l'esercizio dei poteri di autotutela non può essere configurato in termini di doverosità allorché l'asserito vizio di legittimità del provvedimento da rimuovere consista nella violazione del diritto comunitario.

Se l'amministrazione procedente può prescindere dal dissenso originario di un'amministrazione che ha partecipato alla conferenza di servizi, tanto più può autonomamente valutare se ricorrano o meno i presupposti per l'apertura di un procedimento di autotutela, senza essere vincolata dalla richiesta dell'amministrazione che ha espresso il suo dissenso sopravvenuto per essersi tardivamente accorta di un presunto vizio di legittimità.

Diritto

Omissis

4. I ricorsi in appello sono fondati nei termini che seguono.

Come già detto, non è in discussione il principio generale, condiviso dalla sezione, che configura l'esercizio dei poteri di autotutela in termini di non doverosità da parte dell'amministrazione di attivare un procedimento di riesame di un provvedimento non impugnato.

La certezza delle situazioni giuridiche definite costituisce un bene irrinunciabile, posto a tutela dei cittadini (v. Cons. Stato, sez. VI, 1° aprile 1992, n. 201) e non può essere elusa mediante l'impugnazione del silenzio-rifiuto formatosi su un'istanza diretta a sollecitare l'adozione di provvedimenti di annullamento o di modifica di precedenti determinazioni, non impugunate nei termini e nelle forme di rito (Cons. Stato, sez. IV, n. 7136/2003).

L'amministrazione che ha adottato il provvedimento è l'unico soggetto che può valutare se sussistono i presupposti per la revoca, la modifica o l'annullamento d'ufficio dell'atto originario e tale verifica deve oggi essere svolta alla luce dei principi codificati in sede di riforma della L. n. 241/90 (L. n. 15/2005) e in particolare dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*.

Per quanto concerne l'annullamento d'ufficio, l'art. 21-*nonies* della L. n. 241/90 ha indicato quali presupposti per l'esercizio di tale potere, oltre all'accertamento dell'originaria illegittimità dell'atto, la sussistenza delle ragioni di interesse pubblico, il decorso di un termine ra-

gionevole (e quindi non eccessivamente lungo) e la valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati.

5. Tali principi non vengono derogati quando l'asserito vizio di illegittimità del provvedimento da rimuovere consiste nella violazione del diritto comunitario.

Anche nell'ordinamento comunitario la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria una attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo.

Secondo la Corte di Giustizia, la revoca di un atto illegittimo è consentita entro un termine ragionevole e se la Commissione ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui il privato ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dell'atto (Corte Giust. CE, 26 febbraio 1987, C 15/85).

Anche con la recente sentenza *Kunhe & Heitz* il giudice comunitario, pur affermando che il giudicato formatosi su una interpretazione ritenuta poi non conforme al diritto comunitario dalla stessa Corte di Giustizia non costituisce un limite all'esercizio dei poteri di autotutela, ha ribadito che il diritto comunitario non esige, in linea di principio, che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquistato carattere definitivo, in quanto la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunitario e il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza dei termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei

mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza (Corte Giust. CE, 14 gennaio 2004, C- 453/00).

Dalla giurisprudenza comunitaria si ricava, quindi, che l'esercizio dei poteri di autotutela non può essere configurato in termini di doverosità con la conseguenza che il vizio della violazione del diritto comunitario non comporta il necessario, e sostanzialmente vincolato, esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione (tesi prospettata da Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918, che comporterebbe però la totale svalutazione degli elementi dell'affidamento del privato e del decorso del tempo, valorizzati proprio dalla Corte di Giustizia).

Anche la sentenza Wells, invocata dalla parte appellata, non deroga tali principi nel caso in cui la violazione del diritto comunitario consista nell'omesso svolgimento della procedura di valutazione di impatto ambientale (Corte Giust. CE, 7 gennaio 2004, C-201/02).

Infatti, con tale decisione la Corte di Giustizia ha esaminato una fattispecie in cui era stato accertato che l'autorizzazione allo sfruttamento di una cava avrebbe dovuto essere sottoposta ad una valutazione del suo impatto ambientale e non lo era invece stata (par. 68); in tal caso, secondo il giudice comunitario, lo Stato membro ha l'obbligo di eliminare le conseguenze illecite della violazione (anche attraverso una valutazione di impatto ambientale «postuma») o di risarcire tutti i danni causati dalla mancata valutazione dell'impatto ambientale (par. 64 - 70).

Nella fattispecie qui in esame deve rilevarsi come innanzitutto il vizio dell'omessa valutazione di impatto ambientale è stato solamente dedotto dalla provincia di Brindisi e non anche accertato in sede giurisdizionale (né è possibile farlo in questa sede come già detto).

Comunque, la stessa Corte di Giustizia, nel prevedere l'alternativa risarcitoria, ammette la possibilità che il decorso del tempo renda non rimediabile l'eventuale vizio; nel caso al suo esame è invece risultata determinante la circostanza che l'ultima fase della procedura di autorizzazione non era terminata nel momento in cui la ricorrente aveva presentato la sua richiesta di riesame, con la conseguenza che la revoca di tale autorizzazione non violava in tal modo il principio della certezza del diritto (v. par. 60).

Non può quindi ritenersi che una richiesta di esercizio dei poteri di autotutela assuma una natura diversa, sotto il profilo della non doverosità dell'attivazione di un procedimento di riesame, solo perché venga dedotto il vizio dell'assenza della VIA.

Le suesposte considerazioni conducono anche ad escludere che si possa qualificare in termini di nullità il provvedimento amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario, come invece sostenuto dall'appellata. Infatti, la stessa Corte di Giustizia nel ritenere compatibile con il diritto comunitario un regime di impugnazione con termini di decadenza applicabili anche in presenza del vizio della violazione del diritto comunitario,

ha implicitamente escluso che tale vizio possa determinare la nullità del provvedimento amministrativo da far valere anche oltre il termine decadenziale (Corte Giust. CE, sentenza 12 dicembre 2002, causa C-470/99, *Universale-Bau*, punti 76 e 79; sent. 27 febbraio 2003 C-327/00 - *Santex S.p.A.*; in entrambe è richiamato il principio della certezza del diritto).

Del resto, anche il Consiglio di Stato aveva affermato che di norma la violazione di una disposizione comunitaria da parte di un atto amministrativo implica un vizio di illegittimità-annullabilità, e non di nullità, dell'atto stesso contrastante (Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35).

L'entrata in vigore dell'art. 21-septies della L. n. 241/1990, introdotto dalla L. n. 15/2005, ha codificato le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo, che costituiscono quindi un numero chiuso e all'interno delle quali non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario.

Deve quindi ritenersi che la non doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela, che preclude la giustiziabilità del silenzio dell'amministrazione sulle istanze dirette a stimolare tale potere, costituisca principio che non viene derogato quando il vizio dedotto è costituito dalla violazione del diritto comunitario (vizio che comporta l'annullabilità e non la nullità del provvedimento amministrativo).

Tale vizio deve essere adeguatamente ponderato dall'amministrazione procedente anche alla luce del principio di leale collaborazione previsto dall'art. 10 del Trattato UE; la valutazione se attivare o meno i poteri di autotutela resta di carattere discrezionale e non è giustiziabile perché altrimenti si determinerebbe l'effetto di consentire la riapertura di un contenzioso, precluso a seguito dell'impugnabilità del provvedimento e in violazione di quel principio di certezza del diritto valorizzato anche dal giudice comunitario.

6. La doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela deve ora essere esaminata sotto altro profilo, che caratterizza la fattispecie in esame, in cui la richiesta proviene non da un soggetto leso dall'originario provvedimento, che ha omesso di impugnarlo e ne chiede poi la rimozione, ma da un soggetto pubblico che ha contribuito in sede di conferenza di servizi decisoria all'adozione del provvedimento e, a seguito di un ripensamento o dell'essersi accorto della sussistenza di un vizio, chiede che la questione venga riesaminata.

Si tratta di verificare quali siano le modalità di esercizio dei poteri di autotutela in ordine ad una decisione cd. «pluristrutturata» adottata all'esito di una conferenza di servizi decisoria e quale ruolo può assumere a tal fine una amministrazione che ha partecipato alla conferenza. Va premesso che risulta irrilevante, ai fini del decidere, il fatto che la Provincia di Brindisi abbia precisato di non aver chiesto l'annullamento di ufficio del precedente provvedimento, ma l'adozione dei rimedi più opportuni per sanare l'illegittimità dedotta, in quanto comun-

che la richiesta tende ad ottenere una nuova determinazione sulla questione.

