

UNIVERSITÀ CATTOLICA DEL SACRO CUORE - SEDE DI MILANO
Scuola di Dottorato in Diritto - Corso “Persona e ordinamenti giuridici”
XXXI Ciclo
S.S.D. IUS/10 – Diritto Amministrativo

POTERE PUBBLICO E AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA

Tutor:
Chiar. mo Prof. Mauro Renna

Dottorando:
Dott. Mauro Silvestri
Matricola: 4511587

Anno accademico 2017-2018



POTERE PUBBLICO E AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA

Coordinatore Chiar. mo Prof. Andrea Nicolussi

Tutor:
Chiar. mo Prof. Mauro Renna

Dottorando:
Dott. Mauro Silvestri
Matricola: 4511587

Anno accademico 2017-2018

INDICE - SOMMARIO

pag.

| | |
|-------------------------|-------|
| INDICE - SOMMARIO | I-XIV |
|-------------------------|-------|

INTRODUZIONE

Campo di indagine: l'autotutela decisoria, in via diretta. – L'autotutela esecutoria sarà oggetto di trattazione solo per cenni e in funzione di comparazione. – Nozioni e convenzioni terminologiche – Le ragioni dello studio: i poteri di ritiro sono lo specchio della concezione del potere pubblico e dei suoi rapporti con i valori dell'ordinamento e le posizioni degli amministrati. – Il loro assetto è oggi oggetto di profondo ripensamento positivo e dottrinale. – Le finalità del lavoro: mettere in luce e sottoporre a verifica le linee evolutive percorse dall'autotutela decisoria. 1

PARTE PRIMA

CAPITOLO I

IL FONDAMENTO DELL'AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA E I SUOI CARATTERI ORIGINARI. LE RADICI STORICHE E LE PRIME RICOSTRUZIONI

1. Premessa. Fenomenologia dell'autotutela decisoria.

Breve descrizione dei poteri oggetto del lavoro e delle loro possibili combinazioni: annullamento d'ufficio, revoca, convalida. – Presupposti ed effetti: dalla revoca omnicomprensiva alle sistemazioni consacrate dalla giurisprudenza nel 1927 – Presupposti ed effetti nelle ricostruzioni

finora consolidate. – Rinvio: riforma e modifica come atti meramente derivati. 8

2. Fondamento logico-giuridico del potere.

Un problema solo per i moderni. – Le pacifiche spiegazioni della dottrina più antica. – Il disinteresse del legislatore e del giudice amministrativo per la questione del fondamento. – Le spiegazioni tradizionali: storico; frutto di necessità logico-sistematica; corollario dell'inesauribilità, corollario dell'imperatività; “privilegio”; espressione di poteri impliciti. – L'autotutela come potere autonomo, bisognoso di esplicita base normativa: rinvio alle teorie sull'esauribilità del potere amministrativo. 17

3. La causa dei provvedimenti di ritiro.

A seconda del fondamento riconosciuto a tali poteri, di essi viene maggiormente sottolineata talvolta la comunanza di causa con gli atti di amministrazione attiva – ossia il perseguimento dell'interesse pubblico sotteso ai poteri di primo grado – talaltra, invece, la specifica funzione giustiziale, nella consueta doppia accezione di ripristino della legalità e di tutela delle posizioni degli interessati. – Analogie con la funzione ibrida della giurisdizione amministrativa: garanzia della legalità, dell'interesse pubblico concreto e degli interessi privati. – Si introduce la teoria della causa mista, con prevalenza dell'interesse pubblico originario. 25

3.1. Due visioni dell'autotutela in senso giustiziale. 29

3.2. La causa mista. 33

4. Doverosità dell'avvio e natura discrezionale o vincolata del potere di autoannullamento.

I doveri della pubblica amministrazione. – Esistono nel diritto pubblico doveri ai quali non corrispondono posizioni giuridiche soggettive: è questa una specificità del diritto amministrativo come “diritto del

terzo”, cioè della comunità. – Il progressivo allargamento dei diritti azionabili in corrispondenza di doveri pubblici non ha assorbito del tutto la categoria. – La sopravvivenza di doveri non ribaltabili in interessi legittimi è provata dalle legittimazioni straordinarie al ricorso. – Doveri di avviare e doveri di annullare, il dibattito antico: a) dovere di annullare d’ufficio gli atti illegittimi, ma non azionabile (Raggi, Romanelli); b) la visione *dura* dell’interesse pubblico e la doverosità dell’avvio del riesame, perfino, forse, azionabile; natura vincolata o semi-vincolata (Guicciardi e, oggi, Allena); – c) Codacci Pisanelli e la dottrina prevalente: la discrezionalità del ritiro come carattere centrale dell’autotutela decisoria italiana. 41

