Roma 7 /8 ottobre 2016 - AIPDA

Antidoti alla cattiva amministrazione: una sfida per le riforme.

FABIO FRANCARIO

RIESERCIZIO DEL POTERE AMMINISTRATIVO E STABILITA' DEGLI EFFETTI GIURIDICI.

* * *

1.-Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine.

2.- Stabilità e certezza degli atti dei pubblici poteri.

3.- Linee di tendenza dell'Ordinamento con riferimento agli atti normativi ed alle sentenze.

4.- La (in-)stabilità delle decisioni amministrative nel quadro tradizionale dell'autotutela decisoria.

5.- Le linee di tendenza delle recenti riforme. L'autotutela decisoria e la riforma Madia.

6.- Osservazioni conclusive.

*** * ***

1.-Premessa. Oggetto e limiti dell'indagine.

Il convegno annuale ci impone di riflettere su cause e rimedi della "cattiva amministrazione". Nell'ottica degli studiosi del diritto amministrativo, questo significa dover riflettere sugli istituti tipici del diritto amministrativo, per capire se e come questi possano causare fenomeni di cattiva amministrazione; e se e come possano essere corretti. Con esclusione quindi di patologie e rimedi di cui si occupano altre discipline, in primis quelle penalistiche.

Il tema assegnato mi impone di esaminare il fenomeno del riesercizio del **potere amministrativo**, o, detto in altre parole, l'istituto dell'autotutela decisoria della pubblica amministrazione; e di riflettere sul fatto se tale fenomeno o istituto sia un fattore di buon andamento o, al contrario, di cattiva amministrazione. Nell'ambito del diritto amministrativo, la mia analisi non prenderà pertanto in esame le funzioni di prestazione; non si preoccuperà quindi del se e perché i servizi pubblici funzionino male o se e perché i beni pubblici vengano utilizzati male, indicandone i possibili rimedi. L'analisi si concentrerà sull'attività amministrativa di regolazione, intendendo per tale l'attività autoritativamente poste in essere dalla pubblica amministrazione per creare, modificare o estinguere unilateralmente rapporti giuridici. Preliminarmente, intendo precisare se e come nell'ambito dell'Ordinamento sia assicurata più in generale la stabilità delle decisioni assunte imperativamente dai pubblici poteri e come si differenzino sotto questo profilo il valore della legge o più genere di un atto normativo e di una sentenza. Prenderò poi in specifica considerazione la problematica con riferimento all'atto amministrativo; esaminando come il problema viene affrontato e risolto nel quadro tradizionale dell'attività amministrativa autoritativa, e come venga

invece affrontato e risolto dal processo riformatore contemporaneo, impegnato nel tentativo di dare soluzione alle ipotesi in cui l'applicazione della concezione tradizionale dell'autotutela decisoria si è rivelata problematica. Concluderò osservando come, al pari dell'autotutela esecutiva, anche l'autotutela decisoria risulti più strettamente ancorata al rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa.

2.- Stabilità e certezza degli atti dei pubblici poteri.

2.1.- Punto di partenza obbligato dell'analisi è il **carattere autoritativo** dell'azione amministrativa. Differentemente dalle regole e dai principi di diritto comune dettati per la creazione, modificazione o estinzione dei rapporti giuridici tra soggetti dell'ordinamento, fondati sul libero incontro delle volontà, il carattere della imperatività proprio dell'azione amministrativa autoritativa consente all'amministrazione di creare, modificare o estinguere unilateralmente rapporti giuridici con altri soggetti, attraverso atti o, meglio, provvedimenti amministrativi[1]. Il problema è di capire se e quali regole governino il potere di modificare, sempre unilateralmente, decisioni che hanno avuto l'effetto d'instaurare già unilateralmente un determinato rapporto giuridico

Se si vogliono cogliere le linee di tendenza in atto nell'ordinamento, come mi riprometto di fare, è bene ricordare e porre in evidenza che questa caratteristica non è propria solo degli atti (provvedimenti) amministrativi, ma di tutti gli atti in cui si esprimono le funzioni tipiche dei pubblici poteri. L'imperatività è propria della sentenza, in cui si esprime l'esercizio della funzione giurisdizionale; ed è propria anche della legge, atto espressione tipica della funzione legislativa, o comunque degli atti normativi. Provvedimento amministrativo, sentenza e legge s'impongono ai destinatari anche senza, contro o comunque a prescindere dal consenso dei medesimi, perché sono espressione di funzioni finalizzate alla cura del pubblico interesse e solo in via mediata di interessi dei privati. Provvedimento, sentenza e legge **compongono conflitti**, **virtuali o reali**, di interessi in ordine al godimento di beni della vita, creando (unilateralmente) certezza in ordine all'interesse che deve essere considerato prevalente. Lo fa il provvedimento amministrativo, decidendo se nel concreto del caso di specie un determinato interesse privato possa essere soddisfatto o debba soccombere rispetto all'interesse pubblico ; lo fa la sentenza, che per antonomasia risolve un conflitto concreto insorto in ordine al godimento di un bene della vita creando certezza su quale sia l'interesse effettivamente meritevole di tutela[2]; lo fa la legge, che, attraverso la previsione di diritti ed obblighi, nell'ipotesi normativa prefigura regole di comportamento allo scopo di creare certezza

[1] Per l'inquadramento generale della problematica si rinvia per tutti a **A. Romano**, *I soggetti e le situazioni giuridiche soggettive del diritto amministrativo*, in *Diritto amministrativo* (a cura di *L. Mazzarolli, G. Pericu, A .Romano, F.A. Roversi Monaco, F. G. Scoca*), Bologna 2005, I, 160 ss.

[2] **F. Lancellotti**, *Sentenza civile*, in *Noviss dig. it*., Torino, 1969, XVI, 1139.

in ordine agli interessi che ritiene meritevoli di tutela[3]. Per quanto partecipati possano essere i procedimenti che portano alla formazione degli atti suddetti (atto amministrativo, sentenza e legge), sta di fatto che essi producono effetti giuridici unilateralmente, jure imperii, come comandi; e per poter essere osservati come tali devono essere certi[4].

Caratteristica degli atti dei pubblici poteri è dunque quella di **creare certezza** giuridica in ordine ai modi e limiti in cui gli interessi, ritenuti meritevoli di tutela da parte dell'ordinamento, possono essere effettivamente protetti. Ma una certezza è tale solo se ed in quanto viene garantita (anche) la **stabilità** dell'assetto dato al rapporto tra interessi diversi e confliggenti (assetto dato in via ipotetica dalla legge o da un atto che presenti i caratteri propri di un atto normativo; o in concreto, con riferimento cioè ad un rapporto specificamente individuato, dalla sentenza o da un atto amministrativo). Sotto questo profilo, il valore degli atti suddetti si differenzia in maniera più che significativa e tende anzi a rappresentare proprio il tratto differenziale delle diverse tipologie.

Il massimo valore di certezza è assicurato dalla **sentenza**. Una volta che essa acquista la cd forza di giudicato diviene incontestabile dalle parti e non più modificabile dallo stesso giudice[5]. Di regola, rimane insensibile anche allo jus superveniens. Il livello di certezza proprio della **legge** (o di un atto normativo) dipende invece dalla tipicità e dal grado di rigidità del principio gerarchico del sistema delle fonti. Le disposizioni recate da atti aventi forza e valore di legge possono essere annullate solo con pronuncia della Corte Costituzionale e possono essere modificate o abrogate solo da un atto che abbia pari forza; le disposizioni recate da un regolamento possono essere annullate o disapplicate dal giudice, ma possono essere modificate solo rispettando il procedimento tipico di formazione dell'atto regolamentare. Il valore proprio e tipico dell'atto normativo garantisce in ogni caso la tendenziale stabilità dei precetti[6]. L'**atto amministrativo** è quello che offre il minor grado di stabilità della decisione, perché si riconosce, all'autorità che l'abbia emanato, il potere di tornare sulla decisione presa per assicurarne la legittimità o l'aderenza all'interesse pubblico. Questo potere, per tradizione consolidata, è visto e considerato come un potere connaturato all'attribuzione

---

[3] "*I teorici dell'imperativismo direbbero che è proprio della norma il descrivere quando comandare e che cosa comandare. Altri teorici, che la norma versa nella necessità di descrivere una situazione di fatto, e di fissarne un canone di giudizio di contegni umani. Il punto comune è in ciò, che la norma sceglie e descrive fatti, o complessi di fatti, rispetto ai quali prende posizione. … Per sottrarsi ai limiti della concretezza e determinatezza, e dunque per continuare nel tempo oltre i singoli fatti, la norma fabbrica un mondo di figure vuote, in cui si caleranno, a guisa di casi, le individue azioni degli uomini"*; così **N. Irti**, *Per una teoria della norma giuridica*, ora in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, 172. D'obbligo il riferimento a **C. Schmitt**, per il cui pensiero si rinvia sul punto a *I tre tipi di pensiero giuridico*, 1934, in Le categorie del politico, trad it. P. Schiera, Bologna, 1972, 250ss.

[4] "*E' ovvio che se il diritto è espressione del potere, si ha inevitabilmente la sua riduzione a comando, a un insieme di comandi; e se è comando, deve essere ubbidito, ma può esserlo solo se il comando è certo*"; **P. Grossi**, *Sulla odierna incertezza del diritto*, in *L'incertezza delle regole, Atti del convegno annuale* , Napoli, 3-4 ottobre 2014, in Annuario AIPDA 2014, Napoli, 2015, 4).

[5] **E. T. Liebman**, *Efficacia ed autorità della sentenza: ed altri scritti sulla cosa giudicata*, Milano, A. Giuffrè, 1962 (rist. prima ed.).

[6] **V. Crisafulli**, *Atto normativo*, in Enc. Dir., IV, Varese, 1959, 238 ss.

del potere di curare un dato interesse pubblico, e le diverse figure sono unitariamente considerate nell'istituto dell'autotutela cd decisoria, che si distingue da quello dell'autotutela esecutiva proprio per essere considerato espressione di un potere immanente e generalmente riconosciuto alla PA.

3.- Linee di tendenza dell'Ordinamento con riferimento agli atti normativi ed alle sentenze.

3.1-Se cerchiamo di cogliere le tendenze in atto nell'ordinamento, vediamo che, con riferimento alla legge ed alla sentenza, la **linea di tendenza inclina alla dequotazione del valore di certezza e di stabilità** proprio di tali atti.

L'assolutezza del valore del giudicato è sempre più frequentemente messa in discussione.

