

CLARA NAPOLITANO

Assegnista di ricerca in Diritto amministrativo nell'Università del Salento

clara.napolitano@unisalento.it

PROFILI ORGANIZZATIVI DELL'AUTOTUTELA

ORGANISATION PROFILES OF THE POWER OF WITHDRAWAL

SINTESI

Un'analisi del potere di autotutela nel prisma dell'organizzazione amministrativa rivela che gli studi sulla sua natura, svolti prevalentemente avendo ad oggetto i profili funzionali, potrebbero essere meglio condotti tenendo conto della variabile delle scelte organizzative compiute dal legislatore sulla scia dei precedenti giurisprudenziali.

Invero, affermare che il potere di autotutela ha funzione di riesercizio del potere di amministrazione attiva implica che esso possa essere esercitato solo dall'organo che era stato competente all'emanazione del provvedimento primigenio, poiché unico gestore di quell'interesse pubblico specifico precedentemente amministrato e soggetto a ri-amministrazione in via di autotutela.

Viceversa, l'elaborazione del potere di secondo grado quale modalità alternativa di risoluzione dei conflitti tra interessi o, più precisamente, come rinnovata esplicazione dei poteri di controllo di legittimità *ex post* interni alla p.A., reca la conseguenza che l'organo deputato a gestire e risolvere il conflitto sia connotato da *alterità* rispetto a quello che aveva emanato il provvedimento di primo grado.

L'approccio, tuttavia, rischia in tal modo d'esser privo di una soluzione univoca: la quale, invece, potrebbe giungere dalla visione contraria per la quale è la scelta organizzativa a prefigurare la natura del potere. Che, nel nostro caso, richiedendo che il provvedimento sia annullato o revocato dallo stesso organo che ha emanato il provvedimento, è disvelatrice di una precisa scelta funzionale del legislatore: guardare all'autotutela come riesercizio del potere di primo grado e ri-amministrazione dell'interesse pubblico primigenio.

ABSTRACT

An analysis of the power to withdraw an administrative act in the prism of administrative organization reveals that the studies on its nature, carried out mainly having as its object the functional profiles, could be better conducted taking into account the variable of the organizational choices made by the lawyer in the wake of the previous ones jurisprudential.

Indeed, affirming that the withdrawal has the function of re-exercising the

power of active administration implies that it can be exercised only by the body that had been competent to issue the original provision, since it was the only manager of that specific public interest previously administered and subject to re-administration in the process of withdrawal.

On the other hand, the processing of second-degree power as an ADR or, more precisely, as a renewed explanation of the powers of legitimacy *ex post*, internal to the pA, has the consequence that the body delegated to manage and resolving the conflict is characterized by otherness compared to the one that had issued the first degree provision.

The approach, however, risks thereby lacking a single solution: which, however, could come from the opposite view, for which it is the organizational choice to prefigure the nature of power. That, in our case, requesting that the provision be annulled or revoked by the same body that issued the provision, it is the disclosure of a precise functional choice of the legislator: looking at withdrawal as a re-exercise of first-degree power and re-administration of the primeval public interest.

PAROLE CHIAVE: autotutela, organizzazione, competenza, interesse pubblico.

KEYWORDS: withdrawal, organization, competence, public interest.

INDICE: 1. L'organizzazione disvelatrice della natura del potere: profili generali. – 2. L'autotutela: potere di amministrazione attiva o prerogativa giustiziale? – 3. Per converso: la natura del potere come elemento qualificante la struttura organizzativa. – 4. L'autotutela come riesercizio del potere di primo grado: riflessi sull'organizzazione. – 5. L'autotutela come strumento giustiziale: diverse ricadute organizzative. – 6. Conclusioni: l'organizzazione come elemento qualificante la natura dell'autotutela quale potere di amministrazione attiva.

1. L'organizzazione disvelatrice della natura del potere: profili generali

Come noto, l'autotutela è stata intesa ora come potere di amministrazione attiva, ora come modalità di risoluzione di conflitti potenziali senza necessità di ricorrere all'Autorità giurisdizionale: l'alternativa ora accennata non dipende, com'è intuibile, da una scelta casuale dell'interprete; infatti, per guidare costui nell'opzione tra questi due profili funzionali, rilevano gli interessi sottesi all'esercizio del potere. In particolare uno: l'interesse pubblico alla rimozione (il contributo s'incentra sull'autotutela demolitoria) del previo esercizio del potere di amministrazione attiva.

Se si guarda a quest'ultimo fattore, è possibile guardare all'autotutela – e fornire risposta all'interrogativo circa la sua funzione – dal punto di vista *non* dell'attività, bensì da quello dell'organizzazione amministrativa; allontanandosi per un momento dalla prospettiva ravvicinata dell'autotutela e interrogandosi, in linea più generale, su quale sia il ruolo dell'organizzazione amministrativa nella gestione dell'interesse pubblico¹: se cioè i profili organizzativi

¹ Per una recente ricostruzione del concetto di interesse pubblico cfr. R. VILLATA, M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017: «Se nella concezione di Giannini gli

dell'apparato pubblico siano *strumentali e serventi* rispetto all'esercizio della funzione oppure se, invece, essi svolgano anche un ruolo d'indirizzo e *predeterminazione* dei profili funzionali. Domanda alla quale i Maestri del Diritto amministrativo hanno non di rado offerto risposte non collimanti: se per Giannini² *in principio sono le funzioni*, per Nigro³ *l'organizzazione costituisce il momento astratto della prefigurazione dell'attività*.

interessi pubblici sono dati dalle leggi, nella concezione attuale l'interesse pubblico che l'amministrazione deve effettivamente perseguire non ha più nulla di formale, cioè di normativo. L'interesse pubblico è concepito alla stregua di un'ipotesi di lavoro iniziale di una ricerca che dovrà trovare la sua giustificazione *ex post* nell'istruttoria. Altrimenti detto, l'interesse pubblico concreto è il prodotto di una sintesi "concettuale, e, *selettiva*", la quale "ha una base ed una rispondenza nei fatti ma non è essa stessa un fatto"» (p. 110). Questa lettura dell'interesse pubblico è, peraltro, fondativa della distinzione tra interesse pubblico *astratto* e *concreto*, tale per cui il primo si rinviene nell'attività legislativa – per definizione generale e astratta – ed è pertanto appannaggio del legislatore; il secondo, invece, è la risultante dell'attività ponderativa della pubblica Amministrazione, quando essa deve perseguire quell'interesse astratto secondo i principi di imparzialità e buon andamento, nel confronto con gli altri interessi concreti (E. CANNADA BARTOLI, voce *Interesse (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XXII, Milano, 1967, pp. 1 ss.).

Perciò l'interesse pubblico concreto è l'esito di un'attività selettiva di tutti gli interessi in gioco nella specifica fattispecie al vaglio dell'Amministrazione: una «sintesi logica», come direbbe G. BERTI, *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, p. 162; una ipotesi di lavoro iniziale che trova giustificazione successiva nell'istruttoria, secondo G. PASTORI, *Discrezionalità amministrativa e sindacato di legittimità*, in *Foro amm.*, 1987, p. 3170.

Assumendo l'angolo visuale del privato, la configurazione dell'interesse pubblico in modo astratto o concreto ha riflessi sulla correlata configurazione dell'interesse legittimo: «L'interesse (denominato in dottrina) legittimo resta legato all'interesse pubblico, e dalla tutela di questo è ritenuto giovare in via riflessa. [...] È soltanto contrapponendo l'interesse privato all'interesse pubblico concreto perseguito dall'Amministrazione, che l'interesse legittimo potrà acquistare spessore di situazione giuridica soggettiva, nei termini di interesse privato riconosciuto e tutelato come tale dall'ordinamento giuridico» (F.G. SCOCA, *L'interesse legittimo: storia e teoria*, Torino, 2017, p. 47).

² M.S. GIANNINI, *In principio sono le funzioni*, in *Amm. civ.*, 1957, n. 1, p. 11 ss.: «la forma più appariscente di questa mancanza di chiari rapporti organizzativi tra i pubblici poteri è costituita principalmente dall'assoluta empiricità della ripartizione delle funzioni. Una delle regole fondamentali di scienza dell'amministrazione è che i singoli centri organizzativi di cui si compone un apparato abbiano ciascuno una funzione *propria*, ossia, dal punto di vista delle funzioni, che queste siano assegnate secondo unità di materia ciascuna ad un suo centro d'imputazione. [...] È quindi ovvio che il primo problema, anzi il problema dei problemi, che dovrebbe porsi il legislatore che intenda provvedere in materia amministrativa non può essere che quello del riordinamento delle funzioni» (pp. 13-14).