4.1. *I doveri della pubblica amministrazione.* 42

4.2. *L’ampliamento della legittimazione al ricorso ha eroso il campo dei doveri pubblici non azionabili.* 44

4.3. *La permanenza di doveri dell’amministrazione non corrispondenti a interessi legittimi.* 47

4.4. *Le tesi estreme: doverosità dell’avvio, vincolatezza nel merito.* .50

4.5. *La dottrina maggioritaria: libertà dell’avvio, discrezionalità nel merito.* 54

5. *L’insuperata sistemazione generale di Feliciano Benvenuti.*

Presupposti, effetti, quadripartizione: la sistematica di Benvenuti. – Segue. Il ruolo della discrezionalità. – Amministrazione attiva e funzione giustiziale: contrastano davvero? – Nel discorso benvenutiano, l’insistenza sulla funzione materialmente giustiziale è servita all’applicazione di un contraddittorio procedimentale più robusto. Ma è proprio l’opera di Benvenuti e di altri autori che, rafforzando il ruolo del procedimento in termini generali, ha oggi ridotto l’incidenza in termini di disciplina della riconduzione alla funzione giustiziale. – Segue. L’autotutela come attività “nell’interesse dell’amministrazione”: precisazioni. – La sintesi benvenutiana come germe di una ricostruzione ancora attuale. 59

6. La disciplina legislativa generale della revoca e dell'annullamento d'ufficio.

Il capo IV *bis* della legge sul procedimento. Un'introduzione poco dibattuta. – Presupposti ed effetti della “nuova” autotutela. – La coeva incoerente legificazione dell'annullamento vincolato di atti comportanti esborso di danaro pubblico. – Dottrina e giurisprudenza di fronte al nuovo assetto: la placida conferma delle ricostruzioni consolidate. 68

PARTE SECONDA

LA POLVERIZZAZIONE DELLE CATEGORIE. LE LINEE CONTRADDITTORIE DELLA DISGREGAZIONE.

Introduzione. Due percorsi evolutivi.

Due tendenze evolutive parzialmente contraddittorie. – Da un lato, doverosità dell'annullamento d'ufficio, specialmente su istanza dei privati (*rectius*, obbligatorietà e vincolatezza): più autotutela, a garanzia delle posizioni degli interessati. – Dall'altro, termine massimo e limitazione delle ipotesi legittimanti il ritiro degli atti favorevoli: meno autotutela, a garanzia della certezza dei rapporti giuridici e del legittimo affidamento. 77

CAPITOLO II

L'EROSIONE DEL POTERE DI RITIRO DEI PROVVEDIMENTI FAVOREVOLI E LA TEORIA DELL'ESAURIBILITÀ DEL POTERE AMMINISTRATIVO

1. L'irrigidimento dei limiti posti al ritiro di provvedimenti favorevoli.

Per gli antichi l'atto invalido non genera diritti perfetti e su di esso non matura un affidamento giuridicamente apprezzabile: problemi di

| | |
|---|------------|
| affidamento si pongono solo rispetto alla revoca, non rispetto all'annullamento d'ufficio – Tuttavia, la pressione della modernità irrompe nell'ordinamento nazionale tramite il legittimo affidamento nel diritto comunitario (la giurisprudenza a partire dagli anni 2000) e le <i>legitimate expectations</i> della Corte EDU. – Il decreto Sblocca Italia e la legge Madia si pongono in scia, mediante l'inserimento di rilevanti limiti alla possibilità di revocare e annullare d'ufficio gli atti amministrativi ampliativi. | 84 |
| 1.1. La giurisprudenza comunitaria sul legittimo affidamento. | 86 |
| 1.2. Fair balance of interests e legitimate expectations nella giurisprudenza della Corte EDU. | 92 |
| 1.3. La stagione legislativa appena conclusa: la fine dello ius poenitendi. | 96 |
| 1.4. Segue. La legge Madia e la generalizzazione del termine perentorio. | 102 |

