

**DIRITTO AMMINISTRATIVO**

Anno XXIV Fasc. 3 - 2016

ISSN 1720-4526

Michele Trimarchi

---

**STABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO  
E CERTEZZE DEI MERCATI**

---

Estratto



Milano • Giuffrè Editore

MICHELE TRIMARCHI

## STABILITÀ DEL PROVVEDIMENTO E CERTEZZE DEI MERCATI (\*)

SOMMARIO: 1. La certezza del diritto per i mercati. — 2. Provvedimento amministrativo e certezze dei mercati. — 3. Stabilità e regime del provvedimento. — 4. Stabilità *versus* contendibilità e stabilità *versus* ritirabilità. Limitazione dell'indagine alla seconda relazione. — 5. La teoria del giudicato nell'amministrazione e cenni di diritto comparato. — 6. Poteri di ritiro e presidi della stabilità nel diritto italiano ed europeo. — 7. Il nuovo assetto dei poteri di ritiro in Italia. — 7.1. La categoria dei "provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici". — 7.2. Natura del termine e conseguenze della sua violazione. — 8. Verso il superamento del dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo. — 9. Spunti conclusivi.

### 1. *La certezza del diritto per i mercati.*

Nei mercati ideali, postulati dagli economisti neoclassici, tutti gli attori sono in possesso di informazioni complete e i diritti di proprietà sono definiti in modo assolutamente certo. In mercati di questo genere il valore dei beni trasferiti è determinato esclusivamente dall'equilibrio tra domanda e offerta; la variabile rappresentata dalle istituzioni neppure viene presa in considerazione (1).

Quando i presupposti del paradigma neoclassico si rivelano

(\*) Il testo costituisce la rielaborazione della relazione svolta in occasione della "Giornata di studi in onore di Guido Corso e Giampaolo Rossi" presso l'Università Roma Tre il 20 giugno 2016.

(1) Malthus e soprattutto Ricardo avviarono la svolta economicista, separando l'analisi delle istituzioni dall'analisi economica, legame che invece era presente in economisti classici come A. Smith. I nessi con lo studio delle istituzioni vennero definitivamente sciolti con la c.d. rivoluzione marginalista dell'economia neoclassica che si ritrae dal terreno istituzionale per adottare i canoni di generalizzazione teorica e precisione analitica delle scienze della natura. Su queste vicende della storia dell'economia pubblica v. C. TRIGILIA, *Sociologia economica, I. Profilo storico*, Bologna, 1998, 103 ss.

parzialmente fallaci perché si scopre l'esistenza dei costi di transazione (costi che derivano dalla razionalità limitata dei soggetti in campo e dalle loro possibili condotte opportunistiche, dalle asimmetrie informative, dalle incertezze in ordine ai diritti di proprietà) (2), il fattore istituzionale diventa oggetto di precipua considerazione da parte della scienza economica (3).

Le istituzioni — scrive D.C. North in un celebre saggio — sono “le regole del gioco di una società o, più formalmente, i vincoli che gli uomini hanno definito per disciplinare i loro rapporti” (4). La loro funzione è di ridurre “il tasso di incertezza creando delle regolarità nella vita di tutti i giorni” in modo da abbassare i costi di transazione, agevolare lo scambio di informazioni e creare fiducia tra gli agenti economici (le c.d. “organizzazioni”) (5).

(2) R. COASE, *The Problem of Social Cost*, in *Journal of Law and Economics*, 1960, 3, 1 ss.

(3) D.C. NORTH, *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*, Cambridge, 1990, trad. it. *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, Bologna, 1994; Id., *Understanding the Process of Economic Change*, Princeton and Oxford, 2005, trad. it., *Capire il processo di cambiamento economico*, Bologna, 2006. Di recente attribuiscono alle istituzioni il ruolo determinante per lo sviluppo economico, sulla base di una analisi empirica, D. ACEMOGLU - J. ROBINSON, *Why Nations Fail. The Origins of Power, Prosperity and Poverty*, New York, 2012, trad. it., *Perché le nazioni falliscono. Alle origini di potenza, prosperità e povertà*, Milano, 2013; v. anche G. TABELLINI, *Culture and Institutions: Economic Development in the Region of Europe*, in *Journal of the European Economic Association*, vol. 8, n. 4, 2010, 677 ss. Sul ruolo della *rule of law* come fattore decisivo della crescita economica, v. G. NAPOLITANO - M. ABRESCIA, *Analisi economica del diritto pubblico*, Bologna, 2009, 59 ss.

Discusso è il rapporto tra istituzioni e cultura, e in particolare se le prime evolvono dalla seconda, ossia dalle convenzioni, dai valori sociali, dai codici morali (come sostiene D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, cit., 26 s.) oppure dipendono dalla presenza di regimi politici aperti e pluralisti (come emerge dall'analisi empirica di D. ACEMOGLU - J. ROBINSON, *op. cit., passim*). Sul tema v. C. TRIGILIA, *Cultura, istituzioni e sviluppo. La lezione di Max Weber e il neo-istituzionalismo*, in *Stato e mercato*, 2015, 263 ss.

(4) D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, cit., 23.

(5) D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, cit., 24. Id., *Capire il processo di cambiamento economico*, cit., 35: “Le credenze e le istituzioni create dagli uomini hanno senso solo come risposte contingenti ai vari livelli di incertezza che essi hanno dovuto affrontare, e continuano a dovere affrontare, nell'ambiente naturale e umano in continua evoluzione. Anche la vera

Sono le istituzioni che, a seconda della loro efficienza, “determinano i costi dello scambio” (6), e maggiori sono i costi minore è il valore dei beni scambiati. North fa l'esempio del trasferimento della proprietà immobiliare. Se le istituzioni aumentano la probabilità che le autorità locali modifichino i piani regolatori, o se non determinano con chiarezza il rischio di inadempienza contrattuale sopportato dal venditore, l'incertezza subita dall'acquirente cresce e si riduce il valore del bene (7). La diversa qualità delle istituzioni spiega, a livello micro, la diversa efficienza delle transazioni e, a livello macro, il diverso grado di sviluppo economico delle aree geografiche del pianeta. “L'indeterminatezza sulla certezza di diritti costituisce la vera differenza tra i mercati relativamente efficienti dei paesi ad alto reddito e i sistemi economici del passato o quello dell'attuale terzo mondo” (8).

Prima che nei contributi degli economisti, l'importanza della certezza del diritto per il funzionamento del mercato era emersa negli studi di Max Weber sulle origini del capitalismo moderno. L'ordinamento giuridico dello stato razionale (o stato di diritto), che si sviluppa in occidente come evoluzione dell'autonomia politica delle città, favorisce l'economia di mercato perché garantisce maggiore prevedibilità nei rapporti tra soggetti impegnati nelle attività economiche e fornisce garanzie giurisdizionali calcolabili in caso di controversie (9). Nello Stato moderno, i rap-

ragione alla base delle istituzioni è stata e continua ad essere il tentativo da parte degli esseri umani di strutturare il loro ambiente in modo da renderlo più prevedibile”.

(6) D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, cit., 98.

(7) D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, cit., 97 s. L'A. osserva che il trasferimento della proprietà immobiliare avviene in un “contesto istituzionale [...] composto da una articolata gerarchia di norme legali che derivano direttamente dalle disposizioni della costituzione degli Stati Uniti e dai poteri delegati agli stati. Le leggi statali definiscono le caratteristiche del trasferimento della nuda proprietà, i piani regolatori delimitano i diritti trasferibili, le consuetudini e gli statuti, infine, fissano le regole di azione di una vasta schiera di organizzazioni volontarie e, nell'insieme tutte influiscono sui costi di transazione”.

(8) D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, cit., 100.

(9) Scrive M. WEBER, *Wirtschaft und Gesellschaft*, 1922, trad. it., *Economia e società*, vol. III, Sociologia del diritto, Milano, 1980, 189: “Per i soggetti interessati al mercato dei beni la razionalizzazione e la sistematizzazione del diritto [...] ebbe il

porti con l'apparato burocratico si svolgono "senza riguardo alla persona" e in base a "regole prevedibili"; e quest'ultimo elemento ha "un'importanza veramente predominante" poiché "la caratteristica della civiltà moderna, e specialmente la sua struttura tecnico-economica, esige proprio questa "calcolabilità" dell'effetto" (10). Come è stato efficacemente osservato, nella impostazione di Weber "la prevedibilità legata alla legge calcolabile favorisce il "calcolo del capitale" e permette di affrontare investimenti fissi rischiosi con maggiori garanzie, sia per il rispetto dei contratti tra i soggetti privati coinvolti, che con riferimento agli interventi della pubblica amministrazione" (11).

La certezza delle regole è dunque una preconditione per il pieno esercizio delle libertà economiche (12); o meglio: "se manca la sicurezza, gli attori sono liberi, ma privi della fiducia senza cui è difficile esercitare la libertà" (13). La prospettiva economica e quella sociologica confermano che, oggi, "chi fa appello alla certezza del diritto non esprime il punto di vista del potere, ma all'opposto, quello del cittadino, il quisquis de populo" che si muove all'interno del mercato e "ha l'esigenza di conoscere le regole da osservare, i poteri di cui dispone e l'ambito di libertà che

significato di una crescente calcolabilità del funzionamento dell'amministrazione della giustizia — cosa che costituisce una delle più importanti condizioni preliminari di imprese economiche durevoli, e specialmente di quelle di tipo capitalistico, che hanno bisogno della « sicurezza del traffico » giuridica".

(10) M. WEBER, *op. cit.*, vol. IV. Sociologia politica, 76.

(11) C. TRIGLIA, *Cultura, istituzioni e sviluppo. La lezione di Max Weber e il neo-istituzionalismo*, cit., 263 ss, 269 s.. L'idea della calcolabilità giuridica è da ultimo riproposta ai giuristi, come condizione per il funzionamento del mercato, da N. IRTI, *Capitalismo e calcolabilità giuridica (letture e riflessioni)*, in *Riv. soc.*, 2015, 801 ss.; *Id.*, *Un diritto incalcolabile*, in *Riv. dir. civ.*, 2015, 11 ss.; *Id.*, *Un contratto "incalcolabile"*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2015, 17-23; *Id.*, *Calcolabilità weberiana e crisi della fattispecie*, in *Riv. dir. civ.*, 2014, 987-991.

(12) M. DI BENEDETTO, *L'economia sociale di mercato e le sfide del diritto amministrativo*, in *Sociologia*, 2009, 127, dove si rileva che "un forte Stato" dovrebbe essere capace di assicurare un contesto di sicurezza — richiesta già nelle prime teorizzazioni del mercato — in cui il diritto sia certo, l'azione dei pubblici poteri tempestiva, le sanzioni puntuali e proporzionate agli illeciti: in tale contesto la libertà, anche economica, può pienamente svolgersi".

(13) S. BAUMANN, *Liquid Life*, Cambridge Polity Press, 2005; trad. it. *Vita liquida*, Roma-Bari, 2008, 29.

gli viene riconosciuto" (14). Parole, queste ultime, pronunciate da Guido Corso in replica a Paolo Grossi che invece denunciava il carattere autoritario del mito della certezza, di cui lo Stato borghese si è servito per legittimare il comando e assicurarsi l'ubbidienza dei sudditi (15).

(14) Si può aggiungere che la certezza delle regole giuridiche viene in rilievo sul suo risvolto oggettivo, ossia come prevedibilità della disciplina dei comportamenti, sia nel suo risvolto subiettivo, ossia come stabilità nel tempo dei rapporti e delle situazioni giuridiche istituite dalla regola medesima. La prevalenza del risvolto obiettivo o subiettivo della certezza è una variabile dipendente dalla portata della regola e rinvia dunque ai caratteri della fonte di produzione: quanto più generale e astratta è la regola, tanto più la stabilità viene in rilievo come prevedibilità della disciplina dei comportamenti; quanto più particolare e concreta è la regola, tanto più la stabilità viene in rilievo nella luce della sicurezza dei rapporti e delle situazioni giuridiche soggettive. Occorre anche precisare, onde non avallare una prospettiva sin troppo giuridico-centrica, che la certezza per il mercato non si esaurisce nella certezza giuridica, ma riguarda anche la stabilità delle regole sociali che non ricadono sotto il dominio del diritto (per riprendere il linguaggio di North, le istituzioni informali).

(15) Il dibattito cui si fa riferimento nel testo ha avuto luogo nel corso del Convegno dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo su "L'incertezza delle regole", svoltosi a Napoli il 3-4 ottobre 2014, i cui atti si possono leggere in A.A.Vv., *Annuario AIPDA 2014. L'incertezza delle regole*, Napoli, 2015.

