



Diritto e Processo Amministrativo

Medesimo potere, medesima funzione o nessuna delle due?

di [Francesco Volpe](#)

10 settembre 2025

Medesimo potere, medesima funzione o nessuna delle due? Riflessioni sull'annullamento d'ufficio come strumento di tutela (nota a Corte Costituzionale, 26 giugno 2025, n.88)

di [Francesco Volpe](#)

Sommario: 1.- Le diverse tesi circa il fondamento del potere di annullamento d'ufficio. 2.- Il dibattito successivo alla riforma portata nel 2005 alla legge generale sul procedimento. 3.- La nozione assunta di potere giuridico. 4.- Impossibilità d'identificare il potere di annullamento d'ufficio con il potere esercitato nel primo grado di azione amministrativa, ove si muova da una concezione di annullamento inteso come figura complessa di carattere ricostruttivo del regime giuridico demolito dall'attività amministrativa. 5.- Impossibilità di identificare il potere di annullamento d'ufficio con il potere esercitato nel primo grado di azione amministrativo, ove si muova da una concezione di annullamento inteso come strumento idoneo a rimuovere la qualità di atto giuridico dal provvedimento annullato. 6.- Esame dell'ipotesi per cui l'annullamento d'ufficio e l'atto annullato sarebbero accomunati da un'identità di funzione. 7.- Le tesi risalenti a favore del carattere vincolato dell'annullamento d'ufficio. 8.- Maggiore ampiezza della funzione esercitata in sede di annullamento d'ufficio rispetto a quella esercitata con l'atto amministrativo di primo grado. Carattere innominato dell'annullamento d'ufficio e impossibilità d'identificare la funzione del medesimo annullamento con la funzione a cui soggiace l'atto da annullare. 9.-

L'annullamento d'ufficio come strumento di protezione di interessi privi di tutela giurisdizionale verso i vantaggi competitivi riconosciuti da un provvedimento amministrativo illegittimo per vizio della funzione. Rilievi sulla costituzionalità della disciplina legislativa dell'istituto.

1. Le diverse tesi circa il fondamento del potere di annullamento d'ufficio.

*La sentenza 26 giugno 2025, n. 88, della Corte costituzionale s'interroga sulla possibilità di riferire il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio al caso in cui vengano in rilievo interessi pubblici di particolare consistenza, come sono quelli relativi alla conservazione del patrimonio culturale, escludendo che questo, nel caso concreto, possa sussistere^[i].

In questa sede, si prende spunto dalla sentenza per soffermarsi su un suo passaggio che pare interessante da un punto di vista sistematico.

Riferisce, infatti, la pronuncia: «Il riesame del provvedimento, pur mosso da ragioni di legittimità, non costituisce espressione di quel potere già esercitato, bensì di un altro potere riconosciuto in via generale all'amministrazione, quello dell'annullamento d'ufficio».

Viene, in tal modo, ripreso un tema che era assai dibattuto prima della riforma del 2005 alla legge generale sul procedimento, la quale, disciplinando per la prima volta l'istituto, ha esplicitamente previsto il potere delle autorità amministrative di autoannullare i propri atti.

A partire da quella riforma, non è più discutibile, pertanto, che tale potere spetti agli enti pubblici (se mai fosse stato messo in dubbio).

Prima di allora e nel silenzio della legge, invece, se ne cercava un fondamento implicito, che veniva sostenuto sulla scorta di diverse impostazioni.

A suo tempo, Nicola Bassi^[ii] ha reso un'accurata ricostruzione del dibattito, riferendo come si siano contrapposti, in materia, due principali schieramenti.

Il primo era quello che riconduceva il potere di annullamento d'ufficio al più generale istituto della c.d. *autotutela* amministrativa, quale insieme di strumenti che consentirebbero all'amministrazione di attivarsi nell'esercizio di poteri autoritativi, anche quando essi non fossero previsti in modo esplicito dalla legge^[iii].

La categoria dell'autotutela, tuttavia, è piuttosto equivoca e raggruppa in sé fenomeni eterogenei, sì che la sua stessa attitudine di giustificare l'esistenza di poteri amministrativi impliciti non è, forse, sempre persuasiva.

In ispecie, se, per autotutela, s'intendesse quella congerie di rimedi che, in determinate circostanze, consentono all'autorità amministrativa di «farsi giustizia da sé»[\[iv\]](#), senza avere la necessità di rivolgersi all'intervento dell'autorità giudiziaria, allora pare lecito ricondurre alla stessa categoria il fenomeno della c.d. esecutorietà degli atti amministrativi, i poteri di polizia demaniale o la possibilità di emettere ingiunzioni di pagamento capaci di valere, di per sé, quale titolo esecutivo, pur senza essere *asseverati* dal giudice.

Pare meno scontato, invece, che costituisca una vera e propria forma di autotutela (decisoria) l'ipotesi in cui l'amministrazione caduchi un proprio atto, evidentemente sul presupposto che esso possa danneggiarla.

Tanto più appare difficile sostenere tale asserzione, se si considera che il giudice che verrebbe a essere in tal modo sostituito e superato dall'autoannullamento, inteso come forma di autotutela, sarebbe il giudice amministrativo[\[v\]](#).

Davanti a quel giudice, infatti, le pubbliche amministrazioni non possono impugnare i propri provvedimenti[\[vi\]](#). Nell'autoannullamento, pertanto, non ricorrerebbe nessuno strumento utile a farsi giustizia in sostituzione dell'ordinario rimedio giurisdizionale, perché, a rigore, neppure sussisterebbe l'ipotesi alternativa che si vorrebbe, appunto, superare. Mancando la sostitutività dello strumento, pertanto, non sarebbe neppure possibile parlare di autotutela in senso proprio [\[vii\]](#).

Il secondo schieramento posto a fondamento del potere di autoannullamento, invece, era quello che fondava il potere di annullamento su un'esigenza di tutela degli interessi affidati alle cure della pubblica amministrazione[\[viii\]](#).

A ben vedere, però, anche questa seconda prospettiva non era, forse, del tutto convincente.

La medesima, infatti, pur essendo utile a dimostrare le ragioni dell'atto di secondo grado, non giustificava, in assenza di una norma di legge che lo prevedesse, l'attribuzione del potere.

Adducere inconveniens non est solvere argumentum ed è difficile sostenere che, una volta che la legge abbia affidato un dato interesse alle cure dell'autorità amministrativa, questo debba comportare anche l'attribuzione di tutti gli strumenti necessari a raggiungerlo.

Tanto più questa conclusione sembrava problematica, proprio perché chi sostenne la medesima tesi fu del tutto esplicito nell'affermare che il potere di autoannullamento andrebbe tenuto distinto dal potere esercitato con l'atto di primo grado[\[ix\]](#).

Vi è stata, per la verità, anche una terza impostazione, alla quale lo stesso N. Bassi sembra avere aderito e che, appunto, giustificava l'esistenza del potere di autoannullamento identificandolo nello stesso potere esercitato con l'atto da annullarsi[\[x\]](#).

L'attribuzione del potere di emanare il provvedimento di espropriazione per pubblica utilità implicherebbe, secondo questa tesi, anche l'attribuzione del potere di farlo venire meno. Il potere sarebbe il medesimo, ancorché esercitato in un verso opposto, facendo venire meno tutto ciò che l'atto di primo grado ha costituito.

2. Il dibattito successivo alla riforma portata nel 2005 alla legge generale sul procedimento.

Dopo l'introduzione, nel 2005, dell'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, in ogni caso, il problema del fondamento del potere di autoannullamento è sembrato superato[\[xi\]](#). Non vi è stata più la necessità di reperirne la fonte, perché il potere di autoannullare gli atti amministrativi, finalmente, è stato positivamente previsto dalla legge.

Che si tratti del medesimo potere, di un potere diverso o di una espressione del principio generale di autotutela, la questione della sua titolarità sembrerebbe essere diventata, in tal modo, secondaria.

Per questi motivi, a partire da quella riforma, il dibattito si è orientato verso altri temi e, più specificamente, verso quelli inerenti all'individuazione dei limiti, funzionali e cronologici, relativi all'esercizio del potere di annullamento di ufficio[\[xii\]](#).

Viceversa, se il problema dell'attribuzione del potere di intervenire in secondo grado è talora riemerso, questo è avvenuto in modo quasi tangente e con riguardo al collegato, ma distinto, tema della c.d. «inesauribilità del potere»[\[xiii\]](#).

In tal senso, però, non si è più discusso circa la norma idonea a conferire il potere di autoannullare e circa l'essenza del potere stesso. L'indagine, piuttosto, si è orientata verso l'esistenza di una diversa norma o di diversi presupposti[\[xiv\]](#) che, a far data da un certo momento, lo possano estinguere.

Oggi, tuttavia, il vecchio problema dell'identificazione del potere di annullamento riemerge nel passaggio che si è citato della sentenza della Corte, la quale è ben ferma nel tenere distinto quel medesimo potere da quello esercitato con l'atto annullato.

Se ne trae, qui, spunto, perché tornare sul tema, sia pure con alcune riflessioni solo impressionistiche, non è forse una mera questione di puntiglio.

In effetti, la definizione di qual sia il potere di annullamento non si limita, forse, ai soli rapporti che corrono tra detta misura e il principio di tipicità dei provvedimenti (così come il problema si era originariamente posto), potendo giustificare alcune conseguenze ulteriori, e sistematiche, persino sul rapporto tra il cittadino e l'autorità.

