

53° CONVEGNO DI STUDI AMMINISTRATIVI
VARENNA, SETTEMBRE 2007

IL PRINCIPIO DI LEGALITÀ E L'AUTOTUTELA AMMINISTRATIVA

Bernardo Giorgio Mattarella

Sommario:

1. Introduzione
2. L'autotutela amministrativa
 - 2.1.1. L'autotutela amministrativa e le altre forme di autotutela
 - 2.1.2. Il duplice volto dell'autotutela amministrativa
3. Legalità e autotutela nell'ordinamento statale
 - 3.1.1. La legalità fondamento dell'autotutela
 - 3.1.2. Il principio di legalità limite all'autotutela
4. Regola di diritto e autotutela nel crocevia degli ordinamenti
 - 4.1.1. La regola di diritto fondamento dell'autotutela
 - 4.1.2. La regola di diritto limite all'autotutela

(testo provvisorio)

(Relazione al 53° Convegno di studi amministrativi, su "Il principio di legalità nel diritto amministrativo che cambia" – Varenna, Villa Monastero 20-22 settembre 2007)

1. Introduzione

Il principio di legalità è solo una regola di distribuzione del potere amministrativo o anche una regola – o un complesso di regole – di esercizio di esso? Esso ha un'incidenza sostanziale o procedurale? L'ancoraggio del principio di legalità alla legge è ancora attuale? Esso esprime solo una forma di tutela dei cittadini basata sul principio democratico o anche su altri meccanismi?

Per rispondere a questi interrogativi, sulla base dell'analisi dell'autotutela, occorre esaminare i diversi possibili rapporti tra autotutela e legalità, che possono essere di convergenza o di contrapposizione. Per descrivere questi possibili rapporti occorre: delimitare il campo dell'autotutela amministrativa e individuare le due funzioni proprie dell'autotutela amministrativa e corrispondenti a quei due possibili rapporti (par. 2); esaminare queste funzioni e questi rapporti nell'ordinamento statale (par. 3); esaminarli alla luce della frammentazione della legalità, derivante dall'evoluzione del diritto nazionale e di quello sovranazionale (par. 4).

L'analisi dell'autotutela amministrativa e dei suoi sviluppi dimostrerà: che l'autotutela amministrativa è sempre stata uno strumento di affermazione della legge e, più in generale, della legalità; che il principio di legalità, che in Italia è stato per lo più inteso come regola relativa al fondamento legislativo del potere amministrativo, corollario del principio democratico, ha storicamente avuto una limitata capacità di assolvere il ruolo di tutela dei diritti individuali, che a esso è stato attribuito; che un più comprensivo principio della regola di diritto, diffusamente coltivato nell'esperienza giuridica europea, assolve questo ruolo in modo più efficace, imponendo regole sostanziali e procedurali; che il diritto, al quale questo principio rinvia, coincide sempre meno con la legge dello Stato e risulta sempre più da altre fonti, nazionali e sovranazionali; che l'autotutela amministrativa svolge un ruolo importante nell'affermazione di questo principio.

2. L'autotutela amministrativa

2.1. L'autotutela amministrativa e le altre forme di autotutela

1. La definizione dei caratteri e dell'ambito dell'autotutela amministrativa è tra quelle che maggiormente dividono gli studiosi. Per rendersene conto, è sufficiente confrontare il modo in cui l'ambito del fenomeno è stato delimitato da Feliciano Benvenuti e da Massimo Severo Giannini: il primo riconduceva all'autotutela ogni ipotesi in cui

l'amministrazione risolvesse conflitti reali e potenziali e vi includeva non solo ciò che normalmente definiamo autotutela "decisoria" ed "esecutiva", ma anche i controlli, le sanzioni amministrative, certe autorizzazioni e altro ancora¹. Per il secondo, l'autotutela era quasi sinonimo di esecutorietà del provvedimento amministrativo e designava solo le ipotesi di esecuzione forzata amministrativa². Non manca chi, tutto all'opposto, esclude dall'autotutela quella esecutiva e vi include solo quella decisoria³ ed è diffusa la negazione della categoria unitaria⁴.

La questione del perimetro non è centrale ai fini di questo scritto, ma non è neanche indifferente, dato che esaminare il rapporto tra l'autotutela e il principio di legalità implica una concezione unitaria della prima. È necessario, quindi, tentare di individuarne i caratteri propri: non per tracciarne i confini, ma per individuare i punti critici del rapporto con quel principio e della sua evoluzione.

2. A questo scopo, può essere utile fare riferimento ad alcune forme di autotutela, proprie di altri settori del diritto: l'autotutela privata, l'autotutela sindacale, l'autodichia e l'autotutela conosciuta dal diritto internazionale⁵.

Anche alcune di queste espressioni scontano l'incertezza di definizione e delimitazione riscontrata per l'autotutela amministrativa⁶. Tuttavia, si può dire che, indipendentemente da come si intenda ciascuna di queste espressioni, esse sembrano avere almeno un carattere in comune: ciascuna di esse designa il potere di un soggetto di fare a meno del giudice, di esercitare un potere normalmente riservato al giudice. Ogni ulteriore specificazione rischia di non tenere insieme le diverse ipotesi o di allargare troppo il campo: si può affermare che questo potere consiste nel risolvere un conflitto attuale o potenziale, ma a volte il conflitto è talmente potenziale da essere una possibilità remota⁷; o, al contrario, che deve trattarsi di una controversia attuale, ma allora rimangono fuori ipotesi normalmente ricondotte all'autotutela⁸; si può ritenere che si ha autotutela ogni volta che un soggetto può far prevalere il proprio interesse su quello altrui, ma così il concetto di autotutela rischia di appiattirsi su quello di potere; o, al contrario, che si ha autotutela solo quando si

¹ *Autotutela (diritto amministrativo)*,

² *Diritto amministrativo*,, vol. II, p. 1262. Si confronti il passo delle *Istituzioni di diritto amministrativo*,, p. 298 s. con quello, quasi identico, del *Corso di diritto amministrativo*,, vol. III, 1, p. 148, dove in luogo di "esecutorietà" vi è "autotutela".

³ G. Ghetti,, p. 82.

⁴ G. Falcon, ...

⁵ Non sembra utile invece, utilizzare l'autotutela tributaria come termine di paragone, dato che essa è una manifestazione dell'autotutela amministrativa decisoria.

⁶ Per l'autotutela privata, in particolare, si oscilla tra l'ampia nozione di E. Betti,, e la nozione più ristretta di L. Bigliuzzi Geri,

⁷ Si pensi

⁸ Come l'autotutela decisoria spontanea o ...

reagisce a un fatto illecito o a un comportamento illegittimo altrui, o che l'esercizio del potere di autotutela implica il sacrificio dell'interesse altrui, ma anche in queste ipotesi il campo si restringe troppo⁹.

Occorre, dunque, accettare il fatto che, come molti concetti giuridici, quello di autotutela – in assenza di una definizione normativa – è storicamente variabile: esso esprime l'esercizio, da parte di una "parte", di poteri normalmente propri del giudice, ma risente del fatto che i poteri normalmente propri del giudice variano da ordinamento a ordinamento, nelle diverse fasi storiche e tra i diversi settori della normazione.

Il riferimento ai poteri normalmente esercitati dai giudici consente di mantenere la nozione più comune di autotutela amministrativa, nella quale rientrano sia i procedimenti di secondo grado (o alcuni di essi, secondo quanto si osserverà in seguito), sia l'esecuzione forzata amministrativa: da un lato, si tratta di far valere l'illegittimità di un atto giuridico, per esempio annullandolo; dall'altra, si tratta di disporre dell'uso della forza, potere che gli ordinamenti statali tendono a monopolizzare e ad affidare a giudici. In questa nozione di autotutela amministrativa possono rientrare anche istituti di privilegio come il fermo amministrativo, che consente all'amministrazione di produrre effetti simili a quelli della compensazione giudiziale o della sentenza resa a seguito dell'esercizio dell'azione surrogatoria. Possono rientrarvi anche istituti ulteriori, come alcune sanzioni amministrative, salvo quanto si dirà nel paragrafo successivo in ordine ai caratteri propri dell'autotutela amministrativa. Ne rimangono esclusi, invece, istituti che a volte vi si fanno rientrare, come i controlli amministrativi e i poteri sostitutivi.

La validità di questa concezione relativamente ampia dell'autotutela amministrativa, comprendente quella decisoria e quella esecutiva, è confermata dal riferimento alle altre forme di autotutela menzionate. Vi è, infatti, un altro punto in comune tra le diverse forme di autotutela: il fatto che esse hanno sia una dimensione giuridica, sia una dimensione fattuale, nel senso che l'oggetto del potere di autotutela è a volte la produzione di un effetto giuridico, a volte un comportamento materiale. Rientrano nell'autotutela privata sia atti produttivi di effetti giuridici, come l'eccezione di inadempimento, sia comportamenti come il taglio delle radici¹⁰; rientrano nell'autotutela collettiva sia il potere dei lavoratori e dei loro sindacati di mettere in discussione quanto hanno concordato nel contratto collettivo, avanzando rivendicazioni ulteriori, sia quello di scioperare, cioè di esercitare legittimamente un potere di fatto¹¹; rientrano

⁹ Si pensi all'esecuzione forzata di un provvedimento di requisizione e, nel diritto privato, allo stato di necessità, che non implicano alcun illecito; all'autotutela tributaria e a, che non implicano il sacrificio di un interesse specifico.

¹⁰
¹¹ Sul parallelo tra autotutela amministrativa e autotutela sindacale si rinvia a B.G. Mattarella, *Sindacati e pubblici poteri*, Milano, Giuffrè 2003, p. 318 ss.

nell'autotutela conosciuta dal diritto internazionale sia atti che producono effetti giuridici, come il divieto di esportazione, sia azioni materiali, come gli interventi armati¹²; rientrano nell'autodichia sia il potere degli organi costituzionali di risolvere le controversie, nelle quali siano coinvolti, sia il potere di eseguire le proprie decisioni, anche con la forza¹³. Dunque, non solo nell'autotutela amministrativa, ma anche nelle altre forme di autotutela, vi sono una componente "decisoria" e una componente "esecutiva": la prima emerge quando l'autotutela consente di evitare il processo di cognizione, la seconda quando essa consente di evitare il processo di esecuzione.

2. Accanto a questi tratti che accomunano le diverse forme di autotutela, vi sono anche ovvie differenze e possibili distinzioni, tra le quali una appare particolarmente importante in questa sede. L'autotutela è ovviamente la possibilità di tutelarsi da sé, senza rivolgersi a un giudice, ma questa possibilità può dipendere da due circostanze diverse: il fatto che il giudice non c'è o il fatto che l'interesse, di cui un certo soggetto è portatore, è tutelato in modo particolarmente forte dall'ordinamento.