La relazione di Grossi è pubblicata con il significativo titolo "Sulla odierna incertezza del diritto" anche in P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, 51 ss., da cui si cita. L'illustre A. considera la certezza del diritto come una tipica espressione della cultura giuridica che riconosce allo Stato il monopolio nella produzione del diritto; una cultura legalistica, dunque, che postula l'infallibilità del legislatore e marginalizza il ruolo dell'interprete (56 ss.). La certezza del diritto appartiene alla mitologia del "vecchio Stato di diritto" che, in una posizione distaccata dalla società, tutela gli "interessi del ceto borghese arrivato finalmente a gestire il potere politico grazie al rivolgimento rivoluzionario di fine Settecento". Legittima il comando e vi assicura l'ubbidienza: la certezza del diritto è uno strumento nelle mani del titolare del potere, non una garanzia per l'individuo. L'avvento della Costituzione democratica avrebbe rimosso i presupposti di cui la certezza del diritto si alimenta: ha spodestato il mito dell'onnipotenza del legislatore, immesso nel sistema giuridico valori che un tempo appartenevano solo alla morale, affiancato alle regole i principi che attraverso l'interpretazione conforme innervano tutto l'ordinamento, esaltato il ruolo creativo dell'interprete nella sua funzione di adattamento del diritto al caso concreto, svelato la giuridicità del fatto, riconosciuto e tutelato le autonomie, aperto il sistema al pluralismo della società (67 ss.). In questo nuovo scenario il momento principale dell'esperienza giuridica diventa l'interpretazione (81 ss.), e la certezza del diritto appare un dogma sostanzialmente immotivato e immotivabile.

## 2. *Provvedimento amministrativo e certezze dei mercati.*

### La relazione tra provvedimento amministrativo e certezze dei

A questa posizione G. CORSO, *Relazione conclusiva*, in *Annuario AIPDA 2014*, cit., ha replicato, come si è visto nel testo, che “chi fa appello alla certezza del diritto non esprime il punto di vista del potere, ma all’opposto, quello del cittadino, il quisquis de populo che ha l’esigenza di conoscere le regole da osservare, i poteri di cui dispone e l’ambito di libertà che gli viene riconosciuto”. La certezza del diritto assicura la prevedibilità, e la prevedibilità è una condizione necessaria della libertà di azione; la certezza non è dunque (solo) un mito di cui si serve lo stato autoritario ma è, in sé e per sé, un valore positivo per la conduzione della vita associata. Essa inoltre non si identifica nella certezza della legge, che pure ne è una componente importante, bensì nella certezza della regola in quanto tale, indipendentemente dalla fonte di produzione. Peraltro, ciascuno di quelli che sono usualmente indicati come i fattori di crisi della certezza può essere problematizzato. Se è vero che il sistema delle fonti è oggi più complesso e articolato di un secolo fa, è anche vero che “lo sforzo continuo della dottrina e della giurisprudenza (europea, costituzionale, civile, amministrativa) è quello di assegnare a ciascuna fonte il rango ed il grado che le compete”. Se è vero che l’ermeneutica giuridica sostiene che il testo è soltanto il punto di partenza del circolo interpretativo, cui l’interprete stesso partecipa in forma attiva, è anche vero che la Costituzione “prevede anche una certa organizzazione dei poteri statali che riserva al parlamento (e ai consigli regionali) la funzione legislativa (art. 70 e 117 Cost.) ed esclude perciò che “nomoteta” sia il giudice: anche perché questo è configurato non come legislatore, ma come individuo che alla legge (e soltanto alla legge) è soggetto (art. 101 Cost.)”. Se è vero che la qualità della legislazione è scarsa e l’istituto della rappresentanza politica inefficiente, è anche vero “che l’Italia è una repubblica democratica, che il parlamento è una delle forme in cui si esprime la sovranità popolare, e che la legge è un prodotto del parlamento”. Se è vero che il ricorso ai principi è necessario per assicurare sistematicità e ragionevolezza nella soluzione dei casi, è anche vero che il ricorso ad essi è consentito solo “se il caso rimane ancora dubbio” dopo che sono stati applicati o si sono dimostrati inapplicabili i criteri dell’interpretazione letterale, dell’interpretazione sistematica e dell’analogia (art. 12 disp. prel. C.c.).

A considerazioni di questo genere si potrà ulteriormente replicare che la crisi della certezza del diritto è soltanto un riflesso della perdita delle certezze che contraddistingue a ogni livello la postmodernità. Si tratterebbe così di un fenomeno di portata generale al quale sarebbe vano opporre la debole razionalità della dogmatica giuridica. Ad ogni modo, una cosa è constatare l’eventuale crisi della certezza del diritto come corollario della precarietà che connota il postmoderno, nonché delle trasformazioni intervenute nello Stato, altra è ritenere che nell’ordinamento attuale non esista un interesse dei consociati alla certezza delle regole giuridiche; sostenere che, dismesso il punto di vista del potere e assunto quella della società, la certezza del diritto non svolga una funzione positiva che merita d’essere preservata. Posizione, quest’ultima, che sembra smentita dal bisogno di certezza proprio del mercato, cioè del luogo in cui hanno esplicazione le libertà dei singoli e non il potere dello Stato.

mercati può essere colta da due diversi angoli visuali. In una prima prospettiva, il provvedimento viene in rilievo come strumento giuridico che concorre direttamente alla produzione del “bene” certezza: è il tema degli atti produttivi di certezze pubbliche, di cui si discute la natura giuridica, il ruolo della funzione di accertamento e il modo di produzione degli effetti tipici (16). Nella prospettiva che forma oggetto delle presenti riflessioni, invece, il provvedimento viene in rilievo come fonte (*rectius*, una delle fonti) delle regole giuridiche che compongono la cornice istituzionale del mercato; e di tali regole si discute il grado di stabilità come strumento per la realizzazione delle certezze dei mercati (17).

Il tema così indicato riguarda tutti i provvedimenti che presentano un’efficacia prolungata nel tempo o, più esattamente, tutti i provvedimenti relativi a fattispecie dotate di dimensione temporale (18). Nell’ottica delle certezze del mercato, tuttavia,

Sull’importanza della certezza del diritto in funzione di relazioni economiche stabili, del resto, si veda E. ALLORIO, *La certezza del diritto dell’economia*, in *Dir. econ.*, 1956, p. 1212; nella dottrina amministrativistica N. BASSI, *Principio di legalità e principio di certezza del diritto a confronto nella regolazione amministrativa dei servizi economici generali*, in E. BRUTI LIBERATI - F. DONATI (a cura di), *La regolazione dei servizi di interesse economico generale*, Torino, 2010, p. 157.

(16) *Ex multis*, M.S. GIANNINI, *Certezza pubblica*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, 1960, *ad vocem*; A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”*, in *Dir. amm.*, 2005, 889 ss.; P. GOTTI, *Gli atti amministrativi dichiarativi*, Milano, 1996. Sulla possibilità di delegare ai privati la produzione delle certezze pubbliche v., da diverse prospettive, A. BENEDETTI, *Certezza pubblica e “certezze” private. Poteri pubblici e certificazioni di mercato*, Milano, 2010; L. DONATO, *Le autocertificazioni tra “verità” e “certezza”*, Napoli, 2015.

(17) Nella consapevolezza peraltro che la stabilità del provvedimento è funzionale non soltanto alla realizzazione della certezza del diritto (e alle certezze mercantili) quanto anche ad altri interessi ritenuti pubblici come ad esempio, nel caso degli atti di affidamento, l’interesse alla continuità nell’erogazione del servizio o alla realizzazione delle opere commissionate.

(18) È stato osservato da G. FALCON, *Questioni sull’efficacia e sulla validità del provvedimento amministrativo nel tempo*, in *Dir. amm.*, 2003, 1 ss., che, considerata dal punto di vista del momento in cui interviene, determinando il passaggio dalla condizione di atto inefficace a quella di atto efficace, l’efficacia del provvedimento è sempre istantanea. Appare perciò più appropriato distinguere tra provvedimenti relativi a fattispecie prive di dimensione temporale e provvedimenti relativi a fattispecie che hanno una dimensione temporale. I primi esauriscono la loro efficacia nello stesso istante in cui la producono. Esempi ne sono il provvedimento che crea

esso può essere circoscritto agli atti favorevoli e agli atti di regolazione, essendo questi i tipi di atti la cui stabilità incide maggiormente sull'esercizio delle libertà economiche. Dagli atti favorevoli infatti dipende lo svolgimento di attività altrimenti vietate, che rischiano di ricadere nel divieto se il provvedimento viene meno (19), mentre dagli atti di regolazione dipende la disciplina di interi settori di attività: e quanto più è instabile il quadro giuridico, tanto maggiori sono i costi di adattamento cui devono sottostare gli operatori del settore (i c.d. *compliance costs* o costi di conformità di cui parlano gli economisti, ossia i costi che i destinatari della regolazione devono sostenere per adeguarsi alle regole imposte (20)).

Il tipo di certezza realizzato dalla stabilità del provvedimento ampliativo è diverso da quello realizzato dalla stabilità dell'atto di regolazione: la prima è una certezza di tipo soggettivo, attinente al rapporto giuridico sorto dal provvedimento stesso, che tende a

una nuova persona giuridica o il provvedimento di espropriazione (il quale crea la proprietà dell'amministrazione, ma non le facoltà ad essa inerenti). I secondi "si riferiscono, consentendoli, vietandoli o prescrivendoli, a comportamenti che debbono svolgersi nel tempo, mediante una attività in senso lato di « attuazione » o almeno di « uso » del provvedimento". Essi, a loro volta, possono regolare comportamenti o fattispecie specificamente e concretamente individuati (ad es., il permesso a costruire), oppure tipi di classi o azioni, ossia comportamenti destinati ad essere ripetuti nel tempo (ad es., la patente di guida, il porto d'armi, la licenza di commercio, la connessione di bene o di servizio pubblico). Solo in relazione ai provvedimenti relativi a fattispecie che hanno una dimensione temporale può porsi un problema di congruità del comportamento prescritto a sopravvenienze di fatto o di diritto.

(19) Segnalano che "l'esigenza di stabilità, che in ogni ordinamento giuridico connota per regola il regime dei suoi atti (giuridici), presenta tratti di particolare rilevanza per quanto riguarda i provvedimenti dei pubblici poteri che conformano posizioni giuridiche dei privati. Per questa categoria di atti l'esigenza di certezza si traduce in un regime differenziato e peculiare, funzionale a conferire particolare forza alla loro condizione di non mutabilità, a garanzia dei valori di certezza giuridica e tutela dell'affidamento", G. FALCON - D. DE PRETIS, *Premessa*, in *Id.*, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo nella prospettiva comparata*, Cedam, Padova, 2011, 2.

(20) Si distinguono poi i costi di conformità sostanziale, che dipendono dall'adeguamento a una determinata regolazione, e i costi amministrativi dovuti all'obbligo di dimostrare il rispetto della regolazione: cfr. M. DE BENEDETTO - M. MARTELLI - N. RANGONE, *La qualità delle regole*, cit., 54, dove si cita W. HARRINGTON - R.D. MORGENSTERN - P. NELSON, *On the Accuracy of Regulatory Cost Estimates*, in *Journal of Policy Analysis and Management*, 2000, 19, 2, pp. 297 ss.

coincidere con la pretesa del destinatario alla conservazione del patrimonio giuridico come ampliato dal provvedimento. La seconda, invece, è una certezza di tipo essenzialmente oggettivo: l'atto non è fonte di rapporti ma di regole d'azione rivolte ai privati o alla stessa amministrazione, e pertanto la stabilità non riguarda la conservazione della situazione giuridica soggettiva attribuita ma la prevedibilità della disciplina dei comportamenti (anche dell'amministrazione) contenuta nell'atto regolatorio.

Altra differenza è che sulla stabilità del provvedimento favorevole ha una notevole incidenza la tutela giurisdizionale: essa, per un verso, si pone come un nemico della stabilità in quanto l'atto è esposto alle contestazioni dei controinteressati sostanziali; ma, per altro verso, rappresenta un presidio della stabilità in quanto il destinatario dell'atto può contrastare l'eventuale decisione dell'amministrazione di annullare d'ufficio o revocare. Le sorti della stabilità del provvedimento di regolazione, invece, sono relativamente indipendenti dalle ambivalenze della tutela giurisdizionale: per un verso, la funzione giurisdizionale non viene in soccorso della stabilità dell'atto rispetto ai poteri di riesame dell'amministrazione; per altro verso, l'atto si sottrae tendenzialmente allo scrutinio del giudice e il suo annullamento è pertanto una prospettiva remota.

