

21 OTTOBRE 2015

Autotutela amministrativa e principio di legalità

(nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena



Autotutela amministrativa e principio di legalità*

(nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)

di Fabio Francario

Professore ordinario di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Siena

Sommario: 1. Premessa. 2. La limitazione dell'autotutela decisoria come potere generale. 3. La teoresi dell'autotutela decisoria. 4. Osservazioni conclusive.

1. Premessa

La “Riforma Madia” si concreta nella L. 7 agosto 2015 n. 124 che, come esplicitamente dichiarato nella stessa epigrafe del provvedimento legislativo, prevede “*deleghe al Governo in materia di riorganizzazione della pubblica amministrazione*”.

In quanto legge di delega, la l. 124/2015 si limita pertanto a individuare gli oggetti e ad indicare principi e criteri direttivi dell'intervento riformatore che il Governo dovrà attuare in concreto. Il progetto complessivo è abbastanza ambizioso: 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

* Intervento al Seminario a porte chiuse sulla Legge Madia organizzato da *federalismi*, Osservatorio sui processi di governo e *FormAP*, tenutosi a Roma, il 7 ottobre 2015.

d'immediata cogenza, quali sono le disposizioni 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; quelle in materia di autotutela, recate dall'art 6 e oggetto specifico delle presenti osservazioni. Contrassegnate da quella che sempre più spesso risulta essere una caratteristica tipica degli interventi legislativi dei tempi moderni, anche queste disposizioni sembrano operare sotto l'egida del work in progress, attraverso la mera interpolazione del testo normativo previgente; quasi a voler sminuire l'importanza dell'intervento normativo in tal modo consumato ed a volerlo relegare al rango di modifiche di mero dettaglio della norma previgente, mero aggiustamento della operatività della stessa. Impresione amplificata dalla circostanza che queste disposizioni vengono praticamente stralciate dal complessivo disegno riformatore delegato al Governo, quasi a volerne appunto sottolineare la marginalità.

L'art 6, dedicato all'autotutela amministrativa, non si sottrae alla suddetta tecnica di normazione e così infatti dispone :

<<**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.>>.

2. La limitazione dell'autotutela decisoria come potere generale

A dispetto delle apparenze, le nuove disposizioni non recano norme di dettaglio o di poco interesse, ma incidono profondamente sui caratteri e sulla natura dell'istituto dell'autotutela amministrativa.

Spesso l'appellativo di “riforma” viene riservato ad interventi che in realtà non danno forma nuova ad istituti preesistenti, ma che si limitano ad apportare modifiche di dettaglio alle norme previgenti, volte per lo più alla soluzione immediata di esigenze specifiche o di problemi di operatività della norma. O spesso accade che gli interventi riforma introducano più o meno solenni enunciazioni di principi generali della materia, quasi a voler esautorare dottrina e giurisprudenza al riguardo, senza preoccuparsi che le norme concretamente dettate siano poi effettivamente riconducibili ad essi. Nel caso dell'art 6 della l. 124/2015 accade invece esattamente il contrario : non ci sono enunciazioni di principio e le disposizioni introdotte in maniera apparentemente frammentaria ed episodica sono destinate a ridisegnare in profondità le caratteristiche e la natura dell'istituto dell'autotutela amministrativa; riconducendolo nell'alveo di un potere non (più) generalmente attribuito alla pubblica amministrazione, ma eccezionale; soggetto pertanto al rispetto del principio di legalità dell'azione amministrativa e che oggi come oggi trova fonte e limite proprio nell'art 21 nonies l. 241/1990, come appunto modificato dall'art 6 della l 124/2015. E' quanto cerco di chiarire meglio di seguito.

L'art 6 della l 124/2015 disperde le sue disposizioni 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; ma la volontà (più o meno consapevole) di ridisegnare sistematicamente forma e confini

dell'istituto è tradita innanzi tutto dalla rubrica dell'art 6, 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 di diversi articoli che regolano istituti diversi ed eterogenei, mentre la sua rubrica attesta di per sé stessa l'avvenuta consumazione di una ricostruzione sistematica dell'istituto operata appunto con riferimento ad istituti diversi ed eterogenei.

Nel contenuto, ciò che non può essere sottovalutato è che il comma 1 dell'art 21 nonies viene modificato e integrato con la specificazione che il “*termine ragionevole*” entro cui si può procedere all'annullamento d'ufficio non può essere comunque superiore a diciotto mesi; e che il medesimo termine per l'esercizio del potere di autotutela è riproposto anche con riferimento al potere amministrativo di sospensione cautelare ed alla s.c.i.a.. 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 amministrative¹, a scapito dell'interesse alla legittimità dell'attività amministrativa.

