

# L'autotutela amministrativa

**Autore:** Sgueo Gianluca

**In:** Schede di Diritto

1. Nozione e definizione - 2.1.1 Le tipologie di autotutela: l'autotutela decisoria di tipo diretto - 2.1.2 Atti di ritiro, atti di convalida ed atti di conservazione - 2.1.3 L'autotutela decisoria di tipo indiretto o contenzioso - 2.2 L'autotutela decisoria sui rapporti giuridici di tipo amministrativo - 3. Autotutela esecutiva - 4.1 Forme particolari di autotutela. L'autotutela nel diritto comunitario - 4.2 L'autotutela nei beni pubblici - 4.3 L'autotutela nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione

## 1. Nozione e definizione

L'autotutela amministrativa può essere definita come quel complesso di attività con cui ogni pubblica amministrazione risolve i conflitti potenziali ed attuali, relativi ai suoi provvedimenti o alle sue pretese. In questi casi la pubblica amministrazione interviene unilateralmente con i mezzi amministrativi a sua disposizione (salvo ovviamente ogni sindacato giurisdizionale), tutelando autonomamente la propria sfera d'azione.

Il suo fondamento si rinviene pertanto nella potestà generale che l'ordinamento riconosce ad ogni pubblica amministrazione di intervenire unilateralmente su ogni questione di propria competenza (ed è per questo che la si considera espressione del più generale concetto di autarchia).

### 2.1.1 Le tipologie di autotutela. L'autotutela decisoria di tipo diretto

Possono distinguersi due tipologie di autotutela. La prima prende il nome di autotutela decisoria. Essa si attua attraverso l'emanazione di una decisione amministrativa e può riguardare anzitutto gli atti amministrativi precedentemente posti in essere dalla pubblica amministrazione.

In tal caso bisogna operare un'ulteriore distinzione. Si parla infatti di autotutela decisoria di tipo diretto, o non contenzioso quando la pubblica amministrazione esercita i suoi poteri spontaneamente o nell'adempimento di un preciso dovere. In questa categoria rientrano gli atti di ritiro e di controllo[1].

In particolare gli atti di ritiro fondano la potestà della pubblica amministrazione di impugnare autonomamente i propri provvedimenti qualora questi siano illegittimi o inopportuni ab origine, oppure lo

siano divenuti in itinere. Si definiscono dunque come provvedimenti amministrativi a contenuto negativo che sono emanati in base ad un riesame dell'atto, compiuto nell'esercizio del medesimo potere amministrativo esercitato con l'emanazione dell'atto stesso, al fine di eliminare il vizio che lo affligge.

Il Consiglio di Stato afferma che il potere di autotutela di ritiro è peraltro pienamente esercitabile anche qualora gli atti cui si indirizza siano sub iudice, ossia ritualmente impugnati di fronte al GA. Sicchè, qualora il ritiro o la riforma dei suddetti atti comporti un nuovo pregiudizio alle parti del processo, queste dovranno promuovere ulteriori ricorsi giudiziari avverso gli atti di autotutela.

### 2.1.2 Atti di ritiro, atti di convalida ed atti di conservazione

I principali atti di ritiro sono due. C'è anzitutto l'annullamento d'ufficio, disciplinato dall'art. 21 nonies l. 241/1990 e qualificabile come qualifica come un provvedimento amministrativo di secondo grado con cui viene ritirato dall'ordinamento, con efficacia retroattiva, un atto amministrativo illegittimo, per la presenza di vizi di legittimità originari.

C'è poi la Revoca, disciplinata dall'art. 21 quinquies della legge 241/1990, che costituisce il corrispettivo dell'annullamento d'ufficio, con la differenza che opera con riferimento ad atti inopportuni. È dunque un provvedimento amministrativo di secondo grado, con cui la PA ritira con efficacia non retroattiva un atto inficiato da vizi di merito in base ad una nuova valutazione degli interessi.

L'autotutela costituisce anche il fondamento degli atti di convalida con cui la pubblica amministrazione opera una sanatoria dei vizi contenuti nell'atto. I principali atti di convalida sono tre. C'è, anzitutto, la convalida. Si tratta di un provvedimento nuovo, autonomo, costitutivo, che elimina i vizi di legittimità di un atto invalidato precedentemente emanato dalla stessa autorità (es. integrazione della motivazione insufficiente, eliminazione delle clausole invalidanti).

C'è poi la ratifica. Anch'esso è un provvedimento nuovo, autonomo, costitutivo, con cui viene eliminato il vizio di incompetenza relativa da parte dell'autorità astrattamente competente, la quale si appropria di un atto adottato da autorità incompetente dello stesso ramo.