La crisi dell'istituto è ormai evidente anche sotto il profilo sistematico, essendo chiaramente emersa nei tempi più recenti la necessità di trovare un nuovo punto di equilibrio tra l'esigenza di assicurare stabilità e certezza dei rapporti giuridici (ne fiant poenae lites immortales), garantita appunto dal giudicato, e l'esigenza di assicurare la giustizia sostanziale, garantita dal principio di effettività della tutela giurisdizionale. Il sistema ha fino ad ora assicurato un tale equilibrio attraverso l'istituto della revocazione, mezzo d'impugnazione che in via straordinaria consente d'impugnare le sentenze anche se passate in giudicato nei soli casi tipici e nominati tassativamente elencati dall'art 395 cpc. Recenti pronunce delle Corti sovranazionali impongono però la riapertura dei giudizi, già consumati dal giudice nazionale con forza di giudicato, in caso di accertata violazione di diritti fondamentali[7] , e ciò mette in crisi l'istituto revocatorio, che si rivela inidoneo a tal fine. Attualmente la questione è all'attenzione della Corte Costituzionale, alla stessa rimessa dall'Adunanza Plenaria 4.3. 2015, n. 2 che ha ritenuto rilevante e non manifestamente infondata la questione di costituzionalità degli artt. 106 del Codice del processo amministrativo e 395 e 396 del Cod. proc. civ., in relazione agli artt. 117 co.1, 111 e 24 della Costituzione, nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte europea dei diritti dell'uomo [8]. Se , come sembra ragionevole ritenere, la Corte darà ingresso a questo nuovo ed atipico caso di revocazione (una revocazione straordinaria per errore di diritto ?), la profonda mutazione dell'istituto sarebbe già in essere, ponendo con ciò la necessità di ridefinire il punto di equilibrio tra le suddette esigenze di stabilità e certezza dei rapporti giuridici e di effettività della tutela giurisdizionale. Che i principi

[7] **V. Colesanti**, *La revocazione è diventata un istituto inutile?*, in Riv Dir Proc, 2014, I, 26ss; **L.P. Comoglio**, *Requiem per il processo "giusto"*, in Nuova Giur Civ, 2013, 1ss

[8] La vicenda trae origine dalle pronunce CEDU 4 febbraio 2014 Mottola ed altri c Italia n. 29932/07 e Staibano ed altri c. Italia n 29907/07. *Amplius* v. **F. Francario**, *Revocazione per contrasto con pronuncia di Corte di giustizia*, in Libro dell'anno del diritto 2016, Treccani, Roma, 2016, 745 ss.

comunitari mettano in crisi l'istituto del giudicato non è comunque una novità propria solo degli ultimissimi tempi[9]. Si possono ricordare i casi Fallimento Olimpiclub del 2009[10], Lucchini del 2007 [11]e Kuhne & Heitz del 2004[12], nei quali la tematica s'intreccia peraltro proprio con quella dell'esercizio del potere di autotutela[13]. Nei primi due, la Corte di giustizia europea afferma chiaramente che il diritto comunitario osta all'applicazione di una disposizione del diritto nazionale, come l'art 2909 cod civ., nei limiti in cui l'applicazione di tale disposizione impedisce di prendere in considerazione le norme comunitarie in materia di pratiche abusive legate all'imposta i.v.a. o il recupero di un aiuto di Stato erogato in contrasto con il diritto comunitario e la cui incompatibilità sia stata dichiarata con decisione della Commissione divenuta definitiva; nell'ultimo, la Corte afferma il principio della doverosità del riesame in autotutela della decisione amministrativa, la cui illegittimità sia stata esclusa dai giudici nazionali con sentenza passata in giudicato, nel caso in cui la decisione dei giudici nazionali sia contrastante con una successiva pronuncia alla Corte di giustizia che abbia diversamente interpretato la norma comunitaria. Con specifico riferimento al processo amministrativo, la tendenza alla dequotazione del valore del giudicato di accertamento emerge significativamente anche dalle norme processuali che vedono ormai il giudicato come poco più che un accidente dell'ottemperanza[14], ovvero che tendono a diffondere ed incentivare i mezzi di decisione semplificata o accelerata, a scapito ovviamente della pienezza e completezza dell'accertamento giurisdizionale[15].

3.2. - Con riferimento alla legge la linea di tendenza è oltremodo evidente e, invero, più che consolidata.

Non solo perché è ormai da tempo conclamata la crisi del principio di legalità strettamente inteso[16], il che è fatto che già di per sé impone comunque la necessità di confrontarsi con un sistema normativo non più rigidamente informato secondo un criterio gerarchico, ma ormai caratterizzato

---

[9] Per più ampi riferimenti v. **C. Cacciavillani**, *La cosa giudicata*, relazione presentata alle Giornate di studio sulla giustizia amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazzarolli, *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Siena, 13-14 maggio 2016, in corso di pubbl.

[10] CGE 3 settembre 2009, C- 2/08, , Fallimento Olimpiclub.

[11] CGE 18 luglio 2007, C- 199/05, Lucchini.

[12] CGE 13 gennaio 2004, C- 453/00, Kuhne & Heitz.

[13] Sotto questo specifico profilo per tutti v. **S. D'Ancona**, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015, 135 ss e 166 ss; e **D.U. Galetta**, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv.it.dir. pubbl. com*. 2005, 49 ss

[14] Art. 112 (*Disposizioni generali sul giudizio di ottemperanza). "… 2. L'azione di ottemperanza può essere proposta per conseguire l'attuazione: a) delle sentenze del giudice amministrativo passate in giudicato; b) delle sentenze esecutive e degli altri provvedimenti esecutivi del giudice amministrativo…*"

[15] Puntuali sotto questo profilo le segnalazioni critiche di **M.A. Sandulli**, riassunte in *Crisi economica e giustizia amministrativa*, Mulino 2016, cui si rinvia per ulteriori riferimenti anche ai precedenti contributi dello stesso Autore. Con specifico riferimento alla consistenza ed estensione del giudicato amministrativo tra i più recenti contributi v. **G. Greco**, *Giudizio sull'atto, giudizio sul rapporto: un aggiornamento sul tema*, relazione presentata alle *Giornate di studio sulla giustizia amministrativa in ricordo di Leopoldo Mazzarolli, Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa*, Siena, 13-14 maggio 2016, in corso di pubbl.

[16] Ex multis v. **A. Travi**, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in Diritto Pubblico, 1995, 95**; F. Merusi**, *Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia*, in Diritto pubblico, 2007, 430 ss.

dalla pluralità ed atipicità delle fonti[17]. Se ci si limitasse a questo solo profilo, si potrebbe infatti ricordare che già nel 1959, sulle orme di Santi Romano, Crisafulli dava atto del "*riconoscimento sempre più consapevole che la produzione del diritto non avviene soltanto in regime di sovranità ma anche in regime di autonomia"* e che *"l'ordinamento giuridico nella sua concreta e vivente totalità non si esaurisce nell'ordinamento dello Stato, il quale ne costituisce una parte soltanto, variamente delimitata col variare dei sistemi storici*"[18]. L'elasticità del sistema, di per sé, è nella natura delle cose; come limpidamente provato anche dall'esistenza di norme non codificate, ma espresse dai principi enunciati dalla giurisprudenza[19].

Il problema è un altro. E cioè che si possono anche moltiplicare le fonti e si può complicare il sistema fin che si vuole; ma altra cosa è che si arrivi a creare **norme fin dall'origine prive** persino dell' **aspirazione a creare certezza giuridica**; che si creino cioè norme che non abbiano nemmeno le caratteristiche sostanziali minime di un atto normativo che, come insegnato dallo stesso Crisafulli e da decenni affermato anche dalla CEDU [20], sono appunto quelle della previetà, certezza e chiarezza.

Se si arriva finanche a rinunciare a creare norme che aspirino alla creazione di certezza giuridica, introducendo, in luogo di veri e propri atti normativi, figure informi che dovrebbero limitarsi ad "orientare" il comportamento dei soggetti in modo da "indirizzarlo" verso il raggiungimento di una certa finalità attraverso "raccomandazioni", "consigli" e "auspici" e che peraltro sarebbero perennemente mutevoli nel contenuto dispositivo (ammesso che ne abbiano uno), è evidente che con ciò si alimenta solo l'incertezza e l'instabilità delle regole che devono essere osservate.

Alludo, per intenderci, all'**equivoco della cd *soft law***, il cui crescente impiego rischia di aprire una vera e propria voragine nel nostro ordinamento.

E' opportuno ricordare che storicamente, di soft law si inizia a parlare nella seconda metà del secolo scorso nell'ambito del diritto internazionale, per indicare tecniche regolative alternative agli strumenti tradizionali finalizzati al governo di questioni di carattere transnazionale quali l'ambiente, i diritti umani e gli scambi commerciali. Nella categoria vengono fatte rientrare le «comunicazioni congiunte», le «dichiarazioni» rilasciate da soggetti del diritto internazionale, le «risoluzioni» adottate da organizzazioni internazionali in cui sono espresse regole di condotta che, ad esempio, codificano preesistenti prassi degli Stati, senza peraltro creare delle vere e proprie

---

[17] Per tutti v. **F. Sorrentino,** *Il sistema della fonti nel diritto amministrativo*, in *Le fonti nel diritto amministrativo* (atti del Convegno AIPDA 9-10 ottobre 2015 Padova), Napoli, 2015, 10. Secondo l'A. si starebbe ormai assistendo ad un vero e proprio "*declino della legge come fonte di norme generali, astratte e soprattutto stabili nel tempo, sì da poter rappresentare per i singoli e per gli operatori economici un affidabile parametro di orientamento per le loro attività*".

[18] **V. Crisafulli**, *Atto normativo*, cit., 241.

[19] V. sempre **V. Crisafulli**, *Disposizione (e norma)*, in *Enc Dir.*, XIII, Varese, 195 ss.

[20] V. caso Engel vs Paesi Bassi : sentenza Grande Camera del 8 6 1976 resa sui ricorsi 5100/71, 5101/71, 5102/71, 5354/71 e 5370/71

norme giuridicamente vincolanti. Il diritto euro unitario ne ha già offerto una sistematizzazione abbastanza chiara: raccomandazioni, pareri, risoluzioni, comunicazioni, buone prassi, dichiarazioni, linee guida, benchmark sono figure tipizzate che si contrappongono all'hard law, che rimane proprio dei regolamenti, delle direttive, delle decisioni, oltre che delle norme del Trattato[21]. La formula della soft law viene comunque generalmente estesa ai casi in cui soggetti "interessati" alla regolazione dei propri comportamenti non sono stati sovrani, ma imprese, organizzazioni non governative o comunità di vario genere che adottano propri codici etici o protocolli di comportamento o *best practice*.

Questo breve excursus è sufficiente a consentire di comprendere che tratto comune alle diverse figure è che si è di fronte a situazioni che **il singolo Stato non potrebbe o forse non saprebbe nemmeno disciplinare autoritativamente**, e che vengono pertanto normate da regole, prevalentemente tecniche, che il più delle volte vengono prodotte dagli stessi destinatari che s'impegnano ad osservarle volontariamente. L'autoproduzione le rende peraltro **flessibili**, nel senso che la creazione delle regole di comportamento non è assoggettata ai tempi ed alle forme dei procedimenti tipici della normazione autoritativa. Ma è questa (la flessibilità) un risultato, una conseguenza del fatto che le norme vengono autoprodotte e/o concordate; non già la ragione per cui si produce soft law.

Comunque, proprio in ragione del fatto che ciò che accomuna le diverse figure è in ultima analisi il dato negativo dell'assenza del carattere autoritario [22], si è potuto affermare che la soft law rappresenta una "*categoria comoda*" che qualifica una serie eterogenea di situazioni, "*un mondo di ectoplasmi normativi*"[23]; e, soprattutto, che <<*nulla rende visibile la distanza dal concetto di "norma" come l'esistenza di una vasta tipologia di regole cosiddette di soft law , che rinunciano alla forza cogente, e cercano di trovare applicazione puntando su altre motivazioni diverse dall'obbedienza che si deve ad un "comando*">>[24]. *Hard law* e *soft law* non sarebbero dunque strumenti fungibili.

[21] **A.Poggi**, *Soft law nell'ordinamento comunitario*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali* (atti del XX convegno annuale dell'AIC, Catania, 14-15 ottobre 2005), Padova, 2007, 369 ss.; **Snyder**, *Soft law e prassi istituzionale nella Comunità europea*, in *Sociologia del diritto*, 1993, 80.

[22] Anche secondo **M. Ramajoli**, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Il governo dell'economia* (Atti del convegno nel centenario della nascita di V. Ottaviano, Catania, 9-10 settembre 2016), in corso di pubblicazione, è possibile solo la "*definizione in negativo, in cui l'accento è posto su ciò che manca, la mancanza di coercizione. Soft law "is not coercive", "it is an expression of cooperation". Impegni giuridici privi di sanzione, la cui ottemperanza è volontaria. Soft law è caratterizzata dalla "assenza di forza cogente" e dalla "capacità di produrre degli effetti pratici*".

[23] **R. Bin**, *Soft law, no law*, in *Soft law e hard law nelle società post moderne* (a cura di A. Somma), Giappichelli, 2009.

[24] **M.R. Ferrarese**, *Globalizzazione giuridica*, in Enc dir., Annali,

C'è chi, direi forse con troppo ottimismo, ritiene proprio per questo che la *soft law* sarebbe in realtà destinata a trovare poco o nessuno spazio nel diritto pubblico /amministrativo[25], ma l'esperienza concreta sembra dimostrare il contrario.