La validità dell'assunto di Giannini può essere ancora apprezzata nella critica che, circa trentacinque anni dopo, Cassese – citando il suo Maestro – indirizzò alla legge n. 29 del 1993 nella sua prima stesura affermando che partire dalla regolazione dei rapporti di lavoro pubblico per fare una riforma generale dell'organizzazione della P.A. era errato: i primi «sono problemi seguaci, nel senso che debbono adattarsi al tipo di funzioni ed organizzazioni prescelti» (cfr. S. CASSESE, *Il sofisma della privatizzazione del pubblico impiego*, in *Riv. it. dir. lav.*, 3/1993, pp. 287 ss.).

³ M. NIGRO, *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milano, 1966, p. 126.

La risposta a questa domanda, se applicata al paradigma dell'autotutela, potrebbe quindi fornire risposta all'interrogativo – di matrice più specifica e puntuale – circa la sua funzione: se di amministrazione attiva dell'interesse pubblico o di risoluzione dei conflitti tra interessi contrastanti. In altre parole: guardare all'autotutela esclusivamente nel prisma della sua costruzione funzionale ne definisce realmente il contenuto e l'aspetto teleologico? O forse quest'obiettivo può essere meglio raggiunto guardando quel potere dall'angolo visuale dell'organizzazione? Il contributo si propone proprio la dimostrazione di quest'assunto: studiare l'autotutela dal punto di vista organizzativo ne definisce anche i confini funzionali, gli obiettivi. Fornisce, insomma, risposta al quesito sulla *natura* di quel potere.

Ora, tra il piano organizzativo e quello dell'attività ci sono comunque implicazioni *reciproche*: v'è sempre – con le parole di Nigro – un rapporto di *continuità*⁴.

Banco di prova del *continuum* tra attività e organizzazione è, in questo contributo, l'autotutela amministrativa⁵, onde comprendere se la conformazio-

⁴ Secondo M. NIGRO, *Studi sulla funzione*, cit., «Organizzazione ed attività sono invece, come sappiamo, due facce della stessa moneta, due profili (due modi di essere) dello stesso sistema di istituzione e di regolazione di strumenti e di rapporti idonei a consentire il raggiungimento di determinati fini. Questa situazione di contiguità – anzi, ci si passi l'assonanza, di vera e propria *continuità* – fra i due settori, rende grave il problema di porre concretamente il confine fra di essi» (p. 123). Egli tiene tuttavia a specificare – a differenza di Giorgio Berti – che attività e organizzazione, sebbene poste in un rapporto di continuità, devono mantenere ciascuna il proprio specifico ambito giuridico d'appartenenza: non se ne deve, insomma, annullare la distinzione. In questo senso, appunto, Nigro critica l'opinione contraria di Berti (espressa nel suo celebre *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968) per il quale la distinzione tra attività e organizzazione – pur traggurdate in un rapporto di «affinità» e «compenetrazione» – tende a sfumare e ad annullarsi: il momento organizzatorio è trasformazione del potere in atto, per cui «l'organizzazione è il profondo contenuto dell'attività giuridica [120]» (cfr. sempre M. NIGRO, *op. cit.*, p. 125, *sub* nota 54).

⁵ La bibliografia sull'autotutela amministrativa è sterminata. *E plurimis*, U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901; G. MIELE, *In tema di annullamento d'ufficio di atti amministrativi illegittimi*, in *Giur. compl. cass. civ.*, XXVI, 1947, p. 1132 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *Sulla discrezionalità dell'annullamento di ufficio*, in *Rass. dir. pubbl.*, 1949, II, p. 750; R. ALESSI, *La revoca degli atti amministrativi*, Milano, 1956; E. CANNADA BARTOLI, voce *Annullabilità e annullamento (dir. amm.)*, in *Enc. dir.*, II, Milano, 1958, p. 491 ss.; F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 537 ss.; E. CANNADA BARTOLI, *In tema di interesse concreto all'annullamento di ufficio*, in *Foro amm.*, 1960, I, p. 45; M. ALÌ, *Osservazioni sull'annullamento d'ufficio degli atti amministrativi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1966, p. 527 ss.; P. VIRGA, *Il provvedimento amministrativo*, Milano, 1972, spec. p. 435 ss.; F. PAPARELLA, voce *Revoca (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, XL, Milano, 1989, p. 209 ss. Tra i lavori più recenti v. A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991; E. FERRARI, *Revoca nel diritto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIII, Torino, 1997, p. 333 ss.; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999; N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001; B.G. MATTARELLA, *Il principio di legalità e l'autotutela amministrativa*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 6/2007, p. 1223 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in

ne organizzativa dell'apparato sia in grado *di per sé* di qualificare la natura di quel potere.

Due direttrici di analisi: l'una – che potremmo dire ascensionale – prende le mosse dal piano dell'attività, e dunque dalla funzione di autotutela, per inferirne il rapporto stretto e strumentale con la dimensione organizzativa dell'apparato, in quanto attributario di quel potere; l'altra – discensionale – intende osservare gli effetti delle scelte organizzative sulla natura e sulla qualificazione del potere in esame.

2. L'autotutela: potere di amministrazione attiva o prerogativa giustiziale?

Nella prospettiva funzionale l'autotutela è il potere dell'Amministrazione di tornare sulle proprie decisioni – anzi, sull'esercizio di un proprio precedente potere⁶, si pensi alle ipotesi di silenzio o di SCIA⁷ – con esiti che possono essere demolitori (revoca, annullamento) o confermativi (convalida, ratifica).

F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2014, p. 314 ss.; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*, 20/2016, p. 1-13. Per riferimenti più completi sia consentito il rinvio a C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018.

⁶ In questo senso v. D. MARRAMA, *Le novità in tema di SCIA del biennio 2015-2016*, in *Federalismi.it*, 13/2017, spec. p. 20, per il quale la concezione atto-centrica del potere amministrativo deve ritenersi ormai superata dall'introduzione dei meccanismi di liberalizzazione e semplificazione del procedimento; ciò che si riflette anche sul potere di autotutela, non più incentrato sul riesame di un provvedimento, bensì su un precedente esercizio (anche tacito) di potere: la concezione dell'autotutela come potere incentrato su un precedente provvedimento sarebbe, secondo l'Autore, «del tutto incoerente proprio con il fenomeno della deprovincializzazione [leggasi SCIA, n.d.r.] e con i vari fermenti che, (ormai da alcuni anni) anche sulla base di pressanti sollecitazioni di matrice comunitaria, agitano il nostro diritto interno con l'obiettivo di giungere alla c.d. liberalizzazione giuridica dell'attività amministrativa. Al contrario, l'autotutela dovrebbe essere intesa più correttamente come il potere di ritornare su di un precedente episodio di esercizio di potere. Orbene, non si dice niente di eversivo quando si afferma che non ogni episodio di esercizio di potere si conclude con un provvedimento; questo accade, evidentemente, per gli accordi sostitutivi di provvedimento e per i silenzi significativi ma, a ben vedere, accade anche nella SCIA. Nella SCIA vi è esercizio di potere anche nelle ipotesi in cui l'accertamento confermi la presenza dei presupposti e dei requisiti normativamente previsti. Le opinioni contrarie risentono probabilmente di un pregiudizio atto-centrico che appesantisce la loro visione critica. Certo, con questo non si vuol certamente affermare che la SCIA sia un fenomeno del tutto sovrapponibile a tutti gli altri casi nei quali l'esercizio di potere non si traduce nell'emanazione di un provvedimento. La differenza c'è ed è sostanziale e rappresenta, tra l'altro, il cuore del concetto di deprovincializzazione. Nella SCIA (in ogni episodio di SCIA) si verifica una peculiare forma di esercizio di potere in un ambito nel quale la legittimazione allo svolgimento di una data attività fa già parte del bagaglio soggettivo del denunciante e non deriva dall'emanazione di un atto o di un simulacro di atto». Sul tema specifico delle liberalizzazioni, v. l'interessante disamina di M.M. FRACANZANI, *L'identità. Diritti fondamentali fra Corti europee e*

Ora, senza ripercorrere le tappe di dottrina e giurisprudenza sul punto (cosa che esula dai limiti di questo contributo), una volta individuato nel principio di legalità il *fondamento* del potere di autotutela⁸, resta al pettine un nodo in

pubblica Amministrazione, Bologna, 2016, spec. p. 29 ss., per il quale esse costituiscono la realizzazione in sede di legislazione primaria di quanto già avvenuto a livello costituzionale, con lo “scivolamento” al secondo comma dell’art. 97 Cost. del principio di legalità, che ha lasciato invece il posto al principio del pareggio di bilancio, realizzando il «baratto» tra legalità ed economia. Poiché – secondo l’A. – il provvedimento è «un lusso» che la pubblica Amministrazione non può più permettersi: la SCIA, invece, dissimula sotto l’aspetto della liberalizzazione delle attività private una più accentuata necessità di risparmio di spesa pubblica.