La prima ipotesi – l'assenza di giudice – può derivare dal fatto che il giudice non esiste nel relativo ordinamento o dal fatto che nessun giudice ha giurisdizione su un certo soggetto dell'ordinamento. Il primo è il caso del diritto internazionale, o almeno di quello tradizionale (i giudici internazionali sono ormai numerosi, anche se nell'ordinamento internazionale continua a mancare un ordine giudiziario con competenze generali). Il secondo è il caso del diritto costituzionale, nel quale gli organi costituzionali sono sottratti ai giudici.

La seconda ipotesi si traduce nell'inversione dell'onere di agire: il giudice c'è, ma il soggetto interessato alla produzione di un effetto giuridico o al compimento di un comportamento materiale non ha bisogno di rivolgersi; sarà eventualmente la controparte, nei confronti della quale il potere di autotutela viene esercitato, a farlo, per ottenere la rimozione degli effetti giuridici o di quelli materiali prodotti. Questa inversione dell'onere di agire è un vantaggio che viene dato a un soggetto o perché portatore di un interesse che gode stabilmente di una tutela particolarmente forte, o perché in un singolo rapporto giuridico si trova in una posizione giuridica protetta: il primo è il caso dei lavoratori e dei sindacati, che possono esercitare l'autotutela collettiva in qualunque controversia con i datori di lavoro; il secondo è il caso dell'autotutela privata, che è consentita dalla legge a chiunque in singoli rapporti.

Nella prima ipotesi, non vi è un giudice, quindi una delle parti supplisce, dichiarando il diritto e facendolo rispettare (con tutti i limiti

¹²

¹³

che derivano da un simile modo di esercitare questi poteri): l'autotutela, quindi, ha un forte elemento di doverosità o il suo esercizio è addirittura obbligato. Nella seconda ipotesi, un giudice vi è ed è pronto a verificare l'esistenza del potere di autotutela e il suo corretto esercizio: l'autotutela, quindi, somiglia molto più a un potere che a un obbligo; più che di applicare il diritto, si tratta di tutelare un interesse.

Da questa distinzione di fondo può trarsi anche un'altra indicazione importante. L'autotutela dà sempre luogo a un privilegio di un soggetto, ma questo privilegio può essere più o meno intenso: può consistere nel potere di adottare una decisione o di porre in essere un comportamento insindacabile, producendo risultati definitivi (è la prima ipotesi); o nel potere di produrre effetti giuridici o materiali, la cui legittimità o liceità saranno controllati da un giudice (è la seconda ipotesi). Quest'ultima ipotesi è quasi una via di mezzo tra la prima e l'assenza di autotutela (cioè l'ipotesi in cui non vi è alcuna inversione dell'onere di agire e chi vuole produrre un effetto giuridico o materiale deve chiederlo al giudice).

Ciò dimostra che le diverse conformazioni del potere di autotutela si collocano in diversi punti di una linea continua, che unisce diversi modi attraverso i quali un ordinamento giuridico tutela gli interessi (pubblici e non). Si possono individuare almeno quattro modelli, la cui successione descrive diverse gradazioni di intensità della tutela: l'attribuzione di un semplice potere di azione, cioè della possibilità di rivolgersi a un giudice; l'attribuzione del potere di produrre direttamente un effetto giuridico o materiale; l'attribuzione di un simile potere, corrispondente a un potere normalmente attribuito a un giudice, soggetto al sindacato di un giudice; l'attribuzione di un simile potere, corrispondente a un potere normalmente attribuito a un giudice, non soggetto al sindacato di un giudice.

2.2. Il duplice volto dell'autotutela amministrativa

1. Quando la tutela di determinati interessi viene affidata a una pubblica amministrazione, i modelli utilizzati sono normalmente il secondo o il terzo: il secondo è il modello dei normali poteri amministrativi; il terzo è il modello di quei poteri amministrativi che si fanno rientrare nell'autotutela amministrativa. Ma non mancano esempi del primo e del quarto: il primo è tradizionalmente tipico degli ordinamenti anglosassoni e, in parte, del diritto comunitario (come nel caso in cui la Commissione europea deve rivolgersi al giudice contro uno Stato membro inadempiente, non avendo direttamente il potere di imporgli obblighi o comminargli sanzioni); il secondo era frequente prima

che si imponesse il principio della tutela giurisdizionale contro gli atti amministrativi (in Italia, prima che l'art. 113 cost. lo escludesse).

2. Ma come si colloca l'autotutela amministrativa nella distinzione sopra delineata: essa dipende dall'assenza di giudice o di giurisdizione, o dalla particolare tutela che l'ordinamento riconosce all'interesse pubblico? E, di conseguenza, prevale la dimensione dell'applicazione del diritto o quella della tutela di un interesse? Quelli dell'amministrazione, che agisce in via di autotutela, sono poteri o obblighi?

La risposta a quest'ultima domanda, naturalmente, è che essi sono poteri a esercizio doveroso: la componente del potere e quella dell'obbligo coesistono in tutti i poteri amministrativi. Ma nei poteri di autotutela, la dimensione dell'applicazione del diritto e, quindi, dell'obbligo, è più forte che negli altri poteri amministrativi. Lo dimostra chiaramente l'istituto dell'annullamento d'ufficio, che ha per presupposto non solo l'esistenza di un interesse pubblico concreto e attuale, ma anche l'illegittimità del provvedimento: l'esigenza di restaurazione dell'ordine giuridico violato consente di produrre effetti altrimenti irraggiungibili. La giurisprudenza amministrativa in materia afferma spesso la natura doverosa dell'annullamento d'ufficio¹⁴ e aggiunge che esso persegue l'interesse alla legalità¹⁵ (anche se poi aggiunge che questo interesse non è sufficiente a determinare l'annullamento¹⁶).

L'autotutela amministrativa, quindi, si colloca quasi a metà tra le due ipotesi di autotutela descritte: quella nella quale prevale l'applicazione del diritto e quella nella quale prevale il perseguimento di un interesse. Piuttosto che di ascriverla all'una o all'altra, il problema è di misurare l'intensità del profilo dell'applicazione del diritto e di quello della tutela di un interesse, di valutare l'influenza di ciascuno dei due profili nel concreto atteggiarsi dell'autotutela amministrativa. Influenza che appare variabile, in ragione delle diverse fasi storiche e dei diversi contesti giuridici.

La duplice anima dell'autotutela amministrativa, volta all'affermazione del diritto ma anche al perseguimento di un interesse pubblico specifico, consente di delimitare con maggiore precisione l'ambito dell'autotutela amministrativa. In particolare, mostra come l'istituto della revoca vi venga incluso abbastanza abusivamente, dato che esso ha poco a che fare con l'affermazione della legalità e, in realtà, non è neanche un privilegio della pubblica amministrazione, dato che è una prerogativa di qualsiasi soggetto che eserciti una funzione: il potere delle pubbliche amministrazioni di revocare i propri atti – o, almeno, di quelli a efficacia durevole – spesso non è diverso dall'analogo potere che hanno

14

15

16

l'amministratore di una società o di un condominio, il genitore e il tutore. D'altra parte, la confusione che la giurisprudenza e – da ultimo – il legislatore¹⁷ fanno tra annullamento d'ufficio e revoca mostrano che l'applicazione troppo rigida di un criterio distintivo rischierebbe di tradire la realtà dell'ordinamento.

3. Che cosa c'entra il principio di legalità con tutto ciò? C'entra, perché esso si pone in termini molto diversi nei confronti delle due ipotesi di autotutela indicate e, quindi, nei confronti delle due dimensioni dell'autotutela amministrativa.

Quando l'autotutela è il rimedio all'assenza di giudice o di giurisdizione ed è strumentale all'applicazione del diritto, il principio di legalità gioca ovviamente a favore di essa, ne è quasi il fondamento. Quando, invece, l'autotutela è un modo per rafforzare la tutela di un interesse, essa esprime un privilegio di un soggetto, il correlativo sacrificio dell'interesse di un altro soggetto e un'attenuazione del ruolo del giudice: di conseguenza, il principio di legalità opera da limite¹⁸.

Ecco, quindi, il problema del rapporto tra autotutela amministrativa e principio di legalità. In conseguenza del duplice volto della prima, anche questo rapporto si atteggia in modi diversi: il principio di legalità è ora il fondamento, ora il limite dell'autotutela amministrativa. L'incidenza del primo sulla seconda, dunque, dipende da quale dei due profili – quello dell'applicazione del diritto e quello del perseguimento di un interesse – prevale in un dato momento o contesto.

Nelle pagine che seguono, si ripercorreranno alcune vicende dell'autotutela amministrativa e del suo rapporto con il principio di legalità; si mostrerà che le oscillazioni della prima tra le sue due anime determina oscillazione del secondo tra convergenza e opposizione; si suggerirà anche che l'evoluzione del rapporto è dovuta non solo all'evoluzione dell'autotutela, ma anche a quella del principio di legalità; si cercherà, quindi, sulla base dell'analisi di queste vicende, di rispondere alle domande poste in apertura.

3. Legalità e autotutela nell'ordinamento statale

3.1. La legalità fondamento dell'autotutela

1. L'ambivalenza del rapporto tra principio di legalità e autotutela amministrativa è dimostrata già dal fatto che essi hanno – per così dire –

¹⁷ Nell'art. 21-*quinquies*, co. 1-*bis*, della legge n. 241 del 1990, a cui si farà riferimento in seguito.

¹⁸ E gioca a difesa del «monopolio statale della tutela giuridica», di cui parla E. Betti, *Autotutela (diritto privato)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 535.

origini comuni: l'una e l'altro sono figli della Rivoluzione francese e dello Stato ottocentesco. Dalle vicende di fine Settecento e inizio Ottocento nacquero, contemporaneamente, le premesse della convergenza tra autotutela e legalità e i germi della loro contrapposizione.

I poteri che vengono normalmente ricondotti all'autotutela amministrativa sono sempre stati pacificamente riconosciuti all'amministrazione. Nel 1905, Umberto Borsi, citando Gneist, riconosceva che il potere delle autorità amministrative di procedere all'esecuzione forzata «viene ammesso come cosa di per sé intelligibile, senza alcun accenno al suo fondamento razionale. La base storica sembra supplire alla base teorica»¹⁹. Similmente, pochi anni dopo, Federico Cammeo giustificava il potere dell'amministrazione di "revocare" i propri atti illegittimi facendo riferimento all'importanza degli interessi da essa tutelati, alla sovranità dello Stato, all'assenza di leggi che disponessero diversamente e a una «consuetudine costante»²⁰. Ma quale era l'origine di queste consuetudini?

Nonostante l'autotutela costituisca una forma di esercizio amministrativo di poteri giurisdizionali, sbaglierebbe chi ne ricercasse l'origine nell'antico regime, nello stato giurisdizionale che si protrasse in Europa fino al diciottesimo secolo. L'autotutela è invece un frutto della modernità, perché deriva dalla centralità della legge e dalla concezione dell'amministrazione come esecuzione di legge. All'amministrazione spettava di eseguire la legge non diversamente che al giudice, e in questa funzione rientravano il potere di eseguire con la forza i propri atti e quello di accertarne la validità. L'affrancazione dell'amministrazione dal giudice e l'affermazione della specialità del diritto amministrativo, negli stati dell'Europa continentale, determinarono poi il consolidamento di questi poteri.