Ferme queste differenze, la circostanza che la stabilità assuma rilievo soprattutto in relazione ai provvedimenti ampliativi e agli atti di regolazione suggerisce che, nell'ambito dell'azione amministrativa, la certezza del diritto non è tanto un corollario dell'impostazione liberale tradizionale — secondo cui i poteri pubblici svolgono soltanto una funzione di ordine e si disinteressano delle dinamiche sociali e mercantili — bensì un'esigenza interna a uno Stato che per il tramite dell'amministrazione dispensa utilità, formula programmi, pone le regole degli scambi (21).

### 3. *Stabilità e regime del provvedimento.*

La stabilità di un atto giuridico precettivo può essere definita

(21) Sembrerebbe pertanto da mettere in discussione, quantomeno nell'ambito del diritto amministrativo, la correlazione tra Stato borghese e certezza del diritto, su cui P. GROSSI, *op. cit.*, 59, *passim*.

come la sua prevedibile capacità di durare nel tempo (22). Si tratta, secondo una importante impostazione teorica, di un carattere necessario degli atti giuridici che deriva direttamente dal concetto stesso del diritto (23). La considerazione della realtà giuridica mostra tuttavia che la stabilità è una qualità che si apprezza in termini di grado (non esistono atti stabili e atti instabili, quanto atti più o meno stabili o più o meno instabili) e che varia a seconda della disciplina positiva che governa il singolo atto. La stabilità, pertanto, non è un carattere intrinseco dell'atto ma il prodotto del regime giuridico ad esso applicabile. Essa, peraltro, non costituisce l'oggetto immediato di una specifica disciplina, bensì il riflesso della disciplina dei poteri e delle facoltà che consentono all'autore o ai terzi di rimuovere l'atto o eliderne gli effetti. In questo senso, si può affermare che la stabilità è una grandezza di relazione conformata dal diritto positivo.

Sia in diritto privato che in diritto pubblico, la stabilità si pone in una relazione antitetica rispetto alla contendibilità dell'atto precettivo: maggiori sono gli spazi entro i quali gli atti possono essere contestati dagli interessati, minore è la loro stabilità; e viceversa. Vi è però la rilevante differenza che, mentre le impugnative negoziali di regola possono essere proposte soltanto dalle parti del contratto, salvo deroghe al principio della relatività degli effetti, il provvedimento amministrativo ampliativo è impugnabile anche dai terzi che si ritengono lesi dalla scelta dell'amministrazione (24). Si tratta di un primo indice della relativa instabilità che caratterizza il provvedimento amministrativo.

(22) Si prende in prestito una definizione della scienza politica: v. L. MORLINO, *Stabilità politica*, in N. BOBBIO - N. MATTEUCCI - G. PASQUINO (diretto da), *Dizionario di politica*, Milano, 1990, 1093.

(23) A. MERKL, *Zum Problem der Rechtskraft in Justiz und Verwaltung*, 1919, trad. it., *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in Id., *Il duplice volto del diritto*, Milano, 1987, 339. Cfr., in termini generali, N. BOBBIO, *Il positivismo giuridico. La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. Int. Fil. Dir.*, 1951, 150, secondo cui la certezza del diritto è "un elemento intrinseco del diritto, sì che il diritto o è certo o non è neppure diritto".

(24) Cfr. F. TRIMARCHI BANFI, *Il terzo nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 ss. La tematica di recente è stata oggetto di una profonda rilettura da parte di G. MANNUCCI, *La tutela dei terzi nel diritto amministrativo. Dalla legalità ai diritti*, Santarcangelo di Romagna, 2016, 6 ss., *passim*, secondo cui il terzo in diritto amministrativo viene tutelato come titolare di una frazione indifferenziata dell'interesse pubblico, in contraddizione con l'impo-

Soltanto nel diritto pubblico, invece, la stabilità dell'atto deve fare i conti con il potere dell'autore di rendere giuridicamente irrilevanti, o comunque inefficaci, le proprie decisioni: la legge può essere abrogata esplicitamente o implicitamente dal parlamento; la sentenza può essere riformata e annullata dalle giurisdizioni di grado superiore; l'amministrazione ha in tutti gli ordinamenti il potere di riesaminare e ritirare i propri provvedimenti: in taluni di essi esiste una disciplina positiva generale dei poteri di ritiro (Germania, Italia), mentre in altri la disciplina è di matrice prevalentemente giurisprudenziale (Francia, Gran Bretagna, Stati Uniti, Unione europea) (25).

È il valore dell'interesse che si contrappone alla stabilità a imporre la ritirabilità dell'atto come una costante delle funzioni pubbliche. Il disimpegno dal contratto (salvo che la facoltà di recesso sia stata pattuita ovvero sia riconosciuto il diritto di pentimento al contraente debole) è vietato perché il valore della stabilità degli scambi è ritenuto preminente rispetto all'interesse singolare della parte che abbia perso convenienza nell'affare (26). Diversamente, il carattere pubblico dell'interesse curato comporta che sia consentito all'autore dell'atto di tornare sui propri passi a costo di imporre un sacrificio al valore della stabilità (27). Il fatto che poteri di ritiro siano previsti anche all'interno di discipline dichiaratamente orientate a ridurre il peso dello Stato sulle attività economiche (28) dimostra che la ritirabilità, quanto meno

stazione soggettiva del sistema giurisdizionale; da qui la necessità di individuare più sicuri criteri volti a discernere il terzo, meritevole di tutela diretta, dal chiunque, portatore di interessi semplici non azionabili.

(25) D. DE PRETIS - F. CORTESE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, in G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela nei confronti dei provvedimenti amministrativi nel diritto italiano, comunitario e comparato*, Padova, 2010, 356.

(26) Cfr. D. DE PRETIS - F. CORTESE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, cit., 342.

(27) G. NAPOLITANO, *La logica del diritto amministrativo*, Bologna, 2014, 149 s.

(28) Si fa riferimento alla direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkenstein, relativa ai servizi del mercato interno — d'ora in avanti anche "direttiva servizi") che lascia "impregiudicata la facoltà degli Stati membri di revocare successivamente le autorizzazioni, quando non sussistono più le condizioni per il loro rilascio" (Considerando 55), limitandosi a richiedere che il ritiro dell'autorizzazione sia (al pari del diniego) motivato e impugnabile (art. 9 par. 6). L'art. 19 comma 3, d.lgs. 26 marzo 2010, n. 59 di recepimento della direttiva servizi prevede

in presenza di fatti sopravvenuti, costituisce un elemento qualificante del regime del provvedimento. Del resto, sarebbe contraddittorio sottoporre una certa attività ad un regime autorizzatorio — sull'assunto che, in assenza dei requisiti prescritti dalla legge, l'attività è contraria all'interesse pubblico — e poi privare l'amministrazione della facoltà di ritirare l'autorizzazione al venir meno dei requisiti che ne avevano consentito il rilascio — ossia quando l'attività diventa incompatibile con l'interesse pubblico. Sicché "la stabilità è travolta dalla libertà, dalla mutevolezza delle circostanze e delle forme in cui il potere amministrativo è chiamato ad apprezzare e a valutare un interesse pubblico che si rinnova continuamente nella sua attualità" (29).

Tenuto conto delle differenze indicate (impugnabilità del provvedimento da parte dei terzi e ritirabilità dello stesso da parte dell'amministrazione), si può affermare che la scelta di istituire un regime amministrativo per regolare rapporti che in astratto potrebbero essere governati dal diritto privato (si pensi all'area dei contratti pubblici, e più in generale alle funzioni dello Stato "dispensatore di beni" (30)) implica un parziale sacrificio del valore della certezza, a vantaggio della tutela dell'interesse pubblico e delle garanzie dei terzi. Esempio a questo riguardo è la vicenda degli atti concessori, una categoria di atti amministrativi sorta dalla riqualificazione in termini pubblicistici di atti di diritto privato ad opera della dottrina e della giurisprudenza a cavallo del diciannovesimo e ventesimo secolo (31). La "pubblicizzazione",

che "Restano salvi i casi in cui la decadenza dall'autorizzazione, la sospensione o la revoca conseguono al venir meno delle condizioni cui è subordinato il suo ottenimento". Sui mutamenti del regime autorizzatorio per effetto del diritto europeo v. M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, in *Dir. econ.*, 2015, 13 ss. che considera la direttiva servizi come il momento cruciale del processo di abbattimento delle barriere all'entrata dei mercati.

(29) B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, Milano, 2003, 362.

(30) Secondo la formula di G. CORSO, *Lo stato come dispensatore di beni: criteri di distribuzione, tecniche giuridiche ed effetti*, in *Studi in memoria di Giovanni Tarello*, II, Milano, 1990, 177 ss.

(31) La qualificazione delle concessioni come atti d'imperio unilaterali è dovuta notoriamente a O. RANELLETTI, *Teoria generale delle autorizzazioni e conces-*

infatti, si risolve in una riduzione della stabilità del rapporto perché consente all'amministrazione di disimpegnarsi in modo più agevole di quanto potrebbe fare secondo il diritto privato (ad esempio, di giustificare la revoca di una concessione nei termini in cui giustifica la revoca di una espropriazione) (32), e ai terzi di rivolgersi al giudice per contestare la scelta distributiva dell'amministrazione (33). Sotto entrambi i profili, dunque, la costruzione

*sioni amministrative. Parte I: Concetto e natura delle autorizzazioni e concessioni amministrative*, in *Giur. it.*, 1894, IV, 62 s. Cfr. la ricostruzione critica della vicenda offerta da M. D'ALBERTI, *Le concessioni amministrative. Aspetti della contrattualità delle pubbliche amministrazioni*, Napoli, 1981, 49 ss., 315 ss., il quale sostiene la natura prevalentemente contrattuale della concessione; nello stesso senso A. MOLTERRI, *Il regime giuridico delle concessioni di pubblico servizio tra specialità e diritto comune*, in *Dir. amm.*, 2012, 567 ss. La costruzione della concessione come atto unilaterale è condivisa, con diversi argomenti, da A. ROMANO, *Profili della concessione di pubblici servizi*, in *Dir. amm.*, 1994, pp. 459 s.; R. CAVALLO PERIN, *La struttura della concessione di servizio pubblico locale*, Torino, Giappichelli, 1998, 82; F. FRACCHIA, *Concessione amministrativa*, *Enc. Dir.*, Ann. I, Milano, 2007, 250 ss. Per il profilo storico cfr. B. SORDI, *Pubblica amministrazione, negozio, contratto*, in *Dir. Amm.*, 1995, pp. 483 ss.

(32) Negano che la revocabilità sia un carattere generale delle concessione, pur riconoscendo il carattere unilaterale (sebbene non imperativo) D. SORACE - C. MARZUOLI, *Concessioni amministrative*, in *Dig. disc. pubbl.*, III, Torino, 1989, 293 ss.

(33) Mette in rilievo il profilo garantistico del regime di diritto pubblico M. MAZZAMUTO, *Il riparto di giurisdizione. Apologia del diritto amministrativo e del suo giudice*, Napoli, 2008, 185, il quale annovera tra i principi costitutivi del regime pubblicistico quello dell'ampiezza degli interessi che possono accedere alla tutela costitutiva, richiamando la posizione di V.E. ORLANDO, *La giustizia amministrativa*, in *Id.* (a cura di), *Primo trattato completo di diritto amministrativo italiano*, III, Milano, 1901, 874), secondo cui nel diritto privato "ogni lesione di un diritto subiettivo importa necessariamente violazione di una norma obbiettiva" e, reciprocamente, "ogni violazione di norme obbiettive importa necessariamente la lesione di un diritto subiettivo individuale", mentre invece "nel diritto pubblico, è vera la prima proposizione, non così la seconda". Al riguardo osserva condivisibilmente M. MAZZAMUTO, *op. loc. cit.*, che, "se ci si affranca dal riferimento alle posizioni soggettive, condizionato, come si è visto dalle finzioni del riparto, ciò significa semplicemente questo: che l'area degli interessi protetti dal diritto privato è più ristretta di quella degli interessi protetti dal diritto pubblico".

A parere di chi scrive il punto è che la fattispecie legale dei provvedimenti ampliativi stabilisce presupposti e limiti in presenza dei quali l'atto può essere adottato. Solo in presenza di quelle condizioni, e nel rispetto di quei limiti, l'ordinamento ammette che l'amministrazione possa favorire un soggetto rispetto a un altro attribuendogli una utilità che, anche solo astrattamente, è oggetto di contesa tra i privati. Se quelle condizioni non ricorrono, il terzo può impugnare l'atto lamentando



dell'atto ampliativo come atto amministrativo unilaterale è, essa stessa, un elemento contrario alla stabilità dei rapporti, stabilità che viene ridotta vuoi a tutela degli interessi del terzo vuoi a tutela dell'interesse dell'amministrazione.