Deve poi essere osservato come non possa ritenersi ammissibile che una amministrazione che ha partecipato alla conferenza di servizi possa rimettere in discussione gli esiti della stessa a seguito di un «ripensamento» dovuto a ragioni di opportunità o motivazioni di carattere politico (es. cambio di maggioranza).

Questa sezione ha di recente ritenuto che una regione, che ha formulato la propria intesa in ordine ad un determinato intervento (in quel caso, centrale termoelettrica), non possa poi revocare tale intesa con la pretesa di travolgere il provvedimento finale che sulla base dell'intesa era stato adottato (Cons. Stato, sez. VI, n. 3502/2004).

Dopo la conclusione del procedimento la revoca di un atto endoprocedimentale non può in alcun modo essere idonea a travolgere il provvedimento finale, che quindi resta valido e pienamente efficace.

Tale considerazione non può che valere anche quando l'atto endoprocedimentale è stato assorbito dalla posizione espressa in sede di conferenza di servizi; anche in questo caso non è ipotizzabile un ripensamento che possa rimettere in discussione, e peraltro nel caso di specie a distanza di tempo, quanto già deciso.

Erra quindi il TAR quando afferma che in casi del genere il potere di autotutela possa fondarsi anche su un ripensamento delle ragioni che hanno indotto, in un primo tempo, una amministrazione a formulare assensi o prestare nulla osta per la realizzazione di un'opera pubblica di rilevante interesse nazionale.

Nello stesso precedente prima citato, era stato affermato che la regione poteva al più stimolare l'amministrazione procedente all'esercizio dei propri poteri di autotutela, senza però affrontare la questione della doverosità, o meno, della risposta in caso di una tale richiesta.

Si tratta di verificare se in presenza di una siffatta istanza i principi generali già descritti cambino per la circostanza che la richiesta proviene da un'amministrazione che ha contribuito alla decisione.

Nel caso di specie, il procedimento per il rilascio dell'autorizzazione si è concluso, come previsto dall'art. 8 della L. n. 340/00, con decreto del Ministro dell'industria, del commercio e dell'artigianato, di concerto con il Ministro dell'ambiente, d'intesa con la regione interessata e previo svolgimento di una conferenza di servizi.

Il decreto ministeriale costituisce atto consequenziale rispetto agli esiti della conferenza; tuttavia il Ministero procedente (nella specie, delle attività produttive) è il soggetto che conserva la piena responsabilità del procedimento (indizione della conferenza, tempi del procedimento, provvedimento finale).

Come anche previsto dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241/90 il potere di autotutela spetta all'organo che ha emanato il provvedimento (ovvero ad altro organo previsto dalla legge) e quindi per la regola del *contrarius actus* è

il Ministero delle attività produttive il soggetto pubblico cui spetta assumere ogni determinazione con riguardo all'eventuale esercizio dei poteri di autotutela.

Tuttavia, sempre per la stessa regola del *contrarius actus*, il Ministero non potrebbe revocare o annullare il provvedimento autonomamente, ma dovrebbe riconvocare una nuova conferenza cui sottoporre la questione.

Così come grava sul Ministero la responsabilità di indire la conferenza, nello stesso modo grava sullo stesso soggetto la responsabilità della decisione se indire, o meno, una nuova conferenza in presenza di una richiesta in tal senso di un'amministrazione che ha partecipato alla originaria conferenza di servizi.

L'amministrazione procedente, in questo caso il Ministero delle attività produttive, non è obbligato a riconvocare la conferenza, ma dovrà valutare se ricorrano i presupposti per proporre alla conferenza l'esercizio di poteri di autotutela. È evidente che tale valutazione comporta una rilevante assunzione di responsabilità soprattutto in casi, quali quello in esame, in cui è pur sempre possibile che il provvedimento inoppugnato possa essere rimesso in discussione a seguito di una procedura di infrazione comunitaria.

Del resto, ipotizzando che il procedimento non si fosse svolto attraverso una conferenza di servizi, la Provincia di Brindisi avrebbe espresso il suo assenso con atto autonomo, ma non avrebbe potuto revocare o annullare tale atto dopo che lo stesso aveva ormai prodotto i propri effetti e determinato il rilascio da parte di altra amministrazione del provvedimento autorizzatorio; né avrebbe potuto pretendere l'apertura di un procedimento di autotutela.

Inoltre, non si può ritenere che il dissenso postumo di una amministrazione che ha partecipato alla conferenza di servizi, esprimendo parere favorevole, sia idoneo a riaprire necessariamente la questione con obbligatorietà di una riconvocazione della conferenza, che sarebbe costretta quindi ad esprimersi con una nuova decisione, riaprendo anche in sede giurisdizionale una vicenda da ritenersi chiusa in assenza di tempestive impugnazioni.

Riconoscere un tale effetto al dissenso sopravvenuto (anche se fondato su una asserita illegittimità dell'atto) significherebbe attribuire a tale elemento una rilevanza addirittura maggiore del dissenso eventualmente espresso nel procedimento originario, che sarebbe comunque potuto essere superato sulla base del principio di maggioranza, introdotto nella conferenza di servizi dalla L. n. 340/2000 e solamente attenuato dalla L. n. 15/2005.

Anzi l'attuale art. 14-*ter*, comma 6-*bis*, della L. n. 241/90, introdotto dalla L. n. 15/05, se da un lato ha temperato il principio di maggioranza in sede di conferenza di servizi, dall'altro lato ha potenziato il ruolo (e le responsabilità) dell'amministrazione procedente cui è rimessa la determinazione finale, previa valutazione delle specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni *prevalenti* espresse in quella sede.

A maggior ragione, se l'amministrazione procedente po-

teva prescindere dall'eventuale dissenso originario della Provincia di Brindisi, tanto più può autonomamente valutare se ricorrano o meno i presupposti per l'apertura di un procedimento di autotutela, senza essere vincolata dalla richiesta della stessa Provincia di Brindisi, che ha espresso il suo dissenso per essersi tardivamente accorta di un presunto vizio di legittimità.

Deve quindi ritenersi che non sussista un obbligo di provvedere in ordine alla richiesta presentata dalla Provincia di Brindisi di riesame dell'autorizzazione rilasciata per la realizzazione, da parte della società British Gas Italia (poi divenuta Brindisi LNG S.p.A.) di un terminale di rigassificazione di gas naturale liquefatto (GNL), e delle opere connesse, da ubicare nel porto di Brindisi in località «Capo Bianco».

L'assenza di un obbligo in tal senso determina la conseguente non giustiziabilità della condotta tenuta dalle amministrazioni intime e l'insussistenza dei presupposti per accogliere il ricorso proposto avverso il silenzio.

Resta ferma la responsabilità del Ministero delle attività produttive, quale amministrazione procedente, per le valutazioni di sua competenza in ordine all'eventuale esercizio dei poteri di autotutela invocati dalla provincia di Brindisi.

7. In conclusione, i ricorsi in appello principale e incidentale devono essere accolti e, in riforma della sentenza impugnata, deve essere respinto il ricorso proposto in primo grado.

Ricorrono giusti motivi per compensare integralmente le spese di giudizio.

IL COMMENTO

di Massimo Ragazzo

La sentenza del Consiglio di Stato che qui si annota appare meritevole di alcune riflessioni in ordine alle tematiche che essa affronta. La doverosità o meno dell'attivazione del procedimento di autotutela viene infatti ponderata dai Giudici di Palazzo Spada sotto un duplice profilo, tenendo conto delle indicazioni ricavabili dalla giurisprudenza comunitaria e dalle recenti leggi di riforma del procedimento amministrativo: è l'occasione, da un lato, per chiarire il rapporto tra diritto comunitario e presupposti di esercizio, da parte dell'autorità amministrativa italiana, del potere di autotutela decisoria; nonché, dall'altro, per precisare quali siano le modalità di esercizio di tale potere rispetto ad una decisione «pluristrutturata», adottata all'esito di una conferenza di servizi decisoria, e quale ruolo possa in tal caso rivestire un'amministrazione che ha partecipato alla conferenza.

La sentenza in esame affronta una questione che ha avuto origine dalla nota vicenda della possibile prossima realizzazione, nel territorio del Comune di Brindisi, e, in particolare, nelle immediate vicinanze del porto di Brindisi, in località denominata «Capo Bianco», di un impianto (cd. terminale) di rigassificazione di gas naturale liquefatto (GNL) e delle opere edilizie connesse.