⁷ Istituti accomunati da F. MERUSI, *Metamorfosi dell’intervento pubblico nell’economia. Dall’autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. amm.*, 2-3/2015, p. 576 ss.: «Che differenza esiste fra l’attendere lo spirare di un termine per affermare *ex lege* una *fiction juris* di un provvedimento che non c’è e attendere lo spirare di un termine per constatare l’intervenuta decadenza della P.A. da un potere inibitorio? Anche la distinzione del possibile inizio dell’attività tende a sfumare poiché ben difficilmente ci si azzarda a porre in essere una attività prima dello spirare del termine inibitorio, mentre, in qualche caso, l’inizio dell’attività prima dello spirare del termine è stato addirittura vietato dal Legislatore» (p. 598). Se per l’A. quella differenza difficilmente avrebbe potuto esser ricercata nel potere di autotutela senza cadere in contraddizione, dato che l’esercizio dell’autotutela era consentito nelle forme della revoca e dell’annullamento d’ufficio in entrambi i casi, oggi – nell’opinione di chi scrive – proprio l’esercizio dell’autotutela dovrebbe essere lo spartiacque per distinguere il silenzio dalla SCIA, dato che la revoca è prevista esclusivamente per il primo e non (più) per la seconda.

⁸ È opinione ricevuta che il legislatore del 2005, in riforma della l. 241/’90, era intervenuto sull’assetto preesistente della legge limitandosi a “registrare” gli orientamenti giurisprudenziali sull’esercizio dei poteri di riesame e riportando, nelle “nuove” disposizioni sull’autotutela dallo stesso interpolate, il “già noto”, senza allontanarsi dalla costruzione dogmatica tradizionale che vedeva nell’autotutela caducatoria – revoca e annullamento d’ufficio – un potere immanente nell’Amministrazione, mentre nell’autotutela esecutiva un potere eccezionale. Le norme che disegnavano l’esercizio di questi poteri erano, pertanto, «rivolte prevalentemente al passato» e si riferivano a un contesto già allora «in buona parte superato, o in via di superamento o di profonda mutazione» (così, F. FRANCARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, 8/2017, p. 1-32). Più in generale, sulla stabilità degli effetti giuridici del provvedimento, v. D. DE PRETIS e F. CORTESE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, p. 331 ss. La certezza del diritto e la stabilità dei rapporti giuridici, assieme alla conoscibilità e prevedibilità delle norme, costituiscono le condizioni per l’affermarsi dell’ordinamento: in tal senso, cfr. P. CARNEVALE, *I diritti, la legge e il principio di tutela del legittimo affidamento nell’ordinamento italiano. Piccolo divertissement su alcune questioni di natura definitoria*, in *AV.VV.*, *Scritti in onore di Alessandro Pace*, III, Napoli, 2012, p. 139.

Deve riportarsi però l’opinione di autorevole dottrina, per la quale il fondamento del potere di autotutela – *sub specie* di revoca – fosse già da rinvenire – senza necessità d’un intervento normativo apposito – nel principio d’efficacia del provvedimento: che anzi, lo rende addirittura doveroso. Infatti, nel momento in cui il provvedimento cessa di avere efficacia, nel senso che cessa di essere satisfattivo per l’interesse pubblico, l’Amministrazione deve esercitare il suo potere di revoca normativamente sancito, pur se a precise e garantistiche condizioni procedurali e tenendo conto del legittimo affidamento degli interessati: v. M. IMMORDINO, *Il potere amministrativo di revoca*, in *Federalismi.it*, 7/2017, p. 1-24. Questa dottrina trae spunto anche dai recenti studi che affermano – più in generale – la doverosità della funzione

particolare, il quale – pur appartenendo all’universo delle funzioni – ha in realtà riflessi di non poco conto sull’organizzazione.

Il nodo cui mi riferisco è la *natura* del potere di autotutela, la sua *funzione*, ovvero il *fine* cui l’esercizio del potere è orientato: come già detto in apertura di questo contributo, esso è definito ora come riesercizio del potere di primo grado, e dunque come potere di amministrazione attiva⁹; ora, invece, come un potere nuovo e autonomo rispetto a quello di primo grado, ricadente nella c.d. autotutela decisoria, mirata, secondo la nota costruzione benvenutiana¹⁰, a risolvere conflitti attuali e potenziali senza l’ausilio di un giudice. Uno strumento, insomma, di tutela giustiziale o *para*-giurisdizionale¹¹.

amministrativa, e dunque anche dell’autotutela: S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016.

⁹ Rientrano in questa visione i poteri che erano classificati come di revisione e riesame. Invero, per M.S. GIANNINI, *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 1981, spec. p. 379 ss., nella categoria generale dei procedimenti di secondo grado – «esercizio di una potestà generale delle amministrazioni, relativa all’interesse pubblico generale concernente il buon esercizio dell’attività amministrativa», il cui oggetto è «la decisione amministrativa adottata in un precedente procedimento amministrativo» – rientrano i procedimenti di *riesame* di altro procedimento (ed esito di conferma, riforma o annullamento) e quelli di *revisione* dei risultati di altro procedimento (quali revoca e annullamento straordinario). Lo stesso F. MERUSI, *Metamorfosi dell’intervento pubblico nell’economia*, cit., qualifica senza incertezza l’autotutela come espressione di Amministrazione attiva.

¹⁰ L’autotutela intesa come il privilegio dell’Amministrazione di “farsi giustizia da sé” e anche di comporre conflitti potenziali o attuali con il privato è sempre riferibile a F. BENVENUTI, voce *Autotutela*, cit. In questo modo il Maestro risolveva il problema del fondamento del potere di revoca che, non potendosi secondo lui rinvenire nel potere di amministrazione attiva, si poneva in contrasto con il principio di legalità. Cfr. in proposito F. PAPARELLA, voce *Revoca (diritto amministrativo)*, cit.; A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, cit., p. 51.

È nota l’origine civilistica di questa lettura, che aveva individuato strumenti contrattuali di c.d. autotutela privatistica, ovvero clausole decise nell’accordo tra le parti – o fornite anche dalle disposizioni del codice civile – per assicurarsi una tutela in caso, per esempio, d’inadempimento di una di esse nel caso di contratti a prestazioni corrispettive. V. in proposito le note voci enciclopediche di E. BETTI, voce *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, p. 529 ss., e L. BIGLIAZZI GERI, voce *Autotutela (diritto civile)*, in *Enc. giur. it.*, IV, Roma, 1988, p. 1 ss.

¹¹ La suggestione dell’autotutela – *sub specie* di annullamento d’ufficio – quale potere «materialmente giurisdizionale» ha incrementato la propria corposità in seguito all’ultima riforma dell’art. 21-*nonies*, sebbene tracce della funzione giustiziale di questo potere si rinvenissero già nelle prime disposizioni presenti nella legge abolitrice del contenzioso amministrativo del 1865. Ne ripercorre bene e completamente le tappe, da ultimo, lo studio di M. ALLENA, *L’annullamento d’ufficio. Dall’autotutela alla tutela*, Napoli, 2018: «Invero, una funzione materialmente giurisdizionale dell’annullamento d’ufficio era suggerita fin dal primo (seppure particolare) utilizzo legislativo dell’istituto, il quale era chiaramente in funzione di giustizia (cioè, era improntato a una visione «materialmente giurisdizionale» di tale potere)» (p. 18).

3. Per converso: la natura del potere come elemento qualificante la struttura organizzativa

Quali sono i riflessi sull'organizzazione di questi due orientamenti? Dipende, appunto, dal fine perseguito dall'Amministrazione nell'esercizio del potere di autotutela: se quello è un potere di amministrazione attiva, se ne deduce che l'organo amministrativo deputato al suo esercizio debba esser competente circa l'interesse pubblico *specifico* che era stato perseguito nel provvedimento di primo grado che viene al suo riesame; viceversa, se è un potere *para-giurisdizionale*, il fine non sarà il perseguimento dell'interesse pubblico specifico, leso dal provvedimento di primo grado, bensì un *nuovo* interesse pubblico, quello *attuale* all'annullamento dell'atto (nel caso ovviamente dell'annullamento d'ufficio o della convalida), autonomo rispetto al suo precedente e rientrante, invece, nella valutazione del complesso degli elementi da parte della p.A. per provvedervi.