3. La nozione assunta di potere giuridico.

Per cercare di comprendere se vi sia identità tra il potere di annullamento e il potere esercitato con l'atto da annullarsi, qui si propone, dunque, di seguire un percorso, per così dire, *strutturale*, muovendo da una preliminare nozione di *potere*, che s'intende assumere per presupposta.

Si vuole, così, seguirne la definizione classica, quale fu offerta, tra gli altri, da Giovanni Miele[\[xv\]](#), secondo cui il potere è la forza di produrre o di concorrere a produrre effetti giuridici.

Come tale, secondo una prospettiva che già si è cercato di sostenere in altra sede (alla quale si rimanda per gli opportuni richiami di letteratura[\[xvi\]](#)), il potere non è di per sé una situazione giuridica soggettiva[\[xvii\]](#), se per tale s'intende uno strumento di valutazione della conformità o della difformità a legge di un dato comportamento.

Esso, piuttosto, può costituire il *contenuto* di una situazione giuridica soggettiva (sia essa di libertà, sia essa di doverosità) e si risolve in un giudizio, non tanto di conformità a legge di un comportamento (vale a dire di liceità o di illiceità; di legittimità o di illegittimità), quanto sull'esistenza giuridica del medesimo comportamento.

Il potere, infatti, si esercita con una condotta tipica, che è data dall'atto giuridico. In tanto l'atto giuridico può dirsi esistente in quanto chi lo assume abbia il potere di adottarlo. Viceversa, mancando la forza non può venire a costituirsi l'atto. In assenza della titolarità del potere, il suo *esercizio* - più correttamente: il *simulacro* del suo esercizio - si risolve, infatti, in una mera condotta materiale. Detta condotta, quindi, è una mera *apparenza* di atto giuridico e, di per sé, è incapace di essere fonte di qualsiasi effetto.

Se il potere sussistesse, quella condotta materiale ne costituirebbe la *forma* (1325 c.c.); in assenza del potere, essa si risolve in una mera modificaione della realtà fenomenica, in quanto tale irrilevante come fonte di modificaione giuridica.

L'atto giuridico, infatti, è, a sua volta, fonte *diretta* di effetti giuridici (a differenza di quel che in passato veniva definito «fatto giuridico in senso stretto», ma che forse sarebbe più appropriato definire «fattispecie giuridicamente rilevante» o «fattispecie presupposta», che ne è, invece, fonte indiretta, facendo sì che l'atto a cui esso è collegato si attivi nella produzione giuridica [\[xviii\]](#)).

A questi primi rilievi, necessari a impostare le basi da cui ci si muove, può aggiungersi che il potere può assumere varie *intensità*, secondo il distinto modo con cui la forza che esso esprime è in grado di applicarsi.

Queste diverse intensità non rispondono a canoni di teoria generale del diritto; esse rispondono, piuttosto, a quello che la disciplina di diritto positivo è in grado di escogitare.

Accanto a poteri *autoritativi* (nel cui canone rientrano anche quelli che danno luogo al provvedimento amministrativo), capaci di imporsi, con i loro effetti, anche sui terzi, indipendentemente dalla loro volontà e nonostante la loro eventuale opposizione, vi sono poteri *paritari*, in cui la produzione giuridica si verifica solo se due o più distinte forze giuridiche vi collaborino attivamente, in ragione del loro congiunto e coordinato esercizio. In quest'ultima categoria rientra tradizionalmente, dunque, il contratto civilistico o l'accordo di diritto pubblico (art. 11. l. 7 agosto 1990, n. 241).

Ancora, vi sono atti che riescono a produrre effetti unilateralemente sui terzi, ma che si distinguono da quelli autoritativi propriamente detti, perché, pur essendo caratterizzati dalla stessa *forza*, godono, tuttavia, di un *minor valore*, cioè di una minore attitudine a resistere alle sollecitazioni a sé esterne. Anch'essi, dunque, sono in grado di produrre i propri effetti indipendentemente dall'assenso dei loro destinatari, ma i medesimi effetti, pur quando si siano già prodotti, possono venir meno se vi si opponga la semplice volontà contraria del loro destinatario (senza che sia necessario l'intervento di una autorità terza - il giudice - che li caduchi).

Così è, nel diritto civile, per il legatario che volesse rinunciare alla relativa istituzione (art. 649 c.c.).

Altrettanto sembra valere, nel diritto amministrativo, per il c.d. atto amministrativo paritetico. La determinazione dell'indennità di esproprio fa sorgere, in capo al suo destinatario, il diritto al pagamento della somma di denaro, secondo l'ammontare stabilito con la medesima. Ma è sufficiente che l'espropriando vi si opponga (sia pure entro i termini di legge), perché la determinazione perda i propri effetti. Prova ne sia che il connesso giudizio di opposizione alla stima, quale si celebra davanti alla Corte d'appello, non riguarda la validità in sé dell'atto di

determinazione dell'indennità, ma concerne l'accertamento dell'esistenza o dell'inesistenza del diritto all'indennità e l'accertamento del suo ammontare (che, in astratto, potrebbe risultare anche inferiore a quello precedentemente determinato dall'autorità amministrativa[\[xix\]](#)).

Questi, peraltro, sono solo alcuni esempi della diversa intensità del potere. Se ne potrebbero, invero, indicare ulteriori categorie (si pensi, ad esempio, all'aggiudicazione di un appalto, che non produce effetti, se impugnata, fino alla trattazione della domanda cautelare o al caso, non del tutto equiparabile, in cui la contestazione giurisdizionale di un certo atto - come avviene per le sanzioni disciplinari dei Consigli di disciplina forensi o degli Ordini delle professioni sanitarie o, nei giudizi di responsabilità, per le sentenze di condanna in primo grado della Corte dei conti - non produce effetti in pendenza dell'impugnazione).

In un certo senso, la diversa intensità del potere dipende dalla *fantasia* del legislatore, che può descriverla come gli sembra più congruo.

Il legislatore, tuttavia, non può modificare la nozione di potere in sé, perché, questa sì, è una categoria propria della teoria generale e che, in quanto tale, dal diritto positivo è presupposta. Essa raggruppa, quindi, tutte le forze giuridiche, indipendentemente dalla loro diversa intensità.

Resta così un ultimo aspetto da indicare, in questa estrema sintesi, per definire la nozione di potere giuridico che s'intende seguire. Vale a dire il modo con cui sia possibile distinguere un potere da un altro.

Se, tuttavia, si assume che il potere è la forza di produrre effetti giuridici, la soluzione è scontata: le forze si differenziano tra di loro in ragione dei diversi effetti che esse sono in grado di produrre.

Il potere correlato al provvedimento di espropriazione per pubblica utilità, pertanto, s'identifica perché il suo esercizio comporta la perdita del diritto di proprietà (o di altro diritto reale) in capo a un dato soggetto e perché ne comporta il trasferimento ad altri; il potere esercitato con il permesso di costruire s'identifica perché esso attribuisce in capo a taluno lo *ius aedificandi*[\[xx\]](#); il potere a cui riferisce la licenza di porto d'arma si distingue perché esso riconosce a chi ne sia destinatario il diritto soggettivo di tenere con sé un'arma anche nei luoghi pubblici.

4. Impossibilità d'identificare il potere di annullamento d'ufficio con il potere esercitato nel primo grado di azione amministrativa, ove si muova da una concezione di annullamento inteso come figura complessa di carattere ricostruttivo del regime giuridico demolito dall'attività amministrativa.

Date queste premesse, si può, a questo punto, verificare se il provvedimento di espropriazione sia lo stesso potere che viene esercitato quando quell'espropriazione venga autoannullata.

A giudizio di chi scrive - in sostanziale accordo con quanto evidenziato dalla Corte costituzionale - la risposta non può che essere negativa.

Naturalmente, anche al fine di giustificare tale asserzione, occorre stabilire delle (ulteriori) premesse e indicare che cosa si debba intendere per annullamento.

È noto che, secondo la teoria comunemente accettata, l'annullamento costituirebbe una sorta di *ammissione reale di carattere negativo*.

L'annullamento sarebbe, appunto, *reale* perché non inerirebbe a un soggetto, ma a una *cosa*: l'atto giuridico da annullare.

L'annullamento sarebbe per di più una ammissione negativa, perché esso (anziché fare acquistare) farebbe perdere al suo oggetto (vale a dire, l'atto giuridico), una qualità (o una rilevanza) giuridica.

Per effetto dell'annullamento, l'atto annullato perderebbe, dunque, la qualità stessa di atto e quindi di fonte diretta di effetti giuridici^[xxi]. Un tanto, per di più, avverrebbe con conseguenze retroattive, sicché si dovrebbe dire dell'atto, una volta annullato, che esso non è mai esistito.

La caducazione degli effetti prodotti da quell'atto sarebbe, così, una conseguenza indiretta di tale operazione. Se, infatti, a causa dell'annullamento, si dovesse ritenerе l'atto come non mai esistito, esso non potrebbe aver prodotto alcun effetto giuridico neppure per il passato.

Si ritiene, però, che detta nozione di annullamento non possa essere accettata.

A renderla problematica, infatti, è proprio quel carattere di retroattività che essa implica.

Anzi, per essere più precisi, è proprio il concetto stesso di retroattività a risultare ambiguo.

Come è stato, in un certo qual modo, già notato in letteratura^[xxii], infatti, il concetto di retroattività è metaforico e, per quanto pare doversi sostenere in questa sede, non può essere concepito alla stregua di una *vera* produzione di effetti giuridici nel passato.

Non che tale produzione non sia concepibile, in una *realtà* (quale è quella del *mondo del diritto*) solo razionalistica e puro frutto della mente umana^[xxiii]. In quanto tale, la ragione ben può concepire, che, in un *mondo di fantasia*, si possano alterare anche i *fatti* del passato.