A seguito di apposita conferenza di servizi, cui hanno preso parte, tra gli altri il Ministero delle attività produttive ed il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio, avente ad oggetto le determinazioni da assumere ai fini della realizzazione o meno presso il Comune di Brindisi di un rigassificatore, venivano espressi, anche dalla Provincia di Brindisi, apporti consultivi favorevoli alla realizzazione dell'impianto; seguiva il rilascio da parte del Ministero delle attività produttive, di concerto

con il Ministero dell'ambiente, dell'autorizzazione ministeriale alla realizzazione dell'impianto.

L'Amministrazione Provinciale di Brindisi, tuttavia, nell'ambito dei propri poteri officiosi, e della specifica competenza istituzionale in materia di tutela ambientale e di sicurezza nell'ambito del proprio territorio, successivamente a tale autorizzazione, ha sporto denuncia di inadempimento della Repubblica Italiana, in relazione a diverse violazioni di disposizioni di diritto comunitario, asseritamente lese nell'espletamento della procedura autorizzativa menzionata.

A seguito di tale denuncia, nell'inerzia dei due Ministeri suindicati, l'Amministrazione Provinciale brindisina ha presentato una motivata istanza, diretta alle medesime amministrazioni statali, finalizzata all'annullamento in autotutela del provvedimento autorizzatorio.

Persistendo l'inattività della pp.aa. favorevoli all'intervento, la Provincia di Brindisi ha proposto innanzi al TAR Puglia Lecce, il ricorso finalizzato all'annullamento del silenzio tenuto a livello ministeriale, con il rito ex art. 2, L. n. 241/1990, come modificata dalla L. n. 15/2005.

Il giudice amministrativo adito ha deciso per l'accoglimento del gravame.

La società che svolge attività di commercializzazione di energia elettrica interessata alla realizzazione dell'intervento in questione ha impugnato tale decisione e anche il Ministero delle attività produttive e il Ministero dell'ambiente e della tutela del territorio hanno impugnato la sentenza con ricorso in appello incidentale.

Con la sentenza in epigrafe, n. 1023/2006, la sezione sesta del Consiglio di Stato ha accolto i ricorsi in appello, principale e incidentale, e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata, ha respinto il ricorso proposto in primo grado.

Premessa

Ciò detto, va anzitutto affrontata la questione relativa ai rapporti intercorrenti tra l'ordinamento nazionale e l'ordinamento comunitario. Com'è noto, le due letture che del fenomeno sono state proposte dalla giurisprudenza nazionale e comunitaria, pur giungendo alla stessa conclusione della *primauté* del diritto comunitario direttamente applicabile sul diritto interno con esso configgente, ricostruiscono i rapporti tra i due ordinamenti in modo del tutto differente, con una serie di rilevanti implicazioni: da una parte, quella, accolta dal nostro giudice nazionale, che concepisce i due ordinamenti come autonomi e separati, anche se tra loro coordinati; dall'altra, quella, costantemente seguita dalla Corte di Giustizia, che, al contrario, considera i due ordinamenti come legati in un rapporto di integrazione.

Ed invero, muovendo dall'indirizzo che teorizza la separazione degli ordinamenti, si deve concludere che le norme comunitarie non s'inseriscono come tali nell'ordinamento interno. Ciò comporta, da un lato, che il contrasto tra la norma comunitaria e la norma di diritto interno non inficia di invalidità quest'ultima, comportandone solo la disapplicazione; dall'altro, la stessa norma comunitaria, in quanto estranea al tessuto normativo interno, non può essere assunta quale parametro di legittimità dell'azione amministrativa o quale fonte di investitura del potere amministrativo.

Diversamente, partendo dall'assunto dell'integrazione dei due ordinamenti e dal conseguente inserimento nell'ordinamento interno delle norme comunitarie munite dei requisiti comportanti la diretta applicabilità, si perviene a conclusioni radicalmente opposte, sia per quanto riguarda il regime della norma di diritto interno con esse contrastanti, che è quindi da ritenersi non semplicemente disapplicabile, ma invalida; sia per quanto riguarda la possibilità di rinvenire direttamente nella norma comunitaria il parametro alla cui stregua valutare la legittimità dell'atto amministrativo, ovvero la stessa fonte del potere che l'autorità amministrativa nazionale ha esercitato con l'adozione dell'atto.

Ciò detto, in termini più generali, deve ora verificarsi quale margine operativo residui al potere di autotutela di cui l'autorità amministrativa nazionale è titolare con riferimento a tutti i propri provvedimenti; potere in base al quale l'amministrazione interviene unilateralmente in via caducante su un assetto di interessi già valutato e definito con un proprio atto, al fine di prevenire o risolvere conflitti.

L'autotutela amministrativa ed il diritto comunitario

Per procedere a tale verifica va preliminarmente considerato se effettivamente sussistono i presupposti, così come individuati da dottrina e giurisprudenza, alla cui contestuale presenza è subordinato l'esercizio di tale potere: trattasi di questione indubbiamente specifica, ancorché destinata inevitabilmente ad involgere la più

ampia problematica del regime giuridico dell'atto amministrativo nazionale inficiato da violazione della normativa di origine comunitaria (1).

Viene in primo luogo in rilievo l'illegittimità acclarata del provvedimento. In seconda battuta, occorre che la caducazione dell'atto risponda ad un interesse pubblico attuale e concreto, che non si esaurisca nell'interesse a ristabilire la legalità. Infine, deve essere operato un attento bilanciamento tra l'interesse dell'amministrazione alla rimozione dell'atto e l'interesse alla conservazione dell'atto di cui sono titolari soggetti diversi dalla p.a., generalmente privati. Quest'ultimo è di certo il punto più delicato, posto che occorre un'attenta valutazione degli effetti già prodotti dall'atto e del loro consolidamento, nonché del conseguente affidamento ingenerato nei soggetti toccati da tali effetti. Naturalmente, la valutazione deve essere tanto più accorta e meditata quanto più ampio è il lasso di tempo di applicazione dell'atto, e, correlativamente, tanto più dettagliata deve essere la motivazione in sede di adozione del provvedimento di autotutela.

Sorge a questo punto il problema di coniugare tali principi interni in tema di autotutela con il primato del diritto comunitario sulla norma nazionale.

Più specificamente, la questione tocca l'obbligo dell'amministrazione di rimuovere, in sede di autotutela, gli atti adottati in contrasto con la normativa comunitaria. Occorre, cioè, verificare se i presupposti che delimitano l'esercizio del potere di autotutela possono rappresentare un argine all'obbligo di rimuovere gli atti in contrasto con la normativa sovranazionale al fine di assicurarne l'osservanza, e se, quindi, in definitiva, essi possono costituire un argine al primato del diritto comunitario.

La dottrina maggioritaria fornisce una risposta negativa al quesito, escludendo che l'amministrazione, nel rimuovere gli atti in contrasto con la norma comunitaria,

Nota:

(1) Su tale più ampia tematica si rinvia a R. Caranta, *Inesistenza (o nullità) del provvedimento amministrativo adottato in forza di norma nazionale contrastante con il diritto comunitario*, in *Giur. It.*, 1989, III, 1, 149 ss.; Id., *Giustizia amministrativa e diritto comunitario*, Napoli, 1992, 364 ss.; R. Murra, *Contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria: nullità assoluta degli atti amministrativi di applicazione della norma nazionale?*, in *Dir. Proc. Amm.*, 1990, 284 ss.; G. Greco, *Fonti comunitarie e atti amministrativi italiani*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 33 ss.; Id., *Incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi italiani*, in M. P. Chiti - G. Greco (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, Milano, 1997, I, 555 ss.; R. Rossolini, *Conflitto tra diritto comunitario e provvedimento amministrativo*, in *Dir. Com. e Scambi Internaz.*, 1991, 19 ss.; E. Ferrari, *Cittadinanza italiana e cittadinanza europea tra disapplicazione a causa di invalidità e non applicazione per il principio di specialità*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1991, 1077 ss.; M. Cafagna, *L'invalidità degli atti amministrativi emessi in forza di legge contraria a direttiva CEE immediatamente applicabile*, ivi, 1992, 539 ss.; P. Dell'Anno, *L'attuazione del diritto comunitario ambientale tra supremazia delle fonti e disapplicazione amministrativa: spunti di riflessione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1994, 615 ss., in part. 632 ss.; G. Cocco, *Le liaisons dangereuses tra norme comunitarie, norme interne e atti amministrativi*, in *Riv. It. Dir. Pubbl. Com.*, 1995, 667; R. Garofoli, *Annulamento di atto amministrativo contrastante con norme Ce self-executing*, in questa Rivista, 1997, 332 ss.

possa vedere subordinata tale deliberazione alla sussistenza dei presupposti che regolamentano l'ordinario potere di autotutela. Tale tesi parte della considerazione che, se il principio di *primauté* del diritto comunitario, secondo le più recenti interpretazioni, impone all'amministrazione di disapplicare le norme nazionali in contrasto con la normativa sovranazionale, *a fortiori* tale obbligo va ravvisato con riferimento ad atti amministrativi, senza che possano in alcun modo rilevare ulteriori valutazioni richieste invece per il corretto esercizio del potere di autotutela.