2. L'esauribilità del potere amministrativo e l'autonomia dei poteri di riesame. Profili critici.

L'evoluzione descritta ha dato occasione ad alcuni Autori di mettere in discussione le tradizionali teorie sul fondamento del potere di autotutela, propugnandone (Trimarchi) la natura di potere autonomo per presupposti, contenuti ed effetti, rispetto agli atti di primo grado sui quali incide. – Viene formulata la teoria della esauribilità del potere amministrativo, in aperta contrapposizione con la ricostruzione tradizionale. – Se una rifondazione dell'autotutela su base più strettamente legale può certo essere guardata con favore, tuttavia il tentativo non convince in tutto. – Da un punto di vista metodologico, il perdurante silenzio della legge su un gran numero di concetti fondanti il diritto amministrativo impone prudenza nella rottura dei legami con le ricostruzioni dottrinali generali, specialmente ove dotate di coerenza interna e ampia portata esplicativa. – Sui contenuti, una diversa lettura delle riforme sembra preferibile. Inoltre, la completa separazione tra autotutela e provvedimenti di primo grado non dà pienamente conto

della natura dei provvedimenti di riesame, che, nel nostro ordinamento, paiono intrisi appunto di una causa mista. 106

2.1. Visioni del potere. L'energia giuridica e lo schema normativo di validità dell'atto. 108

2.2. Diversità "strutturali" tra potere di primo grado e potere di riesame. 113

2.3. I nuovi limiti al ritiro comportano l'esauribilità del potere? .. 117

3. La calibrazione della riforma. Questioni aperte.

Le molte novità legislative intervenute si proponevano esattamente di riequilibrare il rapporto tra amministrazione e destinatari dei provvedimenti favorevoli, introducendo termini vincolanti per l'autoannullamento e irrigidendo i presupposti della revoca. – Le prime pronunce giurisdizionali maturate sul nuovo annullamento d'ufficio. – Quali provvedimenti sono riguardati dal termine massimo? – Il *dies a quo* è nelle mani dell'amministrazione? – Le eccezioni al termine massimo, tra lettera e "spirito" della legge: il valore determinante della buona fede del destinatario: rinvio. 120

3.1. Autorizzazioni e concessioni di benefici economici non esauriscono il campo degli atti ampliativi. 121

3.2. Funzionamento e deroghe del termine massimo. 126

4. Semi di un nuovo equilibrio.

Una nuova sentenza "del chiunque". – Il Consiglio di Stato propone una ricostruzione equilibrata del nuovo assetto normativo, tentando di contemperare la maggiore rilevanza legislativa del legittimo affidamento con le esigenze di legalità e giustizia sottese all'annullamento. – Il rilievo determinante della buona fede del beneficiario dell'atto, il cui dolo falsificativo esclude la tutela rinforzata. – Egesi di principio e testuale del novellato art. 21 *octies*, comma 2 *bis*. – Il termine massimo non si atteggia a vero limite ordinario, ma piuttosto è regola propria degli atti ampliativi e solo per i

vizi derivanti da errori di diritto e da errore sui presupposti non imputabile al dolo del beneficiario. – La falsità dei presupposti frutto di dolo dell'istante disattiva il limite rigido e fa rifluire il fattore cronologico nella tradizionale ponderazione discrezionale. – Queste conclusioni, unite alla definizione più precisa del campo di applicazione delle nuove norme limitative dell'autotutela, concorrono a definire un nuovo equilibrio. – L'annullamento rimane anche oggi potestà generale, seppure sottoposta a più stretti e benvenuti limiti legali. .. 130

CAPITOLO III

LA CORSA VERSO LA DOVEROSITÀ

1. Spinte verso la doverosità o la vincolatezza o l'obbligatorietà. Chiarimento terminologico.

Che cosa si intende per doverosità. – Un principio generale e una categoria sfuggente. – Obbligo di procedere quando previsto. – Obbligo di provvedere, una volta avviato. – Obbligo di annullare. – Chiara differenza tra obbligo di riesame e obbligo di rimozione. – Merito, discrezionalità e vincolatezza rimangono le espressioni più esatte. – Precisazione sugli annullamenti semi-vincolati. 139

2. Gli annullamenti vincolati in senso proprio.

Gli annullamenti vincolati in senso proprio: su ricorso, in sede di controllo, giurisdizionale, per legge speciale. – Tutti gli altri *secundum quid*. 145