Ciò vale sia per l'autotutela decisoria, sia per quella esecutiva. In ordine alla prima, fin dagli albori della Rivoluzione fu riconosciuto all'esecutivo il compito di valutare la legittimità degli atti di amministrazione e di annullare quelli invalidi²¹: potere coerente anche con l'ordinamento gerarchico dell'amministrazione napoleonica, che implicava «il diritto conferito a ogni amministrazione di annullare gli atti

¹⁹ U. Borsi, *Fondamento giuridico della esecuzione forzata amministrativa*, in *Studi senesi*, 1905, ora in *Studi di diritto pubblico*, vol. I, Padova, Cedam, 1976, p. 256. Borsi, come è noto, giustificava l'esecutorietà facendo riferimento alla sovranità dello Stato e ai caratteri del potere esecutivo.

²⁰ F. Cammeo, *Corso di diritto amministrativo*, ristampa con note di aggiornamento a cura di G. Miele, Padova, Cedam, 1960, p. 654. Non diversamente, nel primo ampio studio sulla revoca dell'atto amministrativo, L. Raggi scriveva: «Che in genere possa parlarsi di una possibile revoca degli atti amministrativi non pare seriamente contestabile. La revoca si trova attuata frequentemente nella pratica, ammessa nella giurisprudenza e discussa nella dalla scienza come istituto non anomalo, e trova appoggio in qualche testo di legge» (*La revocabilità degli atti amministrativi*, in *Riv. dir. pubbl.*, 5, 1917, p. 317 s.). sul fondamento dell'esecutorietà per i primi teorici, G. Sacchi Morsiani, *L'esecuzione delle pretese amministrative*, Padova, Cedam, 1977, p. 48 ss.

²¹ L. Mannori – B. Sordi, *Storia del diritto amministrativo*, Roma-Bari, Laterza, 2001, p. 242 ss.

di quelle ad essa subordinate»²². In ordine alla seconda, nell'antico regime il potere di disporre dell'uso della forza pubblica era rimasto saldamente nelle mani delle corti; nello stato continentale ottocentesco, invece, la sottrazione al controllo giurisdizionale consentì all'amministrazione di «confezionarsi da sola i suoi titoli esecutivi»²³; l'esecutorietà costituisce «storicamente un prodotto della sottrazione dell'attività amministrativa al sindacato giudiziario»²⁴.

2. Dunque, l'autotutela deriva dal rapporto tra amministrazione e legge e non dal rapporto tra amministrazione e giudice. Essa si fonda su una sorta di equiparazione della soggezione dell'amministrazione alla legge e di quella del giudice alla stessa legge. Equiparazione ovviamente alimentata, nel corso del Novecento, dalla dottrina kelseniana; suffragata dall'esistenza di atti amministrativi contro i quali non era dato ricorso giurisdizionale e, quindi, gli unici rimedi erano quelli amministrativi; sopravvissuta al declino della concezione dell'amministrazione come esecuzione di legge e al riconoscimento della discrezionalità; ancora oggi presente nel modo in cui viene affrontato il principio di legalità²⁵.

Quello della tutela o del ripristino della legalità, in effetti, è un profilo che l'autotutela amministrativa non ha mai perso, né nella sua componente esecutiva né in quella decisoria.

Per quanto riguarda la prima, è sufficiente considerare che l'ambito più naturale di applicazione dell'esecuzione forzata amministrativa è quello della polizia di sicurezza, cioè il settore nel quale le autorità amministrative vegliano, tra l'altro sul rispetto della legge. È sufficiente, al riguardo, ricordare che, a norma dell'articolo 1 del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza²⁶, «l'autorità di pubblica sicurezza [...] cura l'osservanza delle leggi e dei regolamenti generali e speciali dello Stato, delle provincie e dei comuni, nonché delle ordinanze delle autorità». È anche questo compito di custodi del diritto che consente alle forze dell'ordine di disporre dell'uso della forza, anche in assenza di provvedimenti giurisdizionali. Anche al di là della materia della pubblica sicurezza, l'esecuzione forzata dei provvedimenti amministrativi è spesso legata alla commissione di illeciti – cioè alla violazione di norme giuridiche – e all'esigenza di restaurare la legalità violata: si pensi alla demolizione di edifici abusivi e alla requisizione di prodotti contraffatti.

Per quanto riguarda la seconda, l'aspetto della legalità è molto evidente nell'annullamento d'ufficio, meno evidente o assente nella

²² L. Mannori – B. Sordi, *Op. cit.*, p. 229.

²³ L. Mannori – B. Sordi, *Op. cit.*, p. 261.

²⁴ L. Mannori – B. Sordi, *Op. cit.*, p. 285.

²⁵ Si v., per es., di recente, D'Amico, in *Dizionario di diritto pubblico*, p. 3365.

²⁶ Regio decreto 18 giugno 1931, n. 773.

revoca, almeno se si considera il modo in cui questi due istituti sono tradizionalmente concepiti.

L'annullamento d'ufficio è indubbiamente una deviazione rispetto al normale regime dei poteri giuridici. Ogni soggetto, infatti, ha la possibilità di far accertare l'illegittimità di un atto giuridico che leda i suoi interessi, ma normalmente questo accertamento è opera di un giudice. La pubblica amministrazione, invece, può dichiarare essa stessa, e senza rigidi limiti di tempo, l'illegittimità dei propri provvedimenti e, quindi, rimuovere i loro effetti: si tratta di un potere che sfugge anche agli altri titolari di funzioni pubbliche (il Parlamento non può annullare la legge, né il giudice la sentenza) e private. Il privilegio consiste sia nel fatto di potere far valere l'illegittimità dei propri atti, sostituendosi al giudice, sia nella retroattività, che distingue il potere di annullamento dal potere di revoca. L'annullamento d'ufficio, dunque, rientra a pieno titolo nell'autotutela, perché unisce il profilo del ripristino della legalità violata a quello del perseguimento dell'interesse pubblico specifico, affidato alla cura dell'amministrazione. Nell'ordinamento italiano, peraltro, questo secondo elemento è più forte di quanto lo sia in altri ordinamenti europei: in Francia, in particolare, ben presto prevalse il profilo del ripristino della legalità, determinando uno sviluppo dell'istituto in senso giustiziale²⁷.

Diverso è il discorso per la revoca. Anche il potere della pubblica amministrazione di revocare i propri atti è sempre stato ammesso dalla giurisprudenza²⁸ ed è spesso stato considerato un privilegio rispetto al regime dei rapporti tra privati: uno *jus poenitendi* del quale i privati non sarebbero titolari. In effetti, però, la revocabilità non è affatto estranea al diritto privato, nel quale essa tende a caratterizzare tutti gli atti di svolgimento di funzioni: possono revocare e modificare i propri atti, per esempio, l'amministratore di una società o di un condominio, il tutore e il curatore. La ragione di ciò è evidente: la cura di un interesse, pubblico o privato, non si esaurisce con l'emanazione del singolo atto, in quanto successive esigenze possono richiedere l'interruzione o la modifica dei suoi effetti. Naturalmente, vi sono limiti alla possibilità di revoca, dati innanzitutto dai diritti che altri soggetti abbiano acquistato sulla base dell'atto. Ma questi limiti riguardano il potere di revoca nel diritto

²⁷ A partire da quando la giurisprudenza ha stabilito che, per i provvedimenti favorevoli al destinatario, l'annullamento deve essere pronunciato entro il termine per la proposizione del ricorso giurisdizionale (Conseil d'Etat, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*).

²⁸ *Ex multis*: Cons. St., sez. IV, 2 marzo 1904, in *Giur. it.*, 1904, III, col. 237; Cons. St., parere 18 novembre 1926, in *Foro it.*, 1927, III, col. 96; Cons. St., sez. IV, 18 luglio 1930, in *Foro amm.*, I, 1, col. 240; Cons. St., sez. V, 30 maggio 1931, in *Giur. it.*, 1932, III, col. 7; Cons. St., sez. IV, 20 ottobre 1933, in *Foro it.*, 1934, III, col. 179; Cons. St., sez. IV, 24 novembre 1933, in *Giur. it.*, 1934, III, col. 233; Cons. St., sez. IV, 5 dicembre 1944, in *Giur. it.*, 1945, III, col. 5. La revocabilità trovava anche un riscontro testuale nell'art. 4 della legge abolitiva del contenzioso.

pubblico come nel diritto privato: nell'uno e nell'altro, la revocabilità degli atti di svolgimento di funzioni è la regola, l'irrevocabilità l'eccezione²⁹.

Come si vede, la revoca ha poco a che fare con il ripristino della legalità e con l'esercizio di poteri normalmente riservati al giudice. Il suo tradizionale inquadramento nell'autotutela amministrativa, quindi, è alquanto abusivo³⁰. Ma è spiegato, se non giustificato, dal comportamento della scienza giuridica, della giurisprudenza e, da ultimo, del legislatore.

La scienza giuridica, che all'inizio del Novecento costruì la teoria dell'atto amministrativo sulla falsariga di quella del contratto, atto bilaterale e non unilaterale. Incorse, quindi, in un errore di prospettiva: invece di assimilare la revocabilità dell'atto amministrativo alla revocabilità dell'atto unilaterale privato, la contrappose all'irrevocabilità dell'adesione al contratto. Ciò che era normale sembrò così un privilegio. La giurisprudenza del Novecento, per parte sua, ha sempre più spesso confuso annullamento d'ufficio e revoca, li ha accomunati nella nozione di "ritiro" e ha elaborato regole sostanzialmente analoghe per l'uno e per l'altro istituto³¹. Il legislatore, infine, dopo avere recepito nel 2005 la distinzione tradizionale tra annullamento d'ufficio e revoca – il primo conseguente a illegittimità, la seconda a valutazioni di merito; il primo retroattivo, la seconda operante *ex nunc* – con una novella del 2007 ha alterato la linearità della distinzione. Un comma aggiunto all'articolo dedicato alla revoca della legge sul procedimento³², infatti, ammette la revoca di atti a efficacia istantanea, implicitamente ammettendo l'efficacia retroattiva della revoca; e contempla l'ipotesi che la revoca sia dovuta a una contrarietà in qualche modo "oggettiva" del provvedimento all'interesse pubblico, in quanto conoscibile dagli interessati, situazione che sembra una via di mezzo tra illegittimità e merito. Norma determinata da comprensibili e anche apprezzabili ragioni di interesse pubblico, ma

²⁹ Hanno struttura analoga, per esempio, la norma che esclude la revocabilità del mandato conferito anche nell'interesse del mandatario (art. 1723, secondo comma, c.c.) e quella che esclude la revocabilità della concessione edilizia (art. 4, comma 6, l. 28 gennaio 1977, n. 10).