Viene in tal modo pienamente rispettato il primato del diritto comunitario, di cui si garantisce sempre e comunque la massima applicazione, grazie ad un'attività di autorevisione svolta da parte dell'amministrazione sul proprio operato; attività esercitata a tutto campo tramite la disapplicazione dei provvedimenti e senza, quindi, i limiti propri dell'autotutela.

Una seconda lettura, invece, non ritiene configurabile un potere di disapplicazione in capo all'amministrazione essendo questa già dotata di uno specifico strumento che le consente di annullare e caducare un proprio atto: l'autotutela.

Tale potere va però coniugato con il primato del diritto comunitario, alla cui piena penetrazione si può porre come unico limite il rispetto della Costituzione e dei principi fondamentali ed inalienabili dell'individuo in essa sanciti. Partendo dalla consapevolezza che tra questi di certo non rientrano i principi in materia di autotutela, i sostenitori di tale tesi giungono quindi ad escludere che i limiti legati all'esercizio del potere di autotutela possano in alcun modo limitare il pieno rispetto del diritto comunitario. Da ciò conseguirebbe l'obbligatorietà dell'annullamento d'ufficio dell'atto viziato in relazione alla normativa comunitaria. Tale carattere di obbligatorietà deriverebbe dalla sussistenza di un interesse pubblico prevalente, quale che sia il lasso di tempo intercorrente tra il momento di adozione dell'atto ed il momento in cui la p.a. si avvede della sua contrarietà al diritto sovranazionale: l'interesse a ripristinare il rispetto del diritto comunitario.

La soluzione adottata dalla meno recente giurisprudenza è stata oggetto di revisione, anche sullo spunto offerto da parte della dottrina, ad avviso della quale la doverosità dell'autotutela sarebbe da condividere se non esistesse anche nell'ambito del diritto comunitario (*rectius*: a livello comunitario per gli atti comunitari) un principio analogo a quello che nel nostro ordinamento disciplina l'esercizio del potere di autotutela. A ben vedere, quindi, è lo stesso diritto comunitario che prevede un bilanciamento dell'interesse pubblico all'osservanza del diritto comunitario con gli altri interessi in gioco, ed alla luce di questi ultimi contempla la possibilità che l'applicazione del diritto comunitario possa essere, sia pure parzialmente, sacrificata. Secondo tale principio di origine comunitaria, la sola acclarata illegittimità dell'atto è insufficiente a fondare l'obbligo di caducare l'atto,

ma occorrono ulteriori presupposti, analoghi a quelli previsti dai principi dell'ordinamento nazionale, tra cui spiccano la necessità di verificare la consistenza dell'affidamento ingenerato nel privato sugli effetti positivi dell'atto della cui caducazione si tratta ed il lasso di tempo intercorso tra l'adozione dell'atto e la sua (eventuale) rimozione dal mondo giuridico.

Anzi, tali presupposti, che vengono affiancati alla illegittimità dell'atto amministrativo (di per sé insufficiente), sono stati elaborati dalla giurisprudenza comunitaria in maniera ancor più rigorosa rispetto a quanto avvenuto nell'ambito della giurisprudenza nazionale. Infatti, il decorso di un eccessivo lasso di tempo preclude, in concreto, il ritiro dell'atto amministrativo violativo della normativa comunitaria.

Secondo tale ricostruzione trovano quindi applicazione, a livello nazionale, i principi ed i limiti fissati in materia di autotutela anche qualora l'illegittimità di un provvedimento sia dovuta a violazione di una norma comunitaria, potendo, al massimo, richiedersi all'autorità che esercita il proprio potere di autotutela maggiore accortezza e prudenza nella valutazione dei relativi presupposti.

Tale tesi, apprezzabile per lo sforzo di coniugare il tradizionale potere di annullamento in sede di autotutela con il principio di *primauté* del diritto comunitario è stata snaturata in sede di applicazione giurisprudenziale. In una non recente pronuncia (2), i giudici del TAR Lazio, pur partendo dalla premessa della necessità di operare un'accurata verifica della sussistenza dell'interesse pubblico attuale e concreto alla caducazione dell'atto violativo della normativa sovranazionale che rappresenti un *quid plus* rispetto al mero ripristino della legalità, hanno finito per svuotare di senso pratico l'assunto da cui partivano. Infatti, l'interesse che hanno individuato come prevalente, tale da supportare l'esercizio del potere di autotutela, consiste nell'interesse a dare piena applicazione al diritto comunitario al fine di evitare una condanna da parte della Comunità europea. È di meridiana evidenza che, prendendo in considerazione un interesse di tal fatta, si finisce per rendere lettera morta tutto quanto sinora sostenuto, in quanto darà sempre esito positivo la verifica della sussistenza dell'interesse pubblico prevalente se in tal senso si ritiene assorbente l'interesse (sempre presente in linea di massima) a non subire condanne dalla Comunità europea (3).

Ed invero, la dottrina evidenzia come, a livello giurisprudenziale, regni una forte confusione tra disapplicabilità, annullamento d'ufficio a carattere obbligatorio legato ad ipotesi di anticomunitarietà dell'atto amministrati-

Note:

(2) T.A.R. Lazio, sez. III, 7 ottobre 1996, n. 1384.

(3) Nel senso che l'interesse pubblico all'eliminazione dell'atto violativo del diritto comunitario sia *in re ipsa* e sempre prevalente rispetto ai concorrenti interessi privati si veda Cons. Stato, sez. VI, 5 giugno 1998, n. 918, in questa Rivista, 1998, 1343, con nota di R. Garofoli.

vo ed annullamento in via di autotutela retto dai tradizionali principi (4). Sul tema viene ricordato il parere del Consiglio di Stato (5) reso sul caso degli effetti della sentenza della Corte di giustizia che aveva condannato l'Italia per aver consentito indebitamente l'esercizio della professione di odontoiatra ai laureati in medicina, non specializzati in odontoiatria, immatricolati in anni per cui la disciplina comunitaria non lo consentiva (6). Il Consiglio di Stato ha in quell'occasione ritenuto erroneamente applicabili alla fattispecie i principi nazionali sull'annullamento di un atto amministrativo in via di autotutela, quando il caso avrebbe imposto un annullamento senza gli ostacoli costituiti dalla presenza di interessi pubblici o privati.

La decisione della sesta sezione, n. 1023/2006

Nel senso che i principi ora «codificati» dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della L. n. 241 del 1990 non vengono derogati e che, pertanto, l'esercizio dei poteri di autotutela non può essere configurato in termini di diversità allorché l'asserito vizio di legittimità del provvedimento da rimuovere consista nella violazione del diritto comunitario, si è pronunciato il Consiglio di Stato, con la decisione in commento: «Per quanto concerne l'annullamento d'ufficio, l'art. 21-*nonies* della L. n. 241/90 ha indicato quali presupposti per l'esercizio di tale potere, oltre all'accertamento dell'originaria illegittimità dell'atto, la sussistenza delle ragioni di interesse pubblico, il decorso di un termine ragionevole (e quindi non eccessivamente lungo) e la valutazione degli interessi dei destinatari e dei controinteressati. Tali principi non vengono derogati quando l'asserito vizio di illegittimità del provvedimento da rimuovere consiste nella violazione del diritto comunitario. Anche nell'ordinamento comunitario la sola illegittimità dell'atto non è elemento sufficiente per giustificare la sua rimozione in via amministrativa, in quanto è necessaria un'attenta ponderazione degli altri interessi coinvolti, tra cui quello del destinatario che ha fatto affidamento sul provvedimento illegittimo. Secondo la Corte di Giustizia la revoca di un atto illegittimo è consentita entro un termine ragionevole e se la Commissione ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui il privato ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dell'atto (Corte Giust. CE, 26 febbraio 1987, C-15/85) (7)».