Ne è un chiaro esempio il nuovo codice dei contratti pubblici (d lgs 18 aprile 2016 n. 50), il quale ha demandato a **linee guida dell'ANAC** la disciplina di significativi aspetti del regime giuridico delle gare pubbliche d'appalto, non limitata alla vigilanza sulle amministrazioni aggiudicatrici ma estesa alla creazione di diritti ed obblighi di comportamento ai fini dell'ammissione alle gare, e dell'aggiudicazione e dell'esecuzione dei contratti.

Che con ciò si rischino di smarrire alcuni capisaldi propri dello Stato di diritto, aprendo la voragine di cui ho detto poc'anzi, è reso evidente dal fatto che la tipologia delle suddette linee guida è varia e crea figure ibride che si propongono di conformare attività e libertà dei soggetti dell'ordinamento senza le garanzie formali e sostanziali di un atto normativo. Senza le garanzie formali, perché praticamente sortiscono da una delega in bianco del legislatore che non ha predeterminato alcun parametro e perché nel caso più controverso manca il procedimento di formazione "rinforzato" tipico degli atti regolamentari. Senza le garanzie sostanziali, perché sono sovente formulate in maniera vaga e discorsiva, senza nemmeno presentare un articolato che condensi il contenuto precettivo e che consenta d'individuare chiaramente se e quali regole si vuole vengano osservate. Si consideri, per fare solo un esempio, che la regolazione esistente in materia di qualificazione per le gare di appalto, nell'attesa delle nuove line guida, è attualmente recata da un atto denominato "Manuale sull'attività di qualificazione per l'esecuzione di lavori pubblici di importo superiore a 150.000 euro" che si compone di ben 426 pagine e che reca prescrizioni destinate a vincolare non solo gli organismi di attestazioni e le imprese interessate alla qualificazione, ma più in generale qualsiasi soggetto dell'ordinamento che sia coinvolto nelle procedure (penso ad esempio al regime amministrativo che viene dettato per la disciplina delle cessioni d'azienda o di rami d'azienda con carattere di specialità rispetto al diritto civile e commerciale).

Qui occorre subito intenderci. C'è una più generale preoccupazione per il deficit di democraticità che si cela nella produzione di soft law posta in essere dalle amministrazioni indipendenti che provvedono alla normazione attraverso tavoli tecnici più o meno variamente partecipati e che viene giustificata con l'esigenza di assicurare la neutralità del pubblico potere[26]. Non è questo il problema o meglio non è solo questo il problema.

---

[25] **M. Mazzamuto**, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo* , in *Le fonti nel diritto amministrativo* (atti del Convegno AIPDA 9-10 ottobre 2015 Padova),

[26] L'emarginazione delle assemblee elettive, depositarie ed attributarie del potere d'indirizzo politico, implicita nel crescente impiego degli strumenti di soft law in vario modo elaborati da comitati di esperti, non manca di essere

Il problema, com'è ormai noto, riguarda essenzialmente le linee guida cd vincolanti, che non sono riconducibili ad esercizio di potere regolamentare (in quanto non vengono sottoposte al parere preventivo del Consiglio di Stato e recepite in decreto ministeriale); né rimangono linee guida "semplici", bene o male pur sempre riconducibili nel più ampio genus delle direttive. E' stato già chiaramente osservato che queste linee guida "*non presentano alcun profilo tecnico che ne impone l'affidamento a un'autorità di regolazione diversa dal Governo, si riferiscono a un mercato tutt'altro che settoriale nella misura in cui si applicano a tutte le procedure di affidamento di appalti pubblici (e che) non sono neanche ravvisabili quelle esigenze di regolazione indipendente dall'Esecutivo (che non controlla direttamente o indirettamente alcuna impresa, monopolista o ex monopolista che rivesta una posizione dominante) che sconsigli l'introduzione della pertinente disciplina normativa mediante regolamenti governativi*"[27] . Nel caso di specie non ricorre dunque alcuno dei presupposti che solitamente giustificano il ricorso alla *soft law*[28]. A cominciare da quello più importante; che delimita i confini di questa "categoria comoda": non è materia che lo Stato non possa regolare autoritativamente, né tantomeno si è in presenza di situazioni in cui i destinatari della regolazione non potrebbero essere altrimenti vincolati se non attraverso il loro previo consenso. E' chiaro che la *soft law* presuppone che vi sia un **bisogno di regolazione [29],** ma presuppone anche che

---

decisamente stigmatizzata dalla dottrina; cfr : **R. Ferrara**, *L'incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, in in *L'incertezza delle regole (*Atti del convegno annuale, Napoli, 3-4 ottobre 2014), in Annuario AIPDA 2014, Napoli, 2015, 56 ss ed ivi ulteriori riferimenti. Più in generale, sul problema della legittimazione dell'intervento regolatorio delle Autorità indipendenti a tutela del mercato e della concorrenza per tutti v. **A. Police**, *Tutela della concorrenza e pubblici poteri*, Torino, 2007, 12 il quale in sintesi osserva che "*l'intervento deve ritenersi legittimo ogniqualvolta non si manifesti il contraddittorio paritario in un determinato mercato rilevante, ovvero quando sia sostitutivo di una inesistente attività negoziale privata. Tale intervento però non può avere altre giustificazioni, altrimenti perde la connotazione di potere neutrale e di garanzia e si tramuta in intervento pubblico in economia, un intervento che persegue altri fini e che non trova alcuna legittimazione nella norma attributiva di poteri neutrali all'autorità istituita per garantire il naturale funzionamento del mercato".*

[27] **C. Deodato**, *Le linee guida dell'ANAC: una nuova fonte del diritto?,* in www.giustizia-amministrativa.it. L'A. osserva ancora che "*non risultano rinvenibili, né nella Costituzione né nel diritto europeo, le basi (afferenti a un rango sovraordinato alla legge ordinaria) del potere regolativo affidato dalla legge all'ANAC, così come nelle disposizioni legislative che lo prevedono o autorizzano , non appaiono rintracciabili i criteri e i principi alla stregua dei quali dev'essere declinata la regolazione in questione, nella quale sono ravvisabili gli estremi di una vera e propria delega in bianco (con un ulteriore profilo di inosservanza del principio di legalità che esige che il potere regolatorio affidato dalla legge a una fonte subordinata resti condizionato dal rispetto di parametri predefiniti dalla fonte legislativa"*.

[28] Come si è chiarito nel testo, la scelta per le misure di *soft law* origina da questioni a cui i tradizionali strumenti di *hard law* non sono in grado di rispondere in maniera soddisfacente. Le ipotesi solitamente tipizzate sono le seguenti: *a)* la preoccupazione circa la possibilità che norme vincolanti non vengano rispettate e applicate; *b)*l'obiettivo da perseguire non è ancora chiaramente definito, ovvero le parti interessate non hanno raggiunto un sufficiente livello di consenso, in tal caso le norme di hard law possono risultare inappropriate se non addirittura di impossibile attuazione; *c*) ciò che si intende perseguire non è l'armonizzazione o l'uniformità fra diversi modelli di regolazione, ma piuttosto la creazione di una convergenza intorno a principi e soluzioni comuni, che può in qualche caso essere il necessario preludio di successivi interventi legislativi giuridicamente più pregnanti; *d)*il soft law, proprio per il suo carattere non vincolante, consente un'adozione in tempi più rapidi e può essere assai più flessibile in fase di implementazione; *e)*si punta al coinvolgimento e all'attiva partecipazione nel processo decisionale di altri attori, oltre agli Stati. *Amplius* v.

[29] **M. Ramajoli**, *Soft law e ordinamento amministrativo*, cit., evoca al riguardo giustamente il principio di effettività dell'ordinamento giuridico, sottolineando come la soft law sia finalizzata a creare un sistema complementare e non sostitutivo dell'hard law.

questo bisogno **non** possa essere **soddisfatto autoritativamente dai pubblici poteri**, il che fa sì che i soggetti interessati elaborino e si assoggettino spontaneamente a regole di condotta che limitano la possibilità di agire in maniera altrimenti irresponsabile o arbitraria. Nel caso di specie delle linee guida "atipiche" ANAC, la *soft law* viene invece invocata e impiegata non per creare regole in uno spazio vuoto di diritto, che la normazione tipica dei pubblici poteri non può o non vuole occupare perché sarebbe inopportuno lo facesse; ma in sostituzione completa di qualsiasi fonte tipica. Né per altro verso può seriamente affermarsi che le linee guida in oggetto siano un esempio di *soft law* in quanto regole che vengano concordate con i soggetti esponenziali degli interessi dei destinatari. La partecipazione di questi – a prescindere da ogni problema di rappresentatività - rimane in ogni caso limitata all'ambito di una consultazione che non approda nemmeno ad un livello di *pre-law* e le linee guida vengono adottate pur sempre unilateralmente[30]. L'impossibilità di ricondurre ad una ratio che possa dirsi propria della *soft law* le linee guida ANAC, rende evidente che la finalità in tal caso perseguita, peraltro espressamente dichiarata, è unicamente quella di porre in essere una "normazione" che della *soft law* abbia la caratteristica della "flessibilità", e cioè l'essere rapidamente e agevolmente modificabile. Della *soft law* si vuole quindi recuperare unicamente la caratteristica estrinseca della flessibilità, senza che sussistano i presupposti sostanziali dalla quale essa si origina; anzi, arrivando al paradosso di mantenere fermo il carattere autoritativo della regolazione.

Il risultato finale è che gli operatori economici e gli aspiranti contraenti delle pubbliche amministrazioni: a) subiscono autoritativamente una normazione; b) che un'Autorità amministrativa pone in essere e può continuamente cambiare; c) senza le garanzie tipiche della normazione autoritaria.

3.3.- Giurisdizione e normazione sembrano dunque muoversi secondo una **linea di tendenza volta a rendere flessibili, ovvero modificabili e ritrattabili, gli atti** in cui si esprimono le relative funzioni, a scapito dell'esigenza di certezza e stabilità che dovrebbe invece contraddistinguere le volizioni pubbliche. Possiamo chiederci, nel chiudere la prima parte del presente studio, se questa flessibilità sia di ausilio alla buona amministrazione ovvero, per restare più aderenti al tema del convegno, se serva da antidoto alla cattiva amministrazione.

[30] Allo stato si deve presumere che si è semplicemente in presenza di una prassi non regolamentata o che si applichi il Regolamento che disciplina la partecipazione ai procedimenti di regolazione dell'Autorità Nazionale Anticorruzione, il quale all'art 1 prevede che "*L'Autorità, al fine di migliorare la qualità dei propri atti regolatori, utilizza, ove ritenuto opportuno, metodi di consultazione preventiva, consistenti nel dare notizia del progetto di atto e nel consentire agli interessati di far pervenire i propri suggerimenti e le proprie proposte, considerazioni e osservazioni, mediante audizioni, consultazioni on –line, tavoli tecnici*"; e all'art 6 che "*L'Autorità adotta l'atto di regolazione dopo aver acquisito tutti gli elementi necessari*".

Tutto sommato le vicende del giudicato lasciano quasi indifferente il tema, nel senso che la relativizzazione del valore dell'accertamento apre un problema che è dell'ordinamento generale nel suo complesso, e di per sé privo di ricadute immediate sulla qualità dell'azione amministrativa. Salvo osservare che, quando il problema viene ad intrecciarsi con le problematiche specifiche dell'autotutela e viene imposto il riesercizio del potere amministrativo per contrasto del giudicato con i principi del diritto comunitario, ciò avviene al fine di garantire giustizia nell'amministrazione.

Più delicato e complesso è invece il problema con riferimento alla crescente flessibilità della normazione, propalata come misura di efficienza in quanto volta a garantire risposte più pronte e immediate rispetto ai sempre mutevoli bisogni delle imprese e dei mercati e quindi dell'economia.