3. Annullamenti vincolati giurisprudenziali. Una miriade di fattispecie.

Rassegna delle ipotesi abitualmente ricondotte dalla dottrina e dalla giurisprudenza all'autotutela c.d. doverosa. 150

| | |
|--|-----|
| 3.1. L'atto oneroso per le finanze pubbliche. | 151 |
| 3.2. L'atto anticomunitario. | 154 |
| 3.3. La disciplina specifica del recupero di aiuti di Stato. | 161 |
| 3.4. L'atto disapplicato dal giudice civile. | 164 |
| 3.5. Il titolo edilizio illegittimo. | 167 |
| 3.6. L'originaria raccomandazione vincolante e il parere di precontenzioso dell'Anac. | 169 |
| 3.7. Altri casi di annullamento vincolato. | |

L'atto presupponente nel caso di annullamento dell'atto presupposto; l'atto riconosciuto dannoso per l'erario dalla Corte dei conti; l'atto "insopportabile" del Tribunale regionale trentino. 174

4. Casi di avvio obbligatorio del procedimento di riesame.

Varie ipotesi, alcune delle quali verosimili. Tuttavia, da nessuna di esse è possibile ricavare ragioni che inducano a ritenere generalizzabile l'obbligo di rispondere a un'istanza di riesame. 178

4.1. La teoria delle denunce qualificate.

La teoria delle denunce qualificate in materia di sanzioni delle Autorità indipendenti. – Rilevanza legale della posizione del denunciante. – La denuncia interseca l'interesse pubblico alla repressione degli abusi con l'interesse privato dei concorrenti. – Ancora mero fatto; dovere oggettivo di provvedere, ma non azionabile dagli interessati – La legge qualifica l'interesse privato, menzionando e disciplinando la facoltà di denuncia: la posizione diviene tutelata. – Conseguenze il dovere di provvedere, azionabile. – La giurisprudenza, dopo quasi quindici anni di opposizione, sposa questa impostazione, d'accordo con la posizione del giudice comunitario. 179

4.2. Il sollecito dei poteri di controllo della Scia.

La teoria delle denunce qualificate viene sostanzialmente tradotta in legge per la tutela del terzo nei confronti della Scia dalla riforma Madia: il comma 6 *ter* dell'art. 19. – Problemi applicativi e interpretazioni discordanti. – La Corte costituzionale chiarisce: dopo il consolidamento della segnalazione, anche su sollecitazione del terzo, l'amministrazione deve rispettare tutti i presupposti normali dell'annullamento d'ufficio: termine massimo e discrezionalità. – Rimane chiaro il dovere di avviare il riesame: azione avverso il silenzio, per legge, e impugnazione del diniego, secondo i tradizionali principi sulla giustiziabilità degli atti lesivi. – Caso esemplare di avvio obbligatorio per legge. 182

4.3. L'autotutela tributaria.

In alcuni casi, l'obbligo di riesame è stato sancito in via pretoria. – L'indirizzo della Cassazione era stabile in materia di autotutela tributaria. – La Corte costituzionale ha ribaltato questa regola riaffermando la natura libera della scelta di avviare il procedimento.185

4.4. L'istanza presentata entro il termine per impugnare. Le particolari ragioni di equità e giustizia.

L'indirizzo del riesame obbligatorio è attestato, ma meno consolidato, con riferimento alle istanze presentate entro il termine di impugnazione dell'atto e in altri casi particolari. 189

CAPITOLO IV

PER LA DISCREZIONALITÀ DELL'ANNULLAMENTO D'UFFICIO E LA SPONTANEITÀ DELL'AVVIO DEL RIESAME

1. *Gli argomenti a favore della generalizzazione dell'obbligo di riesame e della vincolatezza dell'annullamento.*

Le ipotesi esistenti avrebbero valenza sistematica e dovrebbero perciò guidare l'evoluzione dell'ordinamento in questo senso. – Il denunciante sarebbe titolare di una posizione giuridica soggettiva qualificata all'ottenimento del provvedimento di secondo grado, come tale giustiziabile. – Così infatti sono disciplinati poteri analoghi, come quelli sanzionatori delle *Authorities* e il nuovo meccanismo di tutela del terzo contro la Scia. – Inoltre l'impugnabilità del provvedimento di secondo grado negativo e “non meramente confermativo” sarebbe contraddittoria con la non impugnabilità del silenzio e del diniego meramente confermativo. – Tale limitazione di tutela contrasterebbe quindi con l'art. 113 Cost. – La vincolatezza dell'annullamento sarebbe al servizio della giustizia nell'amministrazione: l'interesse alla legalità dell'azione dei pubblici poteri è insuscettibile di bilanciamento. – Opportunità: l'annullamento obbligatorio come rimedio al declino dei ricorsi amministrativi e allo stentato ingresso dei sistemi di *ADR* nel diritto pubblico. 192