Il punto è che quel *mondo di fantasia*, che è appunto il diritto, vale a regolare condotte umane, perché solo questo, a ben vedere, è lo scopo applicativo dell'intero sistema giuridico.

E le condotte umane, a loro volta, non si muovono che in un verso: dal presente verso il futuro, qualunque sia il significato proprio di *tempo*, di *presente* e di *futuro*[\[xxiv\]](#).

Pertanto, se davvero l'annullamento dell'espropriazione per pubblica utilità dovesse restituire il diritto di proprietà anche per il passato (sia pure attraverso il meccanismo del venir meno della rilevanza, propria dell'atto annullato, di fonte diretta di effetti giuridici), si dovrebbe concepire, allora, che davvero il soggetto che abbia subito la medesima espropriazione, una volta reintegrato nel suo diritto, potrebbe *tornare indietro nel passato* e goderne.

Perché questo è il diritto di proprietà nella sua essenza (come ogni altro diritto soggettivo in senso proprio). Esso è un diritto di godimento, una *libertas agendi*, che si attua primariamente attraverso facoltà, vale a dire attraverso comportamenti materiali[\[xxv\]](#).

Ma se questa è l'essenza del diritto soggettivo, allora non è possibile sostenere che l'annullamento dell'espropriazione ne restituisca la titolarità nel passato, perché *in praeteritu non vivitur*. L'uomo non può più godere, in quel passato ormai irrimediabilmente trascorso, del bene e del diritto sacrificati dal provvedimento amministrativo (quando pure quest'ultimo sia stato annullato).

Né ha senso avanzare che il diritto verrebbe restituito dall'annullamento per il passato alla stregua di una mera potenzialità, quasi a significare che, se il destinatario del provvedimento annullato fosse davvero in grado di tornare indietro nel tempo, allora egli potrebbe effettivamente godere del diritto ripristinato.

L'irrealizzabilità di questa prospettiva rende non praticabile anche questa ipotesi, cosicché sembra più *economico* affermare che chi è stato espropriato e veda poi annullato il relativo provvedimento non ottiene l'*effettiva* restituzione del diritto per il tempo che è stato.

Cosa intendiamo sostenere, pertanto, quando diciamo che l'annullamento sarebbe *retroattivo*?

Sembra, a parere di chi scrive, che questo sia un modo sintetico, ma metaforico, per affermare che, una volta pronunciato l'annullamento (e da quel momento in poi), chi è stato destinatario degli effetti di un determinato provvedimento amministrativo si debba trovare nella stessa situazione giuridica in cui egli si sarebbe trovato se il provvedimento caducato non fosse stato mai emanato.

Il che si risolve in un duplice effetto dell'annullamento: per il futuro (avendo sempre a mente l'esempio dell'annullamento dell'espropriazione), la proprietà viene, effettivamente e giuridicamente, restituita (sì che all'«espropriato-annullato» è consentito di tornare a godere del bene).

Quanto al passato, invece, vengono riconosciute quelle medesime situazioni giuridiche soggettive che oggi spetterebbero a chi ha subito l'espropriazione se egli non fosse mai stato espropriato e, tra queste, in primo luogo, il diritto soggettivo all'eventuale risarcimento del danno.

Si tratta, dunque, di situazioni giuridiche soggettive diverse da quelle su cui ha inciso il provvedimento di primo grado e, per di più, si tratta di situazioni giuridiche di tipo dipendente, che si definiscono tali perché la loro esistenza trova normalmente titolo nel fatto di essere già titolari di un diritto presupposto.

Nel caso in esame, detto «diritto-titolo» è il medesimo diritto che è stato, appunto, sacrificato dal provvedimento amministrativo di primo grado.

In ragione dell'annullamento, tuttavia, queste situazioni dipendenti trovano un *titolo alternativo* (ai fini costitutivi della loro esistenza) nell'annullamento stesso (sicché esse, nel processo, vengono definite alla stregua dei *diritti patrimoniali consequenziali*).

Da tutto questo sembra lecito inferire che gli effetti dell'annullamento sono disomogenei e non unitari.

Quanto agli effetti per il futuro, l'annullamento opera facendo davvero venir meno gli effetti dell'atto annullato (ma non l'atto stesso, la cui esistenza giuridica rimane conservata), sì da restituire il diritto eliminato dall'atto di primo grado.

Quanto al passato, l'annullamento *si sostituisce* al medesimo diritto estinto dall'atto amministrativo di primo grado (*rectius*: si sostituisce al fatto di essere titolari del diritto estinto), quale titolo alternativo (ma equipollente) per la produzione del complessivo regime che, rispetto a quel diritto, è normalmente collegato e dipendente, ma che, proprio per questo motivo, se ne distingue.

Se si vuole concordare su questa ricostruzione, è gioco-forza riconoscere che il potere esercitato con l'annullamento non può essere lo stesso potere esercitato (sia pure in senso contrario) con l'atto da annullarsi, perché gli effetti che ne derivano sono, almeno parzialmente, diversi.

Se, più in particolare, si può sostenere che vi sia identità di effetti per il futuro (l'annullamento, a tal fine, restituisce il diritto che l'atto annullato ha estinto), altrettanto non può dirsi per i cosiddetti effetti retroattivi, i quali si risolvono nell'attribuzione, nel tempo presente, di situazioni giuridiche diverse da quelle su cui il provvedimento di primo grado ha inciso.

In un certo senso, guardando sempre al passato, l'annullamento non ha carattere demolitivo dell'atto di primo grado.

Esso si risolve, se mai, in una complessa operazione di *ricostruzione* del regime che, piuttosto, è stato proprio l'atto amministrativo di primo grado a demolire [\[xxvi\]](#).

E, per ragioni di identità strutturale tra le due figure, tale conclusione deve ripetersi anche con riguardo all'annullamento giurisdizionale, con tutto ciò che questo implica, in termini istituzionali, circa l'incidenza della sentenza del giudice amministrativo sulla sfera del Potere Esecutivo.

5. Impossibilità di identificare il potere di annullamento d'ufficio con il potere esercitato nel primo grado di azione amministrativo, ove si muova da una concezione di annullamento inteso come strumento idoneo a rimuovere la qualità di atto giuridico dal provvedimento annullato.

Una analoga conclusione, circa la distinzione tra il potere di annullamento e il potere esercitato con l'atto annullato dovrebbe essere raggiunta, peraltro, anche se s'intendesse seguire la tesi classica e persistere nel sostenere che l'annullamento eliminerebbe una qualità giuridica, rendendo, per il passato, nullo un atto fino a quel momento esistente.

Seguendo tale ipotesi, in effetti, è ancora più semplice negare che sussista identità tra i due poteri, perché essi si dimostrano essere integralmente distinti.

Dire, infatti, che l'annullamento impedisce all'espropriazione di essere considerata tale non equivale a dire che l'annullamento incide direttamente sui diritti dell'espropriato o del beneficiario. Tali diritti, come si è detto, vengono incisi dall'annullamento solo in via indiretta, attraverso la preliminare eliminazione del provvedimento e, più precisamente, della qualità giuridica che lo identifica come tale.

Di contro, è sui diritti dell'espropriato e del beneficiario che si riflette direttamente l'atto di primo grado, il quale, per poter così agire, dà per presupposta la propria esistenza (e quindi la propria rilevanza di atto), sulla quale esso non è in grado di incidere, perché ne costituisce l'espressione e perché non può darsi causa da sé.

La rilevanza giuridica dell'atto (cioè, la sua esistenza), a ben vedere, dipende dalla norma (di relazione) attributiva del potere di emanarlo. Ma altro è attribuire un potere e affermare che con il suo esercizio una determinata condotta vale come atto; altro è considerare le conseguenze giuridiche che dall'esercizio di quel potere derivano. Unificare i due piani equivale a confondere la causa con l'effetto[xxvii].

Anche seguendo questo percorso, pertanto, il potere di annullare l'atto e il potere esercitato con l'atto annullato non potrebbero identificarsi, perché si dovrebbe ugualmente concludere che i due atti producono conseguenze giuridiche totalmente diverse: il primo opererebbe su qualità giuridiche proprie dell'atto che ne è oggetto; il secondo opererebbe, invece, sul regime sostanziale dei suoi destinatari[xxviii].

6. Esame dell'ipotesi per cui l'annullamento d'ufficio e l'atto annullato sarebbero accomunati da un'identità di funzione.

Per quanto fin qui sostenuto, è, a questo punto, possibile ipotizzare che, quando si è affermato (in ossequio al principio del *contrarius actus*) che i due poteri coinciderebbero, si sia inteso, in realtà, sostenere una cosa piuttosto diversa.

In effetti, la terminologia tecnica (negli studi amministrativistici, in particolare) non è sempre assistita da una fortunata omogeneità, il che rende, talvolta, difficoltoso il dialogo tra chi si occupa della disciplina. Questo, talvolta, rende necessario, come si è ritenuto opportuno operare anche nel presente studio, chiarire preliminarmente a che cosa ci si riferisca, quando si impiegano determinati concetti.

Se, dunque, pare lecito ammettere una sorta di contaminazione terminologica, allora non è azzardato valutare che, quando si parla di identità tra l'annullamento e l'atto annullato, si voglia riferirsi più che al concetto proprio di potere, a quello, distinto eppure non troppo lontano, di *funzione*.