Al riguardo ripeterei le conclusioni fatte già da Federico Sorrentino nel convegno dello scorso anno, dedicato alle Fonti del diritto amministrativo, il quale, nel confessare il proprio timore e la propria preoccupazione laddove le Autorità indipendenti tendono ad assumere un ruolo di supplenza non solo nei confronti di amministrazioni delegittimate dall'inquinamento corruttivo presente nei settori dominati da fortissimi interessi economici ma anche nei confronti della stessa legislazione primaria e secondaria, ha osservato che la flessibilità normativa di *soft law*, anziché produrre efficienza e legalità, è destinata ad accrescere il tasso di discrezionalità normativa ed amministrativa, fonte sicura di incertezze ed arbitri : "*riesce difficile in un clima caratterizzato da abusi e da illegalità - in qualche modo favoriti da normative complesse oggetto di continue modifiche e integrazioni – rinunciare ad una pretesa di hard law e della conseguente possibilità del controllo giurisdizionale sull'attività applicativa dell'amministrazione, cioè al principio di legalità tradizionalmente inteso. Una generale deregulation, con la sostituzione del diritto scritto con generiche "linee guida" e l'attribuzione ad autorità non responsabili verso alcuno di poteri di normazione sostanzialmente primaria e di amministrazione attiva aprirebbero uno scenario inquietante d'incertezze e di possibili arbitrii*"[31].

Impiegata in assenza della ratio che ne giustifica il fondamento, come avviene nel disegno del nuovo codice dei contratti, la *soft law*, più che un antidoto, rischia di diventare un virus portatore di cattiva amministrazione[32].

4.- La (in-)stabilità delle decisioni amministrative nel quadro tradizionale dell'autotutela decisoria.

Veniamo agli atti ed ai provvedimenti amministrativi.

[31] **F. Sorrentino**, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, cit, 11.

[32] Tant'è vero che forse si sta correndo ai ripari, in quanto si ventila già l'ipotesi dell'adozione di un testo unico sull'attuazione del codice che raccolga i diversi atti di regolazione sin qui emanati e ancora da emanare dalle amministrazioni interessate, ANAC compresa.

Nel caso dell'attività amministrativa si riscontra una linea di tendenza esattamente inversa, volta ad irrobustire ed irrigidire il livello di stabilità e certezza delle decisioni amministrative. Il che è singolare non solo per la controtendenza in sé considerata, ma anche perchè fino ad oggi, rispetto agli atti degli altri pubblici poteri, l'atto amministrativo è stato sempre strutturato come quello caratterizzato dal più basso valore di resistenza alla modificabilità e dalla massima flessibilità possibile della decisione. Non che l'esigenza di assicurare certezza e stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico originati da atti amministrativi non sia stata particolarmente sentita. Anzi, il fatto che l'eventuale impugnativa degli stessi sia assoggettata ad un termine di decadenza breve è stato sempre spiegato in ragione di tale esigenza. Il decorso del termine vale però a rendere inoppugnabile l'atto ed a limitare la possibilità d'intervento del giudice amministrativo. Non anche il potere dell'amministrazione di tornare sulla propria decisione. Che è quanto rende realmente "instabile" la decisione amministrativa. Il problema ruota dunque intorno alla concezione del potere dell'amministrazione di tornare sulle proprie decisioni con gli atti di autotutela cd decisoria, potere che è stato sempre visto come generale ed immanente nell'attribuzione della cura del pubblico interesse del caso concreto e che ha consentito non solo al giudice, ma anche alla stessa PA di annullare, modificare o revocare gli atti amministrativi. Per capire gli elementi di novità bisogna ovviamente partire dal dato consolidato.

Il dato consegnato dalla tradizione è fermo all'impianto teorico disegnato dal Benvenuti [33], rimasto sostanzialmente immutato fino ai giorni nostri. In sintonia con la coeva elaborazione teorica operata dai civilisti, che riconduce nella figura dell'autotutela anche ipotesi prive del momento coercitivo e che si pongono come strumento di tutela alternativo e/o sostitutivo di quella giurisdizionale [34], Benvenuti riconduce in una figura unitaria le forme dell'autotutela esecutiva e dell'autotutela su rapporti giuridici, sottolineando che anche nella prima l'impiego della forza può essere solo eventuale e che le figure sono in realtà accomunate dall'essere mezzi di risoluzione di conflitti. Autotutela, scrive Benvenuti, è "*quella parte di attività amministrativa con quale la stessa pubblica amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese*". E' così che l'autotutela viene definita come "*la capacità di farsi giustizia da sé"*[35]. Le forme dell'autotutela esecutiva e dell'autotutela decisoria rimangono comunque chiaramente distinte in seno all'istituto unitariamente considerato, con implicazioni ben precise sul regime giuridico delle due figure. La prima, viene strettamente ancorata al principio di legalità; la seconda, viene vista come espressione di un potere

[33] **F. Benvenuti**, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir*., IV, 1959, 539 ss.
[34] **E.Betti**, *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc Dir*., IV, 1959, 529 ss.

[35] **F. Benvenuti**, cit.

generale : "*l'autotutela esecutiva è ammessa nel nostro ordinamento* ***soltanto nei casi espressamente previsti*** *e non ampliabili né in via di deduzione di principi né di in via d'integrazione analogica*"[36], laddove "*il concetto di atto che decide secondo giustizia un conflitto potenziale o attuale tra l'amministrazione ed il destinatario del suo provvedimento ... si manifesta come concetto di* ***carattere generale***" [37].

La distinzione secondo la quale sussisterebbe un **potere generale** in ordine all'autotutela decisoria, finalizzata a modificare o estinguere effetti giuridici creati da precedenti decisioni amministrative (annullamento, sospensione e revoca), mentre rimarrebbe invece **eccezionale** l'autotutela c.d. esecutiva, finalizzata a garantire la realizzazione concreta degli effetti giuridici voluti dall'Amministrazione, viene mantenuta ferma nella successiva elaborazione dottrinale e giurisprudenziale [38] e viene recepita nella codificazione operata dalla l. 11 febbraio 2005 n. 15, che apporta modifiche ed integrazioni alla l. 241 del 1990. Com'è noto, la l. 15/2005 inserisce nell'impianto della l 241/1990 un intero nuovo capo, il "**Capo IV-*bis***" dedicato alla disciplina della *"Efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo*", nell'ambito del quale vengono appunto codificate le figure della revoca, dell'annullamento d'ufficio e della esecutorietà, individuate e

[36]**F. Benvenuti**, op. cit., 555.

[37]**F. Benvenuti**, op. cit, 541.

[38]. E' singolare dover constatare che l'autotutela decisoria, originariamente attratta in un istituto che spiega il potere di autotutela come connaturato all'esercizio della funzione amministrativa e che pertanto non richiede un'espressa attribuzione del relativo potere per poter esser esercitato, non segue la maturazione concettuale dell'istituto che porta ad ancorare la figura ad una più stretta osservanza del principio di legalità. Questa **evoluzione** contrassegna la sola figura dell'autotutela esecutiva, non anche della decisoria; la quale continua a riposare sull'originario fondamento giustificativo dell'autotutela esecutiva anche quando tale fondamento viene da quest'ultima superato e abbandonato in ragione della necessità di assicurare una più stretta aderenza al principio di legalità. **L'autotutela esecutiva**, dunque, abbandona l'idea che un tale potere possa ritenersi di per sé connaturato all'attribuzione della cura del pubblico interesse, e il suo esercizio viene ritenuto possibile se ed in quanto risulti rigorosamente rispettato il principio di legalità dell'azione amministrativa (**A.M.Sandulli**, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl*., 1964, 819 ss ; **S. Cassese**, *I beni pubblici. Circolazione e tutela,* Milano 1969, 392 ss; **R. Sacchi Morsiani**, *L'esecuzione delle pretese amministrative (parte generale),* Padova, 1977, 8ss; **V. Cerulli Irelli,** *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, in *Dir. Proc. Amm.* , 1986, 411 ss **; G. Coraggio,** *Autotutela*, in *Enc. Giur. Treccani*, 1988, 5 ss ; **G.D. Falcon**, *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in Dig Disc Pubbl., Torino, 1992. Di recente v comunque **G. Gruner**, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli 2012, 365 ss secondo il quale l'esecutorietà sarebbe un "*elemento sistemico del diritto amministrativo italiano*" nonchè "*un attributo costituzionalmente necessario del potere amministrativo in quanto tale*". In sostanza, una tecnica generale di buona amministrazione a garanzia della continua rispondenza al pubblico interesse dell'attività amministrativa). L'**autotutela decisoria** rimane invece ferma ad una ricostruzione teorica in termini di potere generale, manifestazione dell'autoritarietà attribuita alla pubblica amministrazione per la cura dell'interesse pubblico (Cfr. **: G. Corso,** *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 206 ss ; Id., A*utotutela (dir. amm.),* in **S. Cassese,** (a cura di), Dizionario di Diritto Pubblico, Milano, 2006; **A. Contieri**, *Il riesame del provvedimento amministrativo*, Napoli, 1991, 206 ss**; M. Immordino,** *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 79 ss ; Id., *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in **F.G. Scoca** (a cura di), Diritto amministrativo, Torino, 2008, 332; **R. Villata**, *L'atto amministrativo,* in**, L. Mazzarolli, G. Pericu, A. Romano, F. Roversi Monaco, F.G. Scoca** (a cura di), *Diritto amministrativo*, Monduzzi, 2005, I, 807; **N. Bassi**, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, 363 ss.).

definite in via generale ed astratta [39]. Il rinvio a "*casi e modalità stabiliti dalla legge*" caratterizza la sola esecutorietà, e scompare nelle figure tipiche dell'autotutela decisoria. La codificazione delle figure tipiche dell'autotutela operata dalla legge 15/2005 ci consegna quindi una ricostruzione dell'**autotutela decisoria** vista come espressione di un privilegio generale dell'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni, in quanto in precedenza prese in maniera sempre unilaterale, che enfatizza la flessibilità dell'atto amministrativo, nel presupposto che esso debba essere sempre adattato alle mutevoli esigenze dell'interesse pubblico ed aderente al principio di legalità dell'azione amministrativa.

4.2.- Come tutte le codificazioni che si rispettino, la legge 15 è però anch'essa rivolta prevalentemente al passato e, per quanto possa essere quasi esemplare per chiarezza, finisce con il ricadere anch'essa nel limite di recepire elaborazioni di principi maturate comunque con riferimento ad un contesto ormai in buona parte superato o in via di superamento o di profonda mutazione. La legge 15 tipizza cioè le figure dell'autotutela decisoria facendo riferimento al modello tradizionale dell'azione amministrativa autoritaria, senza considerare l'impatto che le misure di semplificazione e quelle di rafforzamento del procedimento decisionale amministrativo, introdotte proprio dalla legge 7 agosto 1990 n. 241 che la legge 15/2005 ha voluto modificare ed integrare, hanno avuto sull'attività amministrativa.

Rispetto a questi due elementi di sostanziale innovazione dell'attività amministrativa, la ricostruzione teorica dell'autotutela decisoria, come espressione di un potere generale dell'amministrazione, mostra tutti i suoi i limiti e si rivela inadeguata.

---

[39] L'art. 21-ter dedicato alla **esecutorietà,** al primo comma dispone che " *Nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge, le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti*".
L'articolato prosegue poi precisando che il provvedimento costitutivo di obblighi deve indicare il termine e le modalità dell'esecuzione da parte del soggetto obbligato e che, qualora l'interessato non ottemperi, le pubbliche amministrazioni, "previa diffida, possono provvedere all'esecuzione coattiva nelle ipotesi e secondo le modalità previste dalla legge".
L'art. 21-quinquies disciplina invece la **revoca** del provvedimento, prevedendo che il provvedimento amministrativo ad efficacia durevole può essere revocato da parte dell'organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge "*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto o di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*"; e precisando che la revoca determina la inidoneità del provvedimento revocato a produrre ulteriori effetti e che, se comporta pregiudizi in danno dei soggetti direttamente interessati, l'amministrazione ha l'obbligo di provvedere al loro indennizzo".
L'art. 21-nonies disciplina infine **l'annullamento d'ufficio** prevedendo che "*Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge*"; e precisando altresì che "*è fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole*". Per completezza va inoltre ricordato anche il disposto dell'art. 21-quater secondo comma, secondo il quale "*L'efficacia ovvero l'esecuzione del provvedimento amministrativo può essere sospesa, per gravi ragioni e per il tempo strettamente necessario, dallo stesso organo che lo ha emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge. Il termine della* ***sospensione*** *è esplicitamente indicato nell'atto che la dispone e può essere prorogato o differito per una sola volta, nonché ridotto per sopravvenute esigenze*".