³⁰ Anzi, la revocabilità avrebbe potuto apparire in contrasto con l'esercizio di poteri giurisdizionali e con la nozione di autotutela: come era accaduto in Austria, dove proprio l'assimilazione dell'amministrazione alla giurisdizione e il concetto di *Rechtskraft* dell'atto amministrativo avevano indotto a volte la scienza giuridica a sostenere la sua irrevocabilità. La revocabilità dell'atto amministrativo era un ostacolo decisivo alla costruzione di una teoria unitaria degli atti di diritto pubblico, basati su una loro comune forza giuridica, costruzione tentata soprattutto da A. Merkl, *Die Lehre von der Rechtskraft. Entwickelt aus dem Rechtsbegriff*, Leipzig und Wien, Franz Deuticke, 1923, p. 245; si veda anche *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, trad. it., *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in *Il duplice volto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 325. Su queste vicende concettuali, B. Sordi, *Tra Weimar e Vienna. Amministrazione pubblica e teoria giuridica nel primo dopoguerra*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 186 ss.; si v. anche A. Romano Tassone, *Brevi note sull'autorità degli atti dei pubblici poteri*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, Giuffrè, 1991, p. 372 ss.

³¹ Riferimenti giurisprudenziali in B.G. Mattarella, *Il provvedimento*, in *Trattato di diritto amministrativo*,

.....
³² Art. 21-*quinquies*, co. 1-bis, legge n. 241 del 1990, inserito dall'art. 12, co. 4, decreto-legge 31 gennaio 2007, n. 7.

piuttosto mal scritta, che cancella qualche scaffale di biblioteca relativo alla distinzione tra annullamento e revoca.

Si può dire che giurisprudenza e legislatore hanno in qualche modo legittimato l'errore iniziale degli studiosi, che avevano incluso la revoca del provvedimento nell'autotutela amministrativa: anche la revoca ha ormai sviluppato il profilo di tutela della legalità e anche di privilegio, che legittima quell'inclusione.

3. Il nesso tra legalità e autotutela è stato alimentato anche da alcuni sviluppi degli ultimi decenni. Per esempio, la diffusione di modelli di controllo successivo, e non più preventivo, sulle attività private, come il silenzio-assenso e la denuncia di inizio di attività: nelle quali la legge consente all'amministrazione di intervenire «in via di autotutela»³³ per rimuovere effetti prodotti non da un provvedimento amministrativo, ma dalla dichiarazione di un privato o da un fatto giuridico.

Nel complesso, nel corso del Novecento vi sono state ottime ragioni per vedere nell'autotutela amministrativa un alleato, e non un nemico, della legalità. L'idea dell'amministrazione come esecuzione di legge poneva l'autorità amministrativa su un piano parallelo a quello del giudice e i poteri di autotutela riflettevano molto bene questo parallelismo, essendo simili ai poteri tipici del giudice, in quanto generali e atipici. Essi, però, erano esercitati in modo diverso da quelli del giudice. Il regime giuridico degli atti di autotutela era quello proprio di tutti i poteri amministrativi: segreto, assenza di garanzie procedurali, esclusione dell'obbligo di motivazione. Derivando dall'applicazione della legge, e non dall'esercizio della giurisdizione, l'autotutela amministrativa era coperta dall'autorità della legge e non era soggetta alle regole della giurisdizione, ispirate in linea di massima alla trasparenza e al contraddittorio.

3.2. Il principio di legalità limite all'autotutela

1. Ciò si traduceva evidentemente in un privilegio per l'amministrazione, e come tale fu ben presto percepito. Ecco l'altro volto dell'autotutela amministrativa: quella del potere e dell'interesse pubblico che si impone sugli interessi privati; quella contro la quale il principio di legalità si erge a tutela dei diritti individuali. Nella letteratura novecentesca, il concetto di autotutela è stato spesso utilizzato per sintetizzare la specialità amministrativa e i privilegi della pubblica amministrazione: quelli reali e anche qualcuno apparente.

Quelli reali, come quelli che Hauriou aveva chiamato *privilège d'action d'office* (che corrisponde all'autotutela esecutiva) e *privilège du*

³³ Art. 19, co. 3, e art. 20, co. 3, legge n. 241 del 1990.

préalable (che, invece, non corrisponde all'autotutela decisoria, ma indica semplicemente la titolarità di poteri amministrativi e la conseguente inversione dell'onere di agire).

Quelli apparenti, derivanti dalla costruzione di un concetto enfatico ed estensivo di autotutela, che riguardò sia quella decisoria, sia quella esecutiva.

Per l'autotutela decisoria, l'ampia estensione data al concetto è mostrata dall'inclusione della revoca, oltre che dell'annullamento d'ufficio. La revoca, come già osservato, prima degli sviluppi di cui si è dato conto nelle pagine precedenti, non poteva essere considerata uno strumento di tutela della legalità né un privilegio dell'amministrazione: l'inclusione nell'autotutela fu dovuta a un errore di prospettiva derivante dall'applicazione della dogmatica del diritto privato atti amministrativi, che si ebbe all'inizio del Novecento. La revocabilità avrebbe potuto essere facilmente spiegata utilizzando in modo selettivo il raffronto con gli atti di diritto privato, e in particolare facendo riferimento ad atti di svolgimento di funzioni private, come quelli del tutore o quelli dell'amministratore di una società: atti di diritto privato, per i quali la revocabilità è la regola. Ma termini di paragone furono, genericamente, l'atto unilaterale di diritto privato o il contratto: atti per i quali, ovviamente, la revocabilità non è la regola. Essa fu quindi intesa come un privilegio e inclusa nell'autotutela, anche se non corrispondente ad alcun potere proprio del giudice. Questo privilegio apparente, peraltro, produsse un privilegio reale, perché la revocabilità fu estesa ad atti amministrativi che, dietro l'apparenza unilaterale, nascondevano una sostanza contrattuale, come molte concessioni³⁴.

Anche per l'autotutela esecutiva l'ampiezza e la genericità della nozione dipesero dall'accostamento di fenomeni diversi. Mentre studiosi attenti come Borsi e Romano distinsero tra l'esecuzione e l'esecuzione forzata dell'atto amministrativo, altri studiosi furono meno precisi, e fusero insieme due caratteri diversi dell'atto amministrativo: da un lato, l'immediata produzione dei suoi effetti giuridici, senza bisogno di una previa verifica giudiziale della sua legittimità (il *privilège du préalable*); dall'altro, la possibilità della sua esecuzione forzata (il *privilège d'action d'office*). La confusione, in effetti, era in parte determinata dalle norme, soprattutto quelle in materia di controlli sugli atti, che avevano sempre utilizzato il termine "esecutorietà" nel senso di efficacia³⁵. Inoltre, anche

³⁴ Si spiega, così, come anche in scritti recenti l'ammissione generalizzata della revoca sia percepita come un privilegio e una deviazione dal principio di legalità, più ancora dell'annullamento d'ufficio: A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 117 ss.

³⁵ Per esempio: l'art. 337, l. 20 marzo 1865, n. 2248 sulle opere pubbliche (in materia di contratti); l'art. 52, l. 17 luglio 1890, n. 6972 (in materia di deliberazioni delle istituzioni pubbliche di assistenza e beneficenza); l'art. 13, l. 7 luglio 1907, n. 429 (in materia di atti del Consiglio di amministrazione dell'Amministrazione delle ferrovie dello Stato). Altre norme parlavano invece di "esecutività": per esempio, l'art. 97 del regio decreto 3

se i due fenomeni erano logicamente distinti, essi avevano la stessa estensione, essendo entrambi di portata generale: tutti gli atti amministrativi producevano effetti senza bisogno dell'intervento del giudice, e tutti gli atti amministrativi erano considerati esecutori³⁶. A ogni modo, la nozione di esecutorietà venne a esprimere due fenomeni distinti: da un lato, l'immediata efficacia dell'atto amministrativo, il suo essere espressione di un potere non bisognoso della previa verifica giudiziale per il suo esercizio; dall'altro, il suo poter essere portato a esecuzione coattivamente. Se il secondo fenomeno costituiva effettivamente un privilegio dell'amministrazione (dovendo i privati rivolgersi al giudice per ottenere l'esecuzione coattiva delle proprie pretese), il primo era comune a molti poteri privati (si pensi al potere di licenziare, o di recedere da un contratto).

2. Autotutela amministrativa, dunque, come sintesi dei privilegi della pubblica amministrazione³⁷: da questo punto di vista, la nozione di autotutela è stata una concorrente di quella di imperatività, che pure ha spesso indicato non solo fenomeni giuridici, ma anche concezioni generali del diritto amministrativo³⁸. L'una e l'altra hanno espresso l'idea della supremazia dell'amministrazione: così, per esempio, quando la giurisprudenza ha affermato la natura imperativa degli atti di autotutela decisoria, normalmente considerati espressione di un privilegio dell'amministrazione³⁹. O quando la scienza giuridica ha affermato che tutti gli enti pubblici hanno un "minimum di potestà pubblica", risultante da "poteri pubblici di autoorganizzazione", da una potestà di certificazione e dalla prerogativa dell'autotutela⁴⁰. In questo modo, tra l'altro, si può spiegare il rifiuto, da parte di Giannini, dell'ampia costruzione dell'autotutela, data da Benvenuti: il ruolo che in questa era svolto dalla nozione di autotutela, in effetti, nella costruzione di Giannini era svolto

marzo 1934 (legge comunale e provinciale), in materia di controlli sugli atti degli enti locali. In materia tributaria, le norme non hanno mai smesso di fare riferimento al "visto di esecutorietà" degli atti del procedimento di riscossione.

³⁶ Ciò spiega perché anche gli studiosi più attenti, pur tenendo distinti i due aspetti, li espongono insieme: Cammeo, per esempio, il quale invitava a non dare all'esecutorietà una "esagerata importanza", aveva scritto che gli atti amministrativi «sono di regola eseguibili direttamente dall'amministrazione senza che essa né sia costretta a far preventivamente dichiarare dinanzi ad organi giurisdizionali la fondatezza giuridica della sua pretesa, né sia costretta a ricorrere al concorso di organi giudiziari o dipendenti dai giudiziari per l'uso della coazione» (*Commentario*,, p. 97 s.). Similmente, A. De Valles, *Elementi*,, p. 190.

³⁷ E, quindi, bersaglio degli studiosi di ispirazione più liberale: come A. Klitsche de la Grange, che criticava il "dogma dell'autotutela amministrativa" (*La giurisdizione ordinaria nei confronti delle pubbliche amministrazioni*, Padova, Cedam, 1961, p. 55 ss.).

³⁸ Al riguardo, B.G. Mattarella, *L'imperatività del provvedimento amministrativo*, Padova, Cedam, 2000, p. 121 s. e p. 235.

³⁹ Cass., sez. un., 28 novembre 1981, n. 6328, in *Foro it.*, 1982, I, col. 3046; Tar Friuli-Venezia Giulia, 24 maggio 1985, n. 120, in *Foro amm.*, 1985, p. 1666; Cons. St., sez. IV, 22 settembre 1987, n. 539, in *Foro amm.*, 1987, p. 2171; Cons. St., sez. V, 19 marzo 1996, n. 277, in *Foro amm.*, 1996, p. 883; Cons. St., sez. V, 25 maggio 1998, n. 677, in *Cons. St.*, 1998, I, p. 891.