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 nel momento in cui rende dubbia la possibilità di continuare a spiegare l'autotutela decisoria come un potere generale della pubblica amministrazione, che in quanto tale non necessiterebbe di una espressa attribuzione normativa; spiegazione fondata sul presupposto della immanenza ed inesauribilità del potere della pubblica amministrazione di curare l'interesse pubblico. La previsione di un termine certo e breve per l'esercizio del potere è incompatibile con l'affermazione dell'immanenza ed inesauribilità del potere e mette pertanto in crisi la ricostruzione teorica tradizionale che in tale affermazione trova il fondamento giustificativo del potere di autotutela.

In nome dell'esigenza di certezza e stabilità dei rapporti giuridici il potere di autotutela viene adesso talmente circoscritto nei presupposti del suo esercizio da risultare non più spiegabile come un potere generale, immanente ed inesauribile; ma come un potere spendibile unicamente nei modi e nei termini in cui il legislatore lo consente.

3. La teoresi dell'autotutela decisoria

Si può ritenere che con l'art 6 della l. 124/2015 l'autotutela decisoria viene a consumare la parabola che ha visto il suo progressivo allontanamento dall'autotutela esecutoria e torna ad essere ancorata al pari di quest'ultima ad una più stretta osservanza del principio di legalità.

¹ 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.



Nell'ambito del diritto amministrativo, la tesi dell'autotutela decisoria consuma infatti un percorso singolare², per comprendere il quale non si può preliminarmente prescindere dalla considerazione che quello dell'autotutela è innanzi tutto un problema di teoria generale dell'ordinamento, che richiede di chiarire se debba esser riservato ed a chi debba esser riservato l'uso della forza.

Sul piano della teoria generale, il problema nasce connaturato all'idea di un'aggressione che deve essere contrastata ed eliminata coattivamente, con l'uso della forza, ed investe un problema centrale per l'ordinamento giuridico, in quanto la soluzione che ad esso venga data consente di distinguere un ordinamento evoluto da uno primitivo.³ Sul piano della teoria generale, il concetto di autotutela si identifica e risolve con la realizzazione coattiva del diritto e la regola è che l'organizzazione dell'uso della forza sia monopolio statale.

E' così che in linea di principio l'autotutela nasce come eccezione rispetto ad una regola generale; ed a tale concezione, legata all'idea dell'uso della forza e della coercizione, si conforma l'istituto nel sistema del diritto penale che punisce l'esercizio arbitrario delle proprie ragioni e consente l'autotutela solo nei casi di legittima difesa e di stato di necessità.

Nell'elaborazione propria dei civilisti, l'istituto viene impiegato in un'accezione più ampia, che comprende anche ipotesi prive del momento coercitivo. Fermo restando il principio generale per cui la rimozione degli stati di fatto contrari al diritto deve passare attraverso l'esercizio in sede giurisdizionale delle azioni possessorie e che le disposizioni che rendono lecito l'esercizio di autotutela hanno carattere eccezionale, nell'ambito dell'istituto i civilisti iniziano ad attrarre anche ipotesi caratterizzate soltanto dall'essere “*mezzo di tutela dell'interesse alternativo a quello giurisdizionale*” (nei casi, ovviamente, in cui vi sarebbe conflitto che potrebbe essere deciso da giudice). La più compiuta elaborazione teorica al riguardo è ancora oggi quella operata dal Betti, il quale affianca, alle tradizionali ed eccezionali ipotesi di autotutela unilaterale, la figura dell'autotutela convenzionale; qualificata quest'ultima non più dal momento coercitivo ma dall'essere strumento alternativo e/o sostitutivo del giudice per la tutela dell'interesse. In questa prospettiva, autotutela

² Per la più completa ricostruzione si rinvia a 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.

³ Sempre attuale sotto questo profilo la rilettura delle pagine dedicate al tema da H. KELSEN, *Teoria generale del diritto e dello Stato*, esemplari nel sottolineare come in un ordinamento civile il monopolio dell'uso della forza sia riservato allo Stato e che solo in un ordinamento primitivo, nel quale l'applicazione della giustizia è decentrata sui singoli componenti la collettività, si procede in autotutela.



è anche la difesa di un diritto in contestazione operata attraverso la composizione consensuale di una lite attuale o virtuale⁴.

In sintonia con l'elaborazione teorica civilistica, anche la dottrina amministrativistica inizia ben presto a proporre la figura intesa nella sua accezione più ampia, non limitata cioè ai soli casi di realizzazione coattiva di interessi, ma comprensiva delle ipotesi di autotutela decisoria : autotutela non è solo impiego della forza per garantire la realizzazione dell'interesse pubblico, ma anche attività di disposizione giuridica finalizzata a prevenire o evitare la contestazione dell'interesse individuato come pubblico in un dato rapporto.