E' noto che la generalizzazione della **strutturazione del procedimento in forma contenziosa o quasi contenziosa** persegue, tra gli altri, anche il fine di comporre preventivamente il contrasto tra interesse pubblico e privato in modo da garantire la migliore stabilità possibile degli effetti della decisione finale. Acquisizione e valutazione degli interessi in gioco non sono più operate unilateralmente soltanto dalla pubblica amministrazione, ma al privato è riconosciuto il potere di introdurre nel procedimento le ragioni dell'interesse di cui si assume titolare o portatore e di imporne la considerazione all'amministrazione[40]. Ciò ha come importante conseguenza il fatto che la determinazione assunta dall'amministrazione a conclusione del procedimento amministrativo si struttura ormai generalmente come **decisione in senso proprio**, qualificazione in passato adoperata dalla dottrina per individuare appunto le ipotesi in cui la partecipazione del privato al procedimento era prevista come necessaria per la formazione "in contenzioso" della volontà amministrativa[41] . Si è molto discusso, in passato, sull'effettività utilità della considerazione della categoria delle decisioni come distinta rispetto a quella dei provvedimenti; ma è discussione che, oggi come oggi, non ha più senso fare perché, se il *principium individuationis* è quello della esistenza o meno della garanzia del contraddittorio in sede procedimentale finalizzata alla composizione preventiva dell'ipotetico o per il momento ancora solo eventuale conflitto tra interesse pubblico e privato, tutti i "provvedimenti" possono ormai ritenersi "decisioni" in quanto la loro formazione è assistita dalla garanzia della partecipazione procedimentale [42]. Ha senso piuttosto riflettere sul fatto che la conseguenza normalmente tratta dalla strutturazione del provvedimento come decisione, implicando la definizione contenziosa del conflitto tra interesse pubblico e privato nel concreto del caso di specie, è sempre stata quella di ritenere che la "decisione" consumasse il potere di provvedere. Le vicende giurisprudenziali del silenzio sul ricorso gerarchico sono esemplari sotto tale profilo[43]. La strutturazione del provvedimento amministrativo come "decisione", quale conseguenza della generalizzazione della garanzia del previo contraddittorio, pone quindi un primo grosso problema sul piano teorico per potere continuare a ritenere che

[40] Per tutti v. **M. Bombardelli**, *Decisioni e pubblica amministrazione. La determinazione procedimentale dell'interesse pubblico*., Torino, 1996, 334 ss.

[41] **E. Cannada Bartoli,** *Decisione amministrativa*, in *Noviss Dig. It*., V, Torino, 1960, 269; **M.Nigro**, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953; Id., *Decisioni amministrative*, in Enc Dir., XI Milano, 1962, 810ss**;**, *Sulle decisioni amministrative contenziose*, in Foro Amm. 1949, I, 1, 316; . **M.S. Giannini,** *Accertamenti amministrativi e decisioni amministrative*, in Foro It., 1952, IV, 169ss. Tra i più recenti e originali contributi v **E. Zampetti**, *Contributo allo studio del comportamento amministrativo*, Torino, 2012, 216 ss il quale si discosta dalla concezione tradizionalmente accolta per sussumere nel concetto di decisione amministrativa anche il comportamento amministrativo che si qualifichi come manifestazione del potere amministrativo

[42] Secondo **A. Travi**, *Decisione amministrativa*, in *Dig. Disc Pubbl.,* 1989 (aggiornamento 2011) decisione in senso proprio è solo quella che risolve un conflitto "attuale" e che viene resa al termine di un procedimento amministrativo che abbia come proprio oggetto la controversia medesima; ovvero quella resa appunto su ricorso amministrativo.

[43] Ormai quasi storiche le Adunanze Plenarie 3 5 1960 n 8, 7 2 1978 n. 4, 24 11 1989 n. 16 e 4 12 1989 n. 17. Tra le più recenti ricostruzioni dei diversi orientamenti di dottrina e giurisprudenza al riguardo v. **C. Guacci**, *La tutela avverso l'inerzia della pubblica amministrazione secondo il codice del processo amministrativo*, Torino, 2012, 205 ss.

l'Amministrazione conservi il potere di tornare sulla decisione una volta presa. L'affermazione che vi sia consumazione del potere se il provvedimento si struttura come decisione è incompatibile con quella secondo la quale l'autotutela decisoria sarebbe espressione di un potere inesauribile ed immanente.

Il secondo elemento di novità non considerato dalla codificazione del 2005 è il fatto che la l 241/1990 introduce **misure di semplificazione del procedimento decisionale** tali da poter comportare che l'assetto degli interessi non venga determinato unilateralmente da un provvedimento amministrativo o non venga affatto determinato da un provvedimento amministrativo. Il riferimento è alle figure della conferenza di servizi e degli accordi e, soprattutto, a quelle del silenzio e della DIA / SCIA, accomunate tutte dall'assenza di una determinazione imperativa unilaterale. Dando per note e presupposte queste figure, ci si limita a sottolineare che in esse il procedimento o il provvedimento possono venire del tutto o in parte a mancare, e che ciò rende arduo qualsiasi tentativo di applicare anche ad esse gli istituti dell'autotutela decisoria fintanto che questi vengono ritenuti espressione di un potere generalmente riconosciuto all'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni, in precedenza prese in maniera sempre unilaterale. Per il semplice fatto che non si può tornare unilateralmente su una precedente decisione, se questa in realtà non è stata mai presa o non è stata presa unilateralmente.

Non è pertanto un caso che il legislatore del 1990 senta la necessità di intervenire a disciplinare esplicitamente il riesercizio del potere in tali ipotesi : viene espressamente previsto il potere di recesso "*per sopravvenuti motivi di pubblico interesse*", con riferimento agli accordi (quarto comma dell'art 11); viene espressamente previsto il potere "*di annullare l'atto di assenso illegittimamente formato*", con riferimento al silenzio (ult cpv dell'art 20). Emblematico è il caso della DIA, la quale, nella sua originaria disciplina normativa, vede l'atto di assenso della pubblica amministrazione, "*comunque denominato*", "*sostituito da una dichiarazione dell'interessato*": qui compare la disposizione secondo cui "*spetta all'amministrazione competente, entro e non oltre sessanta giorni dalla denuncia, verificare d'ufficio la sussistenza dei presupposti e dei requisiti di legge richiesti e disporre se del caso con provvedimento motivato da notificare entro il medesimo termine, il divieto di prosecuzione dell'attività e la rimozione dei suoi effetti, salvo che, ove ciò sia possibile, l'interessato provveda a conformare alla normativa vigente detta attività e i suoi effetti entro il termine prefissatogli dall'amministrazione stessa*". La mancata espressa previsione di una forma di autotutela decisoria, com'è noto, ha originato profonda incertezza circa la possibilità d'intervenire o meno, oltre il suddetto termine di sessanta giorni, con poteri di autotutela, sul

rapporto giuridico creato dalla DIA. Tanto da costringere il legislatore nel 2005 [44] ad intervenire per risolvere espressamente il problema, introducendo nel comma terzo dell'art 19 un cpv che prevede appositamente che "*E' fatto comunque salvo il potere dell'amministrazione competente di assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi degli art 21 quinquies e 21 nonies*". Analoga incertezza ha caratterizzato le vicende della conferenza di servizi.

Alla vigilia dell'ampio intervento riformatore avviato nell'intento di operare un generale riordino dell'organizzazione e dell'attività amministrativa con la l. 7 agosto 2016 n. 124, cd Riforma Madia, l'istituto dell'autotutela decisoria, concepito come espressione di un potere immanente e generale di tornare unilateralmente sulle decisioni in precedenza prese in maniera sempre unilaterale, si presenta dunque inadeguato per giustificare l'esercizio di un tale potere con riferimento ai nuovi moduli dell'azione amministrativa, introdotti a partire dalla l 241 del 1990 e che la riforma si propone espressamente di riordinare, in virtù dei quali la produzione di effetti giuridici non dipende più da una decisione che sia assunta unilateralmente dalla pubblica amministrazione o che sia formata secondo i canoni classici del procedimento amministrativo. Non è pertanto un caso che la disciplina dell'autotutela decisoria assume un ruolo assolutamente peculiare nell'ambito della trama complessivamente disegnata dal disegno riformatore della legge 124 del 2015, che è quasi esclusivamente una legge di delega ma che, proprio con riferimento all'autotutela, reca essa stessa disposizioni d'immediata cogenza[45].

[44] La previsione compare nella riscrittura dell'art 19 operata dal dl 35/2005 conv. in l. 80/2005. Per tutti v **M. A. Sandulli**, *La segnalazione certificata di inizio attività (SCIA)*, in *Principi e regole dell'azione amministrativa*, Milano, 2015,

[45] In quanto essenzialmente legge di delega, la l. 124/2015 si limita a individuare gli oggetti e ad indicare principi e criteri direttivi dell'intervento riformatore che il Governo dovrà attuare in concreto nell'ambito di un progetto complessivamente molto ampio: codice dell'amministrazione digitale; riordino della disciplina della conferenza di servizi; riordino della disciplina della scia e del silenzio assenso; revisione e semplificazione della disciplina in materia di prevenzione della corruzione, pubblicità e trasparenza; riorganizzazione dell'amministrazione dello Stato (Presidenza del Consiglio, Ministeri, Agenzie governative ed enti pubblici non economici); riordino delle camere di commercio; dirigenza pubblica; semplificazione dell'attività degli enti pubblici di ricerca; redazione di testi unici in materia di lavoro alle dipendenze delle amministrazioni pubbliche, di partecipazioni societarie delle amministrazioni pubbliche e dei servizi pubblici locali; riordino della procedura innanzi alla Corte dei Conti. Molteplici sono dunque gli oggetti e copiosa e spesso già dettagliata è la normazione di principio. Quasi nascoste nella trama complessiva dell'enucleazione dei principi e criteri direttivi dell'intervento riformatore delegato al Governo, compaiono anche alcune disposizioni dotate d'immediata cogenza, quali sono appunto quelle in materia di autotutela recate dall'art 6 della legge. Le altre disposizioni sono quelle volte a regolare i rapporti tra procedimento disciplinare e procedimento penale per il personale delle Forze armate, recate dall'art 15; quelle concernenti l'ordine al merito della Repubblica Italiana, recate dall'art. 9; quelle sul silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche, recate dall'art 3.

5.- Le linee di tendenza delle recenti riforme. L'autotutela decisoria e la riforma Madia.