Vale a dire, allo scopo doveroso a cui quel potere è preordinato e che è definito dalla legge in forma ora del tutto rigida e predeterminata (quando il provvedimento sia integralmente vincolato), ora delegata (ma pur sempre non libera, quando l'atto debba essere preceduto da una qualche forma di discrezionalità, sia nella forma pura, sia nella forma tecnica, il cui risultato, attraverso la figura dell'autolimite, costituisce la funzione del caso concreto)[xxix].

Se si ammette questa ipotesi, il problema dell'identità tra i due provvedimenti si trasferisce dal piano del rispetto del principio di tipicità (che sottintende identità di poteri) a quello del rispetto

del principio di nominatività (che sottintende, appunto, identità di funzione).

In questo senso, l'identità tra i due atti si tradurrebbe, altresì, nel considerare che gli stessi (doverosi) interessi affidati alla cura della pubblica amministrazione con il potere di emanare l'atto di primo grado si ripresenterebbero, per tornare a essere presi in considerazione, quando l'autorità amministrativa procedesse ad autoannullarlo.

Così come una espropriazione di pubblica utilità perseguirebbe, se legittima, la funzione di realizzare un'opera pubblica, allo stesso modo l'autoannullamento, eliminando l'espropriazione illegittima, perseguirebbe (in senso contrario) la stessa funzione e gli stessi interessi. In particolare, perseguirebbe lo scopo d'impedire la realizzazione di un'opera pubblica, quando essa non fosse sostenuta dai crismi della legalità e quindi non fosse normativamente giustificata.

Se, pertanto, si accettasse questa diversa prospettiva, sembrerebbero, allora, pertinenti le già riferite impostazioni che collegavano il potere di autoannullamento alla cura degli interessi affidati all'autorità amministrativa e, in un certo senso, anche quelle che riconducevano l'istituto nel fenomeno dell'autotutela.

Ma, vale ribadire, tale adesione viene qui protestata non senza le opportune specificazioni, perché entrambe le tesi contribuiscono a evidenziare i *motivi* dell'autoannullamento, ma non riescono a dimostrare che a identità di funzione debba corrispondere anche identità di potere esercitato.

7. Le tesi risalenti a favore del carattere vincolato dell'annullamento d'ufficio.

Tuttavia, anche questa conclusione, che sposta l'identità dal potere alla funzione, è forse meno certa di quel che, ad un primo scrutinio, potrebbe sembrare.

Secondo la tradizione, Enrico Guicciardi (il fondatore della scuola a cui ci s'ispira) sosteneva, nelle conversazioni con i suoi allievi diretti [xxx], che il primo e assorbente interesse, di cui l'autorità amministrativa avrebbe dovuto tenere conto in sede di annullamento d'ufficio, sarebbe stato quello del rispetto della legalità della propria azione. Pertanto, egli escludeva che l'autoannullamento potesse essere discrezionale. Se illegittimo, l'atto *avrebbe dovuto* essere autoannullato, senza tener conto di nessun altro rilievo.

La tesi, peraltro, non era affatto nuova, posto che era stata avanzata, per diretta conseguenza applicativa del principio di legalità, anche da Vincenzo Romanelli [xxxi].

Nella medesima tesi, peraltro, non si deve ravvisare una semplice, e quasi retorica, esaltazione del normativismo. Ad essa sottostanno, forse, ragioni di garanzia indiretta dei privati. Per il momento, però, non si ritiene opportuno approfondire la questione, che verrà, invece, affrontata a breve, giacché essa concorrerà a formare le conclusioni a cui s'intende pervenire.

Per chi seguisse una tale concezione, in ogni caso, non sarebbe difficile affermare che vi sia identità di funzione tra l'atto annullato e l'atto di annullamento.

Poiché non è dato ingresso, al momento della assunzione del provvedimento di secondo grado, ad interessi esogeni rispetto a quelli da considerarsi in occasione dell'emanazione dell'atto di primo grado, le finalità perseguitate con entrambi gli atti non potrebbero essere diverse.

Secondo la costruzione di Guicciardi e di Romanelli, non si potrebbe ipotizzare un atto che, ponendo rimedio a una illegittimità già compiuta, sia in grado di esorbitare dalla funzione assegnata all'autorità amministrativa. In effetti, il ripristino della legalità implica di per sé anche il rispetto della norma che detta la funzione del provvedimento e non è concepibile che l'amministrazione che, così intenda agire, se ne possa distaccare.

Per converso, il divieto di autoannullare un provvedimento legittimo sarebbe ugualmente coerente con una concezione identitaria della funzione tra i due atti, giacché, se il provvedimento di primo grado non fosse viziato, esso, per necessità, perseguirebbe correttamente la funzione amministrativa istituzionale, cosicché, a caducarlo, si finirebbe per impedire che la medesima venga correttamente perseguita.

8. Maggiore ampiezza della funzione esercitata in sede di annullamento d'ufficio rispetto a quella esercitata con l'atto amministrativo di primo grado. Carattere innominato dell'annullamento d'ufficio e impossibilità d'identificare la funzione del medesimo annullamento con la funzione a cui soggiace l'atto da annullare.

Già ai tempi in cui E. Guicciardi esponeva queste idee era, tuttavia, prevalente la tesi opposta, favorevole alla discrezionalità dell'autoannullamento [[xxxii](#)].

Questa diversa opinione, oggi, non può più essere contestata, perché anch'essa è stata recepita dal diritto positivo il quale, all'art. 21 *nonies* della legge sul procedimento, stabilisce (come ben si sa) che l'autoannullamento può essere pronunciato solo «sussistendone le ragioni di interesse pubblico» e «tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati».

A circoscrivere il potere di annullare, compaiono, così, diversi interessi privati, potenzialmente contrapposti e, in particolare, quello del destinatario degli effetti favorevoli dell'atto (sì da doversi ravvisare una sorta di tutela dell'affidamento).

Compare, inoltre, un interesse pubblico, il quale non è necessariamente coincidente con l'interesse pubblico primario a cui sovrintende l'atto di primo grado.

Questo interesse, infatti, viene definito *pubblico* dalla legge perché esso è, genericamente, *di utilità* per l'autorità amministrativa e non perché esso coincida con la finalità a cui deve rispondere l'atto di primo grado[xxxiii].

Se diversamente fosse, invero, non vi sarebbe la necessità di prevederne la valutazione giacché essa, in un parametro di valutazione della legittimità generale dell'atto di primo grado, dovrebbe essere assunta *in re ipsa*: un annullamento che non ne tenesse conto sarebbe, infatti, esso stesso invalido per eccesso di potere.

Attraverso la necessità di tenere conto di questi interessi, privati e pubblici, si è, così, compiuta un'implementazione della funzione propria dell'atto di annullamento, che porta a considerare questa medesima funzione più estesa di quella a cui è consegnato il provvedimento di primo grado. Detta funzione, infatti, è il risultato di una valutazione discrezionale, la quale deve considerare una congerie di interessi di per sé non valutabili in primo grado.

Si potrebbe, anzi, rilevare che siffatta estensione della funzione perseguita con l'annullamento è forse fin troppo ampia. Non solo in quella parte in cui si rende necessario tenere conto dei, quasi sempre individuabili, interessi dei privati. Ma soprattutto per quel che attiene alla necessità di tenere conto di interessi pubblici i quali, per il modo generico con cui essi vengono normativamente descritti, potrebbero avere il contenuto più vario e indeterminato[xxxiv].

Di fatto, il potere di annullamento rischia di essere, quindi, un provvedimento che non risponde al principio di nominatività, perché i fini a cui esso sovrintende sono rappresentati da interessi pubblici non puntualmente predeterminati dalla legge o comunque non facilmente ricostruibili sulla sua scorta.

Per tutte queste ragioni, diventa difficile sostenere che, anche sotto il profilo funzionale, si possa parlare di identità tra l'atto di primo e l'atto di secondo grado.

In effetti, l'atto di primo grado potrebbe persino risultare vincolato sotto ogni profilo, cosicché, perché la sua funzione sia correttamente perseguita, l'autorità amministrativa sarebbe tenuta a verificare solo l'esistenza dei presupposti di fatto rigidamente e obiettivamente dettati dalla

legge.

Non di meno, nel secondo grado dell'azione amministrativa, l'azione muterebbe e da vincolata diventerebbe discrezionale. Non varrebbe più, dunque, l'ossequio dell'unico fine predeterminato in ogni suo aspetto dalla legge, ma s'imporrebbe una diversa funzione, data dal risultato di una valutazione comparativa tra questo medesimo fine e il generico *interesse pubblico* a cui l'art. 21 *nonies* si riferisce.

Pertanto, l'atto di primo grado totalmente vincolato, ove fosse emanato in difetto dei suoi presupposti di legge, potrebbe pur essere disfunzionale. Non di meno, se, in sede di riesame, dovesse prevalere il contrapposto e indeterminato *interesse pubblico*, esso non sarebbe annullato. Con il che, in definitiva, la stessa azione amministrativa nel suo complesso (quale risulterebbe dalla sommatoria dell'atto di primo grado e della decisione di non autoannullare) si rivelerebbe assunta in diffidenza dallo scopo per il quale la legge ha attribuito l'originario potere provvidenziale.

A non diverse conclusioni si dovrebbe, peraltro, pervenire quando pure l'atto di primo grado fosse, già in partenza, discrezionale. Ugualmente, in sede di riesame, assumerebbero rilievo interessi pubblici (e privati) diversi da quelli considerati dalla legge in occasione del suo primo intervento di amministrazione attiva, sì che, anche in tal caso, la funzione dell'atto di annullamento risulterebbe più ampia, e comunque distinta, da quella propria dell'atto da annullare.

Per quanto esposto, la funzione in concreto, viene, quindi, a mutare nel secondo grado dell'azione amministrativa.