C'è, infine, la sanatoria. Essa opera quando un atto o un presupposto di legittimità del procedimento, mancante al momento dell'emanazione dell'atto amministrativo, viene emesso successivamente in modo da perfezionare ex post l'atto illegittimo.

Infine l'autotutela costituisce il fondamento degli atti di conservazione con cui si cerca di perseguire il raggiungimento dello scopo di un atto ove l'atto, pur viziato, sia egualmente in grado di soddisfare l'interesse pubblico.

I principali sono 4: consolidazione-inoppugnabilità (è una causa di conservazione oggettiva dell'atto amministrativo, che dipende dal decorso del termine perentorio entro il quale l'interessato avrebbe dovuto proporre ricorso contro l'atto invalido. Si tratta in sostanza di una figura processualistica assimilabile al passaggio in giudicato della sentenza); acquiescenza (è una causa di conservazione soggettiva dell'atto amm., che dipende da un comportamento con cui il soggetto privato dimostra espressamente o per fatti concludenti di essere d'accordo con l'operato della pubblica amministrazione, precludendosi la possibilità di impugnare nuovamente l'atto); conversione (con essa si considera un atto invalido - sia annullabile che nullo - come appartenente ad un altro tipo, di cui presenta gli stessi requisiti di forma e sostanza; conferma (con la conferma si intende la manifestazione di volontà non innovativa con cui l'autorità ribadisce una sua precedente determinazione, eventualmente ripetendone il contenuto)[2].

### 2.1.3 L'autotutela decisoria di tipo indiretto o contenzioso

L'autotutela decisoria può essere indiretta-contenziosa quando l'azione della pubblica amministrazione si fonda in una istanza propulsiva del privato che prende il nome di ricorso.

A tale proposito tuttavia va rilevato che altra dottrina[3] ritiene che tale potere debba piuttosto qualificarsi come autodichia. Ciò perché la pubblica amministrazione non esprime tanto un potere di autotutela dei propri interessi quanto piuttosto di decisione autonoma di una controversia insorta con terzi, in veste imparziale.

Si evidenziano dunque le sei differenze tra le due figure. Anzitutto, l'iniziativa (nell'autotutela è della pubblica amministrazione, mentre nella tutela amm. spetta al ricorrente); poi, nel procedimento (nell'autotutela è interno, nella tutela amm. è esterno); ancora, nell'interesse (nell'autotutela la pubblica amministrazione agisce per un interesse proprio, mentre nella tutela amm. è posta in posizione di imparzialità e terzietà); inoltre, nella discrezionalità (nell'autotutela la pubblica amministrazione esercita un potere discrezionale in ordine alla caducazione dell'atto, mentre nella tutela amm. è vincolata ai motivi adottati dal ricorrente); infine, nella potestà decisoria (nell'autotutela la pubblica amministrazione conserva il potere decisorio sulla materia anche dopo il ritiro dell'atto, mentre nella tutela amm. una volta emanato il ricorso la PA ha consumato il proprio potere, perché *functus est munere suo* e nel contenzioso (prima della legge n. 241 del 1990 il contenzioso era garantito solamente nella tutela amm. e non nell'autotutela. Oggi invece è stato generalizzato ed è riferibile anche a quest'ultima figura).

### 2.2 L'autotutela decisoria sui rapporti giuridici di diritto amministrativo

I rapporti giuridici di diritto amministrativo sono quei comportamenti tenuti da soggetti in rapporto giuridico con l'amministrazione che non appaiono conformi alle pretese della pubblica amministrazione

(ad es. l'attività del concessionario di pubblico servizio contrastante con i limiti dell'atto concessorio).

### 3. Autotutela esecutiva

L'autotutela esecutiva consiste nel complesso di attività attuative di una decisione amministrativa (es: operazioni materiali di sgombero a seguito di un ordine della pubblica amministrazione di sgomberare un edificio abusivo).

Si rileva che la sola autotutela decisoria si sostanzia realmente in una potestà generale. Nel caso dell'autotutela esecutiva serve una norma specifica che attribuisca alla pubblica amministrazione il potere di agire in via diretta ed immediata per l'attuazione dei propri interessi[4].

#### 4.1 Forme particolari di autotutela. L'autotutela nel diritto comunitario

In tema di rapporti di diritto comunitario ci si è chiesti se la pubblica amministrazione abbia la facoltà di mantenere in vita un atto emanato in contrasto con statuizioni comunitarie laddove ciò risulti conforme all'interesse pubblico.