L'autotutela decisoria è oggetto di specifica considerazione da parte della l. 124/2015 che dedica all'istituto l'art 6, appositamente rubricato come "autotutela amministrativa". L'art 6 della l. 124/2015 disperde in realtà i suoi precetti modificando ed integrando articoli diversi e variamente rubricati contenuti nel capo IV, dedicato alla semplificazione amministrativa, o nel IV bis, dedicato alla efficacia ed invalidità del provvedimento amministrativo, della l 241 del 1990[46]. Le disposizioni sono quindi introdotte in maniera apparentemente frammentaria ed episodica e non contengono solenni enunciazioni di principi, ma sono destinate a ridisegnare in profondità le caratteristiche e la natura dell'istituto dell'autotutela amministrativa. La volontà di ridisegnare sistematicamente forma e confini dell'istituto è tradita innanzi tutto dalla rubrica dell'art 6, che, come già detto, è esplicitamente dedicata alla "*autotutela amministrativa*". E' cioè per certi versi singolare, ma non privo di significato, il fatto che l'articolo 6 è destinato a disintegrarsi nella novellazione dei diversi articoli che disciplinano le diverse figure dell'autotutela decisoria, mentre la sua rubrica attesta di per sé stessa l'avvenuta consumazione di una ricostruzione sistematica dell'istituto dell'autotutela decisoria. In ogni caso, le disposizioni direttamente recate dalla legge

---

[46] <<***Art. 6.****Autotutela amministrativa*
1. Alla legge 7 agosto 1990, n. 241, sono apportate le seguenti modificazioni:
a) all'articolo 19, i commi 3 e 4 sono sostituiti dai seguenti:
«3. L'amministrazione competente, in caso di accertata carenza dei requisiti e dei presupposti di cui al comma 1, nel termine di sessanta giorni dal ricevimento della segnalazione di cui al medesimo comma, adotta motivati provvedimenti di divieto di prosecuzione dell'attività e di rimozione degli eventuali effetti dannosi di essa. Qualora sia possibile conformare l'attività intrapresa e i suoi effetti alla normativa vigente, l'amministrazione competente, con atto motivato, invita il privato a provvedere, disponendo la sospensione dell'attività intrapresa e prescrivendo le misure necessarie con la fissazione di un termine non inferiore a trenta giorni per l'adozione di queste ultime. In difetto di adozione delle misure stesse, decorso il suddetto termine, l'attività si intende vietata.
4. Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies»;
b) all'articolo 21:
1) al comma 1, la parola: «denuncia» è sostituita dalla seguente: «segnalazione»;
2) il comma 2 è abrogato;
c) all'articolo 21-quater, comma 2, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «La sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'articolo 21-nonies.»;
d) all'articolo 21-nonies:
1) al comma 1, dopo le parole: «entro un termine ragionevole» sono inserite le seguenti: «, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20,»;
2) dopo il comma 2 è aggiunto il seguente:
«2-bis. I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445».
2. All'articolo 1 della legge 30 dicembre 2004, n. 311, il comma 136 è abrogato.>>.

delega, completate con quelle dei decreti delegati al momento emanati in materia di SCIA e di conferenza di servizi e con quelle già recate dal quasi coevo decreto cd Sblocca Italia (dl 12 settembre 2014 n. 133, conv. in l. 11 novembre 2014 n. 164), si rivelano particolarmente significative e delineano un nuovo quadro dell'autotutela decisoria.

La figura apparentemente toccata in maniera meno significativa sembrerebbe quella della **revoca**. L'affermazione va fatta con riserva, impiegando il condizionale, in quanto meritevole di riconsiderazione alle luce delle conclusioni che si raggiungono sul piano più generale. In ogni caso, l'intervento riformatore, da ricondurre in questo caso al dl 133/2014 e non ancora alla Riforma Madia, limita l'esercizio del potere di revoca nei confronti dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici [47] , precludendola nell'ipotesi di "*nuova valutazione dell'interesse pubblico originario*". Nell'ambito di un disegno riformatore volto a stabilizzare quanto più possibile gli effetti delle decisioni amministrative, la scarsa attenzione del legislatore per la revoca si spiega probabilmente per il fatto che, nel caso della revoca, il riesercizio del potere è pur sempre bilanciato, in linea generale, dalla condizione dell'indennizzabilità del pregiudizio eventualmente arrecato ai soggetti direttamente interessati, il che funge di per sé da deterrente al riesercizio del potere e quindi da garanzia di stabilità della decisione originariamente assunta[48].

Più densa d'implicazioni è la riscrittura **dell'annullamento d'ufficio[49]**. Due sono i momenti salienti. Il primo riguarda l'aggiunta di un ultimo capoverso al comma 1 dell'art 21 nonies, operata anche questa dal decreto Sblocca Italia, il quale si preoccupa di precisare che "*Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo***".** Il secondo riguarda la modifica ed integrazione, sempre del primo comma dell'art 21 nonies, operata dall'art 6 della l 124/2015, con la specificazione che il "*termine ragionevole*" entro cui si può procedere all'annullamento d'ufficio non può essere comunque superiore a diciotto mesi[50].

---

[47] Cfr : **M A Sandulli**, *Autotutela*, in *Libro dell'Anno del Diritto*, Roma, Treccani, 177 ss.

[48] Per tutti v. **V. Domenichelli**, *La revoca del provvedimento*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. Sandulli), Milano, 2011, 875 ss; **F. Costantino**, *La revoca del provvedimento*, in *L'azione amministrativa* (acura di A. Romano), Torino, 2016, 765 ss ed ivi ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza.

[49] Tra i contributi più recenti per tutti v. **F. Costantino**, *L'annullamento d'ufficio*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Torino, 2016, 869 ss e **C. Deodato**, *L'annullamento d'ufficio*, in *Codice dell'azione amministrativa* (a cura di M.A. Sandulli), Milano, 2011, 875 ss ed ivi ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza

[50] Attualmente l'art. 21-nonies risulta così ri-formulato *: << 1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell'articolo 21-octies, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-octies, comma 2, puo' essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole ((,* ***comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici****, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20,)) e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge****. Rimangono ferme le responsabilita' connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo*** *2. E' fatta salva la possibilita' di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole. ((2-bis.* ***I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorieta' false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la***

L'introduzione di un termine certo e breve per l'esercizio del potere di autotutela decisoria assume una valenza sistematica che non può essere ignorata dall'interprete. Condivisibile o meno che sia, la ratio normativa è immediata ed evidente, e si concreta nel *favor* verso l'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici (in primis degli operatori economici la cui azione risulta condizionata dalle decisioni amministrative) [51], a scapito dell'interesse alla legittimità dell'attività amministrativa. In presenza di un termine certo e breve per il riesercizio del potere, ci si deve necessariamente interrogare sulla possibilità di continuare a spiegare l'autotutela decisoria come un potere generale della pubblica amministrazione, teorica fondata sul presupposto della immanenza ed inesauribilità del potere della pubblica amministrazione di curare l'interesse pubblico. La prima osservazione da fare, al riguardo, è che l'attuale riscrittura dell'art 21 nonies si preoccupa di precisare che è fonte di responsabilità non solo l'adozione, ma anche il mancato annullamento di un atto illegittimo. Se il mancato annullamento è fonte di responsabilità, è evidente che in tal modo si qualifica come doveroso l'esercizio del potere di autotutela e si ritiene che vi sia quindi un obbligo di provvedere in tal senso[52]. Da ciò l'ulteriore conseguenza di dover leggere il termine di diciotto mesi per l'esercizio del potere come il termine massimo di conclusione del procedimento di autotutela, il cui decorso comporta pertanto la decadenza dal potere di provvedere in autotutela. La seconda (non in ordine d'importanza) è che non si è in presenza di una norma eccezionale, se è vero che il medesimo termine è riproposto anche con riferimento al potere amministrativo di sospensione cautelare (art 21- quater, co. 2) ed alla inibizione di attività soggetta a SCIA (art 19, co. 4). La previsione di un termine certo e breve entro il quale esercitare il potere di annullamento d'ufficio esprime ormai un principio generale, come già chiaramente affermato anche dal Consiglio di Stato nei pareri resi con riferimento agli schemi dei decreti delegati relativi alla SCIA ed al silenzio assenso tra Pubbliche amministrazioni (v. infra). Che sia questa la regola generale è confermato dal fatto che a configurarsi come eccezionali sono ormai le ipotesi in cui si può procedere all'annullamento d'ufficio oltre il suddetto termine di diciotto mesi. La prima ipotesi è introdotta, sotto forma di deroga al principio generale, dallo stesso art 6 della l. 124/2015, che aggiunge il comma 2 bis all'art 21 nonies prevedendo che il potere di annullamento d'ufficio possa essere esercitato dopo la scadenza del termine di diciotto mesi solo se risulti accertato con sentenza passata in giudicato che provvedimenti amministrativi sono stati conseguiti sulla base di false

scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonche' delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445))>>.

[51] Cfr **M.A. Sandulli** , *Gli effetti diretti della l 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di scia, silenzio – assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, 17/2015.

[52] Per i termini generali della problematica per tutti v. **A. Cioffi**, *Il dovere di provvedere nella legge sull'azione amministrativa*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Torino, 2016, 134 ss

rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato. La seconda eccezione ricorre nel caso, già ricordato, in cui l'esercizio del potere di autotutela sia imposto da una pronuncia della Corte di Giustizia Europea anche se l'illegittimità sia stata esclusa da sentenza del giudice nazionale passata in giudicato ma contrastante con la sopravvenuta pronuncia della Corte europea (v. infra). In entrambe le ipotesi, l'accertamento operato dal giudice nazionale o comunitario qualifica come doveroso l'esercizio del potere di autotutela, sottraendolo all'apprezzamento discrezionale ed opinabile dell'amministrazione. L'eccezione si giustifica pertanto perché le condotte *contra jus* sono di particolare gravità e perché le stesse sono state definitivamente accertate in sede giurisdizionale. Per quanto non riconducibile alla medesima *ratio* propria delle prime due ipotesi anzidette, sempre nell'ottica dell'eccezione (al principio generale che vedrebbe altrimenti consumato il potere di autotutela decorsi i centottanta giorni) si muovono le disposizioni, recate dal primo comma dell'art 176 del nuovo codice dei contratti, che impongono di disporre la cessazione della concessione che sia in corso di esecuzione, con riferimento alle quali il secondo comma del medesimo art 176 è costretto a prevedere espressamente che "*nelle ipotesi di cui al comma 1 non si applicano i termini previsti dall'articolo 21 nonies della legge 7 agosto 1990 n. 241*", confermando con ciò la vigenza del principio generale nei termini sopra detti.

Non meno significativa appare la rimodulazione del potere di autotutela con riferimento alle nuove fattispecie in cui l'applicazione dell'istituto è risultata problematica.

Con riferimento alla **SCIA** [53] è innanzi tutto significativo il fatto che, nella riscrittura del comma terzo dell'art 19 , scompare il preesistente cpv che faceva espressamente salvo il potere "*di assumere determinazioni in via di autotutela*", in maniera non meglio precisata. Nel successivo quarto comma si dispone adesso che "*Decorso il termine per l'adozione dei provvedimenti di cui al comma 3, primo periodo, ovvero di cui al comma 6-bis, l'amministrazione competente adotta comunque i provvedimenti previsti dal medesimo comma 3 in presenza delle condizioni previste dall'articolo 21-nonies",* e la riscrittura della norma non è priva di significato. Già si è detto dell'attenzione specificamente dedicata dal legislatore, con il più volte citato art. 6, alla ridefinizione di forme e confini dell'autotutela; il che deve far escludere che si sia di fronte ad una operazione di puro *drafting* normativo priva di contenuto realmente innovativo. Qual è dunque il significato della nuova norma.