#### 4. *Stabilità versus contendibilità e stabilità versus ritirabilità. Limitazione dell'indagine alla seconda relazione.*

In base a quanto si è detto, per offrire un quadro realistico del grado di stabilità che l'ordinamento riconosce al provvedimento amministrativo occorrerebbe tenere in considerazione due versanti di disciplina: quello del rapporto stabilità *versus* contendibilità, e quello del rapporto stabilità *versus* ritirabilità.

La prima contrapposizione si colloca sul terreno delle forme di tutela avverso gli atti amministrativi e quindi riguarda il diritto processuale, o più in generale la giustizia amministrativa; mentre la contrapposizione stabilità vs. ritirabilità riguarda la conformazione dei poteri amministrativi di secondo grado e attiene dunque al diritto sostanziale (34).

di essere stato sfavorito in violazione del diritto. Diverso è nel diritto privato, dove ciascuno (anche l'amministrazione) sposta la ricchezza nei termini in cui desidera, eventualmente favorendo chi si vuole e senza dover rendere giustificazione, senza che terzi abbiano diritto a dolersene. In altre parole, nel diritto amministrativo le pretese dei terzi trovano fondamento nella disciplina sostanziale del potere; disciplina che nel diritto privato non esiste, se non in termini molto più scarni, e quindi di regola neppure esistono posizioni giuridiche dei terzi. Per alcuni spunti in questo senso v. G. PERICU, *Le sovvenzioni come strumento di azione amministrativa*, parte seconda, Milano, 1971, 265.

(34) Secondo E. FERRARI, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo tra procedimento e processo in una prospettiva comparativistica*, G. FALCON (a cura di), *Forme e strumenti della tutela contro i provvedimenti*, cit., 372, la "stabilità riflette scelte di diritto sostanziale e cerca di assicurare la certezza dei rapporti giuridici incisi dal provvedimento" mentre la contendibilità "deriva da un'aspirazione di giustizia ed apre la strada alla ricerca di rapporti giuridici 'giusti'". Così ragionando, l'A. riferisce la questione della stabilità soltanto ai poteri di ritiro, mettendo giustamente in rilievo che si tratta di scelte di diritto sostanziale. La griglia esplicativa adottata nel testo (secondo cui la stabilità va misurata sia in relazione alla ritirabilità sia in relazione alla contendibilità) appare tuttavia più comprensiva perché consente di apprezzare il grado di stabilità del provvedimento prendendo come riferimento sia la disciplina sostanziale dei poteri di ritiro sia il momento della tutela giurisdizionale, senza tuttavia incorrere nell'imprecisione — stigmatizzata

In questa sede si ritiene tuttavia di dover soffermare l'attenzione soltanto sulla seconda di queste relazioni. Ciò non solo perché la previsione di poteri di ritiro rappresenta una peculiarità del regime del provvedimento amministrativo, quanto soprattutto perché essa ha un impatto negativo sulla stabilità — e dunque sulla certezza per i mercati — di gran lunga maggiore rispetto alla tutela giurisdizionale.

Infatti, i poteri di ritiro solitamente non sono sottoposti a termini decadenziali, a differenza dell'azione giurisdizionale che vi soggiace sempre. Inoltre, l'azione giurisdizionale corrisponde a un diritto potestativo i cui effetti sono condizionati all'esito positivo dell'accertamento giurisdizionale; al contrario il potere di ritiro corrisponde a un diritto potestativo a efficacia immediata: la trasformazione giuridica si produce a prescindere dalla conformità dell'atto alla fattispecie astratta, l'intervento del giudice è soltanto successivo ed eventuale (35). Infine, l'azione giurisdizionale è tendenzialmente inammissibile rispetto a provvedimenti regolatori, rispetto ai quali difetta l'attualità dell'interesse al ricorso, mentre tali atti possono essere oggetto dei poteri di ritiro da parte dell'amministrazione.

#### 5. *La teoria del giudicato nell'amministrazione e cenni di diritto comparato.*

La presenza in tutti gli ordinamenti di poteri di ritiro dimostra che, mentre l'interesse del contraente a sciogliersi dal vincolo contrattuale è recessivo rispetto all'interesse alla stabilità del rapporto, l'interesse dei pubblici poteri a tornare sui propri atti prevale tendenzialmente su quello alla loro stabilità in ragione del carattere pubblico dell'interesse che tali soggetti hanno in cura.

Nondimeno, anche nel diritto pubblico vi è una contrapposta esigenza di stabilità, che si avverte in misura minore a livello di

dall'A. — di far confluire in una generica accezione della contendibilità gli aspetti sostanziali e processuali della vicenda.

(35) Si evoca così la distinzione tra diritto potestativo stragiudiziale (*Gestaltungsrechte*) e diritto potestativo ad attuazione giudiziaria (*Gestaltungsklagerechte*). Un'ampia ricognizione della storia della categoria del diritto potestativo è in FORNACIARI, *Situazioni potestative, tutela costitutiva, giudicato*, Torino, 1999, 3 ss.

legislativo (36) e, in misura maggiore, a livello di *legis executio* perché gli atti che potremmo definire “esecutivi” in senso lato spesso presentano la caratteristica di istituire rapporti giuridici.

Nella giurisdizione l'esigenza di stabilità è raccolta dall'efficacia preclusiva della cosa giudicata, che vieta di mettere in discussione le decisioni assunte dall'organo di ultimo grado e le decisioni divenute inoppugnabili per effetto del decorso del tempo.

La dottrina del diritto amministrativo — scriveva A. Merkl agli inizi del secolo scorso — ha cercato a lungo “quella efficacia di cosa giudicata che la consorella scienza del diritto privato si è da tempo assicurata” (37). Questa ricerca ha avuto luogo soprattutto nella dottrina di lingua tedesca, presso la quale è diffusa la consapevolezza della rilevanza della stabilità del provvedimento nell'ottica delle garanzie dello Stato di diritto. Come è stato osservato di recente, “nel sistema di Mayer il provvedimento è un baluardo dello Stato di diritto e lo è proprio perché opera una definizione giuridica del rapporto tra amministrazione e cittadino: il rapporto di sudditanza si distilla nella forma di un comando giuridico. Questo compito di statuizione del diritto nel caso concreto lo assimila ai compiti di accertamento della sentenza giurisdizionale, mettendo implicitamente sul tappeto un profilo, se non di immutabilità, almeno di stabilità, di certezza e validità giuridica nel tempo” (38).

In realtà la dottrina di lingua tedesca non è pienamente riuscita nell'intento di costruire attorno al provvedimento una nozione di giudicato comparabile a quella conosciuta nel diritto processuale. Bernatzik, cui pare doversi l'introduzione della dottrina del giudicato nel diritto amministrativo, riconobbe l'efficacia di cosa giudicata in senso sostanziale soltanto alle decisioni amministrative, cioè nel circoscritto ambito dell'amministrazione in senso formale che risponde al concetto di giurisdizione in senso sostanziale. Autori come Tezner e Spiegel riferirono alla maggior

(36) Sull'affidamento del privato nei confronti del legislatore v., di recente, F.F. PAGANO, *Il principio di affidamento nella giurisprudenza nazionale e sovranazionale*, in [www.gruppodipisa.it](http://www.gruppodipisa.it), 2014.

(37) A. MERKL, *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, cit., 327.

(38) B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, cit., 364.

parte degli atti amministrativi l'efficacia di giudicato, ma le loro ricostruzioni dovettero fare i conti con la pressione del pubblico interesse che impone la rimozione del provvedimento inopportuno, sicché il giudicato così ottenuto è lungi dall'aver l'inesorabilità di quello processuale. Né mancarono le tesi radicalmente negatrici, secondo cui il problema del giudicato riguarda soltanto l'esperienza processuale e dunque non è affatto un problema del diritto amministrativo (Fleiner, Kormann) (39).

Benché non sia pervenuta a soluzioni univoche o generalmente condivise, la dottrina del giudicato ha lasciato profonde tracce in termini di sensibilità del diritto positivo alle istanze di stabilità del provvedimento. Così la legge austriaca del 21 luglio 1925 sul procedimento amministrativo prevede che l'amministrazione può modificare l'atto solo alle condizioni stabilite dalla legge e sulla base di interessi pubblici qualificati come la vita la salute o l'economia pubblica e, comunque, “con il più grande rispetto possibile dei diritti quesiti”. In Germania, la stabilità è il risultato della necessaria ponderazione tra l'interesse pubblico all'annullamento o alla revoca e l'affidamento del cittadino, da condurre secondo le regole dettagliate contenute nei paragrafi 48 e 49 della legge sul procedimento; in ogni caso, i provvedimenti favorevoli non possono essere annullati trascorso un anno dal momento in cui l'amministrazione abbia avuto conoscenza del vizio (art. 48, paragrafo 4) (40).

La sensibilità verso il valore della stabilità del provvedimento si è progressivamente sviluppata anche in Francia, dove la giurisprudenza ha dapprima fissato il principio secondo cui gli atti che abbiano creato diritti non possono essere ritirati oltre il termine breve per l'impugnazione giurisdizionale (41); e, più di recente, ha precisato che il ritiro dell'atto favorevole deve essere disposto entro il termine di quattro mesi dalla sua emanazione (42), con

(39) Si può vedere la ricostruzione del dibattito svolta dallo stesso A. MERKL, *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, cit., 330.

(40) Cfr. B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, cit., 365; A. CASSATELLA, *L'annullamento d'ufficio. Modelli in comparazione*, in *Diritto e formazione*, 2004, 66 ss.

(41) Conseil d'Etat, 3 novembre 1922, *Dame Cachet*.

(42) Conseil d'Etat, 26 ottobre 2001, *Ternon*. Questo termine però non vale per l'abrogazione di atti regolamentari o non costituenti situazioni di vantaggio in

una previsione oggi ripresa dall'art. L241-1 del *Code des relations entre le public et l'administration*. Un meccanismo analogo è previsto con riferimento agli atti favorevoli delle istituzioni europee, il cui ritiro è ammesso solo nel termine dell'impugnazione (43). In questi casi il tempo determina di per sé l'intangibilità del provvedimento, a prescindere dalla sussistenza in concreto di un affidamento e senza bisogno di verificare la meritevolezza o la legittimità dello stesso.

#### 6. Poteri di ritiro e presidi della stabilità nel diritto italiano ed europeo.

La dottrina italiana non ha neppure importato la terminologia del giudicato, perché si è assestata su posizioni incompatibili con l'idea di definitività cui essa rimanda (44). Cammeo scrive che non si può "irrigidire l'azione amministrativa in una serie di atti irrevocabili" (45). Santi Romano definisce il potere come una entità che "preesiste e deve necessariamente preesistere al suo esercizio e deve rimanere sempre il medesimo attraverso i vari casi in cui si esplica" (46): il potere amministrativo dunque sopravvive al suo esercizio, e il provvedimento successivo prevale su quello precedente come avviene per la legge (47). Ciò che caratterizza il provvedimento è la mutabilità, afferma M.S. Giannini,

capo a soggetti individuati; non vale neppure per gli atti impliciti o a formazione tacita, in relazione ai quali il potere di ritiro deve essere esercitato nel più breve termine di due mesi.

(43) D. DE PRETIS - F. CORTESE, *Stabilità e contendibilità del provvedimento amministrativo: percorsi di diritto comparato*, cit., 357.

(44) B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, cit., 363, il quale osserva che "quando nell'ordinamento italiano si parla di definitività degli atti amministrativi, si fa riferimento ad una vicenda assai più circoscritta: l'esaurimento dei ricorsi amministrativi ordinari e l'apertura della via giurisdizionale. L'atto è definitivo solo per questo, non certo per una sua, non predicabile, irrevocabilità".

(45) F. CAMMEO, *Commentario delle leggi sulla giustizia amministrativa*, Milano s.d., 165, citato da B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, cit., 363.

(46) S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in Id., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, rist. 1983, 186.

(47) G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2015, 308 s.

escludendo recisamente che la nozione di giudicato possa fare ingresso nel diritto amministrativo (48).

Su queste basi si è a lungo ritenuto che non fosse necessaria la previsione legale dei poteri di autotutela perché la possibilità del riesame del provvedimento è intrinseca alla natura autoritativa del potere amministrativo (49). Ed è significativo che, quando la previsione legale dei poteri di riesame è intervenuta (50), la dottrina prevalente l'ha interpretata come una sorta di conferma del principio dell'inesauribilità del potere e non come la dimo-

(48) M.S. GIANNINI, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, VI, Milano, 1959, 187,193.