E a tali conclusioni, la sesta sezione è pervenuta osservando che anche con la recente sentenza *Kunhe & Heitz NV* (8) il giudice comunitario, pur affermando che il giudicato formatosi su una interpretazione ritenuta poi non conforme al diritto comunitario dalla stessa Corte di giustizia non costituisce un limite all'esercizio dei poteri di autotutela, ha però, poi, ribadito che il diritto comunitario non esige, in linea di principio, che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa che ha acquistato carattere definitivo, in quanto, la certezza del diritto è inclusa tra i principi generali riconosciuti nel diritto comunita-

rio e il carattere definitivo di una decisione amministrativa, acquisito alla scadenza dei termini ragionevoli di ricorso o in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale, contribuisce a tale certezza (9). Pertanto, ad avviso della sesta sezione, dalla giurisprudenza comunitaria si ricava che l'esercizio dei poteri di autotutela non può essere configurato in termini di doverosità, con la conseguenza che il vizio della violazione del diritto comunitario non comporta il necessario, e sostanzialmente vincolato, esercizio dei poteri di autotutela da parte dell'amministrazione (tesi prospettata da Cons. Stato, sez. IV, 5 giugno 1998, n. 918 (10) e che comporterebbe però la totale svalutazione degli elementi dell'affidamento del privato e del decorso del tempo, valorizzati proprio dalla Corte di Giustizia).

Note:

(4) Così, M. P. Chiti, *Diritto amministrativo europeo*, 463 ss.

(5) Cons. Stato, sez. I, 9 aprile 1997, n. 372, in *Cons. Stato*, 1998, I, 1856.

(6) Corte Giust. CE, 1° giugno 1995, C-40/1993, in *www.europa.eu.int*.

(7) In *www.europa.eu.int*.

(8) Corte Giust. CE, 14 gennaio 2004, C-453/00, in *www.europa.eu.int*.

(9) Con tale decisione, la Corte di Giustizia, portando a conseguenze più estreme una linea già aperta dalla sentenza *Ciola* (Corte Giust. CE, 29 aprile 1999, C-224/97, *Erich Ciola c. Land Vorarlberg*, in *Riv. It. Dir. Pub. Com.*, 2000, 149, con nota di Barbieri), ha affermato il principio in base al quale l'obbligo di cooperazione derivante dall'art. 10 del Trattato imporrebbe ad un organo amministrativo interno, investito di una domanda in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva al fine di tenere conto dell'interpretazione di una disposizione pertinente resa dalla Corte di Lussemburgo, in via pregiudiziale, successivamente all'acquisto da parte della stessa del carattere di cosa giudicata in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza. La Corte di Giustizia risponde alla questione sollevata, affermando che il principio di cooperazione derivante dall'art. 10 CE impone ad un organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, di riesaminare una decisione amministrativa definitiva, per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte, qualora a) disponga, secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; b) la decisione amministrativa in questione sia diventata definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; c) tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita a titolo pregiudiziale alle condizioni previste dall'art. 234, n. 3, CE, e d) l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della summenzionata giurisprudenza. La pronuncia, come era prevedibile, ha suscitato un immediato interesse, per i riflessi che il principio è suscettibile di avere sulla garanzia del legittimo affidamento, ma il richiamo che la stessa Corte espressamente fa a quest'ultimo e all'esigenza di fare salvi i diritti dei terzi, per un verso, e l'accento posto dalla sentenza sulla peculiarità del caso concreto, per l'altro, consentono di ridimensionarne la portata, pur nella consapevolezza della richiamata esigenza di aggiungere al concetto tradizionale di buona amministrazione il nuovo parametro dell'esigenza di assicurare la leale collaborazione con le istituzioni e gli organi comunitari e di adoperarsi, per quanto possibile, per la migliore garanzia del processo di integrazione europea; cosa che del resto è già significativamente avvenuta con l'utilizzazione del nuovo parametro della proporzionalità. Secondo R. Caranta (*Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*, in questa *Rivista*, 2004, 1154) la soluzione elaborata dalla Corte sembra resistere alla futura costituzionalizzazione del principio di effettività della tutela giurisdizionale, che potrà portare la Corte a riconsiderare la posizione oggi assunta, aderendo invece all'approccio dell'Avvocato generale.

(10) V. nota n. 3.

In particolare, il Massimo Organo di giustizia amministrativa esclude che si possa qualificare in termini di nullità il provvedimento amministrativo adottato in violazione del diritto comunitario e, aderendo alla tesi già sostenuta dalla sezione quinta (11), ritiene che la violazione di una disposizione comunitaria (12) da parte di un atto amministrativo non possa implicare un vizio di nullità dell'atto stesso, da far valere anche oltre il termine decadenziale, bensì un vizio di mera illegittimità, causa di annullamento.

D'altra parte, come rilevato dallo stesso Consiglio di Stato, sempre in base alle indicazioni ricavabili dalle recenti leggi di riforma del procedimento amministrativo e, segnatamente, dall'art. 21-septies della L. n. 241 del 1990, introdotto dalla L. n. 15 del 2005, le ipotesi di nullità del provvedimento amministrativo costituiscono un numero chiuso e all'interno di esse non rientra il vizio consistente nella violazione del diritto comunitario.

Né va dimenticato che l'assoggettamento dell'autotutela per violazione del diritto comunitario alla regola della discrezionalità ed al limite dell'affidamento trova ora conferma con la L. n. 15/2005 che, da un lato, non prevede alcuna diversità di disciplina, a seconda della natura comunitaria o meno della norma violata; e, dall'altro, recepisce l'esigenza di tutela dell'affidamento, accompagnata, in caso di annullamento d'ufficio, dalla previsione di un limite temporale ragionevole e, in caso di revoca, dalla valvola indennitaria.

L'autotutela nei confronti dei provvedimenti pluristrutturati

La seconda delle questioni che ha impegnato il Supremo consesso giurisdizionale amministrativo è quella afferente alla configurabilità ed ai limiti del potere di autotutela in relazione ai cd. provvedimenti pluristrutturati, con ciò designando le determinazioni amministrative che, pur essendo formalmente imputabili ad un'unica amministrazione, sono espressione di una pluralità di manifestazioni di volontà provenienti da diverse amministrazioni pubbliche.

È quel che accade, per esempio, all'esito di una conferenza di servizi decisoria, che deve essere indetta ogni qualvolta sia necessario acquisire una pluralità di assensi al provvedimento finale.

Al riguardo, ci si è chiesti se una sola delle amministrazioni coinvolte nel procedimento pluristrutturato possa determinare unilateralmente un ripensamento in ordine ad un provvedimento adottato insieme alle altre amministrazioni.

Per intendersi, ove venga richiesta una concessione edilizia per un intervento in una zona protetta da un vincolo storico o ambientale e che al tempo stesso necessiti di una variante al piano regolatore, sarà il comune ad adottare il provvedimento finale, il quale tuttavia sarà espressione di una molteplicità di determinazioni: la concessione edilizia del comune, la variante al piano regolatore, la quale viene adottata dal comune e appro-

vata dalla regione, il nullaosta ambientale, che può essere a seconda dei casi di competenza della regione, della provincia o del comune, e, ancora il nulla osta storico-artistico, di competenza del Ministero dei beni culturali. È chiaro che, nonostante il provvedimento finale sotto il profilo formale sia adottato del comune, esso sostituisce e include una pluralità di assensi da parte di altre amministrazioni. V'è dunque una discrasia tra l'imputazione formale dell'atto e la volontà sostanziale espressa nello stesso.

Ebbene, se una delle amministrazioni che partecipano alla conferenza di servizi decisoria abbia un ripensamento sotto il profilo dell'opportunità del provvedimento, o si avveda di un vizio di legittimità dello stesso, può esercitare unilateralmente il potere di autotutela? Oppure occorre indire una nuova conferenza di servizi, nell'ambito della quale acquisire l'assenso di tutte le altre amministrazioni ad un *contrarius actus*?

Il problema si pone in modo ancora più significativo quando il dissenso postumo, per così dire, provenga da un'amministrazione diversa da quella che ha formalmente adottato il provvedimento, perché in tal caso non solo sussiste l'esigenza di rispettare le determinazioni degli altri soggetti pubblici, ma v'è pure l'ostacolo relativo all'imputazione formale.

Prima di affrontare direttamente la questione occorre ricordare brevemente i caratteri essenziali della conferenza decisoria, soprattutto dopo le modifiche della L. 24 novembre 2000, n. 340, che ha introdotto, tra l'altro, la possibilità di superare autoritativamente i dissensi manifestati nella conferenza, sostituendo il farraginoso meccanismo dato dal binomio adozione del provvedimento-potere di sospensione con un più lineare meccanismo che abilitava l'amministrazione precedente, ove l'avesse ritenuto, a recepire la posizione maggioritaria espressa in sede di conferenza.