[53] Per tutti v. **N. Paolantonio, W. Giulietti**, *La segnalazione certificata d'inizio attività*, in *Codice dell'azione amministrativa*, a cura di **M.A. Sandulli**, Milano, 2011, 844 ss e **E. Scotti**, *La segnalazione d'inizio attività*, in *L'azione amministrativa* (acura di A. Romano), Torino, 2016, 584 ss e ivi ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza

Aiutano la ricostruzione la pronuncia recentemente resa dalla **Corte Costituzionale** con riferimento alla disciplina dettata dalla Regione Toscana in ordine ai poteri di vigilanza sulla SCIA in materia edilizia (Corte Cost 27 gennaio – 9 marzo 2016 n. 49) ed i pareri resi dal Consiglio di Stato con riferimento alla normativa di attuazione della Riforma Madia. Nel dichiarare incostituzionale la legge regionale che aveva disciplinato diversamente, rispetto alla normativa statale, le fasi di controllo e di autotutela sulla SCIA, la Corte afferma che la conformazione del potere inibitorio nelle due suddette fasi, compreso il limite temporale di esercizio del potere, è espressione di un principio fondamentale volto ad assicurare il giusto equilibrio tra le esigenze di certezza delle situazioni giuridiche maturate a seguito della DIA e della SCIA e la ragioni di tutela dell'interesse pubblico; e precisa che nel caso della SCIA la norma statale ha disegnato una "*fattispecie che ha una struttura complessa e non si esaurisce rispettivamente con la dichiarazione o segnalazione, ma si sviluppa in fasi ulteriori: una prima, di ordinaria attività di controllo dell'Amministrazione (rispettivamente nei termini di sessanta e trenta giorni); una seconda, in cui può esercitarsi l'autotutela amministrativa"*. Controllo e autotutela, secondo la Corte, sono quindi esercitabili solo nei modi e nei limiti in cui ciò viene previsto dal legislatore statale. Nel **parere 839/2016 reso dalla Commissione Speciale** nell'Adunanza del 15 marzo 2016, sullo schema di decreto delegato in materia di SCIA, il Consiglio di Stato, dopo aver precisato che l'intervento legislativo "*conferma e rafforza l'inquadramento della SCIA come istituto non provvedimentale, che si inserisce in un quadro informato ai principi di liberalizzazione e di semplificazione, nonché ai principi di certezza dei rapporti giuridici e di tutela dell'affidamento legittimo*", precisa espressamente che il potere amministrativo di verifica dei presupposti richiesti dalla legge per lo svolgimento dell'attività segnalata è un "*potere destinato ad esaurirsi con la mancata adozione degli atti inibitori, repressivi o conformativi entro un certo termine*". Dopo avere sottolineato che in passato non era fissato un parametro chiaro ed univoco per il potere di autotutela di natura discrezionale e che tale lacuna è stata colmata dall'art 6 della l 124 del 2015 con la significativa e innovativa introduzione di un termine finale generale per l'adozione di atti di autotutela, il parere afferma che "*tale confine temporale introduce un nuovo paradigma nei rapporti tra cittadino e pubblica amministrazione: nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati. In altri termini, ad avviso della Commissione speciale, è possibile affermare che la legge n 124, con la novella dell'art 21 nonies della l 241, abbia introdotto una nuova regola generale che sottende al rapporto tra il potere pubblico e i privati: una regola di certezza dei*

rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale – documentale – fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento"[54].

La nuova disciplina delle SCIA fornisce dunque anch'essa due preziose indicazioni. La prima, che conferma che il potere di autotutela non è un potere immanente ed inesauribile, ma si esaurisce nei termini fissati per l'esercizio del relativo potere dal legislatore. La seconda, che si è di fronte ad una figura di autotutela decisoria che non si spiega e non si giustifica come espressione di un potere di annullamento d'ufficio generalmente riconosciuto alla Pubblica Amministrazione[55], ma di un potere che è esercitabile solo in quanto è espressamente previsto dalla norma di legge statale, nelle forme e nei modi da questa stabiliti. Forme e modi ne giustificherebbero peraltro la riconduzione negli schemi propri della **rimozione**, piuttosto che dell'annullamento[56]. Una cosa è annullare, (f-)atto che implica la privazione *ex tunc* del titolo; altra inibire lo svolgimento di un'attività con eventuale rimozione degli effetti. E' evidente infatti che l'attenzione del legislatore è tutta focalizzata sul problema dell'antigiuridicità del permanere degli effetti e non dell'invalidità o meno *ab origine* dell'atto. La preoccupazione è cioè di evitare che esista e perduri un rapporto in assenza delle condizioni di fatto e di diritto richieste per la sua vigenza, a prescidere dalla qualificazione (in termini di validità o meno o anche sotto qualsiasi altro profilo) dell'atto che ha originato il rapporto e prodotto tali effetti. L'intervento dell'amministrazione si rende doveroso non già per rimediare ad uno stato patologico dell'atto, bensì per far cessare l'efficacia del rapporto

[54] Cons. Stato, Parere Commissione Speciale 15 marzo 2016 n. 839. Il parere precisa altresì che si tratta di una "*regola speculare – nella ratio e negli effetti – a quella dell'inoppugnabilità, ma creata a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino, mentre l'inoppugnabilità considera da decenni quelle dell'amministrazione con un termine nove volte più breve. Una regola che, per essere effettiva, deve essere applicata senza prestarsi a prassi elusive, quale sarebbe ad esempio quella di ritenere che per il rispetto del termine di diciotto mesi sia sufficiente un mero avvio dell'iter dell'autotutela, magari privo di motivazioni e destinato a protrarsi per anni, mentre invece il termine va riferito alla compiuta adozione degli atti di autoannullamento o nel caso della SCIA, degli atti inibitori, repressivi o conformativi". Le medesime considerazioni vengono ribadite anche dal parere sempre della Commissione Speciale n 1640 del 23 giugno 2016 in risposta a quesito formulato su problemi applicativi del'art. 17 bis della l 241/1990*

[55] Sempre nel già citato parere 939/2016, anche la Commissione Speciale ha osservato : "*il nuovo sistema introdotto dalla legge n. 124 prevede un 'ruolo espansivo' dei princìpi contenuti nel riformato art. 21-nonies della legge n. 241. Tale norma viene infatti richiamata nel meccanismo della SCIA di cui all'art. 19 con una funzione innovativa, che non può più definirsi di 'autotutela' in senso tecnico, poiché l'autotutela costituisce un provvedimento di secondo grado ed esso appare impossibile nel caso di specie, dove il provvedimento iniziale manca del tutto.*
L'art. 21-nonies detta piuttosto, per la SCIA, la 'disciplina di riferimento' per l'esercizio del potere ex post dell'amministrazione: un potere inibitorio, repressivo o conformativo da esercitarsi solo "in presenza delle condizioni previste dall'art. 21-nonies" – e quindi motivando sulle ragioni di interesse pubblico e sugli interessi dei destinatari e dei controinteressati – oltre che, ovviamente, entro un "termine ragionevole", che deve essere "comunque non superiore a diciotto mesi", per adottare il relativo provvedimento definitivo (cfr. retro, al punto 8.1.1).
Ciò sembra trovare riscontro anche nella lettera del comma 4 dell'art. 19, che nella nuova versione non fa più riferimento a 'provvedimenti di autotutela', bensì ai "provvedimenti previsti dal comma 3" (ovvero agli interventi inibitori, repressivi o confermativi): il richiamo al 21-nonies è operato per rimandare a "le condizioni previste" in quella sede, a conferma che si tratta di una disciplina generale di riferimento, non della combinazione di due modelli tra loro incompatibili.>>

[56] Cfr.: **A.M. Sandulli**, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1989, 644; **A. Corpaci**, *Ritiro e rimozione del provvedimento amministrativo, in Dig Disc Pubbl*., 1997

creato dall'atto. Non si tratta quindi di annullamento, perché non c'è caducazione di un atto invalido; e non si tratta nemmeno di revoca, perché l'efficacia non viene rimossa per ragioni di opportunità. Si dispone che venga a cessare una situazione contra jus. Allo stato, è esercitabile solo e soltanto il potere tipizzato dalla norma recata dal quarto comma dell'art 19, che si qualifica correttamente in termini di rimozione.

Altro istituto per il quale l'applicazione dell'autotutela decisoria è risultata fortemente problematica è stata la **conferenza di servizi**, in ragione soprattutto della difficoltà di chiarire se e come l'amministrazione partecipante conservi la disponibilità dell'interesse portato in conferenza di servizi [57]. La necessità di disciplinare espressamente il potere di autotutela nel caso della conferenza di servizi è stata chiaramente avvertita ed ha anzi rappresentato uno dei punti nevralgici del riordino dell'istituto. Con riferimento allo schema di decreto, il Consiglio di Stato (Parere della Commissione Speciale n 890 del 7 4 2016) aveva suggerito "*di precisare che l'adozione del provvedimento di autotutela con cui si travolgono gli effetti della determinazione motivata di conclusione, in quanto contrarius actus, deve pervenire all'esito di un procedimento in conferenza di servizi strutturato in modo simmetrico rispetto a quello che ha condotto all'adozione del provvedimento annullato o revocato. E infatti, laddove si propendesse per la soluzione opposta (i.e.: nel senso che il potere di autotutela possa essere esercitato anche dalla sola amministrazione procedente), si consentirebbe a uno solo dei soggetti coinvolti nella vicenda di comportarsi quale sostanziale dominus della conferenza e dei relativi effetti (e questo rischio sarebbe particolarmente evidente nel caso di revoca per le ipotesi di "nuova valutazione dell'interesse pubblico originario").* Il d. lgvo 30 giugno 2016 n. 127 (Norme per il riordino della disciplina in materia di conferenza di servizi in attuazione dell'art 2 della legge 7 agosto 2015 n. 124) ha disciplinato l'esercizio del potere di autotutela nell'ambito della conferenza di servizi prevedendo che "*Le amministrazioni i cui atti sono sostituiti dalla determinazione motivata di conclusione della conferenza possono sollecitare con congrua motivazione l'amministrazione procedente ad assumere, previa indizione di una nuova conferenza, determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-nonies. Possono altresì sollecitarla, purchè abbiano partecipato, anche per il tramite del rappresentante di cui ai commi 4 e 5 dell'articolo 14-ter, alla conferenza di servizi o si siano espresse nei termini, ad assumere determinazioni in via di autotutela ai sensi dell'articolo 21-quinquies".* Le amministrazioni diverse da quella procedente perdono dunque il potere di agire in

[57] Per tutti v. **E. Scotti**, *La conferenza di servizi*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Torino, 2016, 458 ss e ivi ulteriori riferimenti a dottrina e giurisprudenza. Tra i contributi specificamente dedicati al profilo dell'autotutela v comunque v. **M. D'Arienzo**, *Limiti all'esercizio del potere di autotutela sul consenso prestato in sede di conferenza di servizi*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di **A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito**, Napoli, 2010, II, 217 ss.

autotutela sui propri atti, residuando in capo alle stesse unicamente un potere d'iniziativa procedimentale.

Altro istituto per il quale l'applicazione dell'autotutela decisoria è stata problematica è stato infine quello del silenzio assenso. Qui in realtà il legislatore ha sentito subito l'esigenza di dover precisare che "*Nei casi in cui il silenzio dell'amministrazione equivale ad accoglimento della domanda, l'amministrazione competente può assumere determinazioni in via di autotutela, ai sensi degli articoli 21-quinquies e 21-nonies*" (art 20 co 3 l 241/1990)[58]. L'espressa previsione è valsa a consentire l'esercizio dell'autotutela in tale ipotesi. Il problema rimane aperto per la nuova figura del silenzio assenso tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici, di cui all'art 17 bis della l 241/1990, introdotto dall'art 3 co. 1 della l 124/2015[59]. Nel silenzio della legge, si esclude che l'amministrazione abbia il potere di esercitare l'autotutela sull'assenso formatosi tacitamente. La questione è stata oggetto del parere reso dal Consiglio di Stato, Commissione speciale n. 1640 del 13 luglio 2016, che ne ha escluso la possibilità tanto nell'ipotesi in cui sia ancora pendente il procedimento di formazione della decisione finale, della quale il silenzio assenso è atto presupposto; quanto nell'ipotesi in cui il procedimento si sia già concluso. Il Consiglio di Stato ha osservato : "*Nel primo caso, non può che applicarsi il principio del contrarius actus (che la giurisprudenza amministrativa ha in più occasioni richiamato con riferimento all'autotutela sui provvedimenti adottati all'esito della conferenza di servizi: cfr. il parere di Commissione speciale n. 890 del 7 aprile 2016), in base al quale l'eventuale esercizio del potere di riesame in autotutela deve seguire il medesimo procedimento d'emanazione dell'atto che si intende rimuovere o modificare. Questo significa che l'amministrazione autrice dell'assenso silenzioso non potrà limitarsi ad esprimere il proprio sopravvenuto dissenso, ma dovrà sollecitare l'avvio del procedimento di riesame, condotto dall'amministrazione procedente, secondo le regole dell'art. 21-nonies o21-quinquies. Nel caso in cui, invece, il provvedimento finale non sia stato ancora adottato formalmente, nonostante la formazione del silenzio assenso, la questione dell'autotutela solleva alcuni profili problematici. Riconoscere, infatti, che l'Amministrazione concertata, il cui assenso è stato già acquisito per silentium, possa, fino all'adozione del provvedimento finale, esercitare sul silenzio assenso un potere unilaterale e tardivo di autotutela, impedendo la formazione dell'atto, rischia di determinare l'elusione (o, comunque, un significativo ridimensionamento) della portata innovativa del nuovo istituto. Il silenzio-assenso diventerebbe, infatti, atto di natura meramente provvisoria, suscettibile di essere neutralizzato da un*