Nelle prime teorizzazioni dottrinali, l'autotutela è limitata alle sole ipotesi d'impiego dell'uso della forza per garantire la realizzazione dell'interesse pubblico e si giustifica come pura e semplice manifestazione della sovranità. Convincimento diffuso e radicato è che non possa essere altrimenti, e si cerca solo di dare fondamento razionale ad un potere che nessuna norma prevede⁵.

Successivamente l'istituto si dilata fino a ricomprendere ipotesi in cui non ricorre l'uso della forza, ma la pura e semplice cura dell'interesse pubblico (in ipotesi di conflitto virtuale o reale senza intervento del giudice), e trova la più compiuta sistemazione teorica in Benvenuti, il quale disegna un impianto teorico che rimane sostanzialmente immutato fino ai giorni nostri⁶.

L'autotutela viene vista dall'Autore come *“la capacità di farsi giustizia da sé”*. In sintonia con la ricostruzione teorica del Betti, la forma dell'autotutela esecutiva e quella dell'autotutela su rapporti giuridici vengono ricondotte ad una figura unitaria, 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 è *“quella parte di attività amministrativa con quale la stessa pubblica*

⁴ E.BETTI, *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc Dir.*, IV, 1959, 529 ss.

⁵ Per tutti v. U.BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, 1901: *“la volontà degli enti pubblici ... fin dal momento in cui sorge, essa si presenta fornita di immediata efficacia coattiva, cioè si afferma come un potere, perciò l'atto in cui si manifesta, impone a coloro cui si svolge l'obbligo di portarlo ad esecuzione, è come si dice tecnicamente, esecutorio”*.

⁶ Cfr. : A.M.SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. Trim. Dir. Pubbl.*, 1964, 819 ss ; 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. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 206 ss ; Id., *Autotutela (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.



*amministrazione provvede a risolvere i conflitti, potenziali o attuali, insorgenti con gli altri soggetti, in relazione ai suoi provvedimenti od alle sue pretese*⁷.

Nell'ambito della figura unitaria, le forme dell'autotutela esecutiva e dell'autotutela decisoria rimangono comunque chiaramente distinte, e la distinzione non rimane puramente sistematica o classificatoria, ma ha un'implicazione ben precisa sul regime giuridico delle due figure, in quanto consente di ancorare strettamente al principio di legalità quella esecutiva, e di ritenere espressione di un potere generale quella decisoria: *“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”*⁸, 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”*⁹.

E' così 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 essere 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 decisoria rimane così ferma ad una ricostruzione teorica in termini di potere generale, manifestazione dell'autoritarità attribuita alla pubblica amministrazione per la cura dell'interesse pubblico, che la caratterizza come una tecnica generale di buona amministrazione e che la spiega come uno strumento volto ad assicurare la continua rispondenza al pubblico interesse dell'attività amministrativa.

4. Osservazioni conclusive

La ricostruzione dell'autotutela decisoria come espressione di un privilegio generale dell'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni, in precedenza prese in maniera

⁷ F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, 1959, 539. Nel circoscrivere la nozione l'Autore precisa immediatamente che *“esula dall'ambito dell'autotutela in senso stretto l'esercizio di attività formalmente giurisdizionale da parte dell'amministrazione, esercizio che merita di essere invece denominato come autodichia e che, quindi, si è sempre in presenza di un'attività formalmente amministrativa, esercizio di un potere amministrativo”*.

⁸ F. BENVENUTI, op. cit., 555.

⁹ F. BENVENUTI, op. cit., 541.



sempre unilaterale, può risultare appagante finché si rimane fermi al modello tradizionale dell'azione amministrativa autoritaria.

Inizia però a rivelarsi inadeguata se si considerano le trasformazioni dell'azione amministrativa intervenute a partire dagli anni novanta del solo scorso sia sotto il profilo della semplificazione, che sotto quello del rafforzamento del processo decisionale.

La ricostruzione dell'autotutela (decisoria) come istituto suscettibile di applicazione generale nei rapporti di diritto pubblico entra infatti in crisi se si considera che il sempre più crescente impiego di misure di semplificazione ha fatto sì che ormai in molti casi l'autotutela, anche muovendosi pur sempre nell'ambito dell'attività amministrativa di diritto pubblico e non di diritto privato, interverrebbe su un rapporto il cui assetto non è stato determinato unilateralmente da un precedente provvedimento amministrativo.

È sufficiente fare riferimento alle figure del silenzio, della SCIA, degli accordi ed alla conferenza di servizi: il procedimento o il provvedimento possono venire del tutto o in parte a mancare, per cui non si può tornare su una precedente decisione, per il semplice fatto che questa in realtà non è stata mai presa o non è stata presa unilateralmente.