L'idea di chi scrive è che la prima lettura implichi una certa *fissità* nell'organizzazione in ragione del principio funzionalistico¹², mentre la seconda contempra un'*elasticità* organizzativa che può fare del principio di leale collaborazione¹³ la chiave di volta del sistema.

¹² Sul principio v. la panoramica offerta da G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2012, p. 33 ss.

¹³ In genere il principio di leale collaborazione trova la sua più feconda applicazione nelle relazioni intersoggettive tra gli enti territoriali e i diversi livelli di governo. La regola costituzionale che, forse più di qualunque altra, restituisce il senso prevalente cui debbono essere ispirate le relazioni fra enti territoriali è nella seconda disposizione dell'art. 120, co. 2, Cost., il quale, nel disciplinare i limiti del potere sostitutivo dello Stato – da esercitarsi, fra l'altro, «quando lo richiedono la tutela dell'unità giuridica o dell'unità economica e in particolare la tutela dei livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali» –, così recita: «La legge definisce le procedure atte a garantire che i poteri sostitutivi siano esercitati nel rispetto del principio di sussidiarietà e del principio di leale collaborazione» (corsivi nostri). Dalla norma in parola si ricava facilmente che, pur risultando pienamente confermato il ruolo che la Carta costituzionale assegna allo Stato quale garante ultimo della unità e indivisibilità della Repubblica (ma, con ogni evidenza, il meccanismo sembra doversi estendere, *mutatis mutandis*, a ogni ente insistente sul territorio di circoscrizione di volta in volta più ampia: Regione, Provincia e Comune), il relativo compito debba essere svolto facendo leva su meccanismi ispirati al consenso istituzionale, piuttosto che alla imposizione di scelte definite eteronomamente, cioè da enti diversi dall'ente che dovrebbe essere assoggettato al potere sostitutivo. In altre parole, la leale collaborazione – come ha avuto modo di chiarire più volte la Corte costituzionale – è il vero cardine delle relazioni “intersoggettive” fra gli enti territoriali. E ciò vale tanto che gli enti siano dello stesso livello di governo, tanto che siano di diverso livello di governo.

La leale collaborazione si può estrinsecare sia sul piano strutturale, attraverso la istituzione di organi di raccordo, sia sul piano funzionale, mediante procedure volte alla conclusione di intese o accordi. [...] Le relazioni di leale collaborazione riguardano l'ipotesi in cui la relazione ha ad oggetto la cura di compiti sui quali il coinvolgimento degli enti è, a dir

4. L'autotutela come riesercizio del potere di primo grado: riflessi sull'organizzazione

Poiché il diritto amministrativo trova la sua origine più profonda – e quindi la migliore spiegazione delle sue ragioni – nella giurisprudenza poiché si tratta di un diritto di formazione prettamente pretoria¹⁴, la ricerca si è svolta anzitutto sul dato giurisprudenziale.

Il quale esprime un'idea molto netta: l'indirizzo consolidato ci riferisce senza incertezze che l'autotutela costituisce un riesercizio del potere di primo grado. Sulla scorta di questa *funzione*¹⁵, tesa al perseguimento dell'interesse pub-

così, “paritario”. Così, G. CLEMENTE DI SAN LUCA, *Organizzazione amministrativa 4. Rapporti organizzativi*, in *Treccani Diritto on-line*, 2015.

¹⁴ L'osservazione nasce da M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2/2011, p. 463 ss., che lo definisce il più grande esempio di *judge-made law* del XIX secolo. Il concetto si ritrova in altri contributi dello stesso A.: *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 4/2015, p. 683 ss., nel quale l'A. osserva che il diritto amministrativo ha una peculiarità nel ruolo pretorio del Giudice amministrativo, rilevabile dalle sue origini storiche connesse alla reazione liberale all'autoritarismo della legge che, in Francia, aveva condotto ai facinorosi e infausti giacobinismi rivoluzionari in nome della *loi*. Allo stesso modo, Mazzamuto analizza la peculiarità pretoria del diritto amministrativo nel suo studio dal titolo *Per una doverosità costituzionale del diritto amministrativo e del suo giudice naturale*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2010, p. 143 ss.

¹⁵ Il concetto di funzione amministrativa ha subito un'evoluzione sensibile poiché esso costituisce parametro dell'attività e dell'organizzazione, sì da rappresentare il fine – l'interesse pubblico – cui entrambi questi aspetti dell'Amministrazione devono tendere doverosamente. Con concetto di doverosità amministrativa sia nella forma del procedimento che in quella del provvedimento (espreso o tacito) come contemperamento d'interessi e garanzia offerta al privato a fronte dell'esercizio del potere, v. lo studio di S. TUCCILLO, *Contributo allo studio della funzione amministrativa come dovere*, Napoli, 2016. L'idea che la funzione sia connotata da una dimensione doverosa è diffusa in dottrina, la quale si è specialmente espressa in relazione all'obbligo di apertura di procedimenti di autotutela su istanza di parte. Si v. in proposito il suggestivo studio di M. MONTEDURO, *Sul processo come schema di interpretazione del procedimento: l'obbligo di provvedere su domande «inammissibili» o «manifestamente infondate»*, in *Dir. amm.*, 1/2010, p. 103 ss., il quale assume come punto di partenza della sua indagine «l'identità di posizione, di fronte alla domanda del cittadino, tra giudice ed amministrazione», cit. nota 1, p. 104, già rilevata in M.S. GIANNINI, *Diritto amministrativo*, vol. II, Milano, 1970. L'A. distingue, all'interno della locuzione «obbligo di provvedere» (che intende in senso ampio), singoli istituti, p. 125: «l'obbligo di procedere (vincolo a carico della p.a. di valutare se sussistano i presupposti per avviare il procedimento e, in caso positivo, di avviarlo e proseguirlo); l'obbligo di rispondere alla domanda del cittadino (vincolo a carico della p.a. cui autorevoli studiosi attribuiscono natura autonoma, correlandolo ad un diritto soggettivo pieno del cittadino all'emanazione del provvedimento espresso a prescindere dal contenuto favorevole o sfavorevole di quest'ultimo [...]); l'obbligo di provvedere (vincolo a carico della p.a., a procedimento avviato, di fornire non una risposta purchessia ma di concludere il procedimento con una decisione sostanziale sulla fondatezza della domanda e, dunque, sull'assetto degli interessi in gioco); e ancora, p. 172: «l'obbligo di concludere il procedimento e l'obbligo di avviarlo corrono su binari paralleli, nel senso che la domanda del cittadino (“una istanza”) da un lato fa conseguire “obbligatoriamente” il procedimento amministrativo, che dunque dovrà sempre essere aperto dalla p.a. per esaminare la domanda, dall'altro fa conseguire sempre l'obbligo della p.a. di concludere quello stesso

blico che era stato già perseguito – sebbene senza successo – col provvedimento primigenio, le questioni organizzative – che si risolvono in questioni concernenti la competenza – vedono nel soggetto competente al suo esercizio colui che è «titolare del potere di gestione dell'interesse pubblico primario e specifico (quello che era stato perseguito con la prima decisione)»¹⁶.

Pertanto, nell'ipotesi in cui dopo l'emanazione del primo atto sia intervenuta una trasmigrazione di competenza nei confronti di altro organo, sarà quest'ultimo che dovrà esercitare il potere di autotutela, poiché esso è frattanto divenuto il titolare del potere di gestione di quello stesso interesse pubblico.