Ivi, essa è il risultato, necessariamente, di una valutazione discrezionale in senso proprio (e quindi di una valutazione comparativa di interessi) ed è, per di più, il risultato di una valutazione discrezionale diversa da quella prevista ai fini dell'emanazione dell'atto di primo grado, come tale capace d'influenzare in modo altrettanto diverso gli scopi che l'amministrazione è chiamata in concreto a perseguire.

A causa di queste considerazioni, ci si dichiara, dunque, concordi con la sentenza della Corte costituzionale da cui ha preso spunto questo intervento anche per quanto concerne quel suo ulteriore passaggio in cui si dichiara che l'autoannullamento è assoggettato «a regole specifiche, quanto a presupposti, a disciplina procedimentale e a portata della discrezionalità di cui la funzione di autotutela è espressione».

9. L'annullamento d'ufficio come strumento di protezione di interessi privi di tutela giurisdizionale verso i vantaggi competitivi riconosciuti da un provvedimento amministrativo illegittimo per vizio della funzione. Rilievi sulla costituzionalità della disciplina legislativa dell'istituto.

Vi è, a questo punto, motivo per interrogarsi sulle ricadute della conclusione che ha portato a negare la non identità – sia di potere, sia di funzione - tra l'atto di annullamento e l'atto annullato.

A parere di chi scrive, dette conseguenze attengono al profilo delle tutele, perché è con esse (e con il sottostante principio di legalità) che si confronta l'introduzione di un provvedimento amministrativo sostanzialmente innominato, quale è oggi l'annullamento d'ufficio.

Le medesime conseguenze, tuttavia, non si colgono quando il provvedimento di primo grado abbia contenuto sfavorevole per il suo destinatario, per tale intendendosi il provvedimento che miri a demolire un preesistente diritto o, più generalmente, una preesistente situazione di vantaggio (quale è il caso, a cui è stato fatto più volte riferimento, di un provvedimento di esproprio).

In questa ipotesi, in effetti, l'ampliamento della funzione, che è propria dell'autoannullamento, non pregiudicherebbe in nessun modo le sorti di detto soggetto, ma solo per un motivo: perché a costui spetterebbe, comunque, la tutela giurisdizionale. Se, perciò, questa fosse invocata nel termine, l'atto viziato dovrebbe essere, in via di principio, annullato dal giudice in ragione della sua semplice illegittimità e senza tenere conto di emergenti, ulteriori e generici interessi pubblici o privati. L'annullamento giurisdizionale, infatti, non soffre, per sua natura, di alcun ampliamento di funzione.

A diverse conclusioni, invece, si deve pervenire quando il provvedimento di primo grado sia favorevole alle sorti del destinatario, senza che vi sia nessun altro soggetto leso in modo diretto dalla sua emanazione.

L'aspetto su cui s'intende richiamare l'attenzione attiene proprio al carattere diretto con cui un provvedimento favorevole è in grado di danneggiare i terzi.

Per meglio intendersi, il rilascio a favore di Tizio di una concessione di un bene pubblico o il provvedimento di aggiudicazione di un appalto ben potrebbe pregiudicare direttamente Caio, se questi ambisse a ottenere per sé i medesimi provvedimenti.

In questa circostanza, a Caio sarebbe ugualmente riconosciuta la tutela giurisdizionale (perché, non troppo diversamente dal caso dell'espropriaione [xxxv], il provvedimento sarebbe per lui sfavorevole) e il rimedio che l'ordinamento riconoscerebbe non sarebbe confinato nella speranza di ottenere dalla pubblica amministrazione un autoannullamento del provvedimento illegittimo, ma risiederebbe, ancora una volta, nella possibilità di ottenere la caducazione dal giudice sulla base di stretti parametri di legittimità.

Anche in questa ipotesi, pertanto, l'ampliamento della funzione esercitata in occasione dell'atto di riesame non sembra in grado di pregiudicare l'esistenza di una protezione del terzo.

A diverse conclusioni, invece, si deve pervenire quando un provvedimento sia favorevole in termini assoluti; quando, cioè, esso non leda nessun altro soggetto in modo diretto, personale e attuale.

Si pensi, ad esempio, al permesso edilizio con cui si autorizzi la costruzione di un condominio senza che vi sia nessuno che, avanzando questioni di *vicinitas*, possa dolersene. Allo stesso modo, nel caso in cui fosse rilasciata un'autorizzazione illegittima all'esportazione di un bene vincolato, non vi sarebbe nessun soggetto che, vantando una lesione diretta a un proprio bene della vita, possa contestarlo.

Più in generale, in tutte queste ipotesi (come in altre affini), non vi sarebbe nessuno che avrebbe titolo, interesse e legittimazione per impugnare il provvedimento di cui altri verrebbero a giovansi. Pertanto, non vi sarebbe neppure nessuno che potrebbe ottenere l'annullamento giurisdizionale dell'atto sulla base di una rigida ed esclusiva applicazione del diritto.

Questo, tuttavia, non significa che dall'emanaione di quel provvedimento favorevole non possano ugualmente emergere delle lesioni a soggetti terzi.

Si tratta, tuttavia, di lesioni indirette e più sfuggenti, alle quali la legge, per ragioni di economia del sistema, non riconosce protezione giurisdizionale, quand'anche esse fossero generate *contra legem*.

Non di meno, queste lesioni esistono e non possono essere del tutto trascurate.

Come si è ritenuto di sostenere in un precedente studio [xxxvi] - salvi i casi degli esoneri (a proposito dei quali preesiste non già un divieto, ma un dovere di attivarsi positivamente) e quelli delle pseudoautorizzazioni (che, attribuendo al privato un potere civilistico a lui altrimenti non imputabile, non presuppongono un divieto, giacché non ha nessun senso vietare quel che neppure può essere posto in essere) - ogni provvedimento amministrativo favorevole

presuppone un divieto generale stabilito dalla legge, rispetto al quale il medesimo provvedimento agisce *in deroga* e a favore di un singolo e individuato soggetto.

In tanto ha senso concepire un permesso di costruire, in quanto esista un preliminare divieto, stabilito con atto normativo generale, che impedisca a chiunque di edificare; in tanto ha senso autorizzare l'esportazione di un'opera d'arte, in quanto esista un divieto, altrettanto generale, di tenere tale condotta.

In assenza di questo preliminare divieto, non vi sarebbe, di contro, alcun bisogno di un provvedimento che intervenga autorizzando il singolo, perché l'attività sarebbe per tutti, *ab origine*, lecita.

Ma, se così è, si deve allora riconoscere che il rapporto tra il presupposto divieto legislativo e l'atto amministrativo capace di derogarvi è complesso e che il confine con la possibilità di suscitare posizioni di ingiustificato privilegio è presidiato solo dal rigido rispetto della funzione amministrativa che sottostà al provvedimento favorevole, sul postulato che la disciplina di legge che regola l'emanazione del medesimo provvedimento sia essa stessa giustificata e non irragionevole (art. 3 Cost.).

Se la deroga amministrativa fosse, dunque, assunta in modo legittimo e, soprattutto, in stretto ossequio alla funzione, essa sarebbe giustificata e il danno indiretto (se pure esistente) che subirebbero tutti coloro sui quali continuerebbe a gravare il divieto non potrebbe essere ritenuto meritevole di nessuna tutela, perché esso, per definizione, sarebbe avvenuto *secundum ius*.

Se, invece, così non fosse e se la deroga a favore del singolo fosse assunta in modo disfunzionale, allora essa si trasformerebbe in un ingiustificato *privilegio* a favore di quell'unico soggetto autorizzato rispetto a tutti gli altri che al medesimo, e presupposto, divieto generale continuano, invece, a soggiacere.

In questo rilievo, a ben vedere, riposa gran parte della differenza tra uno Stato di diritto e uno Stato assoluto. Il primo si fonda, a parità di condizioni e quindi di ragioni, su un'equivalenza di regime tra tutti i consociati; il secondo, invece, favorisce gli uni rispetto agli altri in ragione dell'arbitrio del principe.

Il privilegio ingiustificato a cui ora si fa cenno, peraltro, non si risolve solo in un'odiosa disparità di trattamento.

Quel soggetto che godesse di un'illegittima autorizzazione amministrativa (o di un altrettanto illegittimo titolo sostitutivo e di c.d. semplificazione) potrebbe, infatti, compiere quello che tutti

gli altri soggetti non possono fare (in quanto a loro vietato).

E tutto questo si tradurrebbe, quanto meno, in un'alterazione dei *mercati*, o, se si preferisce, delle *prospettive* dei singoli.

In altri termini, quel soggetto illegittimamente autorizzato verrebbe a godere *contra legem* di un *vantaggio competitivo*, tale da consentirgli di prevalere, successivamente, su eventuali *concorrenti*, anche solo futuri o potenziali.

Chi abbia ottenuto illegittimamente il permesso edilizio che gli consentisse la costruzione di un condominio – senza che nessuno abbia titolo per impugnarlo giurisdizionalmente – potrà, con il ricavato della vendita delle varie unità immobiliari, consolidarsi sul mercato e far propri i mezzi, anche economici, per riuscire più facilmente a imporsi anche in successive operazioni immobiliari o commerciali, a scapito dei competitori che dovessero, in quel momento, entrare con lui in contatto.

La lesione verso la generalità (intesa come somma di singoli individui), che verrebbe in tal modo a delinearsi non potrebbe, tuttavia, trovare tutela giurisdizionale, perché essa sarebbe diffusa e indeterminata.