Al riguardo si registrano due posizioni, una della dottrina ed una della giurisprudenza.

La dottrina ritiene che la primazia del diritto comunitario andrebbe intesa in senso assoluto, con la conseguenza che il ritiro dovrebbe essere automatico nel momento in cui un atto della Pa contrasta con il diritto comunitario, a prescindere da qualsiasi valutazione di interesse pubblico.

La giurisprudenza, invece, ritiene che il ritiro di un atto amministrativo contrastante con l'ordinamento comunitario non abbia carattere vincolato ma discrezionale (sebbene l'orientamento non sia consolidato e si registrino posizioni divergenti in merito).

#### 4.2 L'autotutela nei beni pubblici

In merito alla tutela dei beni pubblici va inoltre rilevato che l'art. 823 del codice civile dispone che spetta alla pubblica amministrazione la tutela dei beni che fanno parte del demanio pubblico. Per farlo essa può avvalersi dei mezzi ordinari posti a difesa della proprietà oppure procedere in via amministrativa (ed è qui che si identifica l'autotutela).

A tale proposito la giurisprudenza e parte della dottrina ritengono che la norma in questione abbia portata generale e, benchè riferita ai soli beni demaniali, vada estesa a tutti i beni pubblici[5].

#### 4.3 L'autotutela nell'attività contrattuale della pubblica amministrazione

In materia contrattuale si sono poste due problematiche inerenti i rapporti tra atto amministrativo ed esercizio dell'autotutela. Il primo riguarda l'incidenza dei vizi del provvedimento sul contratto. Il secondo, riguarda appunto la legittimità dell'utilizzo di poteri unilaterali della pubblica amministrazione sui vizi degli atti.

Il problema in questo caso attiene l'ammissibilità dell'esercizio di poteri autotutelativi della pubblica amministrazione, atteso che ciò potrebbe costituire una violazione del principio sinallagmatico, in virtù del quale nessuno dei contraenti potrebbe incidere sul contratto unilateralmente, salvo la sussistenza di opportune ragioni.

Secondo la dottrina dunque, è possibile distinguere tra gli Atti incidenti sulla validità del contratto, il potere di annullamento d'ufficio non sussisterebbe in capo alla pubblica amministrazione, restando però sua facoltà demandare l'esame della legittimità di uno degli atti amm. al giudice ordinario, il quale, previa disapplicazione dello stesso perché illegittimo, pronuncerà conseguentemente l'annullamento del contratto.

Oppure, possono identificarsi gli atti che incidono sulla efficacia del contratto. In tal caso la dottrina ritiene che non ci siano problemi ad ammettere che l'Amm. possa esercitare poteri in funzione di autotutela, poiché questi vizi sarebbero ininfluenti sulla sorte del vincolo contrattuale. La giurisprudenza però dal canto suo è contraria ad ammettere l'uso di questa autotutela sugli atti amm. dopo che sia intervenuta la stipulazione.

**Gianluca Sgueo**

[1] Sebbene alcuni autori siano contrario a questa definizione, ad esempio Sandulli.

[2] Si distingue la conferma propria, in cui si ha un nuovo iter procedimentale, con rinnovazione della fase istruttoria e con una nuova ponderazione degli interessi pubblici che porta ad un nuovo provvedimento, dalla conferma impropria, in cui non vi è una nuova istruttoria e la stessa autorità che ha emanato l'atto si limita a confermare la motivazione adottata.

[3] In particolare il Sandulli

[4] A tale proposito giova ricordare il dibattito dottrinario sorto in merito alla riconducibilità del concetto di esecutorietà all'autotutela. Secondo il Sandulli l'esecutorietà sarebbe, appunto, un'ipotesi di autotutela, operante nei soli casi in cui lo prevede la legge. In assenza di espressa previsione legislativa il privato dovrebbe sempre essere legittimato ad esperire ricorso giurisdizionale. Secondo altri autori, tra cui il Virga, l'autotutela è invece distinta dall'esecutorietà (sebbene concordi con il Sandulli in merito alla necessità che l'esecutorietà sia espressamente prevista dalla legge, criticando coloro i quali sostengono il contrario, parlando di un principio generale di esecutorietà nel nostro ordinamento).

[5] Di opinione opposta invece il **Cerulli Irelli** il quale ritiene che essa abbia carattere eccezionale e vada esercitata esclusivamente in riferimento ai beni demaniali.

<https://www.diritto.it/l-autotutela-amministrativa/>