(49) Prima dell'introduzione degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, i poteri di ritiro sono stati variamente giustificati o in base alla supremazia della pubblica amministrazione (F. BENVENUTI, *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. Dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss.), ovvero considerando implicita nell'attribuzione legale del potere unilaterale la facoltà di agire in senso contrario (G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 337), ovvero sul principio di efficacia dell'azione amministrativa, di cui all'art. 1, l. n. 241/1990 (M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, 1999, 79 ss.).

Al contrario, per la tesi della necessaria attribuzione legale dei poteri di ritiro v. A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. Pubbl.*, 1995, 120; D. SORACE, *Promemoria per una nuova "voce" "atto amministrativo"*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, 1988, 750. Una posizione intermedia è espressa da B. G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1223 ss., 1232, secondo cui la legalità agisce come fondamento dell'autotutela quando l'autotutela è il rimedio all'assenza di un giudice o di giurisdizione, mentre agisce come limite dell'autotutela quando l'autotutela è un modo per rafforzare l'interesse perseguito da un soggetto che risulta così privilegiato.

Un quadro generale delle dottrine è in R. VILLATA - M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2006, 584. Per la ricostruzione del dibattito dopo l'entrata in vigore degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990 v. anche A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, 2005, cit., 215 ss.; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, 2013, 59 ss., 109, il quale accede alla tesi che la norma attributiva del potere di revoca è rappresentata al combinato disposto dell'art. 21-*quinquies*, cit., con la norma di volta in volta attributiva del potere di primo grado, e, da ultimo, F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, 7 ss. e F. COSTANTINO, *Revoca del provvedimento*, 756 ss. e *Annullamento d'ufficio*, 870 s., entrambi in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016.

(50) Artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, introdotti dalla l. n. 15/2005.

strazione del fatto che il riesame è generalmente vietato e ammesso solo ove previsto dalla legge (51).

In Italia la sensibilità verso la stabilità del provvedimento è sorta in un secondo tempo, non nell'ambito dello studio sul potere amministrativo o dell'efficacia del provvedimento, quanto come un corollario della tesi secondo cui il principio di buona fede opera anche nei rapporti di diritto pubblico quale antidoto all'esercizio arbitrario dei poteri di ritiro da parte dell'amministrazione. L'origine di tale principio nel diritto pubblico è controversa (52); pacifico, invece, è che tra i suoi corollari vi sia la tutela dell'affidamento del cittadino rispetto alle aspettative ingenerate dai poteri pubblici (53): il principio integrativo della buona fede crea un tempo artificiale che si sovrappone al tempo della legge, nel quale è possibile che il ritiro del provvedimento sia vietato per garantire le legittime aspettative del cittadino nonostante la norma di legge vigente nel tempo naturale consenta all'amministrazione di ritirare il provvedimento (54).

Dal punto di vista della situazione giuridica soggettiva del

(51) In questo secondo senso invece G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 310 s., secondo cui l'introduzione nella l. n. 241/1990 degli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* non vale a dare dignità scientifica alla nozione di autotutela e comunque non può essere addotta a dimostrazione dell'esistenza di un fondamento generale dell'autotutela amministrativa: "vero è, invece, che d'ora in poi il regime dell'annullamento e della revoca è quello che risulta dalla legge".

(52) Rileva F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 2007, 71, che il principio della buona fede "secondo alcuni è un principio di diritto romano comune che integra in verticale, in ogni tempo, ogni tipo di codificazione. Secondo una dottrina più recente, che sembra avere dalla sua la Corte di Giustizia della Comunità europea, il principio non deriverebbe dal diritto romano comune, ma sarebbe intrinseco alla nozione di Stato di diritto, inteso come Stato che garantisce, attraverso la certezza del diritto le aspettative dei cittadini. Nell'un caso il principio sarebbe integrativo della legge, nell'altro il principio deriverebbe dalla ratio ricavabile da norme costituzionali e legislative".

(53) F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 50 ss., secondo il quale la tutela del legittimo affidamento è soltanto un aspetto della rilevanza del principio di buona fede nei rapporti del cittadino con lo Stato. Per l'idea che il principio di buona fede sia un canone generale di comportamento dell'amministrazione, pertanto non limitato ai poteri di ritiro, v. F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995, 133 ss., *passim*.

(54) F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 71. Sul principio del legittimo affidamento nel diritto europeo, come limite all'esercizio dei poteri di ritiro, v. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, 256 ss.

destinatario del provvedimento, gli atti di ritiro sono assimilabili ai provvedimenti di primo grado restrittivi della sfera giuridica. Questo comporta che trova applicazione, come ulteriore presidio della stabilità del provvedimento, il principio di proporzionalità, il cui nucleo era presente in Italia nell'elaborazione di Romagnosi e che la Corte di giustizia europea ha valorizzato secondo il modello della giurisprudenza costituzionale tedesca. Esso guida l'esercizio dei poteri restrittivi connotati da discrezionalità sottoponendo la decisione al vaglio dei criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza (55).

Il principio di proporzionalità, oltre a costituire un criterio generale di valutazione dei poteri di ritiro, ispira talune soluzioni

(55) La prima fase della valutazione della p.a. è informata al principio di idoneità, che guarda alla relazione tra mezzo impiegato e obiettivo perseguito, imponendo di scartare, tra tutte le soluzioni possibili, quelle inidonee a raggiungere il fine. Successivamente, la necessità (o "regola del mezzo più mite") consente di selezionare, tra le misure ritenute idonee, quelle che implicano il minor sacrificio possibile degli interessi coinvolti dal provvedimento da adottare. Infine, la scelta definitiva dell'amministrazione deve superare un ultimo vaglio alla luce del criterio di adeguatezza, cioè di tollerabilità della compressione della sfera giuridica del destinatario del provvedimento, per cui l'intera decisione deve essere ridiscussa ove il sacrificio causato sia sproporzionato rispetto al raggiungimento dello scopo perseguito.

Sul principio di proporzionalità A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, 1998, 315 ss.; Id., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. Cassese, vol. V, Milano, 2006, 4643; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, 1998; Id., *Il principio di proporzionalità*, in M. RENNA - F. SAITTA, *op. cit.*, 389 ss., spec. 405 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, 2008, 97 ss.; G. DELLA CANANEA - C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, 2010, 97-101; S. COGNETTI, *Principio di proporzionalità*, cit., 224 ss., *passim*; G.A. ANSALDI, *Principio di proporzionalità e funzioni pubbliche*, Acireale-Roma, 2012, 163 ss.; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, 2012, 85 ss.; e, da ultimo, con specifica attenzione al test di proporzionalità articolantesi nei criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza, F. TRIMARCHI BANFI, *Canone di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 361 ss.

Nell'ordinamento italiano il principio di proporzionalità trova il suo antecedente nel principio del "minimo mezzo" elaborato da Gian Domenico Romagnosi. Su Romagnosi e il principio di proporzionalità v. A. SANDULLI, *op. cit.*, 10 ss.; F. MERUSI, *Gian Domenico Romagnosi tra diritto e processo amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 1234 s.; G. ROSSI, *L'attualità di G.D. Romagnosi nell'eclissi dello statalismo*, in *Dir. pubbl.*, 2012, 31 s.; V. FANTI, *op. cit.*, 85-98.

normative specifiche, come ad esempio quelle contenute nella direttiva 2002/20/CE del 7 marzo 2002 relativa alla autorizzazioni per le reti e i servizi di comunicazione elettronica. Si prevede infatti che, se accerta l'inosservanza da parte di un'impresa di una o più condizioni indicate dalla concessione dei diritti individuali d'uso delle frequenze radio e dei numeri, l'autorità di regolamentazione non può revocare immediatamente la concessione, ma deve aprire un contraddittorio con l'impresa e eventualmente comminare sanzioni pecuniarie (art. 10, parr. 2-4); la revoca del diritto d'uso è pertanto una misura di *extrema ratio*, che l'autorità disporrà solo se ricorrono violazioni gravi e ripetute (art. 10, par. 5) o se le violazioni sono tali da arrecare un rischio grave e immediato per la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica o la salute pubblica, o da creare gravi problemi economici od operativi ad altri fornitori o utenti di reti o di servizi di comunicazione elettronica (art. 10, par. 6) (56).

Un altro presidio della stabilità, di carattere strutturale, proviene dalla generale riconfigurazione degli atti ampliativi che il diritto europeo impone sulla spinta delle libertà economiche fondamentali previste dal trattato e dal principio di concorrenza. La direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (c.d. direttiva Bolkenstein, relativa ai servizi del mercato interno — d'ora in avanti anche "direttiva servizi"), che sul punto costituisce il testo normativo di riferimento nonostante non riguardi l'intero universo delle autorizzazioni e delle concessioni (57), non dedica parti-

(56) Esula dal nostro esame la disciplina della autorizzazione generale perché non si tratta propriamente di un provvedimento amministrativo ma di una forma di controllo alternativo che prevede la predisposizione da parte dello Stato di un quadro normativo di diritti e obblighi per l'esercizio dell'attività (art. 2) e, da parte dell'impresa una mera comunicazione dell'intenzione di iniziare la fornitura del servizio (art. 3). È comunque interessante notare che, anche con riferimento all'autorizzazione generale, la direttiva afferma che in caso di inosservanza delle condizioni da essa previste è opportuno che le sanzioni siano proporzionate alle infrazioni. Tranne casi eccezionali, appare eccessivo sospendere o revocare ad un'impresa il diritto di prestare servizi di comunicazione elettronica o di utilizzare determinate frequenze radio o determinati numeri qualora essa non si sia conformata ad una o più condizioni previste dall'autorizzazione generale (considerando 27).

(57) Non trova applicazione, ad esempio, nel settore dei servizi pubblici. Cfr. M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere*

colare attenzione alla disciplina dei poteri di ritiro degli atti ampliativi, ma le sue implicazioni in questo ambito sono comunque relevantissime.

Ad incidere in senso positivo sulla stabilità del provvedimento è soprattutto la previsione secondo cui un regime autorizzatorio — per tale intendendo qualsiasi forma di controllo *ex ante* sulle attività produttive — è ammissibile soltanto a tutela di interessi pubblici determinati, rispetto ai quali il controllo *ex post* si riveli in concreto non soddisfacente: i c.d. motivi imperativi di interesse generale, come la sanità o l'ordine pubblico, tra i quali non figura il bisogno economico di mercato (58).

Tale previsione non riguarda soltanto il legislatore, che ad essa è vincolato nella istituzione del regime autorizzatorio, ma determina a catena un effetto di abbattimento della discrezionalità amministrativa perché l'autorizzazione potrà essere negata soltanto ove strettamente necessario alla tutela degli interessi pubblici tipici in vista dei quali il regime autorizzatorio è stato istituito (59). In tal modo anche il potere di revocare il provvedimento, che può essere esercitato soltanto al venir meno delle condizioni per il rilascio dello stesso, diviene un potere a fattispecie tipizzata e a basso tasso di discrezionalità. In definitiva, l'effetto delle previsioni della direttiva servizi sul potere amministrativo è duplice: ad essere vietato per ragioni diverse da quelle tassativamente indicate dal diritto europeo non è soltanto il diniego dell'autorizzazione, ma anche il ritiro della stessa.

*all'accesso al mercato?*, cit., 16, il quale osserva che la direttiva servizi assume comunque una valenza generale perché definisce una disciplina unitaria del controllo pubblico su una buona parte delle attività economiche, disciplina peraltro direttamente espressiva di principi ricavabili dai Trattati.

(58) Sui motivi imperativi di interesse generale v. N. LONGOBARDI, *Liberalizzazioni e libertà di impresa*, Riv. it. dir. pubbl. comunitario, 2013, 603 ss., 637; M. CLARICH, *Autorizzazioni e concessioni: presidi dell'interesse pubblico o barriere all'accesso al mercato?*, cit., 17 s.; A. CIOFFI, *Annullamento d'ufficio e libertà economiche*, reperibile sul sito dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo, all'indirizzo <http://www.diritto-amministrativo.org/index.php?new=634>, che individua l'origine della categoria nel diritto civile francese, dove l'interesse generale opera come limite all'autonomia privata.

(59) Si tratta di un indice della vitalità dello sviamento di potere, sui cui F. MERUSI, *Giustizia amministrativa e autorità indipendenti*, in *Annuario AIPDA 2002*, Milano, 2003, 191-193 e ID., *Analisi economica del diritto e diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2007, 438.