[58] Cfr.: **A. Romano**, *A proposito dei vigenti artt. 19 e 20 della l. 241/1990: divagazioni sull'autonomia dell'amministrazione*, in *Dir. Amm*., 2006, 489 ss.
[59] Cfr.: **E. Scotti**, *Il silenzio assenso tra amministrazioni*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Torino, 2016, 566 ss.; **E. Zampetti**, *Note critiche in tema di silenzio assenso tra pubbliche amministrazioni*, in corso di pubbl..

ripensamento unilaterale fino all'adozione del provvedimento finale. Con la possibilità, quindi, che il dissenso espresso venga manifestato ben oltre il termine di trenta giorni, con ciò vanificando anche la funzione acceleratoria del nuovo strumento di semplificazione. Appare, allora, preferibile" – ha concluso il parere – "*ritenere che il termine di trenta giorni (o il diverso termine per le Amministrazioni preposte alla tutela di interessi sensibili) abbia natura perentoria e, dunque, che la sua scadenza faccia venire meno il potere postumo di dissentire, impedendo l'adozione formale dell'atto. Una volta formato il silenzio assenso (ma prima dell'adozione formale dell'atto), l'amministrazione concertante, in presenza dei presupposti dell'autotutela potrà evidenziare le ragioni di illegittimità o le ragioni che giustificherebbero la revoca dell'atto, nell'ottica del principio di leale collaborazione tra Amministrazioni, segnalando all'Amministrazione procedente ragioni di opportunità o illegittimità che, a suo avviso, precludono l'adozione del provvedimento finale".*

Si può infine ricordare che tra le figure codificate dalla legge 15 del 2005 compare anche la sospensione del provvedimento amministrativo, solitamente ricondotta anch'essa nelle forme dell'autotutela decisoria. Anche con riferimento a tale figura l'art 6 della l 124/2016 ha precisato che "*la sospensione non può comunque essere disposta o perdurare oltre i termini per l'esercizio del potere di annullamento di cui all'art 21 nonies*"[60].

[60] Per tutti v **. F. Costantino**, *Efficacia ed esecutività del provvedimento*, in *L'azione amministrativa* (a cura di A. Romano), Torino, 2016, 739 ss ed ivi ulteriori riferimenti.

6.- Osservazioni conclusive.

6.1.- Quello di definire il rapporto dell'autotutela decisoria con i nuovi moduli dell'azione amministrativa introdotti a partire dalla l 241/1990, in virtù dei quali la decisione non viene più assunta unilateralmente dalla pubblica amministrazione ovvero non viene più a formarsi secondo i canoni classici del procedimento amministrativo, è un problema che era stato lasciato aperto dalla codificazione delle figure dell'autotutela operata dalla legge 15 del 2005 e sul quale il processo riformatore dell'ultimo biennio è intervenuto in maniera più che significativa

Le diverse disposizioni sono innanzi tutto di per sé indicative della necessità di un intervento specifico del legislatore, necessario per definire un problema che rimarrebbe altrimenti irrisolto : se e come possa essere esercitata l'autotutela nelle ipotesi di SCIA, silenzio assenso, conferenza di servizi, sospensione amministrativa, accordi.

Nel loro insieme, le diverse disposizioni mostrano poi di rispondere ad un disegno sistematico incentrato su due punti fermi : il primo, che il potere di autotutela decisoria va esercitato entro un termine certo e breve, diciotto mesi, decorso il quale il potere si consuma, salvo ipotesi eccezionalmente previste; il secondo, che non sempre le amministrazioni hanno il potere di intervenire in autotutela sui propri atti e che è il legislatore che stabilisce caso per caso se e come il potere di autotutela possa essere esercitato.

Difficile se non impossibile continuare a questo punto a ritenere che le diverse ipotesi siano espressione di un potere immanente ed inesauribile e che le diverse norme siano meramente ricognitive e dichiarative di un principio generale siffatto. E nemmeno che si sia semplicemente in presenza di norme che fanno eccezione ad un tale principio generale, in quanto il potere di autotutela si esaurisce come regola generale anche se l'azione amministrativa è stata in precedenza esercitata secondo il modulo classico dell'azione amministrativa autoritativa.

La nuova disciplina dell'autotutela decisoria delinea pertanto oggi un quadro in cui il potere di autotutela non è più spiegabile come un potere generale, immanente ed inesauribile. Al contrario, disegna un potere spendibile unicamente nelle forme, nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente.

Che ciò metta in crisi la ricostruzione teorica tradizionale, che nell'affermazione dell'immanenza ed inesauribilità del potere trovava il proprio fondamento giustificativo, è un dato di fatto; ma si è già chiarito che una tale costruzione teorica è comunque ferma ad una concezione dell'attività amministrativa tradizionalmente intesa come imperativa e senza alcuna considerazione dei nuovi moduli di azione ancora di là da venire e che si originano e si sviluppano solo a partire dalla legge 241 del 1990.

Come ho avuto già modo di sottolineare altrove[61], anche l'autotutela esecutiva viene peraltro originariamente spiegata come espressione di un potere immanente nell'attribuzione della cura dell'interesse pubblico alla pubblica amministrazione e solo successivamente viene progressivamente ad ancorarsi ad un più rigoroso rispetto del principio di legalità. La medesima evoluzione non ha invece caratterizzato l'autotutela decisoria, rimasta ferma all'originaria concezione in termini di caratteristica naturale dell'azione amministrativa che, in quanto tale, non richiede di essere necessariamente tipizzata e nominata dal legislatore. La nuova disciplina dell'autotutela tende oggi a riavvicinare sotto questo profilo le due figure dell'autotutela decisoria e dell'autotutela esecutiva nell'ambito di un istituto che può essere unitariamente letto e ricostruito nei suoi principi generali nella più stretta osservanza del principio di legalità dell'azione amministrativa. Anche nel caso dell'autotutela decisoria le diverse norme vanno pertanto oggi lette non come meramente dichiarative di un principio generale immanente nell'ordinamento, ma costitutive di un potere eccezionalmente attribuito alla pubblica amministrazione e che dipende pertanto, nella sua concreta configurazione, dai modi e termini in cui è plasmato dalla norma di legge.

6.2.- Rimane da sottolineare che ciò avviene oggi in nome dell'esigenza di assicurare certezza e stabilità dei rapporti giuridici, in controtendenza con quanto avviene per gli atti imperativi degli altri pubblici poteri, e verrebbe da chiedersi se in ciò vi sia una ragione oppure no.

Non saprei dire al momento (nel senso che perlomeno esula dall'oggetto del presente studio) se tutto ciò sia frutto del caso o di politiche neo liberiste volte a lasciare quanto più possibile libero il campo d'azione ad imprese ed operatori economici rispetto a qualsiasi forma d'intervento pubblico in economia[62]. Penso però che la stabilizzazione delle decisioni amministrative con riferimento al potere di autotutela in sé non sia un male, anche perché di per sé non implica l'assoluta impossibilità dell'amministrazione di controllare lo svolgersi dei rapporti amministrativi se ed in quanto siano attribuiti poteri specifici di vigilanza o sanzionatori[63]. Implica solo

[61] **F. Francario**, *Autotutela e tecniche di buona amministrazione*, in *L'interesse pubblico tra politica e amministrazione*, a cura di **A. Contieri, F. Francario, M. Immordino, A. Zito**, Napoli, 2010, II, 107 ss; Id., *Profili evolutivi dell'autotutela (decisoria) amministrativa,* in "*I rimedi alla cattiva amministrazione: autotutela poteri sostitutivi e altro"*, atti del convegno di Campobasso,8 aprile 2016, in corso di pubblicazione

[62] Per una riflessione sul tema mi limito a segnalare, tra i contributi più recenti, **F. Merusi**, *Metamorfosi dell'intervento pubblico in economica. Dall'autorizzazione alla riserva di provvedimento inibitorio*, in *Dir. Amm.*, 2015, 579 ss; **G. Montedoro**, *Il giudice e l'economia*, Roma, 2015, 105 ss; **G. Napolitano**, *Le liberalizzazioni tra meccanismi di mercato e strategie di riforma amministrativa*, in *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo* (a cura di F. Liguori e C. Acocella), Napoli, 2015, 233 ss.

[63] Spunti in tal senso in **F. Liguori**, *L'accesso al mercato: dal controllo ex ante al controllo ex post*, in *Liberalizzazioni. Istituzioni, dinamiche economiche e lavoro nel diritto nazionale ed europeo* (a cura di F. Liguori e C. Acocella), Napoli, 2015, 47 ss.

l'impossibilità di tornare d'ufficio, e quindi discrezionalmente, sulla propria decisione una volta decorso il termine per l'esercizio del potere di autotutela[64]. E non è un male assoluto anche perché, come ho già ricordato, la decisione amministrativa viene ormai alla luce nell'osservanza del principio del giusto procedimento, e la strutturazione in forma necessariamente contenziosa del procedimento ha senso se finalizzata a garantire (anche) la stabilizzazione degli effetti della decisione finale, risolvendosi altrimenti in un inutile e deleterio aggravamento dell'istruttoria procedimentale.

Preoccupa piuttosto il contesto nel quale viene ad inserirsi la riscrittura delle regole e dei principi dell'autotutela, nel momento in cui è crescente la dequotazione dei valori di certezza e stabilità tipici degli atti normativi, come si è chiarito nella prima parte del presente studio. Che un'azione amministrativa contrassegnata dal carattere della imperatività venga ricondotta ad una più stretta osservanza del principio di legalità, mi sembra una cosa tutto sommato naturale. Ciò che mi sembra innaturale è che l'atto normativo rinunci ad esser tale, a dettare cioè regole di condotta chiare e certe e quanto più possibili stabili nel tempo, in nome dell'esigenza di assicurare la maggior flessibilità possibile della normazione, con riferimento tanto alle regole di per sé considerate, quanto alle modalità di produzione delle stesse. Voler assicurare la flessibilità normativa può significare due cose: che il legislatore nazionale dovrebbe limitarsi a recepire regole e principi elaborati altrove, al di fuori cioè delle sedi espressione del principio democratico, rinunciando a porre ai mercati limiti e vincoli a tutela degli interessi generali e per il rispetto dei diritti fondamentali; oppure che si vuole promuovere ed incentivare l'uso irragionevole del potere normativo, in danno delle aspettative non solo di qualsiasi cittadino ma anche e proprio delle stesse imprese e degli operatori economici, non potendo più riporsi un ragionevole affidamento sulla stabilità di una normazione (che magari prevede misure e benefici per attrarre e incentivare gli investimenti) che si vuole rendere appunto flessibile.

Non è la limitazione del potere di autotutela che limita la giustiziabilità delle pretese nei confronti della pubblica amministrazione, valore irrinunciabile di un ordinamento civile e diritto fondamentale, ma l'offuscamento o la scomparsa delle norme che devono regolare l'esercizio del potere amministrativo e chiarire modi e limiti della protezione degli interessi.

[64] Intendo dire che la decadenza dal potere di provvedere in autotutela non comporta la preclusione assoluta del potere dell'amministrazione d'intervenire sull'attività intrapresa in virtù di un provvedimento autorizzatorio o concessorio o di una SCIA. Bisogna probabilmente distinguere tra provvedimenti a efficacia istantanea o durevole, e nulla impedisce, nel secondo caso, che se il difetto dei presupposti e requisiti per l'esercizio di una determinata attività economica venga riscontrato successivamente al termine dei diciotto mesi si possa e si debba vietare la prosecuzione dell'attività se ed in quanto vi siano norme che attribuiscano specifici poteri di vigilanza e /o sanzionatori ovvero secondo il già ricordato schema della rimozione degli effetti antigiuridici, rimanendo fermo in questo caso che ciò non avrebbe implicazioni di sorta sulla validità dell'atto che ha originato il rapporto.