2. *Argomenti contrari all'obbligo di riesame. L'interesse a ottenere il riesame è giuridicamente irrilevante.*

Perché si dia obbligo di riesame occorre che il denunciante sia riconosciuto titolare di una posizione soggettiva sostanziale differenziata e qualificata dall'ordinamento. – Insufficienza del solo dovere di provvedere *ex art. 2 l. 241/90*, pena la natura tautologica dell'argomento: il dovere di provvedere su un'istanza esiste, quando... esiste! E perciò si deve ricavare da altre disposizioni. – Neppure il provvedimento in forma semplificata soccorre. – Semplificazione e non estensione dell'obbligo, il cui perimetro rimane circoscritto a quanto

indicato nell'incipit della disposizione: "Ove il procedimento consegua obbligatoriamente ad un'istanza...". – Posizioni soggettive qualificate sarebbero lo stesso interesse del procedimento di primo grado ovvero un autonomo interesse al vantaggio prodotto dall'annullamento. – Nessuno dei due serve allo scopo: il primo postula che sia connaturato all'interesse legittimo un'inesistente facoltà di ottenere una decisione amministrativa d'appello; il secondo non è qualificato dall'ordinamento. – L'impugnabilità del diniego di autotutela non meramente confermativo non contrasta con la riconosciuta assenza di un interesse qualificato a ottenere l'avvio del riesame. Ciò perché il diniego parzialmente innovativo aggrava la lesione dell'interesse originario, danneggiato dal provvedimento di primo grado e non un (inesistente) interesse a ottenere il riesame. – Dunque è escluso che la natura libera dell'avvio del procedimento di autotutela comporti una restrizione degli atti impugnabili contrastante con l'art. 113 Cost. ... 195

3. Segue. Inconferenza dell'obbligo di avviare i procedimenti sanzionatori in presenza di denunce qualificate e in caso di Scia.

Conferma degli argomenti esposti nel paragrafo precedente. – L'obbligo di riesame è riconosciuto, in questi casi, sulla base della considerazione legislativa degli interessi dei denunciati. – Inoltre, la natura dei poteri è diversa e risponde a un diverso regime delle attività economiche regolate: controllo sanzionatorio *ex post*, invece del controllo preventivo autorizzatorio postulato dai casi consimili di annullamento d'ufficio. – Anche questo spiega la diversa scelta legislativa. 201

4. Segue. Diritto comunitario e diritto convenzionale Cedu sono indifferenti al problema dell'obbligo di riesame.

Si è già visto che la Corte di giustizia non impone il riesame obbligatorio né tantomeno vincolato dell'atto anticomunitario. – La presunta contrarietà al diritto ad un «equo processo» *ex art. 6 Cedu* si fonda su un presupposto errato: l'incertezza sulla natura decadenziale

del termine per impugnare gli atti amministrativi e sulla libertà di avvio del riesame in autotutela. – Non essendo questi due elementi dubbi, ma sicuri, la rinuncia al ricorso, implicita nella presentazione dell’istanza di autotutela dopo lo scadere del termine decadenziale, non è “inconsapevole” o “coartata”. 204

5. Segue. L’elusione del termine decadenziale e l’inesistenza di un diritto alla decisione amministrativa di secondo grado.

Il convincimento è questo: l’interesse legittimo non ingloba un diritto ad avere più gradi di decisioni amministrative sulla stessa posizione giuridica. – Altrimenti opinando, si incorrerebbe in un esito paradossale. – Ammettendo cioè che ogni interesse legittimo incorpori il diritto ad ottenere il riesame del primo provvedimento formatosi rispetto ad esso, si dovrebbe ammettere che lo stesso valga anche per la decisione di secondo grado: anche da questa scaturirebbe un diritto del cittadino all’ulteriore riesame... Il che si proietterebbe all’infinito, con un esito evidentemente paradossale e incompatibile con la logica, prima ancora che con i principi del diritto amministrativo. 207