L'orientamento giurisprudenziale consolidato riecheggia l'applicazione del noto principio del *tempus regit actum*, per il quale il provvedimento amministrativo dev'essere adottato in conformità alle norme vigenti al momento della sua emanazione, ivi incluse quelle relative alla competenza: le quali, sempre secondo quest'orientamento, nel caso dell'autotutela *seguono* la competenza pri-

procedimento attraverso un provvedimento espresso e motivato, reso entro un termine certo e prefissato, sia pure tale provvedimento limitato al rigetto “in rito” della domanda per ragioni procedurali o formali o per difetto di legittimazione del cittadino». Non è mancata dottrina che, invece, ha collegato il dovere di aprire il procedimento di autotutela su istanza del privato in ossequio ai più generali principi d'imparzialità e buon andamento di cui all'art. 97 Cost.: questa la tesi di G. MORBIDELLI ne *Il tempo del procedimento*, in V. CERULLI IRELLI (a cura di), *La disciplina generale dell'azione amministrativa*, Napoli, 2006, p. 121 ss. Il più generale principio di doverosità dell'azione amministrativa, integrato con le regole di ragionevolezza e buona fede, conduce all'assunto secondo cui l'Amministrazione non dovrebbe essere obbligata a provvedere solo nei casi di istanze tipizzate dalla legge, ma anche in «fattispecie ulteriori nelle quali ragioni di giustizia e di equità impongono l'adozione di un provvedimento», quale può essere, eventualmente, un'istanza di annullamento in autotutela (ipotesi tradizionalmente non tipizzata): cfr. Cons. Stato, VI, 11 maggio 2007, n. 231. Più di recente, A. RALLO, *L'inserimento del termine certo nell'esercizio dell'autotutela: appunti per una discussione*, in ID. e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, p. 57, afferma espressamente che, per bilanciare l'apposizione del termine certo di 18 mesi per annullare d'ufficio un provvedimento (termine oltre il quale il provvedimento assume stabilità – pare – a tutela del legittimo affidamento, in spregio alla legalità) serve uno strumento di responsabilità per non aver annullato il provvedimento illegittimo per tempo. Più in generale, sulla nozione di potere doveroso, e in particolare sulla posizione servente del potere rispetto al dovere, nel senso che è il primo a esser integralmente funzionale al secondo, cfr. almeno G. ROSSI, *Principii di diritto amministrativo*, Torino, 2010; F. GOGGIAMANI, *La doverosità della pubblica amministrazione*, Torino, 2005.

¹⁶ Tar Campania, Napoli, V, 12 marzo 2018, n. 1529: «a) “la revoca o l'annullamento d'ufficio di un atto ... deve essere disposto dall'autorità che avrebbe dovuto adottarlo *ex lege*” (T.A.R. Molise, Campobasso, 13 giugno 2006 n. 561): esso costituisce, infatti, atto di competenza del titolare dei poteri di gestione, a nulla rilevando la circostanza che il provvedimento annullato sia stato emesso da un diverso organo, anteriormente competente (Cons. St., sez. IV, 10 dicembre 2002 n. 6776);

b) ne consegue, allora, che all'annullamento d'ufficio di un atto deve provvedere l'organo che nel momento in cui il potere viene esercitato risulta dotato della competenza nella materia specifica, a prescindere dal fatto che l'atto stesso sia stato emanato da tale organo (T.A.R. Trentino-Alto Adige, Bolzano, 24 marzo 1999, n. 97)».

maria al perseguimento dell'interesse pubblico specifico, oggetto del provvedimento di primo grado¹⁷.

Peraltro, è appena il caso di notare che, in questo caso, il *tempus regit actum* fa da temperamento a un altro noto principio, che invece più diffusamente si applica al profilo funzionale ma anche organizzativo dell'autotutela: quello del *contrarius actus*, secondo il quale il procedimento di autotutela – in assenza di sopravvenienze normative di natura procedimentale – deve seguire le medesime scansioni di quello di primo grado, ivi incluse le articolazioni delle competenze.

Esso è così pervasivo che, oltre al caso della sopravvenienza normativa, prevede limitatissime eccezioni, in relazione a ipotesi in cui l'esistenza di particolari vizi o di sopravvenienze di fatto o di diritto renderebbe irragionevole la pedissequa applicazione di tale regola: il caso in cui l'atto da annullare sia stato adottato da organo incompetente, il quale non può poi annullarlo d'ufficio (se non per la ravvisata propria incompetenza) per vizi sostanziali, poiché competente ad adottare il provvedimento caducatorio sarà soltanto l'organo che sarebbe stato attributario del potere di emanare l'atto di primo grado¹⁸.

Ulteriore temperamento al principio del *contrarius actus* è quello secondo il quale, nel caso di atto adottato a seguito di nullaosta, licenze, *etc.*, se la nuova

¹⁷ Il discorso non sarebbe molto diverso se guardassimo al rapporto tra procedimento amministrativo e diritto sopravvenuto (leggasi “norme sulla competenza sopravvenute”) nel prisma del principio opposto, ovvero quello *para*-processuale del *tempus regit actionem*, secondo il quale le regole del procedimento si decidono al momento del suo avvio e pertanto ne condizionano l'iter fino alla fine, garantendo l'affidamento del privato: cfr. in proposito P.L. PORTALURI, *La regola estrosa*, *Le note su procedimento amministrativo e ius superveniens*, in www.giustizia-amministrativa.it, secondo il quale il diritto pretorio si sottrae alla distinzione tra *actio* e *actum*, prestando ossequio solo formale al principio del *tempus regit actum* e, in realtà, guardando al *tempus regit actionem* come principio garantista della stabilità dei procedimenti amministrativi – o delle loro subfasi procedimentali – poiché questi sono innervati d'interessi che mutano col fluire inarrestabile delle vicende della vita, e di questo la giurisprudenza – o quanto meno l'orientamento sostanzialista – è perfettamente cosciente, attecchendosi a *Interessenjurisprudenz*. Usando le parole di G.D. COMPORTI, *Tempus regit actionem. Contributo allo studio del diritto intertemporale dei procedimenti amministrativi*, Torino, 2001, p. 84, «il procedimento [...] fissa e prenota sin dall'inizio la propria disciplina».

Su profili solo parzialmente sovrapponibili – parte dalla medesima premessa ma approda a conclusioni diverse – si colloca anche E. FOLLIERI, *Il rapporto amministrativo dinamico*, in *Giustamm.it*, secondo il quale le posizioni nel procedimento sono sempre fluide e instabili, dunque permeabili rispetto allo *ius superveniens* nei confronti del quale c'è il correttivo della buona fede e della correttezza; ma nel momento in cui esse raggiungono stabilità e si consolidano nel provvedimento finale, l'apertura di un procedimento di autotutela le rimette in gioco, rendendole nuovamente fluide: senza, però, “agganciarle” al procedimento precedente come un *unicum*, tant'è che, se intervengono nuove disposizioni sulla competenza, quel procedimento di secondo grado si articola secondo lo *ius superveniens*.

¹⁸ Cons. Stato, IV, 14 dicembre 2004, n. 7941; Cons. Stato, V, n. 424 del 1997.

valutazione degli interessi pubblici non inficia quel nullaosta o licenza, in secondo grado non è necessario ripetere quella scansione procedimentale e dunque coinvolgere gli stessi attori istituzionali nuovamente, qualora appunto il loro contributo non sia necessario perché il profilo di loro competenza non è intaccato¹⁹.

Quindi, l'autotutela intesa quale riesercizio del potere di primo grado rimanda all'idea di una certa *fissità* organizzativa, per cui è generalmente lo stesso organo che ha emanato l'atto a poterlo poi riesaminare, salve limitate e peculiari ipotesi che renderebbero irragionevole questa fissità: la ragione sta proprio nell'interesse pubblico a perseguirsi, che s'identifica con quello del provvedimento di prime cure, per cui è l'organo dotato del potere di gestione di quell'interesse a doversene occupare²⁰, sempre in veste di organo dotato del potere di amministrazione attiva, del quale il potere di autotutela costituisce espressione.

5. L'autotutela come strumento giustiziale: diverse ricadute organizzative

Se però leggiamo il potere di autotutela come *altro*, e cioè come strumento di deflazione del contenzioso, di riduzione dei costi pubblici²¹, nonché come strumento assimilabile alle ADR²², e cioè come potere *non* di amministrazione attiva ma orientato alla tutela in chiave *para*-giurisdizionale, e quindi come strumento di perseguimento di un interesse pubblico *diverso* da quello del primo provvedimento, la costruzione organizzativa muta, diventa più *elastica* e s'impenna sul principio della leale collaborazione.

¹⁹ Tar Campania, Napoli, V, 28 novembre 2006, n. 10251: «L'intervento degli organi che hanno partecipato al procedimento culminato nell'emanazione dell'atto originario è superfluo nei casi di annullamento in autotutela per vizi di forma o altri motivi non coinvolgenti profili la cui valutazione è rimessa alla competenza di tali organi (si veda, in merito, Tar Catanzaro n. 1898/05 in ordine alla ritenuta irrilevanza, in queste ipotesi, dell'acquisizione del parere della commissione edilizia ai fini della revoca della concessione; Tar Valle D'Aosta n. 96/04; Tar Campania, Salerno n. 1752/04; Tar Basilicata n. 50/04)».

²⁰ Si tratta dell'organo investito del potere d'esercizio della funzione, intesa «nella sua globalità, in un rapporto di congruenza con i fini pubblici»: cfr. G. NAPOLITANO, *Le funzioni*, cit., p. 33.