Di pari passo alle misure di semplificazione, quasi schizofrenicamente, il legislatore degli anni novanta ha peraltro rinforzato il procedimento, generalizzando il principio del contraddittorio e della partecipazione. Qui i Maestri¹⁰ ci insegnano che quando ciò avviene la manifestazione di volontà dell'amministrazione tende a strutturarsi come decisione propriamente intesa, con l'effetto di consumazione del relativo potere.

Senza prestare troppa attenzione alla evoluzione in atto, la l. 11 febbraio 2005 n. 15, nell'apportare modifiche ed integrazioni alla l. 241 del 1990, ha ritenuto opportuno provvedere ad una "codificazione" delle principali figure dell'autotutela, recependo e consolidando la distinzione, tradizionalmente maturata nella elaborazione dottrinale e giurisprudenziale, secondo la quale sussisterebbe un potere generale in ordine all'autotutela decisoria, finalizzata a modificare o estinguere effetti giuridici creati da precedenti decisioni amministrative; mentre rimarrebbe eccezionale l'autotutela c.d. esecutiva, finalizzata a garantire la realizzazione concreta degli effetti giuridici voluti dall'Amministrazione¹¹. Con il limite sovente intrinseco nelle opere di

¹⁰ E. Cannada Bartoli, *Decisione amministrativa*, in *Noviss Dig. It.*, V, Torino, 1960, 269; M. Nigro, *Le decisioni amministrative*, Napoli, 1953.

¹¹ Il riferimento è all'art 21 ter per l'autotutela c.d. esecutiva ed agli artt 21 quinquies e 21 nonies per l'autotutela decisoria. L'art 21 ter è dedicato all'esecutorietà e precisa che "le pubbliche amministrazioni possono imporre coattivamente l'adempimento degli obblighi nei loro confronti" "nei casi e con le modalità stabiliti dalla legge". Il rinvio a casi e modalità stabiliti dalla legge scompare negli articoli dedicati all'autotutela decisoria.



“codificazione”, la legge 15/2005 ha però finito con il recepire, quasi acriticamente, elaborazioni di principi maturate comunque con riferimento ad un contesto ormai in buona parte superato o in via di superamento o di profonda mutazione, che non considerava né le misure di semplificazione, né quelle di rafforzamento del procedimento decisionale amministrativo, introdotte entrambe dalle riforme che si sono succedute nell’ultimo ventennio, a partire proprio dalla legge 7 agosto 1990 n. 241.

Ciò accresce l’importanza delle modifiche, solo apparentemente marginali o di dettaglio, ma in realtà profondamente innovative, adesso recate dalla l. 124 del 2015 con riferimento all’istituto dell’autotutela. Laddove la l. 15 del 2005 aveva acriticamente “codificato” la concezione tradizionale senza preoccuparsi delle trasformazioni in atto nel sistema dell’azione amministrativa, la l. 124 del 2015 interviene a riformare l’istituto muovendo proprio dall’esigenza di dare la regola del rapporto tra l’autotutela decisoria e le nuove forme di cura del pubblico interesse. La più stretta regolazione dei presupposti e dei limiti per l’esercizio del potere di autotutela decisoria rivela oggi l’allontanamento da una visione dell’istituto come una tecnica di tutela del solo interesse pubblico, imperniata sull’idea originaria che si sia di fronte ad una prerogativa peculiare dell’azione della pubblica amministrazione; che non deve essere necessariamente tipizzata poiché si tratterebbe di una caratteristica naturale dell’azione amministrativa. Caratteristica che, grazie al Benvenuti, aveva già perso l’autotutela esecutiva e conservato la sola autotutela decisoria.

La necessità di chiarire se quello di autotutela sia un potere generalmente attribuito alla pubblica amministrazione, o se debba essere più saldamente e strettamente ancorato al principio di legalità ha da sempre rappresentato uno dei principali nodi problematici dell’istituto. L’attuale riforma è destinata a mettere in crisi ricostruzioni ormai pacificamente acquisite, ma al tempo stesso sembra fornirne anche la soluzione recuperando e rinforzando il rapporto dell’autotutela amministrativa con il principio di legalità. Escludere che l’autotutela decisoria possa essere oggi ritenuta espressione di un potere generale connaturato all’azione amministrativa non significa che la stessa non possa trovare il proprio fondamento nel testo vigente dell’art 21 nonies della l. 241 del 7 agosto 1990; norma che andrebbe quindi vista non come meramente dichiarativa di un principio generale immanente nell’ordinamento, ma costitutiva 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.