6. La discrezionalità dell’annullamento non contrasta con la responsabilità da mancato ritiro (illegittimo).

L’argomento tratto dall’esistenza di alcune ipotesi di annullamento vincolato è già stato smentito: gli annullamenti abitualmente ricostruiti in termini di vincolatezza non sono tali. – Restano gli argomenti sistematici e di principio. – Spunto sistematico per la vincolatezza sarebbe la responsabilità da mancato annullamento espressa dalla riforma del 2014. In realtà, stante la formulazione contraddittoria della legge, si deve ricostruire come responsabilità da *illegittimo* mancato annullamento. L’interpretazione opposta è di fatto abrogatrice della prima parte della norma, ragion per cui dev’essere scartata. – La responsabilità erariale prevista dal Codice della giustizia contabile e la disciplina sul recupero degli aiuti di Stato. Rinvio ai paragrafi precedenti. 211

7. La discrezionalità dell'annullamento d'ufficio è garanzia dell'equo contemperamento dei valori in gioco.

Ancora per la vincolatezza militerebbe il principio di legalità, insieme all'obiettivo costituzionale della «giustizia nell'amministrazione». – *Contra*: a quei principi, certamente alti e di valore indiscutibile, se ne accostano altri, di rango uguale, e che talvolta, nell'ambito dell'autotutela, si contrappongono a quei primi: certezza del diritto e tutela dell'affidamento. – La tesi per cui il principio di legalità è insuscettibile di bilanciamento con altri interessi e dovrebbe sempre prevalere, propugnata da Guicciardi e Romanelli (e oggi ripresa da Allena). – Preferenza per l'ottica del bilanciamento, che è più coerente con l'art. 97 Cost. laddove prevede che l'amministrazione sia guidata tanto dall'imparzialità-legalità, quanto dal lume del buon andamento, al quale si associano la certezza dei rapporti giuridici e la tutela dell'affidamento: la tensione tra i due principi e la necessità di un contemperamento è insita nella norma costituzionale. – Sebbene essa non sia l'unica possibile in astratto, nell'attuale configurazione la discrezionalità assicura la compatibilità del sistema con i principi enunciati. – Conferma della discrezionalità come caratteristica centrale dell'impostazione italiana dei poteri di riesame. 215

CONCLUSIONI

L'evoluzione dell'autotutela come un percorso di progressiva «giuridificazione». – Le idee madri dei grandi maestri sono giunte con immersioni e riimmersioni carsiche fino a noi: sia la diatriba sulla doverosità, sia la questione del fondamento e dell'inesauribilità. – Dopo aver ripercorso le due contrapposte tendenze evolutive (esauribilità e doverosità-vincolatezza), si conferma che il sistema ha coerenza e chiarezza, che meritano di non essere scompagnate. – L'istanza di tutela sottesa alle teorie della vincolatezza può essere soddisfatta

piuttosto, e soltanto ove politicamente apprezzata, dal ripristino di rimedi amministrativi nella forma dei ricorsi o dei controlli. – Possibili nefaste conseguenze dell’obbligo di riesame generalizzato. – Inesauribilità e discrezionalità del potere, insieme, sono la chiave di volta del sistema, vero punto di equilibrio tra le esigenze contrapposte di perseguimento della legalità dell’azione amministrativa (in ogni tempo, a certe condizioni) e di tutela della stabilità dei rapporti giuridici e dell’affidamento dei privati. 221

BIBLIOGRAFIA..... I-LIX

INTRODUZIONE

1. L'autotutela amministrativa, in particolare quella decisoria, che può dirsi compendiata nell'espressione generica dei "poteri di ritiro" della pubblica amministrazione, è un tassello fondamentale dell'assetto dei poteri pubblici in un ordinamento. Sul filo degli equilibri degli istituti coinvolti si può misurare la concezione che lo stesso ordinamento propone del potere pubblico e dei suoi rapporti con gli amministrati.

L'intenzione iniziale di condurre lo studio sull'intero spettro dell'autotutela, così come definito nella fondamentale voce enciclopedica di Feliciano Benvenuti, è stata in parte modificata, alla luce della molteplicità e profondità delle questioni coinvolte.

Com'è noto, la nozione benvenutiana di autotutela amministrativa attrae a sé, in uno sforzo di riordino notevolissimo, numerosi istituti giuridici: certamente, in primo luogo, i procedimenti di riesame spontaneo del proprio operato da parte della pubblica amministrazione e i relativi provvedimenti, ma anche i controlli, i ricorsi amministrativi, le sanzioni e l'esecutorietà dei provvedimenti.