²¹ Lettura pure data dalla giurisprudenza, cfr. Tar Lazio, III, 19 maggio 2015, n. 5978.

²² M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018, spec. pp. 197 ss., assimila l'annullamento d'ufficio a uno strumento alternativo di risoluzione del contenzioso – “ADR” in senso stipulativamente ampio, comprensivo di tutti i metodi alternativi al contenzioso giurisdizionale per la risoluzione del conflitto – superando i due limiti che tipicamente sono opposti all'utilizzo di mezzi di tal fatta nel diritto pubblico: l'indisponibilità delle situazioni soggettive e dell'interesse pubblico, da un lato, e l'inderogabilità delle disposizioni pubbliche, dall'altro.

Anche in questo caso ci viene in aiuto il dato del diritto vivente: l'esempio è costituito dalla giurisprudenza circa la disciplina dell'annullamento statale delle autorizzazioni paesaggistiche illegittimamente rilasciate dalle regioni o dagli enti sub-delegati²³.

Nel regime precedente il 2010 – normato prima dall'art. 151, comma 4, d.lgs. n. 490 del 1999 e poi dall'art. 159, d.lgs. n. 42 del 2004 – il vaglio della Soprintendenza sulle autorizzazioni paesaggistiche rilasciate dalla Regione consisteva in un controllo di mera legittimità, restando invece precluso alla Soprintendenza di sovrapporre una propria valutazione dei profili paesaggistici a quella già compiuta dall'ente autorizzatore²⁴. Secondo il consolidato orientamento giurisprudenziale formatosi sulla predetta disciplina previgente, l'autorizzazione paesaggistica può essere legittimamente annullata dall'organo statale periferico per qualsiasi vizio di legittimità, ivi compresa l'assenza, nel provvedimento di base, di una corretta indicazione delle ragioni sottese alla positiva valutazione, quanto a compatibilità paesaggistica, dell'intervento progettato²⁵. A questa stregua, l'atto di annullamento può legittimamente limitarsi a constatare il difetto di motivazione dell'autorizzazione senza addentrarsi in valutazioni di merito²⁶. In tal caso, tuttavia, i predetti organi sono tenuti – sia al fine di consentire al giudice di riscontrare effettivamente il preteso il vizio di eccesso di potere, sia in ossequio al principio di leale collaborazione fra Stato e Regione (o ente sub-delegato) – a una puntuale indicazione degli elementi concreti della specifica fattispecie che concludono per la non compatibilità delle opere edilizie con i valori tutelati.

Questo regime è oggi venuto meno e, pertanto, il controllo dello Stato sulle autorizzazioni paesaggistiche è disciplinato a regime dall'art. 146, Codice del paesaggio, come sostituito, che consente alla Soprintendenza una valutazione di merito amministrativo con parere vincolante.

Nella sentenza, tuttavia – ed è questo il punto sul quale è opportuno soffermarsi – si fa cenno al principio di leale collaborazione tra Stato e Regione nell'esercizio del potere di annullamento: esso si articola in una completa ed

²³ Cons. Stato, VI, 17 maggio 2018, n. 2976. L'annullamento soprintendentizio – istituito oggi abbandonato – è stato sostituito da un controllo *ex ante* da parte della Soprintendenza, la quale oggi esprime un parere nel procedimento di rilascio dell'autorizzazione paesaggistica: cfr. art. 146, Codice del paesaggio. Tuttavia, nel periodo transitorio, anteriore al 1 gennaio 2010 (momento dell'entrata in vigore del nuovo regime introdotto dall'art. 2, comma 1, lettera j), d.lgs. 26 marzo 2008, n. 63), la norma di riferimento era costituita dall'art. 151, comma 3, Codice del paesaggio.

²⁴ Cons. Stato, Ad. plen., 14 dicembre 2001 n. 9; più recentemente, *ex plurimis*, Cons. Stato, VI, 28 giugno 2016, n. 283.

²⁵ Cons. Stato, VI, 29 gennaio 2016, n. 356.

²⁶ Cons. Stato, sez. VI, 11 settembre 2013, n. 4481; Id., VI, 17 luglio 2013, n. 3896; Id., VI, 5 aprile 2013, n. 1876.

esaustiva motivazione e in una richiesta di dati all'ente autorizzatore. Il principio si applica, peraltro, nel momento in cui l'annullamento si configura *non* come potere di amministrazione attiva, ma come potere di *controllo dei vizi di legittimità* del provvedimento: un potere *ex post*, che non costituisce riesercizio del precedente, bensì esplicazione del potere di controllo²⁷ del superiore gerarchico (o meglio, *para-gerarchico*) sulle attività del subordinato, previa espressa previsione di legge.

L'esempio – che prefigura un'alterità *soggettiva* tra l'autorità amministrativa di primo e quella di secondo grado – non è casuale. Perché la lettura del potere di autotutela come attività «materialmente giurisdizionale» e di *tutela* alternativa al ricorso al giudice ha un nodo *organizzativo* di particolare e ancora – pare – irrisolta difficoltà: l'immanente conflitto d'interessi che sta in capo all'organo che dovrebbe essere, allo stesso tempo, amministratore e giudice, tutore dell'interesse pubblico e della legalità, fattori che non sempre viaggiano nella stessa direzione.

Ciò induce a cercare concretizzazioni del potere di autotutela in funzione giustiziale nelle controversie in cui i plessi amministrativi sono organizzati in un primo e un secondo grado, laddove pertanto l'annullamento si risolve in un potere di controllo, di filtro di legittimità del provvedimento primigenio.

²⁷ Come noto, la funzione di controllo ha «carattere “ausiliario” all'esercizio delle funzioni [...] di organi (di indirizzo politico, di amministrazione attiva)»: cfr. G. D'AURIA, *Modelli di controllo nel settore pubblico: organi, parametri, misure*, in S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993, p. 202. Il sistema dei controlli interni alla p.A. è stato tuttavia progressivamente smantellato, per lasciare il baluardo nelle mani del controllo di legittimità preventivo da parte della Corte dei Conti. Per una bibliografia essenziale sul tema v., tra gli altri, U. FORTI, *I controlli dell'amministrazione comunale*, in V.E. ORLANDO (a cura di), *Primo Trattato completo di diritto amministrativo italiano*, II, 2, Milano, 1915, p. 608; M.S. GIANNINI, *Controllo: nozione e problemi*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1974, p. 1263; A. CROSETTI, *Controlli amministrativi*, in *Dig. disc. pubbl.*, IV, Torino, 1989, p. 67; S. CASSESE (a cura di), *I controlli nella pubblica amministrazione*, Bologna, 1993; M. CARABBA, *La nuova disciplina dei controlli nella riforma amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1994, p. 955; U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, Bologna, 1995; F. GARRI, *I controlli nell'ordinamento italiano*, Milano, 1998; G. AZZONE, B. DENTE (a cura di), *Valutare per governare. Il nuovo sistema di controlli nelle pubbliche amministrazioni*, Milano, 1999; G. BERTI, N. MARZONA, *Controlli amministrativi*, in *Enc. dir.*, Milano, 1999, p. 457; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Milano, 2000, p. 1217; G. D'AURIA, *I controlli*, in S. CASSESE (a cura di), *Istituzioni di diritto amministrativo*, Milano, 2004, p. 335; M. DE BENEDETTO, *Controlli – II) Controlli amministrativi*, in *Enc. giur. Treccani*, Roma, 2007; M. DE BENEDETTO, *La prevenzione della corruzione attraverso controlli efficaci*, in M. D'ALBERTI (a cura di), *Combattere la corruzione. Analisi e proposte*, Soveria Mannelli, 2016, p. 179; V. GUCCIONE, *Il “principe dei controlli”: la vicenda del controllo preventivo della Corte dei conti*, in U. ALLEGRETTI (a cura di), *I controlli amministrativi*, cit., p. 67; F. PIGA, *Modernizzazione dello Stato: le istituzioni della funzione di controllo*, in *Foro amm.*, 1987, II, p. 810.

Peraltro, queste ipotesi dovrebbero collocarsi al di fuori di quelle circa il potere di autotutela per interesse pubblico *in re ipsa*, le quali – per non incidere sul profilo organizzativo – rimediano appunto limitando l’interesse pubblico e la discrezionalità, facendo leva sull’incidenza del principio della legalità del provvedimento amministrativo: in quei casi la stessa violazione della disposizione normativa – e quindi l’illegittimità – è fonte d’interesse pubblico *in re ipsa* all’annullamento del provvedimento, *ergo* non v’è pericolo di sovrapposizione di valutazioni sul merito di quell’atto tra i diversi plessi organizzativi di primo e secondo grado²⁸.