Non è senza rilievo, infine, che il solo potere di ritiro che la direttiva servizi dichiara di voler preservare è la revoca dei provvedimenti autorizzativi al venir meno dei presupposti per il loro rilascio (60). Tale indicazione, infatti, indirizza i poteri di ritiro verso la funzione di gestione delle sopravvenienze e dunque squalifica implicitamente previsioni che consentono di esercitare i poteri di ritiro pur in assenza di fatti nuovi che modificano l'interesse pubblico, come ad esempio l'art. 21-*quinquies*, l. 7 agosto 1990, n. 241, nella parte in cui ammette la revoca del provvedimento per mera rivalutazione dell'interesse pubblico originario. Previsioni di questo genere non rispondono all'esigenza che l'azione amministrativa si mantenga corrispondente all'interesse pubblico nel corso del tempo ma semplicemente conferiscono all'amministrazione un diritto di pentimento che, come osservato in dottrina, è fondamentalmente un diritto al capriccio (61).

### 7. Il nuovo assetto dei poteri di ritiro in Italia.

L'entrata in vigore di una disciplina generale dei poteri di ritiro nel 2005 (artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* l. n. 241/1990, introdotti dalla l. n. 15/2005) rappresenta, a parere di chi scrive, un importante momento di discontinuità ai fini della ricostruzione sistematica del potere amministrativo e dei suoi caratteri (62).

Al contempo, si deve riconoscere che le due disposizioni ora richiamate non hanno introdotto limiti all'esercizio dei poteri di ritiro (63) che non fossero ricavabili (e che non erano stati ricavati) in via interpretativa dal principio di buona fede, dai canoni della ragionevolezza e della proporzionalità e dall'obbligo, implicito nel concetto stesso di discrezionalità amministrativa, di pon-

(60) Il considerando 55 della direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 lascia "impregiudicata la facoltà degli Stati membri di revocare successivamente le autorizzazioni, quando non sussistono più le condizioni per il loro rilascio".

(61) G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, cit., 315.

(62) Si rinvia al successivo paragrafo 8 per alcune prime considerazioni in questo senso.

(63) Per l'annullamento, come noto, i limiti introdotti dalla legge, cui si fa riferimento nel testo, sono l'obbligo di disporlo "entro un termine ragionevole" e "tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati"; mentre per la revoca la legge non fa riferimento a tali limiti ma prevede l'obbligo di indennizzare il soggetto pregiudicato dal ritiro del provvedimento favorevole.

derare l'interesse alla rimozione del provvedimento con gli interessi opposti dei soggetti privati (64).

Solo negli ultimi anni il legislatore, mosso da una maggiore sensibilità nei confronti della stabilità degli atti favorevoli, ha ritenuto non più sufficiente il presidio dei principi di buona fede e proporzionalità (65) ed ha pertanto modificato l'assetto dei poteri di ritiro introducendo limiti inediti sia per quanto attiene all'annullamento d'ufficio che alla revoca (66).

(64) Questa considerazione spiega la difficoltà riscontrata dalla dottrina ad assegnare all'art. 21-*nonies*, in materia di annullamento d'ufficio, un significato di tutela dell'affidamento che non fosse implicito nella tutela dell'interesse legittimo e nel relativo sindacato giurisdizionale sull'atto di riesame: v. F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 859; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008 18 ss. La difficoltà di rintracciare un carattere innovativo ai limiti introdotti al potere di revoca emerge sol che si consideri che già S. ROMANO, *Principii di diritto amministrativo*, Milano, 1901, 51, poneva la corresponsione dell'indennizzo come condizione di liceità della revoca che comporta un sacrificio al diritto del privato.

(65) In ragione della loro vaghezza intrinseca i principi sono permeabili alle convinzioni radicate nella cultura giuridica che li accoglie. Da qui la possibilità di interpretazioni poco rigorose della giurisprudenza, la quale anche da ultimo ha ritenuto che "secondo un consolidato indirizzo giurisprudenziale, dal quale non vi è motivo per discostarsi, non vi è neppure bisogno di una particolare motivazione sull'interesse pubblico e sulla comparazione tra quest'ultimo e quello del privato allorché l'annullamento dell'atto in autotutela elimini l'indebita o ingiustificata erogazione di somme, sussidi e benefici a carico delle finanze pubbliche, in tal caso l'interesse pubblico essendo in re ipsa, senza che possa assumere rilievo in senso contrario neppure il decorso del tempo" (*ex multis*, Cons. Stato, sez. V, 12 novembre 2013, n. 5415; 23 ottobre 2012, n. 5267; sez. III, 11 novembre 2014, n. 5539; 22 dicembre 2014, n. 6310; Cons. Stato, sez. V, 16 marzo 2016, n. 1056).

(66) Si fa riferimento, per la revoca, alle modifiche apportate all'art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990 dall'art. 25, comma 1, lettera *b-ter*, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164; e, per l'annullamento d'ufficio, alle modifiche apportate all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 dall'art. 25, comma 1, lettera *b-quater*, d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164 e, soprattutto, dall'art. 6, comma 1, lettere *c* e *d*, l. 7 agosto 2015, n. 124.

Sul nuovo assetto dei poteri di ritiro v. M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, *Giornale di Dir. amm.*, 2015, 634 ss.; F. FRANCIARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 L. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2015; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*,

Il nuovo assetto dei poteri di ritiro prevede innanzitutto che la revoca per mutamento della situazione di fatto può essere disposta soltanto qualora tale mutamento fosse imprevedibile al momento dell'adozione del provvedimento: l'esercizio del potere di revoca viene così sottoposto a un requisito di validità specifico (la valutazione postuma circa la stabilità dei fatti rilevanti al momento dell'adozione del provvedimento), sconosciuto ai poteri amministrativi di primo grado (67).

Ma la scelta destinata ad incidere in maniera più profonda nelle prassi dell'amministrazione e nei rapporti con i cittadini è quella di isolare una categoria di atti amministrativi, costituita dai provvedimenti "autorizzativi o attributivi di vantaggi economici", e dotarla di una stabilità rinforzata. Tali provvedimenti non

2016, 5 ss.; M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento amministrativo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016; M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 99 ss. Cfr. altresì gli scritti di F. Francario, A. Cioffi, A. Carbone, S. Tuccillo e C. Napolitano, raccolti in A. RALLO - A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 135-136.

Sulle modifiche introdotte nel 2014 ampie considerazioni critiche in G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2015, 575 ss.

(67) Secondo G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014*, cit., 578 ss., il requisito della imprevedibilità del mutamento di fatto non sarebbe in condizione di garantire una maggiore stabilità del provvedimento, anzi potrebbe generare l'effetto contrario. Secondo l'A., la modifica legislativa non ha carattere innovativo in quanto il canone della diligenza, alla cui stregua deve essere verificata la prevedibilità del mutamento nelle circostanze di fatto, trova applicazione all'attività amministrativa secondo i principi generali e quindi a prescindere dalla disciplina legislativa della revoca. Diversamente da quanto sostenuto nel testo, inoltre, l'A. ritiene che dal divieto di disporre la revoca in presenza di un mutamento dei fatti prevedibile si desume che l'amministrazione prima di adottare qualsiasi provvedimento ha l'obbligo istruttorio di "effettuare una indagine particolarmente approfondita e puntuale, non limitata all'accertamento dello *status quo*, ma estesa alla valutazione circa il possibile/probabile mutamento della situazione di fatto". La conseguenza è che, se l'amministrazione omette tale valutazione e adotta il provvedimento nonostante sia prevedibile il mutamento della situazione di fatto, tale provvedimento non sarà revocabile per sopravvenuto mutamento della situazione di fatto. Ciò tuttavia non assicura maggiore stabilità in quanto il provvedimento sarà illegittimo perché adottato in base a una istruttoria carente e, pertanto, annullabile d'ufficio senza obbligo di riconoscere al privato l'indennità prevista dall'art. 21-*quinquies* per la revoca (583 s.).

possono essere revocati per rivalutazione dell'interesse pubblico originario (68) e non possono essere annullati d'ufficio o sospesi una volta decorsi diciotto mesi dalla loro adozione, tranne che una sentenza penale passata in giudicato abbia accertato la falsità degli elementi fattuali che il beneficiario ha fornito all'amministrazione inducendola in errore (69).

Nella previsione del termine di diciotto mesi per disporre l'annullamento dei provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici il Consiglio di Stato in sede consultiva ha ravvisato un "nuovo paradigma nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni", osservando che "nel quadro di una regolamentazione attenta ai valori della trasparenza e della certezza, il legislatore del 2015 ha fissato termini decadenziali di valenza nuova, non più volti a determinare l'inoppugnabilità degli atti nell'interesse dell'amministrazione, ma a stabilire limiti al potere pubblico nell'interesse dei cittadini, al fine di consolidare le situazioni soggettive dei privati" (70).

Di certo, la previsione del termine di decadenza comporta un mutamento nell'approccio al tema della stabilità del provvedimento. La stabilità diventa un valore in sé, indipendente dal radicamento di un legittimo affidamento in capo al destinatario dell'atto. L'affidamento può non essere legittimo o persino mancare, e ciononostante il provvedimento autorizzativo o attributivo di vantaggi economici non può più essere annullato decorsi diciotto mesi dalla sua adozione (71). Ciò non è contraddetto dal-

(68) Art. 21-*quinquies*, comma 1, come modificato dall'art. 25, comma 1, lettera *b-ter*), d.l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito con modificazioni dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

(69) Artt. 21-*quater*, comma 2, e 21-*nonies*, comma 1, l. n. 241/1990, come modificati dall'art. 6, l. 7 agosto 2015, n. 124, comma 1, lettere *c*) e *d*), l. 7 agosto 2015, n. 124. Nulla esclude, peraltro, che l'annullamento o la sospensione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici sia ritenuto irragionevole, e dunque illegittimo, anche se precedente al decorso dei diciotto mesi dall'adozione dell'atto. Cfr. TAR Campania, Napoli, sez. IV, 5 aprile 2016, n. 1658.

(70) Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto SCIA.

(71) OSSERVA E. FOLLIERI, *Interessi cosiddetti sensibili e interessi allo sviluppo economico*, in *www.giustamm.it*, 2016, 7, che la preclusione temporale all'annullamento d'ufficio, operando indipendentemente dal contenuto della norma violata, può costituire un fattore di pericolo per la tutela di interessi sensibili come il

l'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*, secondo il quale il termine di diciotto mesi non trova applicazione se una sentenza penale passata in giudicato accerta che il provvedimento è stato conseguito sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive false o mendaci. Tale disposizione infatti indica soltanto una ipotesi di malafede "qualificata", in presenza della quale non opera la regola della stabilità, per cui da essa non si può desumere che la buona fede del destinatario è un presupposto per la stabilizzazione del provvedimento.

Tra le diverse questioni di carattere interpretativo poste dal nuovo assetto dei poteri di ritiro (72), quelle di maggiore portata sistematica attengono alla perimetrazione della categoria dei "provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici" e alla determinazione delle conseguenze della violazione del

patrimonio artistico, il paesaggio, la difesa nazionale, la pubblica sicurezza, etc., i quali andrebbero bilanciati con l'interesse allo sviluppo economico e alla certezza dei rapporti.

(72) Una prima questione è se per il rispetto del termine di diciotto mesi è sufficiente l'avvio dell'iter dell'autotutela, ovvero l'adozione dell'atto di autoannullamento. Il Consiglio di Stato si è già pronunciato nel secondo senso, a tutela della certezza dei tempi dell'azione amministrativa (Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto SCIA).

Questione più complessa è quella del coordinamento della nuova previsione con precedenti disposizioni, rimaste in vigore, che prevedono ipotesi di annullamento d'ufficio senza indicare un termine oltre il quale esso non può essere disposto o indicando un termine più lungo. In termini generali, la l. n. 241/1990 non sostituisce le discipline speciali, esprime direttive che permeano la legislazione speciale quando sono espressione di principi di rango costituzionale o di scelte valoriali di fondo dell'ordinamento (Cons. Stato, Ad. Plen., 15 settembre 1999, n.14, dove si afferma che la l. n. 241/1990 è "legge *sul* provvedimento amministrativo, non legge *del* provvedimento amministrativo"). Stando ai primi orientamenti del Consiglio di Stato (v. il citato parere sulla bozza di decreto SCIA) la previsione del termine di diciotto mesi è strettamente funzionale alla certezza dei rapporti giuridici e si inserisce nell'indirizzo assunto dal legislatore contemporaneo di accrescere la stabilità della decisione amministrativa. Sarebbe dunque difficile negare ad essa portata espansiva nei confronti di precedenti disposizioni, pur speciali, che non indicano un termine entro il quale l'annullamento deve essere disposto (uno spunto in questo senso in TAR Lazio, Roma, sez. III, 22 aprile 2016, n. 4667). Per la stessa ragione, devono ritenersi abrogate tacitamente le eventuali disposizioni che indicassero termini più lunghi, sostituiti dal termine indicato nell'art. 21-*nonies*, comma 2, mentre non dovrebbero essere intaccate le disposizioni che prevedono termini più brevi di quello indicato dalla legge generale.

termine di diciotto mesi oltre il quale il provvedimento non può essere annullato o sospeso.