Ne segue che l'unica sede in cui detta protezione può trovare una sorta di, pur minimo, riconoscimento è proprio quella interna alla stessa pubblica amministrazione e nei poteri di riesame che a questa sono riconosciuti [xxxvii](#).

Si tratta di una tutela minima, se ne conviene, perché essa è affidata a una rivalutazione della medesima autorità amministrativa, tanto nel caso in cui questa agisca d'ufficio, tanto in quello in cui agisca su impulso di un privato [xxxviii](#).

Pure, questa è l'unica tutela che oggi sussiste, perché anche la prospettiva (peraltro discutibile) che il provvedimento favorevole sia disapplicabile in sede di sindacato del giudice penale è confinata dall'esistenza, nel caso concreto, di una fattispecie penalisticamente rilevante [xxxix](#) e dai limiti in cui detta disapplicazione può trovare esplicazione, per lo più circoscritti a una sorta di fraudolenta collusione tra il beneficiario e gli amministratori.

Emerge così un ulteriore scopo – forse, effettivamente, lo scopo principale - a cui sovrintende il potere di annullamento d'ufficio.

Esso si pone, invero, come un, pur debole, presidio posto a tutela di quelle lesioni che sono prive di protezione giurisdizionale e che possono gravare sugli individui a causa degli ingiustificati

vantaggi che il rilascio di un provvedimento, favorevole e illegittimo, in capo ad altri suscita. Vantaggi che, alterando le pari opportunità dei consociati, finirebbero, in difetto anche di questa tutela, per creare ingiustificate, e del tutto irrimediabili, disparità di trattamento^[xli]. Come, peraltro, è già stato notato, l'annullamento d'ufficio, compromettendo l'atto di primo grado, incide sulla stabilità dei mercati: questo è indubbio^[xlii]. Tuttavia, questa sua attitudine non implica che esso leda o, comunque, non protegga i mercati stessi, la cui stabilità è un *valore*, a modo suo, relativo, ove essa sia frutto di posizioni indebitamente raggiunte. Se mai, pertanto, l'annullamento d'ufficio può contribuire a proteggere i mercati dalle proprie stesse distonie.

Si devono, così, rivalutare le già riferite opinioni di Romanelli e di Guicciardi, riconoscendo a loro un più profondo valore.

Lo stretto rispetto della legittimità - e di null'altro - che queste impostazioni invocavano risultava posto a tutela, a ben vedere, non tanto di uno sterile formalismo, quanto di interessi che, diversamente, non riuscirebbero a trovare nessuna protezione.

In altri termini, il potere di autoannullamento non deve essere confrontato solo con un generico e multiforme interesse pubblico alla stabilità dell'azione amministrativa o con l'affidamento del destinatario dell'atto annullato, ma anche con le aspettative di tutela dell'indifferenziata generalità dagli ingiustificati vantaggi competitivi attribuiti a un singolo.

Tanto più tali aspettative, peraltro, meritano protezione, perché esse coincidono con la funzione a cui sottostà l'atto amministrativo favorevole, la quale potrebbe risultare tradita, quando esso fosse stato illegittimamente emanato.

Tanto premesso, le conclusioni a cui sembra di doversi pervenire sono, a questo punto, consequenziali.

Una volta ancorato il potere di annullamento d'ufficio a una così ampia valutazione discrezionale, non resta che ammettere che anche questa debole forma di tutela della generalità indifferenziata è sostanzialmente decaduta o che, per lo meno, essa risulta fortemente indebolita.

Il provvedimento di primo grado potrebbe risultare del tutto illegittimo e del tutto irragionevole, ma, se non si riuscisse a superare l'ostacolo dell'innominato interesse pubblico all'annullamento (o quello dei contrapposti interessi privati), il medesimo provvedimento permarrebbe in vita e persisterebbe anche la correlata disparità di trattamento che esso avrebbe suscitato.

Con questo, non si vuole negare che - a fronte di talune illegittimità *formali* che nel primo grado di amministrazione attiva non siano state in grado d'incidere sul risultato provvidenziale, comunque inevitabile - un annullamento d'ufficio potrebbe risultare incongruo.

Da questo punto di vista, pertanto, l'estensione (art. 63, comma 1, d.l. 31 maggio 2021, n. 77) all'istituto dei limiti stabiliti dall'art. 21 *octies*, comma 2, l. 7 agosto 1990, n. 241, è forse più giustificata di quanto non sia l'applicazione diretta dei medesimi limiti all'annullamento giurisdizionale [\[xlii\]](#).

Ma, almeno nelle ipotesi in cui la ragione d'illegittimità riposi sul vizio della funzione, l'atto di riesame dovrebbe risultare doveroso [\[xliii\]](#), per proteggere dalle lesioni indirette che l'atto di primo grado è in grado di cagionare sulla sommatoria dei singoli individui che compongono la generalità [\[xliv\]](#).

Alla luce di queste considerazioni, dunque, si deve forse riflettere sulla ragionevolezza della soluzione a cui lo stesso legislatore ha dato seguito nel 2005, con l'ampliamento, in tal modo introdotto, della funzione dell'atto di secondo grado.

Detta soluzione impedisce l'annullamento dell'atto viziato anche nei casi in cui il provvedimento di primo grado sia viziato dall'eccesso di potere.

Anzi, proprio perché nelle ipotesi dell'art. 21 *octies*, comma 2, cit. l'annullamento è precluso in via generale, gli ulteriori limiti all'annullamento previsti dall'art. 21 *nonies* sembrano riferirsi anche ai casi in cui il provvedimento di primo grado possa risultare viziato sotto il profilo funzionale. Quando, invece, una tale conclusione dovrebbe ritenersi esclusa, per le ragioni appena sostenute.

In definitiva, impedire l'autoannullamento di un provvedimento viziato da eccesso di potere consente all'autorità amministrativa di agire in difformità dalla sua funzione e di stabilizzare gli effetti della sua disfunzionale azione.

L'irragionevolezza che viene così a emergere porta, pertanto, a chiedersi se la disciplina dell'art. 21 *nonies*, creando il descritto *deficit* di tutela, sia, prima ancora che opportuna, del tutto conforme al dettato costituzionale.

Una tale evenienza, tuttavia, sembra essere stata esclusa dalla stessa sentenza della Corte da cui ha preso lo spunto questo studio, perché essa ha negato l'illegittimità dell'art. 21 *nonies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, sia pure sotto il ristretto, ma collegato, profilo dell'inderogabilità del termine entro cui agire in secondo grado.

Eppure, proprio le premesse da cui questa sentenza muove (circa la non identità di potere e funzione) forse avrebbero dovuto portare ad opposti risultati.

Su un piano più generale, invece, si ritiene che sia più aderente alla Costituzione un dettato normativo che renda doveroso l'annullamento d'ufficio nei casi in cui l'atto di primo grado sia viziato per eccesso di potere, quando pure vi si oppongano altri interessi, pubblici o privati.

* È dovuto un ringraziamento a Giancarlo Capelli e a Antonio Cassatella per gli utili spunti alla formazione di questo studio che sono derivati dal confronto con loro.

[i] Già si riscontrano, a tale riguardo, i primi commenti: G. Strazza, *La Corte costituzionale definisce i limiti dell'annullamento d'ufficio (nota a prima lettura a Corte costituzionale 26 giugno 2025 n. 88)*, giustiziainsieme.it, 2025.

[ii] N. Bassi, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 379, s. Una non meno accurata ricostruzione dell'istituto, tuttavia, è stata fornita anche da M. Allena, *Potere pubblico e autotutela amministrativa - I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2018, 15 s.

[iii] È scontato il richiamo a F. Benvenuti, voce *Autotutela (dir. amm.)*, Enc. dir., IV, Milano, 1959, 453. In tempi più recenti, il tema è stato ripreso, seguendo la medesima prospettiva, da M. Silvestri, *Potere pubblico e autotutela amministrativa*

I rapporti tra la pubblica amministrazione e il cittadino nello specchio dell'annullamento d'ufficio, Torino, 2021.

[iv] G. Licugnana, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004, 37, ha tuttavia proposto, in tempi più recenti, una nozione di autotutela leggermente diverso, alla stregua di un potere per la risoluzione di un conflitto, avente ad oggetto un interesse giuridicamente rilevante, da parte dello stesso titolare di quell'interesse.

[v] Il problema è stato colto anche da M. Allena, *Potere pubblico*, cit., 16 s., ancorché l'A. arrivi a conclusioni contrarie a quelle qui esposte, giacché ne inverte, se ben si è inteso, lo stesso ragionamento sottostante: poiché l'autorità amministrativa non può rivolgersi al giudice, allora le deve essere riconosciuto il potere di autoannullare i propri atti.

[vi] Con l'eccezione, forse, del caso in cui l'autorità amministrativa intenda eccepire la nullità di un proprio provvedimento, secondo quanto previsto dall'art. 31, u.c., c.p.a., e ove si voglia

ravvisare in tale eccezione una sorta di sostanziale domanda giudiziale. Si consideri, in ogni caso, anche l'art. 33, comma 2, del testo unico del 1924, secondo il quale «Col preventivo assenso scritto di coloro ai quali il provvedimento direttamente si riferisce, può invece provocare la decisione del Consiglio di Stato in sede giurisdizionale. Ma se essi si rifiutino, si intenderà che vi abbiano rinunziato» (abrogato dal codice del 2010), a cui ha dava esecuzione l'art. 5 del regolamento del 1907 («Ove, entro trenta giorni da quello della notificazione dell'invito che sia stato fatto all'interessato, a termini dell'art. 25 11 della legge, questi non risponda all'autorità che ne ha promosso il consenso, s'intende che egli abbia rinunziato al diritto di ricorrere alla sezione giurisdizionale competente. Qualora l'interessato dichiari di accettare che l'affare sia deferito alla decisione della sezione predetta, l'autorità, entro trenta giorni dopo tale dichiarazione, invia gli atti alla segreteria della sezione stessa, dandone comunicazione agli interessati in forma amministrativa. Nel termine di altri trenta giorni dopo pervenuti gli atti alla segreteria, le parti possono presentare istanze, memorie e documenti»).