6. Conclusioni: l’organizzazione come elemento qualificante la natura dell’autotutela quale potere di amministrazione attiva

In conclusione. Dato che i profili organizzativi non sono affatto secondari rispetto alla funzione, forse – più che porsi la domanda *prima* sulla natura del potere di autotutela e *poi* sull’organizzazione – bisognerebbe, o sarebbe almeno più fruttuoso, invertire la rotta, e cioè ricavare la natura del potere dell’autotutela dal disegno organizzativo. La riflessione sulla natura del potere

²⁸ Una delle implicazioni funzionali dell’annullamento in autotutela per interesse pubblico *in re ipsa* è la non necessarietà di una motivazione approfondita del provvedimento di secondo grado: v. per esempio Tar Calabria, Catanzaro, II, 25 settembre 2018, n. 1604, per il quale «allorquando una concessione edilizia in sanatoria sia stata ottenuta in base ad una falsa, o comunque erronea, rappresentazione della realtà materiale, è consentito alla p.A. esercitare il proprio potere di autotutela, ritirando l’atto, senza necessità di esternare alcuna particolare ragione di pubblico interesse che, in tale ipotesi, deve ritenersi sussistente “*in re ipsa*”».

Non v’è dubbio, però, che in effetti le ipotesi di autotutela *in re ipsa* – sebbene molto limitate, per esempio riferibili alle revoche dei bandi di gara per sopravvenuta scoperta finanziaria – possano avere anche ricadute organizzative, non necessariamente richiedenti un plesso amministrativo di controllo.

G. MANFREDI, *Doverosità dell’annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 1/2011, p. 316 ss., p. 325; ID., *L’autotutela in edilizia*, in *Urb. app.*, 10/2014, p. 1092 ss.; ID., *Annullamento doveroso?*, in questa *Rivista*, 1/2017, p. 383 ss.: secondo l’A., tutti i poteri amministrativi sono connotati dalla doverosità del loro esercizio, anche quelli discrezionali come l’annullamento d’ufficio; solo le ipotesi di autotutela *in re ipsa* – nelle quali si fa coincidere l’interesse all’annullamento con il ripristino della legalità – costituirebbero ipotesi di potere *vincolato*; peraltro queste ipotesi, elaborate empiricamente dalla giurisprudenza, disattendono il dettato normativo dell’art. 21-*nonies* il quale, facendo riferimento alle «ragioni di interesse pubblico all’annullamento», sancisce definitivamente che l’interesse ad annullare il provvedimento è una cosa ben diversa dall’illegittimità e che, dunque, il potere di autotutela – seppur doveroso come tutti gli altri poteri – deve mantenere una dimensione discrezionale. Il confine tra autotutela discrezionale e vincolata si fa più labile nelle ipotesi c.d. di autotutela *speciale*, che derogano espressamente all’art. 21-*nonies* e che, allo stesso tempo, assumono i contorni di provvedimenti sanzionatori. È il caso, per esempio, della revoca del permesso di soggiorno: v. per esempio Cons. Stato, VI, 16 dicembre 2010, n. 9029.

scevera dai profili organizzativi rischia di mancare di un fattore che, invece, è fondamentale.

Perché è pur vero, sotto un profilo squisitamente materiale, che come per ogni altro potere, anche per l'autotutela bisogna interrogarsi su come vada congegnata l'organizzazione amministrativa.

In altre parole, se si vuol far coincidere l'organizzazione dell'autotutela con l'organo che ha emanato il primo provvedimento, non si rilevano necessità particolari sul piano organizzativo. Se invece si vuole che l'autotutela sia qualcosa d'altro bisogna *creare* nuove organizzazioni: per garantire l'imparzialità, la terzietà e l'assenza di conflitto di interessi. Si devono avere, cioè, due plessi, quello competente per il provvedimento di primo grado e quello per il provvedimento di secondo grado, che si concretizza in un vaglio di legittimità giurisdizionale.

Questa necessità non ottiene tuttavia riscontro nella possibilità di creare organizzazioni del genere. E questo, anzitutto, è rinvenibile da una piana lettura del dato positivo.

Fino a questo punto del presente lavoro, infatti, il postulato di diritto di riferimento è stato derivato dal dato giurisprudenziale, che – come visto – è chiaro sul punto: l'autotutela è riesercizio del potere di primo grado e quindi competente a esercitarlo è l'organo che è deputato al perseguimento di quell'interesse (organo che è diverso dal precedente solo nel caso in cui – nelle more dell'esercizio del potere di autotutela – il riparto di competenze sia mutato).

Ma se guardiamo al dato positivo, cambiando l'angolo visuale l'orizzonte non muta. Il legislatore ha fatto una scelta organizzativa ben precisa nelle norme sull'autotutela²⁹: il provvedimento può essere annullato o revocato dallo stesso organo che lo ha emanato. Non vi sono poteri impliciti: se ci dev'essere un'alterità soggettiva tra primo e secondo grado lo può dire solo una norma di legge ulteriore (è il caso dell'art. 21-*nonies*, laddove è previsto che il provvedimento può essere annullato anche da altro organo «*previsto dalla legge*»).

Con l'emanazione del 21-*nonies*, cioè, per regola generale è competente all'annullamento lo stesso organo che ha adottato l'atto di prime cure, nonché

²⁹ Cfr. in proposito Cons. Stato, III, 13 ottobre 2016, n. 5047, sulla trascrizione in Italia dei matrimoni contratti all'estero tra persone dello stesso sesso: in quella fattispecie il Prefetto aveva annullato la trascrizione operata dal Sindaco del Comune di Roma sulla scorta di una sua superiorità gerarchica, tuttavia non individuabile nel caso di specie dato che il Sindaco ha competenza esclusiva sulle trascrizioni in quanto ufficiale di stato civile e, senza apposita norma di legge attributiva della competenza, non v'è gerarchia che possa essere giustificativa di un potere di controllo implicito da parte del Prefetto.

«l'altro organo previsto dalla legge»: è stato chiarito che non vi sono poteri impliciti ma, in ossequio al principio di legalità, ci vuole una legge ulteriore che determini la competenza³⁰.

Peraltro, secondo il principio di simmetria, l'organo previsto dalla legge ha il potere di emanare il provvedimento solo se questo potere ce l'ha, *in primis*, lo stesso organo che ha adottato l'atto. Altrimenti no. Il che induce a riflettere sul fatto che, quand'anche fosse congegnata – per disposizione normativa – una seconda struttura avente il compito di controllare il provvedimento, essa dovrebbe comunque rispondere al principio di simmetria e, quindi, esercitare quel potere di controllo sul provvedimento emanato dall'organo che ne aveva

³⁰ Si vedano in proposito le osservazioni di M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento amministrativo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *Federalismi.it*, 16/2016, in relazione al potere di sospensione dell'efficacia del provvedimento: la norma di legge che lo disciplina enuncia la regola sulla distribuzione delle competenze al suo esercizio e «consente di precisare che a godere di un fondamento legale generalizzato è soltanto la sospensione disposta dall'organo che ha adottato il provvedimento, perché negli altri casi è lo stesso art. 21-*quater* a richiedere che il potere di sospendere sia attribuito con una legge ulteriore. La necessità di una previsione che indichi l'organo dotato del potere di sospendere il provvedimento dimostra inoltre che questa facoltà non è implicita nella relazione gerarchica tra organi. Il che, se per un verso appare coerente con la tendenza a superare la costruzione piramidale dell'amministrazione, per altro verso può apparire irrazionale nei casi in cui la legge attribuisce al superiore gerarchico poteri anche più pregnanti rispetto al potere sospensivo senza però fare riferimento a quest'ultimo» (pp. 19-20).