La costruzione, pur nella sua chiarezza, è assai articolata e tocca molti aspetti del diritto amministrativo. Su di essa, inoltre, sono oggi piovuti elementi di ulteriore complessità.

In primo luogo, su questi temi è intervenuta una letteratura, che può dirsi sterminata, piuttosto discorde su quasi tutti gli aspetti della nozione, a partire dalla fissazione dei suoi confini. I diversi studi hanno espunto dall'alveo dell'autotutela ora la revoca, ora l'esecutorietà, quasi sempre le sanzioni. Alcuni hanno perfino negato la stessa utilità della nozione, ritenendo di poterla disciogliere nelle caratteristiche generali

del potere e del provvedimento amministrativo (inesauribilità del primo, imperatività del secondo).

In secondo luogo, all'assenza di disciplina legislativa, che ha caratterizzato la materia fino all'adozione della legge n. 15 del 2005, ha fatto seguito una legislazione cospicua, da ultimo novellata dalla c.d. legge Madia, di riforma della pubblica amministrazione.

Le norme in materia di autotutela contenute nel capo IV *bis* della legge n. 241 del 1990 sono state infatti oggetto di due rilevanti novelle legislative.

Il decreto-legge 12 settembre 2014, n. 133, è intervenuto sulla revoca, escludendo lo *ius poenitendi* dell'amministrazione con riferimento ai provvedimenti ampliativi e limitando la rilevanza delle sopravvenienze a quelle non prevedibili al momento dell'adozione del primo provvedimento.

La legge 7 agosto 2015, n. 124, invece, nel contesto di una più generale riforma dell'organizzazione e dell'attività amministrative, ha introdotto una rilevante novità in materia di annullamento d'ufficio. Il "termine ragionevole", previsto dalla versione originaria dell'articolo 21 *nonies*, è stato normativamente fissato in non più di diciotto mesi per gli atti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici.

Entrambe le modifiche introducono un'inedita distinzione, nel momento della loro rimeditazione in sede di autotutela, tra provvedimenti favorevoli al privato e provvedimenti sfavorevoli (distinzione invero conosciuta da tempo in altri ordinamenti, come quello tedesco) e rinchiudono il potere di autotutela, tradizionalmente considerato espressione di ampia discrezionalità, entro le maglie di un controllo di legalità ben più stretto che in passato.

Infine, quale terzo fattore di arricchimento della trama, già complessa, delle questioni involte dallo studio dell'autotutela, sono intervenute la legislazione e, soprattutto, la giurisprudenza comunitarie, peraltro con indicazioni e influssi non del tutto univoci.

In particolare, la Corte di giustizia dell'Unione europea, a partire dalla nota pronuncia *Kühne & Heitz*, del 2004, parrebbe aver sancito alcuni casi di “obbligo di riesame”, in sostanziale controtendenza rispetto alla concezione nazionale, per cui i procedimenti di annullamento d'ufficio sono caratterizzati solitamente dalla più ampia discrezionalità, anche nell'*an*, o meglio, nella scelta se avviare o meno il procedimento di secondo grado.

Un oggetto materiale di studio così ampio e complesso ha imposto in questa sede una selezione.

Sarà dunque dedicata un'attenzione privilegiata all'autotutela decisoria, in special modo a quella spontanea, sulla quale si è appuntato principalmente l'interesse degli autori, della giurisprudenza e, da ultimo, come si diceva, del legislatore. Si evidenzieranno, ove emergeranno, i profili di comunanza e di divergenza tra questa specifica forma di autotutela e le altre, specialmente quella esecutoria.

Nella prima parte del lavoro si affronterà in generale la questione del fondamento logico-giuridico dell'autotutela in senso ampio.

In particolare, verrà approfondito il rapporto tra la funzione materialmente giurisdizionale dei relativi provvedimenti e la loro natura di atti amministrativi: ripristino della legalità dell'azione amministrativa e risoluzione di conflitti, da un lato, perseguimento di uno specifico interesse pubblico, dall'altro.

Sembra di poter già ora anticipare che l'autotutela dà luogo a provvedimenti amministrativi "a causa mista", giacché l'assicurazione dell'interesse primario, garantito dalla norma attributiva del potere di primo grado, dovrà conciliarsi, nel provvedimento di secondo grado, con le specifiche prescrizioni circa la funzione giustiziale di tale atto, con il principio della certezza del diritto e con gli interessi dei destinatari, qui rafforzati dal principio del legittimo affidamento.