La regola maggioritaria è stata successivamente, almeno in parte, «stemperata» con la riforma *ex lege* n. 15/2005, attraverso l'introduzione del concetto di «posizioni prevalenti» (13). Resta ferma, però, la particolare

Note:

(11) Cons. Stato, sez. V, 10 gennaio 2003, n. 35, in *Cons. Stato*, I, 25, secondo cui «Il giudice amministrativo, anche tenendo conto del rapporto di eterointegrazione tra i due ordinamenti, non può disapplicare gli atti amministrativi nazionali contrastanti col diritto comunitario i quali viceversa vanno impugnati nell'ordinario termine di decadenza per vizio di illegittimità/annullabilità, senza per questo che risulti leso il principio di *primauté* del predetto diritto, laddove la diversa forma patologica della nullità (o dell'inesistenza) risulta configurabile nella sola ipotesi in cui il provvedimento interno è stato adottato sulla base di una norma (attributiva del potere nel cui esercizio è stato adottato l'atto) incompatibile (e quindi disapplicabile) col diritto comunitario».

(12) Qual è quella che, nella fattispecie, avrebbe imposto lo svolgimento della procedura di valutazione di impatto ambientale.

(13) Invero, in forza del richiamo operato dal comma 3 ai commi 6-bis e 9 dello stesso art. 14-ter, il precedente meccanismo maggioritario è stato sostituito dalla regola delle «posizioni prevalenti» espresse in sede di con-

(segue)

disciplina applicabile in presenza di dissensi concernenti interessi sensibili (14).

Ai fini dell'adozione del provvedimento finale è ora sufficiente, nella generalità dei casi, l'assenso della maggioranza delle amministrazioni interessate, salvo talune ipotesi specifiche in cui per superare il dissenso occorre un intervento dell'organo politico di vertice (Consiglio dei Ministri, Giunta regionale, Giunta provinciale, o Giunta comunale, a seconda dei casi).

Nell'assetto anteriore alla citata riforma del 2000, stante la regola dell'unanimità, la conferenza di servizi costituiva soltanto un modulo di semplificazione procedimentale, che non toglie la necessità delle singole determinazioni.

Sotto il vigore della vecchia disciplina, allora, avrebbe potuto ammettersi che la singola amministrazione partecipante intervenisse in sede di autotutela sul proprio assenso, ancorché l'avesse manifestato nell'ambito della conferenza: se la conferenza decisoria non era altro che un modulo procedimentale, non era escluso che ciascuna amministrazione tornasse liberamente sulle proprie determinazioni, e a tal fine poteva ritenersi irrilevante che il provvedimento fosse reso nella conferenza o al di fuori della stessa.

Tale soluzione, già allora discutibile, è oggi assolutamente insostenibile, alla luce della nuova configurazione normativa della conferenza di servizi decisoria.

La neutralità della conferenza decisoria è stata ampiamente superata dalla previsione dei sopra accennati meccanismi di superamento del dissenso, i quali evidentemente sottraggono alle singole amministrazioni coinvolte il potere unilaterale di accordare o meno il proprio assenso e di decidere in via esclusiva se adottare o meno i provvedimenti di loro competenza.

Nella nuova conferenza di servizi, la singola amministrazione non è più titolare di un potere autonomo di provvedere, e correlativamente di riesaminare, ma è semplicemente contitolare di un potere che condivide con altre amministrazioni (15).

Note:

(segue nota 13)

ferenza di servizi. Ha così trovato affermazione quell'orientamento secondo cui il superamento del dissenso in detta sede debba intendersi non solo in senso «quantitativo-formale», ma anche in un'ottica qualitativa-sostanziale, rilevabile in concreto (D'Orsogna, *Spunti di riflessione sulla nuova conferenza di servizi*, in *Cons. Stato*, 2001, II, 688). Si tratta dell'innovazione più importante, dettata per sopperire alle riscontrate difficoltà di calcolare una maggioranza in presenza di amministrazioni di diversa rilevanza istituzionale e dimensionale. Al fine di stabilire quali siano le posizioni prevalenti dovrà tenersi conto del ruolo che le diverse amministrazioni assumono in sede di conferenza. È stato da taluno suggerito che tale ruolo dovrebbe essere individuato con riferimento al potere che ciascuna di esse avrebbe altrimenti, in base alle leggi di settore, di condizionare l'esito del procedimento. Non ci sembra però che la formula adottata dal legislatore sia di facile interpretazione, né che la soluzione proposta sia di semplice applicazione, perché la posizione prevalente sembrerebbe piuttosto essere riferita alla posizione ed importanza istituzionale della singola amministrazione: si pensi, a tale proposito, al rilievo istituzionale rivestito dagli enti esponenziali di comunità territoriali. In particolare, ai sensi dell'art. 10, comma 1, lett. d) della L. n. 15 del 2005, allorché all'interno del pro-

cedimento di conferenza di servizi debba essere acquisita una valutazione d'impatto ambientale, i lavori della conferenza di servizi (in linea con quanto implicitamente o esplicitamente previsto dalla normativa vigente in materia di ambiente) rimangono sospesi fino all'acquisizione della pronuncia sulla compatibilità ambientale, ma, in ogni caso, per non più di novanta giorni.

(14) Le conseguenze che sul procedimento ha il motivato dissenso di una delle amministrazioni preposte alla tutela di uno degli interessi costituzionalmente protetti (ambiente, paesaggio, patrimonio storico-artistico, salute e ora anche pubblica incolumità) sono disciplinate in maniera articolata dal nuovo comma 3 dell'art. 14-*quater*, il quale, in un'ottica palesemente richiamante il principio di concertazione, oltreché di sussidiarietà verticale, delinea un particolare sub-procedimento nell'ambito del quale la decisione viene rimessa, a seconda dei casi, al Consiglio dei Ministri, alla conferenza permanente Stato-Regioni-Province autonome di Trento e Bolzano ed alla conferenza unificata di cui all'art. 8, D.Lgs. n. 281/1997, a seconda che il dissenso si verifichi tra amministrazioni statali, tra un'amministrazione statale ed una regionale o tra più amministrazioni regionali, tra un'amministrazione statale o regionale ed un ente locale, o tra più enti locali. Per i casi di dissenso espresso da una regione o da una provincia autonoma in una delle materie di propria competenza, i commi 3-*bis* e 3-*ter* dell'art. 14-*quater* definiscono gli ambiti di competenza, indicano tempi certi dei vari procedimenti e regolano i poteri sostitutivi in caso di inerzia. Quando il dissenso è espresso da una regione o da una provincia autonoma in una delle materie di propria competenza, la determinazione sostitutiva è rimessa dall'amministrazione procedente, entro dieci giorni, alla conferenza Stato-Regioni o alla conferenza unificata, a seconda che il disaccordo si verifichi tra un'amministrazione statale ed una regionale o tra più amministrazioni regionali, ovvero tra una regione o provincia autonoma ed un ente locale. In tutti questi casi, la decisione deve intervenire entro trenta giorni dall'acquisizione della documentazione a fini istruttori, di cui va preventivamente verificata la completezza; termine prorogabile sino a complessivi novanta giorni, qualora l'istruttoria non sia completa o risulti particolarmente complessa (comma 3-*bis*). Anche per le due conferenze la decisione deve intervenire entro trenta giorni, prorogabili sino ad un massimo di ulteriori sessanta giorni. Qualora il termine di trenta giorni, o quello maggiore in caso di proroga, non venga rispettato, il comma 3-*ter* regola tre distinte ipotesi: 1) nel caso di tratti di materie attribuite alla competenza statale, la decisione è rimessa, su istanza del Ministro per gli affari regionali, al Consiglio dei Ministri, che deve assumerla entro trenta giorni; 2) quando si verte in materia di competenza regionale «ai sensi degli art. 117, comma 2, e 118 della Costituzione», la decisione è rimessa alla Giunta regionale, la quale deve provvedere nello stesso termine; 3) la mancata decisione sostitutiva da parte della Giunta nel termine di trenta giorni determina l'intervento del Consiglio dei Ministri, che delibera con la partecipazione dei Presidenti delle regioni interessate (M. Ragazzo, *La conferenza di servizi: esiti della riforma ex lege n. 15/2005 e novità giurisprudenziali*, in *www.lexitalia.it*, n. 6/2005).