Quanto alla sospensione, già prima della l. n. 241/'90 essa era ritenuta inscritta nel perimetro del potere di revoca: cfr. E. BONAUDI, *Della sospensione degli atti amministrativi*, Torino, 1908, p. 36 ss., secondo il quale «l'autorità può ricorrere al rimedio della sospensione ogni qualvolta essa non voglia appigliarsi a quello, più radicale e più grave nelle conseguenze, della revoca»; S. CATTANEO, *Note intorno al concetto di "sospensione" degli atti amministrativi ad opera di autorità amministrativa, in particolare di licenze edilizie*, in *Riv. giur. ed.*, II, 1962, p. 16 ss.; G. PAGLIARI, *La sospensione dell'atto amministrativo da parte dell'amministrazione*, in *Dir. soc.*, 1982, p. 351 ss.; per un'impostazione orientata al principio di legalità e tipicità, v. A. TORRENTE, *I provvedimenti cautelari nel procedimento amministrativo*, in *Riv. dir. proc.*, 1961, p. 343 ss.; cfr. anche S. FUOCHI, *Sospensione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, XIV, Torino, 1999, p. 363 ss.; il fondamento è stato poi cercato nell'art. 7 della legge sul procedimento: v. B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo*, Parte generale, vol. I, Milano, 2003, p. 797 ss., spec. p. 957, per il quale la sospensione deve essere riconosciuta in via generale alle Amministrazioni, in quanto connaturata ai poteri di annullamento e di revoca, dunque ricompresa in essi. Per A.G. PIETROSANTI, *Il potere di sospensione della p.a.*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Principi e regole dell'azione amministrativa*, cit., p. 374: «La ratio della sospensione è quella di consentire all'Amministrazione una valutazione più adeguata dei presupposti – di fatto e di diritto – di un suo provvedimento, così da evitare che lo stesso produca *medio tempore* effetti irreversibili (Tar Lazio, Roma, Sez. II, 1 marzo 2010, n. 3179). L'istituto permette, quindi, di arrestare momentaneamente un provvedimento per addivenire ad una nuova e più *prudente ponderazione* degli interessi sottesi, con ciò dimostrando un atteggiamento dell'Amministrazione "*cauto e sapiente*", nonché preordinato "*a fini di giustizia*" ed a limitare eventuali responsabilità patrimoniali a carico della stessa P.A. (Cons. St., Sez. IV, 25 giugno 2010, n. 4125)» (corsivo originale).

la competenza in relazione alla tutela di quello specifico interesse pubblico. Ovvero, quello primario.

In altre parole, il legislatore ha scelto di non creare nuove strutture organizzative di grado superiore: dev'essere una legge ulteriore alla 241 che, espressamente, lo preveda, qualora sia necessario. Ed è quanto accaduto, per esempio, nel potere di annullamento soprintendentizio (ora non più vigente) prima analizzato.

Questa scelta organizzativa, pare a chi scrive, ha rilievo per ricostruire la funzione dell'autotutela, perché – se per un verso il legislatore ha strizzato l'occhio alla tutela giustiziale di cui alla legge austriaca³¹ con l'introduzione del termine di 18 mesi nell'annullamento d'ufficio³² – ciò non si è accompagnato a

³¹ Ci si limita a sfiorare, qui, il tema della *materielle Rechtskraft* del provvedimento amministrativo, non certo nuovo nella cultura giuridica europea: esso risale alle elaborazioni di Adolf Merkl, celebre Maestro della Scuola viennese, e affonda le sue radici nella notissima concezione mayeriana del provvedimento *ad instar sententiae*, cioè modellato sulla decisione giurisdizionale. Cfr. A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, in *Zeitschrift für öffentliches Recht*, I, 1920, p. 456 ss., trad. it. *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in M. PATRONO e C. GERACI (a cura di), *Il duplice volto del diritto. Il sistema kelseniano e altri saggi*, Milano, 1987, p. 325 ss. Per il Maestro, il giudicato sostanziale (*materielle*) – fonte di certezza – abbraccia tutte le branche del diritto, processuale e sostanziale: «gli atti delle autorità amministrative – siano essi decisioni o provvedimenti – hanno efficacia di giudicato non diversamente dalle sentenze giudiziarie; [...] la giurisdizione non possiede vantaggi di sorta rispetto all'amministrazione, la quale, per quanto attiene all'efficacia di giudicato, non le è inferiore in nulla. Ciò accade – è bene sottolinearlo ancora una volta – non a causa della provenienza di questo o di quell'atto dall'uno o dall'altro settore giuridico ma per la comune origine dalla legge, per la eguale appartenenza degli atti di giurisdizione e di amministrazione alla famiglia dei fenomeni giuridici, al diritto obiettivo», p. 338-339.

Sui modelli paragiurisdizionali dell'azione amministrativa e sulla teoria del provvedimento *urteilsähnlich*, v. B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, 1987, spec. p. 186 ss. L'A. ricorda che la definizione di Otto Mayer dell'atto amministrativo si fondava su una «consapevole imitazione della sentenza civile», cfr. p. 34. S. COGNETTI, *Normative sul procedimento, regole di garanzia e di efficienza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1990, p. 94 ss., spec. p. 117, rileva che la concezione *urteilsähnlich* del provvedimento poggia sulla concezione dell'autorità amministrativa come “organo decisionale di prima istanza”, rispetto al quale il giudice amministrativo si pone come giudice “di secondo grado”, provvisto dunque del potere di cassare la precedente scelta amministrativa in esito a una differente valutazione della fattispecie reale rispetto alla previsione normativa attributiva, a causa della sua indeterminatezza, di un più o meno ampio potere discrezionale.

³² Nella scelta legislativa d'introdurre il termine di 18 mesi per l'annullamento d'ufficio è stato visto il compimento della giurisdizionalizzazione del procedimento amministrativo: tale per cui, decorsi diciotto mesi dalla loro adozione, i provvedimenti di autorizzazione e di attribuzione di vantaggi economici si stabilizzano definitivamente e diventano “inanullabili”, al pari del provvedimento conclusivo del procedimento tipico di un altro potere dello Stato, quello giurisdizionale. Il riferimento è alla sentenza, la quale – passata in giudicato – non è più impugnabile se non per ragioni straordinarie. Il provvedimento amministrativo, così, conosce la sua *materielle Rechtskraft*, una stabilità che rema in direzione della certezza giuridica dei rapporti di diritto pubblico sconfessando, però, la vera funzione dell'attività amministrativa, e cioè la tutela dell'interesse pubblico, qualora il provvedimento sia illegittimo e – ciononostante

un nuovo disegno organizzativo. *Ergo*, il fine dell'autotutela dovrebbe restare la tutela dell'interesse pubblico *primario* e il suo svolgimento dovrebbe concludersi in un riesercizio del potere.

Se la scelta sia criticabile o meno, è ancora da vedersi: chi scrive si allinea all'idea che un organo di «giustizia *nell'amministrazione*» debba esservi e che, pertanto, la funzione dell'autotutela – o, almeno, dell'annullamento d'ufficio – in senso materialmente giurisdizionale meriti di sopravvivere al disegno organizzativo privo di plessi di primo e secondo grado svincolandola da un rigido rapporto gerarchico³³.

Vero è, d'altra parte, che – quand'anche si accedesse a questa tesi secondo la quale l'autotutela svolge un ruolo di controllo del potere amministrativo indipendentemente dall'esistenza di rapporti organizzativi gerarchici – l'apparato dovrebbe comunque essere organizzato in modo tale da consentire un controllo *terzo*, e dunque dovrebbe aver luogo la costituzione di un organo materialmente diverso da quello che ha adottato il provvedimento primigenio: questa duplicazione di organi e ruoli diventa difficilmente realizzabile in Amministrazioni piccole e strutturalmente semplici, che ne uscirebbero indubbiamente appesantite nel disegno organizzativo e anche nei loro costi gravanti sulla collettività.

Questa, ovviamente, è una risposta confutabile e fallibile, tuttavia è opinione di chi scrive che un punto possa esser condiviso: la scelta del plesso organizzativo rende chiara anche l'attribuzione dei fini e la loro natura. Si tratta di una scelta fondamentale per ricostruire la funzione amministrativa, che dunque non può essere analizzata in modo scevro dai profili organizzativi, idonei a indirizzarla e finanche predefinirla e configurarla.

– non più annullabile. In proposito cfr. P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*, 20/2016, p. 1-13.

Sul concetto d'inannullabilità v. anche A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'inannullabilità dell'atto amministrativo*, in A. RALLO e A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, pp. 85 ss.

³³ Lettura fornita da M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio*, cit., spec. p. 218, la quale rileva che il principio costituzionale di «giustizia *nell'amministrazione*» – laddove la preposizione “*nella*” indicava un'attività che si sarebbe dovuta svolgere all'interno del potere esecutivo dallo stesso Consiglio di Stato – rischia di perdere effettività per la progressiva erosione del sistema dei controlli interni, a loro volta retaggio di rapporti gerarchici d'apparato. Intendere l'autotutela come forma di potere materialmente giurisdizionale riuscirebbe, pertanto, a colmare la lacuna di legalità nell'Amministrazione: a ciò non osterebbe l'interesse pubblico, poiché la legalità è essa stessa interesse pubblico.