7.1. *La categoria dei "provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici"*.

La formula legislativa "provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici" può essere interpretata in senso restrittivo, argomentando nel senso che il riferimento specifico ai "provvedimenti autorizzativi" esclude dall'ambito di applicazione della nuova disciplina gli atti ampliati di altro tipo, come ad esempio le concessioni e gli atti ad esse assimilabili (73), e che il riferimento ai "provvedimenti attributivi di vantaggi economici" riguarda soltanto i provvedimenti il cui effetto tipico è l'attribuzione al destinatario di una somma di denaro (come le sovvenzioni o i contributi).

Per quanto risponda ad un'apprezzabile esigenza di rigore concettuale, vi sono diverse ragioni che non consentono di condividere tale interpretazione.

Va innanzitutto osservato che la nozione europea di "regime di autorizzazione" comprende "le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma

(73) Prospetta questa interpretazione G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014*, cit., 588 s., il quale osserva che nel sistema normativo della l. n. 241/1990 l'autorizzazione è soltanto una *species del genus* degli atti di "consenso" (di cui all'art. 14, comma 4) o di "assenso" (cfr. artt. 14-*bis*, comma 2, e 14-*ter*, comma 6-*bis* e comma 8-*bis*), di cui fanno parte "le intese, i pareri, le concessioni, le autorizzazioni, le licenze, i nullaosta e gli assensi, comunque denominati". Secondo l'A., inoltre, "l'impossibilità di considerare l'autorizzazione come nozione unificante nel cui alveo rientrano tutti gli atti ampliati trova altresì conferma nella formulazione dell'art. 19 l. 241/1990 che, facendo riferimento a "ogni atto di autorizzazione, licenza, concessione non costitutiva, permesso o nulla osta comunque denominato, comprese le domande per le iscrizioni in albi o ruoli richieste per l'esercizio di attività imprenditoriale, commerciale o artigianale", tiene ferma la distinzione tra il provvedimento di autorizzazione e gli altri provvedimenti con effetti favorevoli sul privato". Poi però è lo stesso A. ad allontanarsi dal criterio della interpretazione letterale della l. n. 241/1990, rilevando che "le concrete conseguenze di tale impostazione non sembrano apprezzabili con riferimento ai provvedimenti di abilitazioni, nullaosta, dispense, approvazioni e licenze, che la dottrina e la giurisprudenza hanno concordemente ricondotto nell'alveo dell'autorizzazione, quanto piuttosto con riferimento ai provvedimenti concessori".



anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato con un organismo o di ottenere una tessera professionale" (74).

Una definizione così estesa dell'autorizzazione si spiega perché il diritto europeo guarda agli atti ampliati dalla prospettiva della libertà di iniziativa economica, e non dalla prospettiva del potere. Le distinzioni poste dalla tradizione giuridica nazionale in seno ai provvedimenti favorevoli (a cominciare da quella fondamentale tra autorizzazioni e concessioni per arrivare a quelle più specifiche che la dottrina ha posto con metodo analitico) si basano sui criteri della struttura, della funzione e dell'efficacia degli atti. Assunta la prospettiva della libertà di iniziativa economica, queste distinzioni perdono di rilievo perché viene in evidenza una categoria giuridica unitaria, costituita da tutti i provvedimenti che rappresentano la condizione (ovvero che sono necessari) per lo svolgimento di una certa attività economica (e che vengono denominati autorizzazioni).

In questa prospettiva sembra opportuno collocarsi anche per l'interpretazione del novellato art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990. Infatti, se il termine di diciotto mesi è previsto, come pare indiscutibile, per fornire agli operatori economici maggiori garanzie sulla tenuta degli atti amministrativi, allora non sarebbe ragionevole introdurre differenziazioni disciplinari in seno ad atti che, pur a diverso titolo e per diverse ragioni, hanno in comune di costituire condizioni necessarie per lo svolgimento di una attività economica. È da ritenere pertanto che i "provvedimenti autorizzativi" assistiti dal regime di stabilità rinforzata di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 non siano soltanto quelli che la legislazione interna o la giurisprudenza definisce come tali — peraltro sulla base di categorie oggetto di ampia discussione in dottrina —, bensì tutti i provvedimenti il cui rilascio è necessario per svolgere una attività economica, in sintonia con la nozione europea dell'autorizzazione (75).

(74) Considerando 39, direttiva 2006/123/CE del 12 dicembre 2006 (direttiva servizi).

(75) L'interpretazione proposta sembra farsi spazio nella giurisprudenza: Cons. Stato. Sez. VI, 10 dicembre 2015, n. 5625; Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 351, relativa a una concessione edilizia in variante del piano regolatore generale.

Si deve inoltre considerare che la stabilità rinforzata assiste non solo i provvedimenti necessari per lo svolgimento di attività economiche, ma anche i provvedimenti che sono di ausilio alle stesse in quanto rientranti nella categoria dei "provvedimenti attributivi di vantaggi economici", espressamente richiamata nel nuovo testo dell'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990. Ciò conferma la necessità di interpretare in senso estensivo l'espressione "provvedimenti autorizzativi", onde non pervenire all'irragionevole conclusione di riconoscere ad alcuni dei provvedimenti necessari per lo svolgimento di attività economiche un grado di stabilità inferiore rispetto a quelli che ne assicurano soltanto il sostegno finanziario.

Dubbio, peraltro, è se i "provvedimenti attributivi di vantaggi economici" siano soltanto quelli che attribuiscono al proprio destinatario una somma di denaro o altro ausilio finanziario. Infatti, la nozione in esame si trova richiamata anche nella rubrica dell'art. 12, l. n. 241/1990, che, nel testo, fa riferimento non solo a "sovvenzioni, contributi, sussidi ed ausili finanziari" ma anche, incorrendo in una evidente tautologia, ai provvedimenti di "attribuzione di vantaggi economici di qualunque genere". Da ciò la giurisprudenza ha desunto che i tipi di provvedimenti indicati dal testo legislativo costituendo una mera esemplificazione dei principali tipi di atti con cui vengono attribuiti vantaggi economici (76), così prefigurando la possibilità di comprendere nella nozione atti unilaterali con i quali si trasferiscono beni diversi dal denaro.

Più in generale, la denominazione "provvedimenti attributivi di vantaggi economici" non si riferisce ad un preciso effetto giuridico, ma ad una conseguenza materiale dell'atto. E questo slittamento semantico — dagli effetti del provvedimento ad una conseguenza materiale dello stesso, peraltro non coincidente con l'attribuzione di una somma di denaro — può legittimare interpretazioni che sottopongono alla nuova disciplina l'annullamento di tutti i provvedimenti che attribuiscono al destinatario un vantaggio anche solo indirettamente apprezzabile in termini economici. Si pensi, ad esempio, alla possibilità di qualificare come

(76) Cfr. TAR Lazio, Latina, Sez. I, 30 luglio 2008, n. 987, citata da G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014*, cit., 595.

“attributivi di vantaggi economici” i provvedimenti presupposti alla costituzione del rapporto di pubblico impiego, questione che appare di grande rilievo pratico considerata la frequenza degli atti di autoannullamento di illegittimo “ingresso” dei dipendenti (assunzioni senza concorso; stabilizzazione dei rapporti precari con leggi, specie regionali, dichiarate incostituzionali etc.).

Problemi specifici si pongono in relazione all’applicabilità del termine di diciotto mesi all’annullamento d’ufficio dei provvedimenti di aggiudicazione dei contratti, i quali pure astrattamente possono essere concepiti come provvedimenti necessari per lo svolgimento di certe attività economiche (e, dunque, come provvedimenti “autorizzatori, secondo la definizione accolta): quelle che implicano la stipula di un contratto di appalto o concessione con l’amministrazione (77).

La specificità del problema è data dal fatto che le direttive sugli appalti e sulle concessioni indicano alcune ipotesi, recepite dal recente Codice dei contratti pubblici (d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50) (78), in cui la risoluzione del contratto dipende dalla presenza di un vizio nell’aggiudicazione (79). In tali ipotesi, l’annullamento d’ufficio dell’aggiudicazione è, ad un tempo, condizione necessa-

(77) La giurisprudenza non si è pronunciata in termini chiari sulla applicabilità del termine di diciotto mesi all’annullamento d’ufficio degli atti di gara. Una indicazione indiretta in senso positivo si ricava tuttavia da Tar Calabria, Reggio Calabria, sez. I, 26 gennaio 2016, n. 86, che ha ritenuto legittimo l’annullamento d’ufficio di un atto di proroga del servizio in quanto intervenuto prima dei diciotto mesi previsti dalla norma.

(78) Artt. 108 (appalti) e 176 (concessioni), d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50.

(79) Le direttive 2014/24/UE (appalti pubblici) 2014/23/UE (concessioni) e 2014/25/UE (appalti pubblici nei settori speciali), tutte del 26 febbraio 2014, non disciplinano espressamente il ritiro dell’aggiudicazione ma individuano le ipotesi nelle quali gli stati membri devono assicurare alle amministrazioni aggiudicatrici la possibilità di risolvere il contratto “alle condizioni stabilite dal diritto nazionale applicabile” (rispettivamente, artt. 73, 44 e 90). Le ipotesi cui si fa riferimento nel testo, nelle quali la risoluzione del contratto deriva da vizi che attengono all’aggiudicazione, ricorrono quando sia stata selezionata una impresa che avrebbe dovuto essere esclusa (lett. b) e quando “l’appalto non avrebbe dovuto essere aggiudicato all’aggiudicatario in considerazione di una grave violazione degli obblighi derivanti dai trattati e dalla presente direttiva come riconosciuto dalla Corte di giustizia dell’Unione europea in un procedimento ai sensi dell’articolo 258 TFUE.” (lett. c). In queste ipotesi la risoluzione del contratto passa per l’annullamento dell’aggiudicazione perché basata su vizi che attengono alla fase pubblicistica, come osserva G. GALLONE, *Annullamento d’ufficio e sorte del contratto*, Bari, 2016, 120.

ria e motivo determinante della risoluzione del contratto, sicché dall’applicabilità o meno del termine di diciotto mesi dipende il grado di stabilità della fattispecie complessiva: in gioco non è soltanto la certezza intorno alla stabilità del provvedimento, ma anche la certezza intorno alla stabilità del contratto stipulato.

La soluzione accolta dal codice dei contratti pubblici è che il termine di cui all’art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990, non si applica all’annullamento dell’aggiudicazione della concessione (art. 176, comma 2, d.lgs. 50/2016). Nulla era previsto in origine per gli atti di affidamento degli appalti (v. art. 108, d.lgs. n. 50/2016). Le ragioni della scelta di assegnare all’aggiudicazione della concessione un grado di stabilità minore rispetto all’aggiudicazione dell’appalto non risultavano chiare, dal momento che dalle direttive europee emerge una indicazione generale nel senso dell’identità della disciplina di concessioni e appalti, le prime costituendo una sorta di sottospecie dei secondi, connotata dalla traslazione del rischio operativo (80). Il correttivo al codice (d.lgs. n. 56/2017) ha uniformato la disciplina, stabilendo che anche la risoluzione del contratto di appalto per vizi attinenti all’aggiudicazione non è soggetta al termine di cui all’art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 (v. art. 108, comma 1-*bis*, d.lgs. n. 50/2016) tutto ciò dimostra che, salvo contraria indicazione, anche i provvedimenti di aggiudicazione rientrano tra i “provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici” e sono pertanto assoggettati al regime della stabilità rinforzata.

In definitiva, al di là della retorica del “cambio di paradigma nei rapporti tra amministrazione e cittadino”, le nuove regole in tema di stabilità del provvedimento contribuiscono in modo non trascurabile alla creazione di un sistema di certezze per il mercato fondato sulla stabilità degli atti amministrativi perché trovano applicazione sia ai provvedimenti che sono condizione per lo svolgimento di attività economiche, sia a quelli che sono di ausilio alle stesse. Quantomeno in relazione agli atti ampliativi, si può affermare che il termine di diciotto mesi costituisce “in linea di principio” il “termine ragionevole” che deve essere rispettato per l’esercizio legittimo dell’annullamento d’ufficio (81).

(80) V. G. GRECO, *La direttiva in materia di “concessioni”*, in *Riv. trim. dir. pubbl. com.*, 2015, 1110.