[vii] Questo si può sostenere, nonostante la stessa legge sul procedimento riconduca espressamente l'annullamento d'ufficio al genere dell'autotutela. Così, all'art. 14 *quater*, co. 2 («Le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione precedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*nonies*. Possono altresì sollecitarla, purché abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 14-*ter*, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-*quinquies*») e all'art. 20, co. 3 («Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*»). Ancora una volta, le classificazioni operate dal legislatore non possono essere ritenute vincolanti per l'interprete.

[viii] S. Romano – G. Miele, voce *Annullo degli atti amministrativi*, Noviss. Dig. it., I, 1, Torino, 1957, 644.

[ix] S. Romano – G. Miele, voce *Annullo*, cit., 642.

[x] G. Coraggio, *Annullo d'ufficio degli atti amministrativi*, Enc. giur., 1988, II, 4; A. Contieri, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 83, ma, a ben vedere, anche la prevalente manualistica.

[xi] R. Chieppa, voce *Provvedimenti di secondo grado*, Enc. dir. Ann., II -2, Milano, 2008, 914, s. Secondo M. Trimarchi, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, Dir. amm., 2016, 358, anzi, l'esplicita previsione dei provvedimenti di revoca e annullamento, contenuta nella legge sul procedimento, è indice di autonomia e distinzione dei poteri esercitati in primo grado.

[xii] Ci si permette soprattutto, di segnalare, tra i molti, gli studi di C. Napolitano, *Autotutela amministrativa: riflessioni su una figura ancipite*, Foro amm. – CdS., 2012, 2946 s.; G. Manfredi, *Il tempo è tiranno: l'autotutela*

nella legge Madia, Urb. e app., 2016, 5 s; C. P. Santacroce, *Annullo d'ufficio e tutela*

dell'affidamento dopo la legge n. 124 del 2015, Dir. e proc. amm., 2017, 1145, s.; Id. *Tempo e potere di riesame: l'insofferenza del giudice amministrativo alle «briglie» del legislatore*, federalismi.it, 2018

[xiii] M. Trimarchi, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, 145 s. 199 s. Il tema, peraltro, è stato affrontato dallo stesso A. anche nel saggio *Decisione amministrativa di secondo grado ed esaurimento del potere*, P.A. – Persona e Amministrazione, 2017, 192 s.

[xiv] L'indagine si è arricchita di recente anche grazie agli studi che si sono interessati dei poteri di secondo grado diversi dall'annullamento e, in particolare, del potere di riforma, la cui titolarità (benché sia agevole sostenere che vada identificata nel potere esercitato in primo grado, giacché la modifica dei suoi effetti sembra esserne effettiva esplicazione) sembrerebbe essere ostacolata, secondo una certa prospettiva, dagli effetti preclusivi dell'atto di primo grado alla riedizione del potere (questo, a sua volta, in ragione della impossibilità di riconoscere all'amministrazione una funzione abrogativa dei propri atti analoga a quella che riguarda gli atti normativi. Pertanto, la riforma presupporrebbe un annullamento degli effetti prodotti con l'atto di primo grado e solo in seguito a questa operazione, definita «complessa» il potere potrebbe tornare ad essere esercitato. V., così, N. Berti, *La modifica dei provvedimenti amministrativi*, Torino, 2022, 165 s.; Id., *Riforma e modifica del provvedimento amministrativo*, in *Dialoghi di diritto amministrativo lavori del laboratorio di diritto amministrativo 2022-2023*, a cura di Flaminia Aperio Bella, Andrea Carbone, Enrico Zampetti, Roma, 2024, 80.

[xv] G. Miele, *Potere, diritto soggettivo e interesse*, Riv. dir. comm., 1944, 116; G. Miele, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 45, s. Ma, già prima, E. Garbagnati, *La sostituzione processuale nel nuovo codice di procedura civile*, Milano, 1942, 116.

[xvi] F. Volpe, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004, 23 s.

[xvii] *Contra*, però, v. A. Motto, *Poteri sostanziali e tutela giurisdizionale*, Torino, 2012, 13 s. e, nella disciplina amministrativistica, A. Carbone, *Potere e situazioni soggettive nel diritto amministrativo- I. Situazioni giuridiche soggettive e modello procedurale di accertamento*, Torino, 2020, soprattutto 57 s.

[xviii] F. Volpe, *Norme di relazione*, cit., 111 s.

[xix] La giurisprudenza ravvisa dei limiti alla possibilità di pervenire a un accertamento dell'indennità secondo un ammontare inferiore a quello indicato nella determinazione amministrativa, ragionando tuttavia, in termini di ultrapetizione: se il giudice accertasse un ammontare inferiore violerebbe il principio di corrispondenza tra chiesto e pronunciato, perché la domanda dell'opponente è di per sé diretta a ottenere un riconoscimento più favorevole di quanto già assegnatogli. Così, ad esempio, Cass., I, 6 giugno 2019, 15414; Cass., I, 23 maggio 2014, n. 11503. Il che implica che, nel caso in cui il beneficiario dell'espropriazione introducesse una contrapposta domanda riconvenzionale, la possibilità che l'indennità sia inferiore a quella determinata potrebbe concretizzarsi.

[xx] Chi scrive riconosce la provocatorietà dell'esempio, persuaso come egli è (F. Volpe, *Considerazioni sulla tutela dello ius aedificandi*, Le Regioni, 1994, 222, s.) che, non potendosi distinguere tra titolarità e esercitabilità di una situazione giuridica soggettiva, non si possa più ritenere che lo *ius aedificandi* sia tutt'ora parte del contenuto del diritto dominicale.

[xxi] Anche in questo caso, il riferimento è scontato: E. C. Bartoli, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 32, s.; Id., voce *Annnullabilità e annullamento*, Enc. dir., II, 1958, 496. Il richiamo all'ammissione reale con effetti negativi, invece, è una rilettura operata da chi scrive della teoria di E.C.B.

[xxii] R. Quadri, *Dell'applicazione della legge in generale, Commentario del codice civile* (a cura di A. Scialoja – G.

Branca), Bologna – Roma, 1974, 81 s.

[xxiii] L'asserzione meriterebbe, da sola, una trattazione monografica per le questioni che essa implica e ci si limita qui a riferirla in questi troppo ristretti termini. Tuttavia, si è persuasi che il diritto sia una realtà immaginaria, costruita dalla mente dell'uomo. L'atto giuridico, il diritto soggettivo, l'effetto giuridico, la legge, il termine, le condizioni - tutti i concetti, insomma, propri

della teoria generale del diritto - non esistono, infatti, nella realtà fenomenica. Quanto meno, essi non sono percepibili in modo empirico. Come tali, essi sono solo il frutto dell'immaginazione umana che ne congettura l'esistenza in una realtà complessiva che è anch'essa frutto di immaginazione. A questa realtà di fantasia, peraltro, si riferiscono *modelli di funzionamento* che si ispirano alla realtà fenomenica. Parliamo, così, di *produzione* degli *effetti* (il che implica un rapporto di causalità); parliamo di *tempo* di svolgimento delle fattispecie giuridiche; parliamo di *esistenza* delle singole categorie, estendendo a questi concetti un significato assai simile a quello che siamo soliti riferire a quel che cogliamo con i sensi e con la ragione della realtà che ci circonda. Ma si tratta pur sempre di traslitterazioni e di metafore, a cui ricorriamo, a parere di chi scrive, essenzialmente per due motivi. In primo luogo, perché questo ci agevola nella costruzione del pensiero giuridico, perché vi applichiamo schemi mentali consueti. In secondo luogo, perché questo mondo di fantasia che il diritto deve poi essere utilizzato come strumento di qualificazione di condotte umane. Cosicché, in questo meccanismo applicativo, i modelli epistemologici e descrittivi generali sono di indiscutibile aiuto, perché più adatti a riferirsi alla realtà fenomenica a cui essi sono destinati a essere ricondotti.

[xxiv] Sono questi i temi su cui si è concentrata buona parte della metafisica degli ultimi due secoli, grazie agli apporti di Kierkegaard, Bergson, Heidegger (per citare solo alcuni dei filosofi più noti).

[xxv] Si consentirà di limitare i richiami allo studio del proprio maestro: F. Gullo, *Provvedimento e contratto nelle concessioni amministrative*, Padova, 1968, 42 s.

[xxvi] Una obiezione a questa ricostruzione potrebbe essere quella di considerare che essa non è in grado di applicarsi all'annullamento del rifiuto di provvedimento amministrativo favorevole. L'obiezione stessa viene contraddetta, tuttavia, dalla tesi, che sembra più convincente, secondo la quale l'annullamento (giurisdizionale) di un atto di rifiuto non sarebbe in realtà un vero e proprio atto di caducazione (giacché non sembra possibile ricondurre al rifiuto alcuna capacità di produrre effetti giuridici propri, da sé discendenti in quanto atto giuridico), ma si risolverebbe in un accertamento della perdurante esistenza (e del perdurante inadempimento) dell'obbligo di pronunciarsi sull'istanza che il privato abbia sollevato per ottenere il rilascio del provvedimento. Sul punto, da ultimo, S. Florian, *L'azione di adempimento tra rifiuto di provvedimento e silenzio dell'amministrazione*, Torino, 2022, 3 s. e *passim*.