2. Nella seconda parte dello studio si ripercorrerà l'evoluzione normativa e giurisprudenziale degli istituti di autotutela (soprattutto, dell'annullamento d'ufficio e della revoca), evidenziando il ruolo, ora ancillare ora trainante, svolto dalla dottrina amministrativistica. Si tenterà di individuare i punti nevralgici di quello che sembra un vero e proprio cambio di paradigma, graduale e tutt'ora in atto, che secondo alcuni avrebbe condotto l'autotutela decisoria dal campo della regola a quello dell'eccezione.

Se le ricostruzioni più risalenti, infatti, ponevano in termini precritici e del tutto non problematici la generale "ritrattabilità" del provvedimento amministrativo, gli studi più moderni e le attuali tendenze legislative, sulla scorta di un filone della giurisprudenza comunitaria e della pressione esercitata dalle scelte operate da altri legislatori europei, tendono invece a circondare il ritiro dei provvedimenti favorevoli al privato di forti limitazioni, tese a "riequilibrare" il rapporto tra il destinatario del provvedimento e l'amministrazione procedente, percepito come ormai intollerabilmente sbilanciato a favore di quest'ultima.

A partire dalla accennata ricostruzione delle ipotesi di autotutela decisoria quali poteri "a causa mista", nel secondo capitolo del lavoro si analizzano i problemi sollevati dagli interventi riformatori (campo di

applicazione, rigidità del termine massimo, eccezioni), alla ricerca di un nuovo punto di equilibrio, tra le esigenze di tutela dell'interesse generale (che impongono di poter porre rimedio agli errori della pubblica amministrazione, talvolta anche a una considerevole distanza di tempo dalla loro commissione) e le contrapposte esigenze di tutela dei privati incolpevoli e della certezza dei rapporti giuridici.

3. D'altra parte, seguendo un filone evolutivo parzialmente divergente da quello appena descritto, giurisprudenza e legislazione hanno ritagliato spazi significativi di doverosità per l'autotutela decisoria, in particolare in materia di contratti pubblici.

Alcuni Autori hanno perfino ipotizzato che questo secondo percorso possa condurre l'annullamento d'ufficio dal campo dell'autotutela decisoria spontanea a quello più propriamente contenzioso, quasi un moderno succedaneo degli ormai languenti ricorsi amministrativi, anche allo scopo di controbilanciare la pressoché totale estinzione dei controlli di legittimità.

L'autoannullamento tenderebbe cioè a tramutarsi in uno strumento alternativo alla giurisdizione di prevenzione e risoluzione delle controversie pubblicistiche, avente carattere generale, attraverso la valorizzazione degli aspetti, insiti nell'autotutela amministrativa, di ripristino della legalità dell'azione amministrativa e di garanzia delle posizioni soggettive dei destinatari dei provvedimenti.

La tesi, suggestiva e argomentata, è oggetto di specifico approfondimento critico negli ultimi due capitoli.

Ripercorsi i principali casi tradizionalmente ricostruiti in termini di autotutela doverosa e premessi alcuni imprescindibili chiarimenti circa le incertezze terminologiche suscitate della questione (doverosità,

obbligatorietà, “vincolatezza”), si affrontano partitamente, nel terzo capitolo, le singole fattispecie.

L’esito della disamina consente di relegare a ipotesi del tutto marginali l’esistenza nel nostro ordinamento di una vera e propria autotutela obbligatoria nell’avvio o vincolata nel merito, peraltro in consonanza con le considerazioni, articolate nel quarto capitolo, circa la natura del potere di autotutela e delle posizioni giuridiche coinvolte nel rapporto amministrativo.

La conclusione del lavoro dovrebbe valere a riaffermare oggi, quali caratteristiche fondamentali dell’autotutela amministrativa, l’ufficiosità dell’avvio del procedimento (il che lo sottrae alla coercibilità da parte degli interessati di fatto) e “l’ampia discrezionalità” del provvedimento di secondo grado.

Non certo in funzione di privilegio per la pubblica amministrazione, quanto piuttosto quale chiave di volta del sistema italiano dei poteri di ritiro. Proprio la natura discrezionale del potere consente di perseguire l’equilibrio tra le esigenze di tutela dell’interesse pubblico alla legittimità e all’opportunità dell’azione amministrativa, da un lato, e quelle di certezza dei rapporti giuridici e tutela dell’affidamento dei destinatari, dall’altro.