⁴⁰ A.M. Sandulli, *Manuale di diritto amministrativo*,, p. 196.

dall'imperatività⁴¹; è intorno a questa categoria che egli sintetizzava i privilegi dell'amministrazione, traducendoli in caratteri del provvedimento.

Il percorso della prima metà del Novecento, dunque, aveva condotto l'autotutela amministrativa a rappresentare la specialità e il privilegio della pubblica amministrazione. Il profilo del potere e dell'interesse pubblico specifico tendeva a prevalere su quello dell'interesse generico alla legalità e del dovere. Era un percorso coerente con un diritto amministrativo nel quale – per usare le espressioni dello stesso Giannini – il “momento dell'autorità” era decisamente prevalente sul “momento della libertà”.

3. Ma intorno alla metà del ventesimo secolo questa prevalenza venne meno e il recupero della dimensione garantistica del diritto amministrativo, a scapito di quella autoritativa, passò anche per la contrapposizione tra principio di legalità e autotutela amministrativa.

A ciò, naturalmente, non fu estranea l'entrata in vigore della Costituzione: essa impose una netta separazione tra amministrazione e giurisdizione, sospingendo l'autotutela verso la prima e allontanandola dalla seconda; garantì il diritto a ricorrere al giudice contro ogni decisione dell'amministrazione, comprese quelle adottate nell'esercizio di poteri di autotutela, allontanando ulteriormente questi poteri dalla dimensione della legalità; impose la riserva di legge sulle prestazioni imposte, richiedendo un fondamento legislativo per i poteri di autotutela che incidessero restrittivamente su situazioni giuridiche dei privati (come quelli di esecuzione forzata). La soggezione dell'amministrazione alla legge fu declinata in termini diversi che in precedenza: non nel senso di applicazione della legge da parte dell'amministrazione, ma come soggezione dell'amministrazione al controllo del giudice e come fondamento legislativo dei poteri restrittivi.

L'impatto negativo del principio di legalità sull'autotutela amministrativa fu diverso per l'autotutela esecutiva e per quella decisoria: maggiore per la prima, nella quale il profilo del perseguimento dell'interesse pubblico era forte e quello dell'affermazione della legalità era debole, e che si traduceva sempre nel sacrificio dell'interesse del privato; minore nella seconda, nella quale il profilo dell'affermazione della legalità era più evidente e il cui esercizio poteva andare a vantaggio del privato. La riserva costituzionale di legge separò i destini dei due tipi di autotutela: quella esecutiva ne fu investita e, quindi, venne limitata e sospinta nel campo amministrativo; quella decisoria ha continuato a

⁴¹ Nel *Discorso generale sulla giustizia amministrativa* (I,, p. 529) egli scriveva che il “centro dogmatico” del discorso sull'autotutela è la nozione di imperatività.

essere ammessa in termini ampi e a mantenere una più forte componente giustiziale.

L'esecuzione forzata, da regola, divenne eccezione. Come scrisse Benvenuti pochi anni dopo l'entrata in vigore della Costituzione, «una deviazione così importante dai principi dello Stato di diritto, in cui vige la divisione dei poteri» non poteva che avere natura eccezionale⁴². La potestà generale di coazione della pubblica amministrazione fu negata e, in omaggio al principio della riserva di legge, l'esecuzione forzata amministrativa fu ammessa solo nei casi previsti dalla legge. Il diniego fu suffragato dall'analisi della legislazione di settore⁴³. Mezzo secolo dopo, il legislatore avrebbe codificato questa tipicità dei casi di esecuzione forzata⁴⁴.

L'esecutorietà del provvedimento, dunque, non è più da tempo una regola generale dell'ordinamento. In singoli ma importanti settori, tuttavia, continua di fatto a esserlo, in forza di previsioni di portata molto ampia, delle quali occasionalmente la scienza giuridica mette in dubbio la legittimità costituzionale o l'applicazione concreta⁴⁵, ma che in effetti corrispondono a esigenze innegabili. È il caso di ricordare, per esempio, la previsione generale del testo unico delle leggi di pubblica sicurezza relativa all'esecuzione dei provvedimenti di sicurezza: «I provvedimenti della autorità di pubblica sicurezza sono eseguiti in via amministrativa indipendentemente dall'esercizio dell'azione penale. Qualora gli interessati non vi ottemperino sono adottati, previa diffida di tre giorni, salvi i casi di urgenza, i provvedimenti necessari per la esecuzione d'ufficio. È autorizzato l'impiego della forza pubblica». Certamente si tratta di una previsione di rango legislativo, che soddisfa la riserva costituzionale di legge. E altrettanto certamente è una previsione necessaria. Ma la sua genericità dimostra che il formale rispetto del principio di legalità è una garanzia insufficiente dei diritti individuali. E dimostra anche l'astrattezza e la sterilità del dibattito tra i diversi modi di intendere il principio di legalità, come necessario fondamento legislativo di ogni potere amministrativo o come sua mera soggezione alla legge: concezioni apparentemente distanti, che nella pratica possono risultare equivalenti.

Meno forte, come accennato, l'impatto del principio di legalità sull'autotutela decisoria. Anche qui, è il caso di distinguere tra

⁴² F. Benvenuti, *Autotutela (diritto amministrativo)*, , p. 554. Similmente, A.M. Sandulli, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, p. 317 ss.

⁴³ In particolare di quella in materia di beni pubblici: S. Cassese, *I beni pubblici*, cit., p. 392 ss. Si v. anche V. Cerulli Irelli, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, p. 410. Più in generale, G. Corso, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 437; S. Cassese, *L'esecuzione forzata*, in *Dir. proc. amm.*, 1991, p. 173.

⁴⁴ Nell'art. 21-ter della legge n. 241 del 1990, introdotto dalla legge n. 15 del 2005.

⁴⁵ Di recente, per es., in materia di beni pubblici, M. Renna,

annullamento d'ufficio e revoca: l'uno e l'altra sono stati sempre generosamente ammessi dalla giurisprudenza e, ora, dalla legge⁴⁶; l'uno e l'altra sono stati assoggettati dalla giurisprudenza e, ora, dalla legge a regole come la valutazione dell'interesse del destinatario o controinteressato e l'esercizio entro un termine ragionevole. Ma per l'uno e per l'altra queste regole vanno valutate diversamente.

L'annullamento d'ufficio è, come già rilevato, un vero privilegio della pubblica amministrazione. L'ampiezza con la quale esso era ammesso dalla giurisprudenza anteriore al 2005 e con la quale esso continua a essere ammesso dalla legge (che impone solo di considerare gli interessi dei destinatari o controinteressati e il fattore tempo), implica quindi, un ampio riconoscimento del privilegio. Vale la pena di rilevare che la scelta di altri ordinamenti è stata diversa: non solo di quello francese, al quale si è già accennato; ma anche di quello spagnolo e di quello tedesco, nel quale l'annullabilità d'ufficio (e la revocabilità) di un atto amministrativo che abbia prodotto effetti favorevoli al destinatario sono l'eccezione e non la regola⁴⁷. Da questo punto di vista, dunque, la giurisprudenza e la legge italiane sono molto timide e il principio di legalità ha un effetto molto limitato.

La revoca, invece, come pure si è osservato, non è – almeno in astratto, prescindendo dalla recente evoluzione normativa di cui si è riferito – un privilegio della pubblica amministrazione, ma un potere proprio di ogni soggetto che svolge una funzione, pubblica o privata. E a ben vedere, la differenza tra il potere amministrativo di revoca e il corrispondente potere privato è che il primo risulta più limitato del secondo, in virtù della giurisprudenza e delle norme che richiedono la ponderazione di interessi e, ora, anche l'indennizzo: regole alle quali non sono soggetti i titolari di funzioni private, che vogliono revocare i propri atti. Esse si traducono, quindi, in una maggiore protezione dei privati nei confronti delle amministrazioni.

Non è il caso di esaminare distintamente gli altri provvedimenti di secondo grado, che normalmente vengono inquadrati nell'autotutela amministrativa, ma l'esame della relativa giurisprudenza e delle relative previsioni legislative confermerebbe quanto appena osservato. La sospensione del provvedimento, per esempio, è ammessa in termini altrettanto ampi⁴⁸.

È il caso di menzionare, invece, altri istituti pure inquadrabili nell'autotutela, che dall'affermazione del principio di legalità sono stati notevolmente ridimensionati. Per esempio, il fermo amministrativo, in

⁴⁶ Art. 21-*quinquies* e art. 21-*nonies*, legge n. 241 del 1990, introdotti dalla legge n. 15 del 2005.

⁴⁷ Artt. 48 e 49, *Verwaltungsverfahrensgesetz*.

⁴⁸ Nonostante i temperamenti giurisprudenziali di cui dà conto A. Travi, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 118 s.

ordine al quale la differenza di toni e contenuti tra la giurisprudenza di qualche decennio fa e quella contemporanea è evidente: in una sentenza del 1972, la Corte costituzionale affermava che esso «non presenta natura eccezionale o di deroga ai principi fondamentali, ma ad essi si adegua, quale espressione di un potere di supremazia della pubblica Amministrazione»⁴⁹; in una sentenza del 2005, il Consiglio di Stato ha affermato che esso è un «un istituto di carattere eccezionale», che può «ammettersi solo in presenza di una espressa ed inequivoca disposizione normativa, non già in via di interpretazione estensiva od analogica»⁵⁰. Inoltre, la giurisprudenza ha progressivamente definito i limiti e le condizioni di utilizzo dell'istituto, assoggettando i relativi provvedimenti a uno scrutinio particolarmente attento. Come si mostrerà tra breve, peraltro, questo ridimensionamento dipende non solo dal principio di legalità ma anche dalle trasformazioni dell'organizzazione amministrativa.

4. Nel complesso, si può dire che – dopo mezzo secolo di applicazione della Costituzione e dopo la codificazione dei principi giurisprudenziali in materia – la riserva di legge ha avuto un impatto alquanto limitato sull'autotutela amministrativa: quella decisoria continua a essere ammessa in termini generali; per quella esecutiva è richiesto un fondamento legislativo che può ben essere ampio e indeterminato; singoli istituti di autotutela sono stati parzialmente ridimensionati.

Se, però, si considera non solo il fondamento normativo dei poteri di autotutela, ma anche le loro modalità di esercizio, si deve riconoscere che l'assoggettamento a regole procedurali (come quelle relative all'esecuzione forzata amministrativa) e sostanziali (come quelle che impongono di considerare l'interesse del destinatario del provvedimento e, ora, quella che impone un indennizzo per la revoca) costituiscono garanzie importanti per i cittadini.

Queste garanzie, però, non derivano dal principio di legalità in senso stretto, come fondamento legislativo dei poteri amministrativi: come appena osservato, questo principio, in materia di autotutela, ha un'incidenza molto limitata. Esse derivano, piuttosto, dal rispetto di regole di diritto che derivano in parte dalle leggi e da altri atti normativi, in parte dalla giurisprudenza.