[xxvii] Si rinvia a F. Volpe, *Norme di relazione*, cit., 80 s., per un più compiuto sviluppo del ragionamento.

[xxviii] La tesi dell'identità di potere sembra essere, tuttavia, stata ripresa, da ultimo, da A. Cassatella, *L'attività di secondo grado*, in *Trattato di diritto amministrativo*, 2- Attività, a cura di F. Caringella, R. Chieppa e B.G. Mattarella, Milano, 2025, 1096, nota 26, il quale, pur non contestando che il potere di annullamento si atteggi in modo diverso dal potere esercitato con l'atto di primo grado, ritiene che la norma attributiva sia la stessa, dipendendo la diversa conformazione della forza dalle necessarie contingenze dovute all'intercorso passaggio del tempo (e dell'emanazione del primo atto). Se ben si è compreso, tuttavia, questa tesi si inserisce nel solco di quella più generale tendenza che collega la titolarità del potere alla cura di un dato interesse, sicché a identità di interesse deriva anche identità di potere.

[xxix] Per non doversi ripetere quanto alla tesi qui esposta, ci si permette di rinviare ai propri precedenti studi: F. Volpe, *Discrezionalità tecnica e presupposti dell'atto amministrativo*, Dir. amm., 2008, 4, 791 s.; F. Volpe, *Il principio di nominatività*, in *Studi sui principi del diritto Amministrativo* (a cura di M. Renna e F. Saitta), Milano, 2012, p. 349 s.

[xxx] Ma, a ben vedere, non solo nelle conversazioni private: E. Guicciardi, *L'obbligo dell'autorità amministrativa di conformarsi al giudicato dei tribunali*, ora in *Studi di giustizia amministrativa*, Torino, 1968, 391.

[xxxi] V. M. Romanelli, *L'annullamento degli atti amministrativi*, Milano, 1939, 262 s. Ne dà conto anche G. Manfredi, *Annullo doveroso?*, P.A. – Persona e amministrazione, 2017, 387; 391.

[xxxii] Vi è chi, di recente, ha operato un'accurata ricostruzione storica del dibattito, sicché pare opportuno richiamare al già citato studio di G. Manfredi, *Annullo doveroso?*, cit., 386, c.

[xxxiii] L'idea di fondo, pertanto, è che l'autorità amministrativa possa tornare sui propri errori, ma solo se serve a qualcosa. Se non dovesse servire – a qualunque cosa dovesse servire – l'azione, benché illegittima, va lasciata così com'è.

[xxxiv] Spunti in questo senso si possono ricavare anche dallo studio di A. Cioffi, *Annullo d'ufficio e libertà economiche*, 2016, a suo tempo riportato nel sito istituzionale AIPDA e in diritto-amministrativo.org: «Il secondo cambiamento è nella natura dell'interesse. In questo caso, l'interesse non è più l'interesse pubblico specifico dell'amministrazione. È un'entità diversa: è interesse generale (...). L'interesse generale è diverso, perché è un'esigenza che non appartiene all'amministrazione, ma assume il peso di un'esigenza imperativa e di carattere generale. È il "motivo imperativo di interesse generale". È tipico del diritto europeo e discende dal diritto civile francese».

[xxxv] Per il vero, una differenza sussiste. Mentre, nel caso dell'espropriazione, il carattere sfavorevole discende in via diretta dalla perdita del diritto preesistente, nel caso dell'aggiudicazione, il provvedimento si dimostra sfavorevole verso l'offerente postergato non perché questi subisca la perdita di un diritto, ma perché l'attribuzione di un vantaggio esclusivo ad altri gli preclude, indirettamente, la possibilità di ottenerlo per sé. Dal punto di vista del solo offerente postergato, l'aggiudicazione, dunque, non è troppo dissimile a un rifiuto di provvedimento favorevole, pertanto. Ma essa si distingue dal rifiuto in senso proprio, perché non si esaurisce nel negare un vantaggio, aggiungendo un effetto giuridico ulteriore a favore di terzi. Per questo motivo, il *rifiuto* (dell'aggiudicazione) verso il postergato è atto giuridico in senso proprio e, come tale, può essere, altrettanto propriamente annullato.

[xxxvi] F. Volpe, *Ammissioni e autorizzazioni*, Torino, 2018, 11 s.

[xxxvii] Il punto sembra essere stato, implicitamente, colto anche da M. Silvestri, *Potere pubblico*, cit., 29 s., quando l'A. osserva che il progressivo allargamento della legittimazione processuale ha comportato un arretramento dell'istituto dell'annullamento d'ufficio.

[xxxviii] M. Allena, *L'annullamento*, cit., 56 s.; N. Acquarelli, *Contro la doverosità dell'annullamento d'ufficio*, Dir. pubb., 2022, 371 s.

[xxxix] Una tale prospettiva, invece, è esclusa quando la condotta assoggettata a titolo amministrativo sia, in sua assenza, sanzionata amministrativa, ai sensi della legge 24 novembre 1981, n. 689, stante che, in tale ipotesi, la sanzione è comminata direttamente, dall'autorità amministrativa, alla quale non po' essere riconosciuto il potere previsto dalla L.A.C. di disapplicare un provvedimento proprio o di altro ente pubblico.

[xl] Si potrebbe opporre (e, in effetti, mi è stato opposto in una conversazione sul tema di questo studio) che esistono altri interessi non protetti pienamente, ma che pure verrebbero lesi dall'annullamento e che non sono ricollegabili all'interesse proprio di chi si sia avvantaggiato direttamente degli effetti dell'atto favorevole. Riprendendo l'esempio di chi abbia ottenuto un permesso di costruire illegittimo che consenta all'imprenditore di erigere un condominio illegittimo, se è vero che il vantaggio competitivo che costui acquista sul mercato non merita forse protezione, altrettanto potrebbe non dirsi per chi abbia acquistato le unità immobiliari che si vadano o siano state costruite. In altri termini, anche dagli effetti *contra ius* che taluno gode possono sorgere situazioni giuridiche dipendenti e, per così dire, sempre incolpevoli. Sicché, avendo riguardo a queste posizioni, potrebbe sembrare non infondata una limitazione del potere

di autoannullamento. L'obiezione non è priva di valore, ma a parere di chi scrive essa deve essere superata a fronte del fatto che, da un lato, i titolari di queste situazioni dipendenti, talvolta, godono di altre protezioni giurisdizionali (quali ad esempio potrebbero essere date, sempre nell'esempio posto, dalla risoluzione del contratto o dalla tutela risarcitoria o *quanti minoris*); per altro verso, è capostipite di queste diverse situazioni dipendenti una loro genesi illegittima. Il che non si può ripetere per chi abbia a subire il danno della miglior posizione competitiva di cui altri goda. Dovendosi, dunque, confrontare le une con le altre, pare poziore quella che riconosce maggior evidenza a chi possa vantare una posizione *secundum legem*.

[xli] M. Trimarchi, *Stabilità* cit., *passim* e 356.

[xlvi] Anche in questo caso, si consenta, per brevità di argomentazione circa le proprie tesi, di rinviare al proprio precedente studio F. Volpe, *La non annullabilità dei provvedimenti amministrativi illegittimi*, Dir. proc. amm., 2008, 319.

[xliii] Una conclusione simile forse può leggersi anche nella tesi sostenuta da M. Allena, *L'annullamento*, cit., 141 s.: «In ogni caso, comunque, la discrezionalità dell'amministrazione non dovrebbe porsi in (addirittura, dichiarato) contrasto con le scelte legislative, ma dovrebbe essere sempre funzionale a una migliore attuazione di queste ultime, risolvendosi essa nel «potere di apprezzare in un margine determinato l'opportunità di soluzioni possibili rispetto alla norma amministrativa da attuare. La valutazione discrezionale sarebbe, cioè, pur sempre operata sulla base degli interessi protetti dalle norme specificamente violate che attribuiscono il potere di primo grado o, comunque, ne regolano l'esercizio». Rispetto a questo A., tuttavia, la tesi qui avanzata muove da un presupposto diverso. Vale a dire sul fatto che l'interesse pubblico considerato dall'art. 21 *nonies* non coincide con la funzione dell'atto di primo grado.

[xliv] La conclusione potrebbe sembrare simile a quella proposta da M. Allena, *L'annullamento* cit., 15, s, secondo cui vi sarebbe una sorta di necessità dell'annullamento d'ufficio, quando vi ricorrono ragioni di interesse pubblico, a sua volta da intendersi come l'interesse pubblico a cui soggiace l'atto di primo grado e, quindi, come distinto da un indifferenziato interesse pubblico, di qualsiasi tipo esso possa essere. In tal caso, infatti, secondo l'A. (152), i due presupposti per l'autoannullamento (dato dalla presenza dei vizi sostanziali di legittimità e dalla sussistenza dell'interesse, finirebbero per coincidere. Rispetto a quella tesi, tuttavia, vi sono alcune distinzioni e si ritiene di segnalarne ameno una. Essa è data dall'ipotesi in cui l'atto, originariamente viziato per eccesso di potere, riesca, per ragioni sopravvenute, a perseguire con i suoi effetti la finalità istituzionale in un momento successivo a quello della sua emanazione.

Secondo quel che qui si sostiene, il provvedimento dovrebbe essere autoannullato e eventualmente potrebbe essere riemanato, con perdita tuttavia, degli effetti *retroattivi*. Secondo la tesi proposta dall'A., se ben si è inteso, all'autoannullamento non si dovrebbe dare corso.