(15) In tale prospettiva, la decisione conclusiva della conferenza di servizi altro non è che rappresentativa di (un fascio di) più decisioni convergenti nel contenuto, imputabili separatamente a ciascuna delle amministrazioni partecipanti; si tratta, in altri termini, di decisioni composite (soggettivamente ed oggettivamente complesse), esternate in modo contestuale, con quanto ne consegue sul piano del relativo regime giuridico, in particolare in tema di imputazione, validità, autotutela ed impugnazione. Ove si aderisca alle tesi dell'accordo, dovendosene trarre la conseguenza dell'indisponibilità unilaterale degli effetti (meglio, del vincolo che ne scaturisce), si deve ritenere preclusa qualsiasi forma di autotutela. Ove, come sembra più convincente, si escluda l'esistenza di un accordo, resta il problema delle ordinarie forme dell'autotutela amministrativa: in via di principio, dovrebbero essere ammessi sia l'annullamento d'ufficio sia la revoca delle determinazioni concordate, separatamente considerate, da parte di ciascuna delle amministrazioni cui rimangono imputabili e che ne risultano responsabili. Occorre tuttavia tener presente che tali determinazioni sono il risultato di valutazioni comuni e contestuali di tutti gli interessi pubblici coinvolti, sicché esse sono necessariamente interdipendenti. Il che porta a ritenere che l'esercizio del potere di autotutela è sì possibile, ma deve avvenire attraverso una nuova, comune e contestuale valutazione globale degli interessi, e, quindi, attraverso una nuova convocazione della conferenza di servizi. Per l'annullamento d'ufficio, data la necessaria presenza dei due presupposti della illegittimità della determinazione (da annullare) e del-

(segue)

Va rammentato che, ai sensi del comma 7 dell'art. 14-ter si considerava acquisito l'assenso dell'amministrazione, ove, nel termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della determinazione, non fosse stata proposta impugnativa o, in alternativa, non fosse stato manifestato il motivato dissenso chiaramente per mezzo dell'organo deputato ad assumere la determinazione di che trattasi.

Secondo la dottrina, la norma di cui al ridetto comma 7 era peraltro da riferirsi «al caso della mancata partecipazione alla conferenza di servizi da parte del rappresentante, alla partecipazione di rappresentante che non si sia pronunciato o non sia stato munito del potere di rappresentare l'ente ovvero all'ipotesi di deliberazione della conferenza esorbitante rispetto all'ordine del giorno ed alla conseguente investitura rappresentativa» (16) ed era da ricondursi al principio generale che ogni amministrazione conserva la sua soggettività e, quindi, può reagire alla lesione subita da una determinazione non assentita purché l'impugnazione venga eseguita nel termine di trenta giorni (17).

In altri termini, se anche vi fosse stata una qualche illegittimità nella conferenza dei servizi, che peraltro il provvedimento impugnato enunciava in maniera criptica, ogni impugnazione ed ogni dissenso dovevano essere manifestati entro trenta giorni dal ricevimento della determinazione.

A seguito della novella del 2005 a) è stata eliminata la possibilità di esprimere dissensi postumi, ossia dopo la chiusura della conferenza; b) è stata parimenti eliminata la possibilità di impugnare la determinazione conclusiva nel termine (peraltro assai discusso) di trenta giorni.

Ciò detto, è chiaro che qualora una delle amministrazioni - tanto quella che ha emanato il provvedimento finale, quanto le amministrazioni diverse - intenda riesaminare il proprio operato non potrà procedere unilateralmente, ma dovrà indire o promuovere una nuova conferenza, nell'ambito della quale manifestare il dissenso sopravvenuto.

In senso negativo sembrano deporre l'affermazione del principio maggioritario e la progressiva limitazione generale della conferenza. La nuova fisionomia della conferenza sembra allora inibire ripensamenti unilaterali non suffragati da una complessiva rivisitazione collegiale dell'originaria posizione.

Oltretutto, sembra difficile potersi discostare da quell'orientamento, affermatosi anche a livello giurisprudenziale, secondo cui la pubblica amministrazione ben può procedere alla rimozione dei propri atti, restando tuttavia «soggetta alla procedura del *contrarius actus*, ossia a seguire il medesimo procedimento di emanazione degli atti che intende rimuovere o modificare» (18).

Dello stesso avviso appariva peraltro, già prima della L. n. 15/2005, lo stesso Consiglio di Stato (19). Da una lettura dell'art. 14-ter, comma 9, della L. 7 agosto 1990, n. 241, emerge infatti come il provvedimento finale costituisca «atto meramente esecutivo e consequenziale

delle determinazioni assunte in sede di conferenza di servizi».

Sicché, eventuali modificazioni o integrazioni della determinazione conclusiva del procedimento - proseguita il Consiglio di Stato, - potrebbero discendere unicamente «da una nuova convocazione, riunione o deliberazione da parte della conferenza medesima»: in altre parole, per agire in via di autotutela, secondo il principio del *contrarius actus*, va ripercorso lo stesso iter procedimentale adottato per l'atto che si vuole rimuovere o modificare.

A riprova di ciò va aggiunto che, ove si riconoscesse a ciascuna amministrazione un autonomo potere di riesame, ne seguirebbe che il dissenso postumo sarebbe idoneo a porre nel nulla una determinazione che invece non avrebbe potuto essere impedita, stante il principio di maggioranza, dal dissenso originario.

Il che non può essere nemmeno logicamente, perché se il dissenso non è ostativo nel procedimento originario, a maggior ragione non può esserlo nel procedimento di secondo grado, ove vengono in considerazione pure esigenze ulteriori, quali la tutela dell'affidamento, la tutela dell'interesse pubblico, esigenze che certamente non estendono, ma al più restringono il rilievo del dissenso.

La decisione di TAR Lecce ...

L'annullamento d'ufficio è sempre stato ritenuto discrezionale e non obbligatorio; e ciò, non solo nel caso dell'autotutela spontanea, ma anche in presenza di apposite istanze sollecitatorie, presentate da soggetti interessati.

Note:

(segue nota 15)

l'interesse pubblico attuale ad annullarla, è da ritenere che il primo presupposto sia valutabile separatamente da ciascuna amministrazione (rispetto alla propria determinazione) e che, invece, il secondo vada apprezzato collettivamente. Anche in questo caso sembra pertanto necessaria una nuova convocazione della conferenza (F. G. Scoca, *Analisi giuridica della conferenza di servizi*, in *Dir. Amm.*, 1999, 255 ss.).

(16) Cfr. F. Caringella, *Corso di Diritto amministrativo*, tomo II, Milano 2001, 1348.

(17) La sentenza del T.A.R. Toscana, sez. III, 11 aprile 2003 n. 1387, in *www.lexitalia.it*, faceva propria la posizione dottrinale richiamata: «Ai sensi dell'art. 14-ter, commi 6 e 7, della L. n. 241/90, eventuali vizi della convocazione o dell'atto conclusivo della conferenza dei servizi debbono essere contrastati dall'ente con un motivato dissenso entro il termine di trenta giorni dalla data di ricevimento della determinazione conclusiva del procedimento (espressa nel verbale della riunione), ovvero con impugnazione, sempre entro trenta giorni da tale determinazione; è pertanto illegittimo un provvedimento con il quale un ente (nella specie l'Ente Parco Regionale Migliarino San Rossore Massaciuccoli) dispone la sospensione di un provvedimento autorizzativo rilasciato sulla base di una deliberazione della conferenza di servizi ritenuta illegittima dall'ente stesso per vizi della convocazione o dell'atto conclusivo della conferenza, atteso che tali vizi avrebbero dovuto essere contrastati (con un motivato dissenso, ovvero con impugnazione) entro i predetti termini».

(18) Cfr. Cons. Stato, sez. V, 2 ottobre 2000, n. 5210, in *Foro Amm.*, 2000, 10.

(19) Cons. Stato, sez. VI, n. 5708 del 2003.

Si tratta di un orientamento univoco, rispetto al quale la decisione adottata nella fattispecie dal TAR Puglia, Lecce (20), ha subito destato più d'una perplessità.

Il TAR Lecce, infatti, pur dando atto del fatto che, per costante giurisprudenza amministrativa, il potere di autotutela della p.a. è notoriamente caratterizzato da elevata discrezionalità, e che la giurisprudenza amministrativa, proprio per tale ragione, ha sempre affermato l'insussistenza dell'obbligo di provvedere in merito ad istanze di autotutela riguardanti provvedimenti amministrativi non più soggetti a gravame, ove l'istanza di ritiro provenga da un soggetto privato, ha affermato che il suddetto orientamento si è formato esclusivamente con riferimento a rapporti giuridici tra privati e pubblica amministrazione. Sennonché, nel caso di specie, l'istanza di autotutela veniva da un soggetto pubblico che aveva partecipato ad una conferenza di servizi, allo scopo di tutelare alcuni precisi interessi (tutela della salute pubblica e dell'ambiente), e che, pur essendosi espresso favorevolmente in tale sede, a seguito di un successivo ripensamento, fondato su fatti nuovi, aveva posto a base dell'istanza di ritiro, la tutela dei medesimi interessi.