La preminenza della regola di diritto in senso ampio, rispetto a una concezione restrittiva del principio di legalità, sarà confermata nel paragrafo che segue dall'analisi dell'autotutela nell'intersezione e nell'integrazione tra ordinamenti.

⁴⁹ C. cost., 19 aprile 1972, n. 67, in *Giur. cost.*, 1972, p. 330, con nota di S. Cassese, *Il fermo amministrativo: un privilegio della pubblica amministrazione*.

⁵⁰ Cons. St., sez. VI, 9 marzo 2005, n. 967, in *Giorn. dir. amm.*, 2005, p. 1059, con nota di B.G. Mattarella, *Il fermo amministrativo: erosione di un privilegio*.

4. Regola di diritto e autotutela nel crocevia degli ordinamenti

4.1. La regola di diritto fondamento dell'autotutela

1. Come osservato in precedenza, il principio di legalità e l'autotutela amministrativa hanno radici comuni, radici che si affondano nella costruzione dello stato ottocentesco. Il principio di legalità, inteso come soggezione dell'amministrazione alla legge, implicava il primato della legge sulle altre fonti (esclusa ovviamente la Costituzione), l'unicità della giurisdizione, il radicamento dell'amministrazione nello stato e la sua piena soggezione al diritto statale: a queste condizioni, esso poteva spiegare la propria efficacia sull'autotutela amministrativa.

È noto che queste condizioni vengono progressivamente meno: la legge dello stato è vincolata al rispetto del diritto sovranazionale ed è soggetta a un giudizio di compatibilità con esso, che deve essere svolto dalle stesse amministrazioni, che possono disapplicarla; al di sopra di essa si pongono non solo i principi costituzionali, ma anche principi di diritto sovranazionale, come quelli applicati dalla Corte europea dei diritti dell'uomo; l'amministrazione ha perso i suoi caratteri di unità e compattezza ed è soggetta non solo a diversi statuti giuridici, ma anche a diversi e potenzialmente contrastanti indirizzi politici; le autorità amministrative degli Stati membri dell'Unione europea non applicano solo il diritto statale e non sono governate solo da esso, ma sono soggette anche al diritto sovranazionale; le amministrazioni pubbliche sono soggette non solo alla giurisdizione nazionale, ma anche a quella delle corti europee e globali.

Come incidono questi sviluppi sul rapporto tra legalità e autotutela? A questa domanda si può rispondere che l'autotutela amministrativa conserva il suo duplice volto, di garante della legalità e di privilegio da limitare. Il principio di legalità, inteso in senso stretto, perde la capacità di indirizzare e di limitare l'esercizio dei poteri di autotutela, a favore di un più ampio principio della regola di diritto.

Anche la dimostrazione di questo assunto richiede un'analisi distinta dell'autotutela come strumento di affermazione della legalità e della legalità come limite all'autotutela. Per quanto riguarda il primo punto, vanno considerati l'evoluzione del diritto nazionale, sia il suo rapporto con quello sovranazionale.

2. Nel diritto nazionale, l'autotutela amministrativa può costituire un fattore di uniformità del diritto in ambito nazionale e un presidio della legalità nei confronti dell'autonomia degli enti e uffici pubblici. Ciò è vero

in un duplice senso: sia nel senso che la materia dell'autotutela rientra abbastanza naturalmente nell'ambito della potestà legislativa statale; sia nel senso che l'esercizio di alcuni poteri di autotutela può costituire strumento di garanzia del rispetto del diritto statale da parte degli enti autonomi.

Dal primo punto di vista, le norme della legge sul procedimento relative ai provvedimenti di secondo grado appaiono talmente intrecciate con quelle relative all'invalidità e, quindi, al sistema di giustizia amministrativa, da rendere problematica una diversa disciplina da parte del legislatore regionale o, a maggior ragione, dei regolamenti locali. Inoltre, alcune delle relative previsioni (come quelle relative alla necessaria ponderazione degli interessi dei destinatari e controinteressati e all'indenizzo per la revoca) sembrano fondate sulla potestà legislativa esclusiva in materia di «livelli essenziali delle prestazioni concernenti i diritti civili e sociali che devono essere garantiti su tutto il territorio nazionale»⁵¹. E si può aggiungere che esse corrispondono in buona parte a principi comuni del diritto amministrativo europeo⁵², ai quali l'intera disciplina dell'attività amministrativa è ispirata.

Dal secondo punto di vista, assumono rilievo gli istituti di autotutela con i quali l'ordinamento reagisce alla frammentazione amministrativa e alla moltiplicazione dei centri decisionali come l'annullamento straordinario governativo «a tutela dell'unità dell'ordinamento»⁵³ e l'annullamento ministeriale di atti dirigenziali per ragioni di legittimità⁵⁴. Questi istituti sopravvivono alla compattezza dell'amministrazione e al principio gerarchico, sui quali erano fondati, e assumono un ruolo di coordinamento tra pubblici poteri, piuttosto che di momenti del rapporto tra autorità e libertà. Ma rimangono spiccatamente volti all'affermazione della legalità.

3. L'autotutela serve a garantire l'uniforme applicazione del diritto non solo nell'ordinamento statale, ma anche in quello europeo. E come, nell'ordinamento nazionale, lo Stato pone le regole per l'esercizio dei poteri di autotutela e le fa rispettare anche alle amministrazioni non statali, servendosi dell'autotutela come presidio della legalità nazionale; così, nell'ordinamento comunitario, l'Unione pone le regole e le fa rispettare anche alle amministrazioni nazionali, servendosi dell'autotutela come presidio della legalità europea. Europea nel senso più pieno, perché si tratta di regole che non derivano solo dal diritto positivo comunitario,

⁵¹ Art. 117, c. 2, lett. m, cost.

⁵² Codificati a cura del Consiglio d'Europa nel volume *The administration and you. A handbook*, Strasburgo, Council of Europe Publishing, 1996, che enuncia alcuni principi in materia di ritiro di atti amministrativi (p. 31 s.).

⁵³ Art. 138, decreto legislativo 18 agosto 2000, n. 267.

⁵⁴ Art. 14, co. 3, decreto legislativo 30 marzo 2001, n. 165.

ma in buona parte dal diritto nazionale: la giurisprudenza comunitaria, adottando un suo metodo consueto, induce – o dichiara di indurre – i principi dai diritti nazionali⁵⁵, li rielabora e li restituisce filtrati agli ordinamenti degli stati membri, producendo una omogeneizzazione dei loro diritti.

Ciò vale, in primo luogo, per l'autotutela decisoria, dato che una giurisprudenza comunitaria ormai chiaramente intelligibile provvede a conformare il potere di riforma dei propri atti non solo delle amministrazioni comunitarie, ma anche delle amministrazioni nazionali di fronte a provvedimenti che violino il diritto comunitario. Questa giurisprudenza conferma il duplice volto dell'autotutela amministrativa e il conseguente duplice rapporto tra autotutela e legalità.

Il primo volto è quello dell'affermazione o del ripristino della legalità e il primo tipo di rapporto è, quindi, di convergenza. Nel diritto comunitario, questo aspetto appare più forte che nel diritto italiano, perché l'autotutela decisoria di cui si occupa questa giurisprudenza ha un perimetro più limitato di quello conosciuto nell'ordinamento nazionale: coincide essenzialmente con quello che nel diritto italiano viene chiamato l'annullamento d'ufficio, mentre ne è esclusa quella che nel diritto italiano viene chiamata revoca. Nonostante le sentenze dei giudici comunitari usino il termine "revoca", infatti, esso è inteso genericamente nel senso di ritiro dell'atto: e il principio che la Corte di giustizia desume dai diritti degli Stati membri, per poi imporlo loro, è quello per cui l'atto amministrativo illegittimo è di regola "revocabile", mentre quello legittimo è di regola "irrevocabile". È vero, peraltro, che nel diritto comunitario – come, peraltro, si è visto, in quello nazionale – la differenza tra le due ipotesi tende a volte a sfumare, soprattutto per quanto riguarda il problema dell'efficacia *ex tunc* o *ex nunc*, che tende a essere modulata in modo meno rigido di quanto la tradizionale distinzione tra annullamento e revoca induca a fare⁵⁶.

Dunque, in materia di autotutela il diritto europeo è più restrittivo di quello italiano: ammette il ritiro per ragioni di illegittimità, ma non – di regola – ragioni di opportunità. In ciò, il diritto europeo è coerente, piuttosto, con altri ordinamenti europei. Si può dire che la tendenziale revocabilità (noi diremmo annullabilità) dei provvedimenti illegittimi e la tendenziale irrevocabilità di quelli legittimi sono principi del diritto amministrativo europeo⁵⁷. Queste regole valgono in primo luogo per i casi di amministrazione diretta, quando è in discussione la revocabilità degli

⁵⁵ Come espressamente enunciato, in materia di ritiro del provvedimento, già da C. giust. Ce, 12 luglio 1957, cause riunite 7/56, 3/57 a 7/57, *Algera*.

⁵⁶ Al riguardo, D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Il diritto amministrativo dei paesi europei. Tra omogeneizzazione e diversità culturali*, a cura di G. Falcon, Padova, Cedam, 2005, p. 58 s.

⁵⁷ Codificati nel già menzionato volume *The administration and you*.

atti delle istituzioni comunitarie⁵⁸; e anche per i casi di amministrazione indiretta, quando è in discussione il regime dell'atto amministrativo nazionale contrastante con il diritto europeo.

L'elemento del ripristino della legalità è evidentemente rafforzato rispetto a quello del perseguimento di un interesse pubblico specifico. A volte, si ha l'impressione che quest'ultimo ne sia del tutto travolto. Come quando la Corte di giustizia afferma che «l'autorità nazionale competente è tenuta, in forza del diritto comunitario, a revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva con cui la Commissione dichiara l'incompatibilità dell'aiuto e ne ordina il recupero»⁵⁹: sembra che la revoca serva solo al rispetto del diritto comunitario, con esclusione di ogni valutazione inerente l'apprezzamento di interessi. Ma è un'impressione sbagliata: al di là dei casi – come quello del recupero di aiuti di stato – in cui l'amministrazione nazionale non deve far altro che eseguire la decisione di quella europea, l'incidenza di questa giurisprudenza sui poteri di autotutela dell'autorità nazionale è molto più limitato.

Quando deve indicare alle amministrazioni nazionali come comportarsi a fronte di atti “comunitariamente illegittimi”, la Corte di giustizia si mostra molto prudente⁶⁰. Il diritto comunitario non vuole travolgere principi che i diritti nazionali si sono sempre preoccupati di tutelare, come la certezza del diritto e la tutela del legittimo affidamento, che verrebbero compromessi se le autorità nazionali fossero sempre obbligate a ritirare gli atti adottati in violazione del diritto comunitario. Così, la Corte limita l'emersione della dimensione obbligatoria dell'autotutela in modo quasi chirurgico: le autorità nazionali hanno l'obbligo di adottare «tutti i provvedimenti, generali o particolari, atti a rimediare alla mancata valutazione dell'impatto ambientale», prevista dal diritto comunitario, ma «nell'ambito delle loro attribuzioni» e ferme restando le modalità processuali proprie del diritto statale⁶¹; le autorità nazionali, investite di una richiesta in tal senso, devono «riesaminare una decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte», ma solo a condizioni molto particolari⁶²; le autorità nazionali, infine, sono tenute a

⁵⁸ Come nella già citata sentenza *Algera*, , ove si afferma che «Da un esame di diritto comparato risulta che nei sei stati membri un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo». Similmente, C. giust. Ce, 22 marzo 1961, cause riunite 42 e 49/59, *Snupat*.

⁵⁹ C. giust. Ce, 20 marzo 1997, causa C-24/95, *Alcan*.

⁶⁰ Prudenza che appare ragionevole e coerente con il consueto rispetto dei sistemi e delle tradizioni giuridiche nazionali, da parte della Corte: in questo senso, anche D. De Pretis, «*Illegittimità comunitaria dell'atto amministrativo, certezza del diritto e potere di riesame*», in *Giorn. dir. amm.*, 2004, p. 723, le cui considerazioni appaiono più convincenti di quelle critiche di G. Grüner, *L'annullamento di ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell'autonomia procedurale degli Stati membri, dall'altro*, in *Dir. proc. amm.*, 2007, p. 240.

⁶¹ C. giust. Ce, 7 gennaio 2004, causa C-201/02, *Delena Wells*.

⁶² C. giust. Ce, 13 gennaio 2004, causa C-453/00, *Kühne & Heitz*.

ritirare le proprie decisioni manifestamente incompatibili con il diritto comunitario, ma solo se questo obbligo esista in ordine alle decisioni manifestamente incompatibili con il diritto interno⁶³.

Dunque, il diritto europeo non impone, se non in casi eccezionali, il ritiro degli atti a esso contrari. E non impone neanche, se non in casi altrettanto eccezionali, il riesame di essi. Tuttavia, questi casi eccezionali sono comunque significativi, perché conformano l'esercizio dei poteri di autotutela in modo diverso da come essi vivono nell'ordinamento interno e danno loro una più forte connotazione nel senso della tutela della legalità.

E, soprattutto, il diritto europeo impone che l'autotutela decisoria sia utilizzata non solo a tutela della legalità nazionale, ma anche di quella europea. Lo strumento non ne risulta snaturato, ma il fine sì. Lo strumento continua a risultare da una ponderazione di interessi, che la Corte di giustizia lascia alle amministrazioni nazionali. Il fine risulta da una ponderazione di principi, nella quale ai principi di certezza del diritto e tutela dell'affidamento si contrappongono quelli dell'effetto utile, di equivalenza, di effettività e di leale cooperazione, nonché il principio di legalità e quello del primato del diritto comunitario⁶⁴.

Il diritto europeo, dunque, rivitalizza la funzione di affermazione e ripristino della legalità, che l'autotutela amministrativa ha sempre avuto. Ma la legalità non è più soltanto quella nazionale, ma anche quella sovranazionale. La quale, in base al principio di equivalenza⁶⁵, non può essere meno forte di quella nazionale. E, in base al principio di effettività⁶⁶, può essere più forte di essa. Se legalità nazionale e legalità europea sono in contrasto, la prima deve soccombere e i poteri di autotutela devono essere utilizzati dall'amministrazione nazionale a tutela della seconda⁶⁷.

Ma la legalità nazionale non è, di regola, in contrasto con quella europea. Al contrario, si preoccupa in vari modi di non esserlo. E l'ordinamento nazionale si preoccupa esso stesso di utilizzare i poteri di

⁶³ C. giust. Ce, 19 settembre 2006, cause riunite C-392/04 e C-422/04, *i-21 Germany*.

⁶⁴ Così D.U. Galetta, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, cit., p. 54.

⁶⁵ Invocato, per es., dalla sentenza *i-21 Germany*: «esso richiede che la complessiva disciplina dei ricorsi, termini compresi, si applichi indistintamente ai ricorsi fondati sulla violazione del diritto comunitario e a quelli per infrazione del diritto interno».

⁶⁶ Invocato, insieme al precedente, dalla sentenza *Delena Wells*: le modalità di esercizio dei poteri di autotutela rimangono definite dalle norme nazionali, «purché, tuttavia, esse non siano meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza) e non rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)».

⁶⁷ «uno Stato membro non può eccepire norme, prassi o situazioni del proprio ordinamento giuridico interno per sottrarsi all'esecuzione degli obblighi ad esso incombenti in base al diritto comunitario. In particolare, una disposizione che preveda un termine per la revoca di un atto amministrativo che sia fonte di diritti deve essere applicata, al pari di tutte le altre disposizioni pertinenti del diritto nazionale, in modo tale da non rendere praticamente impossibile la ripetizione in forza del diritto comunitario e da tener pienamente conto dell'interesse comunitario»: C. giust. Ce, 20 settembre 1990, causa C-5/89, *Commissione c. Germania*.

autotutela per evitare il contrasto. Di questa preoccupazione, a partire dal 2001, si fa carico anche la Costituzione, attribuendo al Governo un potere sostitutivo nei confronti degli enti territoriali per il caso, tra l'altro, «di mancato rispetto di norme e trattati internazionali o della normativa comunitaria»⁶⁸. Questa previsione implica anche un potere di annullamento di atti amministrativi e, quindi, colma il vuoto lasciato dalla sentenza della Corte costituzionale⁶⁹ che aveva dichiarato l'illegittimità della norma attributiva del potere governativo di annullamento straordinario, già menzionato, nella parte in cui prevedeva l'annullamento anche degli atti delle regioni e delle province autonome⁷⁰. La lacuna esponeva l'ordinamento nazionale alle conseguenze delle violazioni del diritto comunitario commesse dalle regioni. Contro questo rischio, e a tutela della legalità comunitaria, l'ordinamento nazionale stesso decide di giocare la carta dell'autotutela decisoria.

Come si vede, l'autotutela continua a operare a favore della legalità. Ma il principio di legalità, come strumento di centralità della legge e corollario del principio democratico, è accantonato. La democrazia c'entra poco e la legge dello Stato ancora meno. Il principio di legalità che viene in rilievo è quello di cui parla la giurisprudenza comunitaria menzionata, che lo intende come soggezione dell'amministrazione alla regola di diritto (europeo).

4. Questa legalità europea è custodita non solo dall'autotutela decisoria, ma anche da quella esecutiva: anche essa viene indirizzata verso un nuovo oggetto di protezione. E, soprattutto, il potere di decidere l'esecuzione forzata amministrativa spetta a volte alle amministrazioni sovranazionali: il monopolio statale dell'uso legittimo della forza, di cui parlava Max Weber, è messo in discussione. E le affermazioni relative all'indisponibilità di strumenti coercitivi da parte delle istituzioni comunitarie⁷¹, giustificate nei primi anni dopo la costituzione della Comunità, meritano oggi di essere riviste.

Ciò avviene in vecchi e nuovi settori di intervento dell'Unione europea: per mostrarlo, si possono considerare due distinte politiche comunitarie, una vecchia e una nuova: quella della concorrenza, che costituisce il classico esempio di amministrazione diretta; e quella della sicurezza, nella quale le modalità di esecuzione del diritto europeo vanno ben oltre la distinzione tra amministrazione diretta e indiretta.

⁶⁸ Art. 120 cost.

⁶⁹ C. cost., 21 aprile 1989, n. 229, in *Giur. cost.*, 1989, p. 977.

⁷⁰ Così G. Greco, *L'incidenza del diritto comunitario sugli atti amministrativi nazionali*, in *Trattato di diritto amministrativo europeo*, diretto da M.P. Chiti e G. Greco, pt. gen., t. II, II ed., Milano, Giuffrè, 2007, p. 983 s.

⁷¹ Si v. soprattutto G. Sacchi Morsiani, *Il potere amministrativo delle comunità europee e le posizioni giuridiche dei privati*, I, Milano, Giuffrè, 1965, p. 70 ss.

In materia di concorrenza, vengono in rilievo i poteri ispettivi della Commissione europea⁷². Essa ha sempre avuto il potere di disporre ispezioni nei confronti delle imprese e delle associazioni di imprese. Ma i regolamenti emanati negli ultimi anni⁷³ hanno reso questi poteri ben più incisivi e hanno anche spostato l'equilibrio tra autorità nazionali e autorità comunitarie, in ordine alla decisione sull'uso della forza. In primo luogo, la Commissione ha ora non solo il potere di accedere ai locali dell'impresa e chiedere spiegazioni orali, ma anche quello di apporre sigilli, verbalizzare le dichiarazioni raccolte e, soprattutto, ispezionare il domicilio privato dei funzionari e dipendenti dell'impresa. In secondo luogo, sulle amministrazioni nazionali non grava più un generico obbligo di prestare assistenza ai funzionari della Commissione, ma un preciso obbligo di ricorrere alla forza pubblica per superare le resistenze di chi si opponga all'ispezione: il braccio armato è nazionale, ma la mente che decide sul suo utilizzo è sovranazionale. Infine, lo stesso controllo giurisdizionale sulla legittimità della decisione di ricorrere all'ispezione è in parte sottratto al giudice nazionale, che deve soltanto «controlla[re] l'autenticità della decisione della Commissione e verifica[re] che le misure coercitive previste non siano né arbitrarie né sproporzionate rispetto all'oggetto degli accertamenti», ma «non può né mettere in discussione la necessità degli accertamenti né chiedere che siano fornite informazioni contenute nel fascicolo della Commissione. Il controllo della legittimità della decisione della Commissione è riservato alla Corte di giustizia»⁷⁴.

Dunque, è europeo il diritto in base al quale viene esercitata la forza; è europea l'amministrazione che decide sull'uso della forza; è europeo il giudice che controlla la corretta applicazione del primo da parte della seconda. Certo, la disponibilità materiale della forza rimane in capo alle amministrazioni nazionali. Ma, da un lato, negli ordinamenti in cui l'uso della forza è assoggettato al diritto, il potere più importante è quello giuridico di decidere, non quello materiale di eseguire. Dall'altro, anche all'interno degli ordinamenti nazionali, la disponibilità materiale della forza spetta non a tutte le amministrazioni pubbliche, ma ad alcune di

⁷² Che dispone di simili poteri anche in altre materie: al riguardo, J.-B. Auby, *I poteri ispettivi dell'Unione europea*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2006, p. 357 ss.

⁷³ Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio, del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del trattato (si v., in particolare, gli artt. 20 e 21); Regolamento (CE) n. 139/2004 del Consiglio, del 20 gennaio 2004, relativo al controllo delle concentrazioni tra imprese ("Regolamento comunitario sulle concentrazioni") (si v., in particolare, l'art. 13). Sulle innovazioni da esse apportati, A. Tonetti, *La dimensione autoritativa del diritto amministrativo europeo. I poteri ispettivi in materia di tutela della concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, p. 83; M. Macchia, *L'attività ispettiva dell'amministrazione europea in materia di concorrenza*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2007, p. 173.