Pertanto, secondo il giudice adito in primo grado, la natura pubblica del soggetto che avanza un'istanza di autotutela nei confronti di un provvedimento amministrativo può legittimamente fondare l'obbligo della p.a. destinataria di tale istanza a provvedere sulla stessa, ancorché il provvedimento medesimo non sia più soggetto a gravame; e, dall'altro, l'omessa attività provvedimentale della p.a. a seguito dell'istanza di autotutela determina un silenzio-inadempimento impugnabile innanzi al g.a. con il rito del silenzio ex art. 2, L. n. 241/1990, come modificata dalla L. n. 15/2005.

Il TAR salentino ritiene, infatti, che il principio di leale cooperazione tra pubbliche amministrazioni (21) sia idoneo a fondare l'obbligo di emettere un provvedimento espresso sull'istanza di autotutela avanzata da uno di questi soggetti pubblici; diversamente opinando, secondo il TAR Puglia, Lecce, il sistema giuridico che, proprio nel principio di leale cooperazione tra pp.aa. trova uno dei pilastri del suo funzionamento, sarebbe privo di effettività.

...e quella del Consiglio di Stato. Considerazioni conclusive

Orbene, la sezione sesta del Consiglio di Stato (22), capovolgendo l'esito del giudizio di primo grado, ha dichiarato l'insussistenza di un obbligo di provvedere in capo all'amministrazione procedente in ordine alla richiesta, presentata da una delle altre amministrazioni partecipanti alla conferenza ed intesa a sollecitare l'esercizio di poteri di autotutela.

I Giudici di Palazzo Spada erano dunque stati chiamati a valutare la doverosità dell'attivazione del procedimento di autotutela, in una fattispecie, come quella portata alla loro attenzione, in cui la richiesta proviene

non già da un soggetto leso dall'originario provvedimento, che ha ommesso di impugnarlo e ne chiede poi la rimozione, ma da un soggetto pubblico che ha contribuito in sede di conferenza di servizi decisoria all'adozione del provvedimento e, a seguito di un ripensamento o dell'essersi accorto della sussistenza di un vizio, chiede che la questione venga riesaminata.

Si trattava pertanto di verificare quali fossero le modalità di esercizio dei poteri di autotutela in ordine ad una decisione cd. «pluristrutturata», adottata all'esito di una conferenza di servizi decisoria, e quale ruolo potesse assumere a tal fine un'amministrazione che ha partecipato alla conferenza.

Sempre la sezione sesta del Consiglio di Stato, in una precedente decisione (23), aveva avuto modo di precisare che una regione, che ha formulato la propria intesa in ordine ad un determinato intervento (in quel caso, una centrale termoelettrica), non può poi revocare tale intesa con la pretesa di travolgere il provvedimento finale che sulla base dell'intesa era stato adottato.

In quell'occasione era stato affermato che la regione può al più stimolare l'amministrazione procedente all'esercizio dei propri poteri di autotutela, senza però affrontare la questione della doverosità, o meno, della risposta in caso di una tale richiesta.

Il Supremo Giudice amministrativo ha preliminarmente osservato che l'amministrazione procedente (nella specie, il Ministero delle attività produttive) è il soggetto che conserva la piena responsabilità del procedimento (indizione della conferenza, tempi del procedimento, provvedimento finale).

Come anche previsto dall'art. 21-*nonies* della L. n. 241/1990, il potere di autotutela spetta all'organo che ha emanato il provvedimento (ovvero ad altro organo previsto dalla legge) e, quindi, per la regola del *contrarius actus*, nel caso di specie, era il Ministero delle attivi-

Note:

(20) T.A.R. Puglia, Lecce, 27 ottobre 2005, n. 4633.

(21) Sul principio di leale cooperazione tra pp.aa., v. Cons. Stato, Ad. Plen., 14 dicembre 2001, n. 9, in *Cons. Stato*, 2001, I, 2528: «In sede di esame dell'istanza di nulla osta regionale alla realizzazione di costruzioni edilizie in zone paesistiche protette, ai sensi dell'art. 82, comma 9, D.P.R. 24 luglio 1977, n. 616 (come trasfuso nell'art. 151 T.U. 29 ottobre 1999, n. 490), la Regione (o l'Autorità designata dalla legge regionale) deve rispettare il principio cardine della leale collaborazione con gli organi del Ministero dei beni e delle attività culturali e gli altri consueti principi sulla legittimità amministrativa, sicché dalla motivazione dell'autorizzazione si deve poter evincere che essa è immune da profili di eccesso di potere, anche per quanto riguarda l'idoneità dell'istruttoria, l'apprezzamento di tutte le rilevanti circostanze di fatto e la non manifesta irragionevolezza della scelta effettuata sulla prevalenza di un valore in conflitto diverso da quello tutelato in via primaria»; cfr., altresì, Cons. Stato, sez. VI, 24 marzo 2000, n. 1663, in *Cons. Stato*, 2000, I, 672; nonché, più di recente, T.A.R. Lazio, Roma, sez. II, 5 maggio 2004, n. 3780, in *TAR*, 2001, I, 1825; parimenti, Cons. Stato, sez. VI, 4 aprile 2000, n. 1931; Cons. Stato, sez. IV, 11 dicembre 1993, n. 1051, ed anche T.A.R. Campania, Napoli, sez. I, 10 settembre 1998, n. 2853.

(22) Cons. Stato, sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023.

(23) Cons. Stato, sez. VI, n. 3502/2004.

tà produttive il soggetto pubblico cui spettava assumere ogni determinazione con riguardo all'eventuale esercizio dei poteri di autotutela.

Tuttavia, sempre per la stessa regola del *contrarius actus*, il Ministero non avrebbe potuto revocare o annullare il provvedimento autonomamente, ma avrebbe dovuto riconvocare una nuova conferenza cui sottoporre la questione.

In altri termini, il potere di autotutela non può che essere esercitato dall'insieme delle amministrazioni coinvolte, nell'ambito di una conferenza di servizi «di secondo grado», cui si applicheranno naturalmente le medesime regole seguite per il procedimento originario, compresi i meccanismi di superamento del dissenso.

La singola amministrazione interessata, dunque, non è titolare di un autonomo potere di autotutela, ma può soltanto provocare una nuova determinazione collegiale da parte della conferenza.

A questo punto, la sesta sezione ha precisato che, così come spetta all'amministrazione precedente la responsabilità di indire la conferenza, nello stesso modo grava sullo stesso soggetto pubblico la responsabilità della decisione se indire, o meno, una nuova conferenza in presenza di una richiesta in tal senso di un'amministrazione che ha partecipato alla originaria conferenza di servizi.

Ha osservato in proposito il Supremo Consesso giurisdizionale amministrativo che «l'amministrazione precedente (...) non è obbligata a riconvocare la conferenza, ma dovrà valutare se ricorrano i presupposti per proporre alla conferenza l'esercizio di poteri di autotutela».

Inoltre, sempre ad avviso della sesta sezione, «non si può ritenere che il dissenso postumo di un'amministrazione che ha partecipato alla conferenza di servizi, esprimendo parere favorevole, sia idoneo a riaprire necessariamente la questione con obbligatorietà di una riconvocazione della conferenza, che sarebbe costretta quindi ad esprimersi con una nuova decisione, riaprendo anche in sede giurisdizionale una vicenda da ritenersi chiusa in assenza di tempestive impugnazioni. Riconoscere un tale effetto al dissenso sopravvenuto (anche se fondato su una asserita illegittimità dell'atto) significherebbe attribuire a tale elemento una rilevanza addirittura maggiore del dissenso eventualmente espresso nel procedimento originario, che sarebbe comunque potuto essere superato sulla base del principio di maggioranza, introdotto nella conferenza di servizi dalla L. n. 340/2000 e solamente attenuato dalla L. n. 15/2005».

D'altra parte, - osserva il Consiglio di Stato - «(...) l'attuale art. 14-ter, comma 6-bis, della L. n. 241/90, introdotto dalla L. n. 15/05, se, da un lato, ha temperato il principio di maggioranza in sede di conferenza di servizi, dall'altro lato, ha potenziato il ruolo (e le responsabilità) dell'amministrazione precedente cui è rimessa la determinazione finale, previa valutazione delle specifiche risultanze della conferenza e tenendo conto delle posizioni *prevalenti* espresse in quella sede».

Perciò, «a maggior ragione, se l'amministrazione pro-

cedente poteva prescindere dall'eventuale dissenso originario della Provincia di Brindisi, tanto più può autonomamente valutare se ricorrano o meno i presupposti per l'apertura di un procedimento di autotutela, senza essere vincolata dalla richiesta della stessa Provincia di Brindisi, che ha espresso il suo dissenso per essersi tardivamente accorta di un presunto vizio di legittimità».