⁷⁴ Art. 20, regolamento n. 1/2003. Il ruolo limitato del giudice nazionale e quello preminente del giudice comunitario sono dimostrati da Trib. Ce, 11 dicembre 2003, causa T-66/99, *Minoan*. Per una discussione dei poteri ispettivi della Commissione in materia di concorrenza e di questa sentenza, S. Cassese e M. Savino, *I caratteri del diritto amministrativo europeo*, in *Diritto amministrativo europeo. Principi e istituti*, a cura di G. della Cananea, Milano, Giuffrè, 2006, p. 210 ss.

esse, alle quali le altre devono rivolgersi quando devono ricorrere all'esecuzione forzata: da questo punto di vista, la posizione delle amministrazioni comunitarie non è diversa da quella della maggior parte delle amministrazioni nazionali.

Un ruolo ancora più forte è giocato dal diritto e dalle istituzioni europee in materia di sicurezza. L'Unione europea non è più soltanto una "Comunità di diritto", ma anche uno "Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia", nel quale il rispetto del diritto è un fine a sé stante, non strumentale ad altri, ed è assicurato con varie forme di cooperazione, che investono anche la giustizia penale e le forze di polizia. Le norme, rientranti nel primo e nel terzo pilastro, che danno corpo alla politica di sicurezza, fanno frequente riferimento alle "autorità incaricate dell'applicazione della legge" (dove, ovviamente, "legge" significa "diritto"). La stretta cooperazione, anche nell'ambito delle stesse amministrazioni (come l'Ufficio europeo di polizia – Europol), di magistrati e funzionari di polizia dei diversi Stati membri mostra che l'oggetto di questa politica è proprio l'affermazione della legalità.

In questa materia, il diritto europeo disciplina ampiamente l'uso della forza da parte delle autorità di pubblica sicurezza. È vero che, nella maggior parte dei casi, si tratta di autorità nazionali, che rimangono soggette alle discipline nazionali (comprese le riserve di legge e di giurisdizione) e al controllo dei giudici nazionali. Tuttavia, in primo luogo, si ha anche in questo caso una dissociazione tra l'uso della forza, che continua a spettare alle autorità nazionali, e il diritto che lo disciplina, che è europeo: le norme europee disciplinano anche in dettaglio l'esecuzione di atti e lo svolgimento di attività materiali che richiedono spesso l'uso della coazione fisica, come la sorveglianza dei confini, i controlli alle frontiere, l'espulsione di cittadini di stati terzi, il divieto di accesso agli stadi per tifosi violenti. In secondo luogo, vi sono eccezioni, perché alle operazioni di polizia condotte sul territorio di uno stato membro possono partecipare agenti comunitari (di Europol) e di altri stati membri, quando le operazioni sono condotte da squadre investigative comuni o squadre di intervento rapido alle frontiere⁷⁵. E, soprattutto, il Trattato sull'Unione europea contempla l'ipotesi in cui le autorità di polizia di uno stato membro operino sul territorio di un altro stato membro d'intesa con le autorità di quest'ultimo⁷⁶.

⁷⁵ Per i riferimenti normativi, si rinvia a E. Chiti e B.G. Mattarella, *The Resources of European Security*, Report for the Conference 2007 of the European Group of Public Law on "The European Security" - Legrain, 14-16.9.2007, in corso di pubblicazione negli atti della Conferenza e, nella versione italiana, in *Riv. trim. dir. pubbl.*

⁷⁶ Art. 32 TUE.

Ancora più in là, nella stessa direzione, si spinge la Convenzione di Prüm⁷⁷, convenzione internazionale tra Stati membri dell'Unione europea, alla quale l'Italia ha recentemente aderito e che il Consiglio europeo ha deciso di integrare nel quadro giuridico dell'Unione: essa prevede, tra l'altro, che funzionari di uno Stato possano portare armi e munizioni nel territorio di altri Stati, che essi possano oltrepassare il confine e adottare misure urgenti anche senza il preventivo consenso delle autorità dell'altro Stato, che i funzionari impegnati in operazioni congiunte sul territorio di un altro Stato possano indossare la propria uniforme. In pratica, un cittadino italiano può essere arrestato, sul territorio italiano, da un agente di polizia di un altro stato membro, che risponde a un governo diverso da quello italiano e applica il diritto prodotto da un parlamento diverso da quello italiano, senza il previo assenso delle autorità italiane.

Anche sul versante dell'autotutela esecutiva, dunque, è evidente che la legalità, protetta dai poteri di autotutela, ha sempre meno a che fare con il principio di legalità come principio nazionale di distribuzione del potere e con il processo democratico nazionale. Essa diventa funzionale anche all'attuazione del diritto sovranazionale, che protegge i cittadini in modi diversi da come quel principio li protegge nell'ordinamento statale.

5. Va infine osservato che, sia pure in modo ancora meno evidente, i poteri di autotutela si sviluppano anche al livello globale, e ciò vale sia per l'autotutela decisoria sia per quella esecutiva. Per entrambe, si assiste allo sviluppo di regole e principi propri del diritto amministrativo, che vengono applicati a poteri prima soggetti al regime proprio del diritto internazionale.

Per quanto riguarda l'autotutela decisoria, si possono menzionare gli accordi conclusi nell'ambito dell'Organizzazione mondiale del commercio, in cui si sviluppa una sorta di autotutela assistita o controllata: per esempio, per reagire alle pratiche di *dumping*, una parte contraente può essere autorizzata a percepire dazi sui prodotti esportati da un'altra parte contraente⁷⁸. L'adozione di simili misure, volte ad assicurare il rispetto del diritto ma anche a tutelare l'interesse di chi le adotta, è soggetta a regole sostanziali (come il principio di proporzionalità) e procedurali (come il contraddittorio). L'autotutela internazionale tende ad assomigliare a quella amministrativa.

Per quanto riguarda l'autotutela esecutiva, anche a livello globale l'uso della forza tende sempre più spesso a essere regolato dal diritto amministrativo piuttosto – o oltre – che dal diritto internazionale, dato

⁷⁷ Convenzione sul rafforzamento della cooperazione transfrontaliera di polizia, particolarmente in materia di lotta al terrorismo, alla criminalità transfrontaliera e all'immigrazione clandestina, conclusa nel 2005 a Prüm, artt. 18 ss.

⁷⁸ Si v., in particolare, l'art. VI dell'Accordo generale sulle tariffe doganali e sul commercio del 1994.

che esso serve sempre più per mantenere la pace piuttosto che per combattere le guerre. Per quanto riguarda l'Italia, il fatto che a essere utilizzato nelle missioni all'estero sia spesso il Corpo dei Carabinieri è di per sé significativo. Per quanto riguarda l'Europa, la costituzione della Gendarmeria europea, composta dai corpi di polizia militarizzati di alcuni stati membri proprio per il controllo delle aree oggetto di missioni di pace, è altrettanto significativo. Anche in questo caso, vi sono amministrazioni – nazionali ed europee – che usano la forza per imporre il rispetto di un diritto che non è né nazionale né europeo, ma globale.

4.2. La regola di diritto limite all'autotutela

1. Gli sviluppi del diritto amministrativo interno e di quello sovranazionale incidono anche sull'altro volto dell'autotutela amministrativa, quello del potere e del perseguimento dell'interesse pubblico da parte dell'amministrazione, e sul secondo tipo di rapporto tra autotutela e legalità, quello di contrapposizione. Anche questi sviluppi conducono al superamento del principio di legalità, come fondamento legislativo del potere amministrativo, e all'approdo alla regola di diritto, sia nazionale sia sovranazionale, sia sostanziale sia procedurale.

Anche sotto questo profilo, la dimostrazione richiede di esaminare distintamente gli sviluppi del diritto nazionale e di quello sovranazionale.

[2. Nel diritto nazionale, la frammentazione amministrativa limita la portata di alcuni istituti di autotutela. L'autotutela decisoria risente del venir meno del principio gerarchico. Il fermo amministrativo risente della fuga di molte amministrazioni dallo Stato]

[3. Il diritto europeo, come già osservato, ammette l'autotutela decisoria in termini più ristretti di quanto faccia il diritto italiano. Ciò è vero sia se si considera la giurisprudenza comunitaria, sia se si considera quella della Cedu.

La giurisprudenza comunitaria, coerentemente con i diritti della maggior parte degli stati membri, non ammette, in linea di principio, la revoca di provvedimenti legittimi. Inoltre, essa attribuisce una particolare tutela alla certezza del diritto e del legittimo affidamento, che devono essere adeguatamente valutati. Questa giurisprudenza si applica ovviamente all'attività amministrativa con cui le amministrazioni nazionali eseguono il diritto europeo, ma ai suoi principi si deve ispirare, in generale, l'attività amministrativa: ciò pone il problema della compatibilità delle previsioni della legge 241, che ammettono ampiamente la revoca.

La Cedu insiste in modo particolare sulla tutela del legittimo affidamento e, a tutela di esso, ha spesso dichiarato l'illegittimità di atti di ritiro di provvedimenti favorevoli.

L'una e l'altra hanno anche elaborato principi procedurali, che richiedono soprattutto il rispetto del contraddittorio.

Dunque, la tutela contro l'amministrazione che esercita i suoi poteri di l'autotutela è affidata a norme giuridiche che, in buona parte, derivano dal diritto sovranazionale e che agiscono non sul versante del fondamento del potere, ma su quello del suo esercizio. Ovviamente, queste regole hanno poco a che fare con la legge statale e con il principio democratico].

[4. Per quanto riguarda l'autotutela esecutiva, come già rilevato, le norme europee spesso disciplinano poteri di esecuzione forzata delle amministrazioni nazionali, per esempio in materia di sicurezza. La relativa disciplina recepisce diversi principi di garanzia: procedurali (contraddittorio, motivazione, trasparenza), sostanziali di carattere generale (proporzionalità), sostanziali di carattere speciale (rispetto della dignità umana). In questo modo, i cittadini sono garantiti dal diritto europeo non solo nei confronti delle amministrazioni europee, ma anche nei confronti di quelle nazionali.

L'attribuzione dei poteri amministrativi, da parte delle norme europee, rispetta rigorosamente il principio della regola di diritto, ma non a tutela dei diritti individuali, bensì come strumento di distribuzione del potere tra amministrazioni nazionali ed europee.]

[5. Gli stessi principi si diffondono anche a livello globale: sia quelli procedurali, sia quelli sostanziali. Quelli procedurali danno corpo a un diritto amministrativo comune di dimensione non più continentale, ma globale (global due process of law), relativi per esempio alle misure di autotutela contemplate dagli accordi dell'Organizzazione mondiale del commercio e sviluppati dai relativi organi di risoluzione delle controversie. Quelli sostanziali, come i diritti umani, rilevanti in occasione delle missioni di pace. La protezione dei diritti individuali, peraltro, risente fortemente della frequente assenza di giudici e di rimedi.

Anche al livello globale, comunque, si registra un fenomeno di protezione dei diritti individuali è assicurata dal diritto sovranazionale, agendo sulle modalità di esercizio dei poteri di autotutela oltre che sulla titolarità di essi.]