(81) Cons. Stato, sez. VI, 29 gennaio 2016, n. 351, secondo cui la riforma dell’art. 21-*nonies* ha fissato “in via di principio in diciotto mesi” il “termine ragionevole” per il legittimo esercizio dei poteri di annullamento.

## 7.2. Natura del termine e conseguenze della sua violazione.

La previsione di un termine rispetto all'esercizio del potere non è una assoluta novità, come invece il Consiglio di Stato sembra ritenere nel citato parere del 30 marzo 2016. L'art. 2 della l. n. 24/1990 prevede infatti l'obbligo di concludere il procedimento entro un termine con l'adozione del provvedimento espresso, termine la cui violazione secondo una parte della dottrina determina la nullità del provvedimento tardivo per carenza di potere (82) o comunque la sua illegittimità (83). La giurisprudenza prevalente tuttavia ritiene che il decorso infruttuoso di tale termine non comporti che l'amministrazione perda il potere di provvedere, né determina l'illegittimità del provvedimento tardivo (84). La novità, allora, sta nel fatto che il Consiglio di Stato collega alla violazione del termine di cui all'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 conseguenze in ordine alla validità dell'annullamento d'ufficio, assegnandovi dunque un carattere decadenziale che

(82) M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, 1995, secondo cui il provvedimento emanato successivamente alla scadenza del termine sarebbe nullo per carenza sopravvenuta di potere. Per la tesi del carattere perentorio del termine anche F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit. 44-49.

(83) F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. Tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, 575. A queste tesi aderisce con alcune rilevanti precisazioni S. VERNILE, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (ed indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2015, 404 ss., 406, sulla base della condivisibile considerazione che "il riconoscimento della possibilità di esercitare il potere successivamente alla scadenza del termine non comporta automaticamente la legittimità del provvedimento così adottato" perché esso è comunque in contrasto con la norma di azione rappresentata dall'art. 2 l. p.a. L'A. precisa che, se il provvedimento tardivo ha carattere vincolato, esso non è annullabile in quanto la violazione procedurale del termine non incide sul contenuto dispositivo, e dunque trova applicazione l'art. 21-*octies* della l. n. 241/1990, c. 2. Quando l'atto tardivo ha carattere discrezionale, la proposta dell'A. è di richiamare in via analogica il principio della convalida (secondo comma dell'art. 21-*nonies* della legge sul procedimento amministrativo) per ritenere che il provvedimento sia comunque legittimo qualora pervenuto entro un tempo ragionevole e comunque sussistendone le ragioni di interesse pubblico (408 s.).

(84) *Ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. II, 6 maggio 2014, n. 1155; Cons. Stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3172; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 30 gennaio 2012, n. 136; Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2007, n. 3455.

invece rifiuta di riconoscere al termine di conclusione del procedimento (85).

La decadenza, come noto, è un istituto di carattere generale che attiene all'esercizio di poteri modificativi della realtà giuridica (o, secondo altra terminologia, diritti potestativi) (86). Si potrebbe quindi ritenere che lo scadere del termine per disporre l'annullamento d'ufficio si ripercuote sul relativo potere, prima che sull'atto: che non risulterebbe invalido per un vizio proprio, ma per la carenza in concreto del potere esercitato (87).

In ogni caso, quale si ritenga la ricostruzione teorica preferibile (carenza di potere in concreto ovvero esercizio illegittimo del potere), rimane una questione di stretto diritto positivo se l'eventuale annullamento tardivo sia qualificabile in termini di nullità o di annullabilità. Anche ove si accogliesse la prima delle due soluzioni ricostruttive indicate, infatti, la tesi della nullità appare di difficile percorribilità perché la carenza di potere in concreto non figura tra le ipotesi previste dall'art. 21-*septies*, l. n. 241/1990 (88) (sebbene non manchino ricostruzioni dottrinali secondo

(85) Osserva il Consiglio di Stato (parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto SCIA) che il termine di diciotto mesi rappresenta "una regola di certezza dei rapporti, che rende immodificabile l'assetto (provvedimentale-documentale-fattuale) che si è consolidato nel tempo, che fa prevalere l'affidamento. Una regola speculare — nella *ratio* e negli effetti — a quella dell'inoppugnabilità, ma creata, a differenza di quest'ultima, in considerazione delle esigenze di certezza del cittadino (mentre l'inoppugnabilità considera, da decenni, quelle dell'amministrazione, con un termine nove volte più breve)".

(86) A. ROMANO, *Note in tema di decadenza*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1964, 222-225. Per la ricostruzione del dibattito in tema di decadenza, con attenzione sia ai profili dogmatici sia quelli funzionali, v. A. MARRA, *Il termine di decadenza nel processo amministrativo*, Milano, 2012, 53 ss.

(87) La carenza di potere in concreto è figura notoriamente introdotta da Cass.civ. sez. un. 24 novembre 1958, n. 3457, in relazione ai casi in cui la legge astrattamente attribuisce il potere all'amministrazione ma esso non può essere concretamente esercitato per l'esistenza di limiti o preclusioni legislative che ne condizionano l'esistenza in concreto. Tale figura è stata generalmente rigettata dal giudice amministrativo (Cons. Stato, Ad. Plen. 4 dicembre 1964, n. 24) ed è stata criticata in dottrina: cfr. da ultimo G. URBANO, *La nullità del provvedimento amministrativo*, in M. Clarich - G. Fonderico (a cura di), *Procedimento amministrativo*, Milano, 2015, 685 ss.

(88) La formula "difetto assoluto di attribuzione", utilizzata dall'art. 21-*septies*, secondo la dottrina prevalente allude alla carenza di potere in astratto ed esclude la carenza di potere in concreto: cfr. G. URBANO, *op. loc. ult. cit.*

cui la carenza di potere in concreto andrebbe ricondotta alla nullità per carenza degli elementi essenziali, prevista dall'art. 21-*septies*, in quanto denoterebbe la mancanza di un presupposto-elemento per il concreto esercizio del potere (89)). Più agevole pare allora la soluzione di ritenere che la conseguenza della violazione del termine di diciotto mesi sia la stessa che deriva dal mancato rispetto di una qualsiasi altra norma imperativa che regola le modalità di esercizio del potere, dia cioè luogo all'annullabilità del provvedimento di ritiro tardivamente adottato.

#### 8. Verso il superamento del dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo.

Il valore della stabilità è permeato nella legislazione e nella cultura giuridica al punto da richiedere un ripensamento dei presupposti teorici dell'instabilità, a cominciare dal dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo (90). Qui si può soltanto accennare ad alcune linee ricostruttive, rinviando ad altro studio per un più completo svolgimento di esse.

Secondo una tradizione consolidata, le antinomie tra le norme vengono risolte con l'applicazione di determinati criteri ordinatori

(89) M. C. CAVALLARO, *Gli elementi essenziali del provvedimento amministrativo. Il problema della nullità*, Torino, 2012, 204 ss.. Parimenti ritiene attuale la carenza di potere in concreto alla luce di una interpretazione rigorosa del principio di tipicità D. SORACE, *Atto amministrativo*, in *Enc. Dir.*, Ann. III, Milano, 2010, 83 s.

Il nesso tra la mancanza degli elementi essenziali e la carenza di potere è messo autorevolmente in rilievo da A. ROMANO, *Nullità del provvedimento*, in *Id.* (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 816 ss., 819 sulla base dell'osservazione che la norma attributiva non solo attribuisce, ma anche delimita il potere dell'amministrazione (o, meglio, la sua autonomia); e lo fa definendo gli elementi essenziali dell'atto tramite il quale il potere viene esercitato. Questa impostazione teorica consente di ricondurre la nullità strutturale (per mancanza degli elementi essenziali) alla carenza di potere, ma lascia aperto il problema della individuazione in concreto dei limiti che la norma attributiva pone all'autonomia dell'amministrazione, e soprattutto del confine tra codesti limiti e quelli posti dalle norme di azione, la cui violazione dà luogo ad annullabilità.

(90) Sull'inesauribilità del potere in generale e di quello amministrativo in particolare v. S. ROMANO, *Poteri potestà*, in *Frammenti*, cit., 186 s.; E. CANNADA BARTOLI, *L'inapplicabilità degli atti amministrativi*, Milano, 1950, 95; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 336; *Id.*, *Validità (dir. amm.)*, in *Enc. Dir.*, XLVI, Milano, 1993, 106.

(o di composizione), tra i quali figura la regola secondo cui *lex posterior derogat priori* (criterio cronologico).

Ci si può domandare se tale criterio abbia una validità assoluta ovvero se esso sia valido in quanto ancorato ad una norma di diritto positivo (91). La risposta a questo interrogativo è tradizionalmente condizionata da un presupposto concettuale che trascende il sistema normativo: dal fatto che si pensi che l'ordinamento, per propria natura, tenda al mutamento (92) ovvero alla stabilità (93). Nel primo caso, si dirà che il criterio *lex posterior derogat priori* ha validità assoluta, e che l'immodificabilità deve trovare fondamento in una espressa previsione dell'ordinamento (94). Nel secondo caso, si dirà che il criterio *lex posterior derogat priori* è valido solo se ancorato ad una norma di diritto positivo, in assenza della quale l'immodificabilità è la regola (95).

Entrambe queste soluzioni non sembrano sostenibili una volta acquisito che le questioni attinenti alla formazione delle norme e al loro mutamento trovano soluzione all'interno del sistema normativo stesso, attraverso previsioni apposite che presiedono alla produzione del diritto (dette norme secondarie, o norme sulla normazione, ovvero ancora metanorme) (96). Se si accoglie questa prospettiva, non vi può essere alcun preconcetto in ordine al

(91) L'interrogativo è al centro delle riflessioni di A. MERKL, *Die Rechtseinheit des österreichischen States. Eine staatrechtliche Untersuchung auf Grund der Lehre von der lex posterior*, 1017, trad. it., *L'unità giuridica dello stato austriaco. Ricerca pubblicistica alla luce della dottrina della lex posterior*, in *Id.*, *Il duplice volto del diritto*, cit., 171.

(92) Ad esempio, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1934, rist. 1964, 66 s., secondo cui nella legge è implicita la condizione di valere fino a disposizione legislativa contraria.

(93) Espressamente in questi termini A. MERKL, *Il problema del giudicato*, cit., 337 s.

(94) Infatti C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, cit., 66 ss., 69, ritiene che una legge possa porre limiti per una legge futura soltanto se l'ordinamento ne prevede l'immodificabilità.

(95) A. MERKL, *Il problema del giudicato*, cit., 337 s.

(96) Si tratta di un motivo ricorrente nella cultura giuridica del novecento. A titolo esemplificativo H. L. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, 1965, 88 ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, 1960, 36 ss., che distingue tra norme di condotta e norme di struttura; R. GUASTINI, *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. disc. civ.*, XII, Torino, 1995, 158; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 19 ss.

carattere ontologicamente statico o dinamico dell'ordinamento perché tutta la questione viene spostata sul piano del diritto positivo: sia il criterio *lex posterior derogat priori* che il criterio opposto, allora, sono criteri la cui validità dipende dall'ancoraggio a una norma dell'ordinamento.

Così impostata la questione, è da escludere che l'inesauribilità sia un carattere intrinseco del potere amministrativo; si tratta piuttosto una qualità che ad esso può derivare se si dimostra la vigenza del criterio cronologico di composizione delle fonti, secondo cui *actus posterior derogat priori*; vigenza che, a sua volta, non può essere desunta da una generica esigenza di conformità degli stessi all'interesse pubblico, bensì deve essere verificata alla stregua del diritto positivo.

Nel nostro ordinamento il problema si pone in termini più complessi per l'amministrazione che per la legislazione perché il principio della prevalenza della *lex posterior* è espressamente sanzionato (97), mentre non vi sono prescrizioni altrettanto chiare per gli atti amministrativi. Nondimeno, alcune indicazioni si possono ricavare in via indiretta dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

La circostanza che l'annullamento d'ufficio e la revoca siano oggetto di espressa previsione legislativa è di per sé un indice significativo del fondamento autonomo dei relativi poteri rispetto ai poteri amministrativi di primo grado. In ogni caso, quel che pare dirimente è che i poteri di secondo grado hanno una struttura diversa e soggiacciono a limitazioni diverse rispetto ai poteri di primo grado. L'annullamento d'ufficio e la revoca si differenziano dai poteri amministrativi ordinari per il fatto di avere, come loro presupposto di validità, l'invalidità del provvedimento su cui ricadono, ovvero la sua inopportunità (98). Inoltre, la revoca per sopravvenienza richiede una valutazione dell'amministrazione circa la non prevedibilità del fatto sopravvenuto al momento dell'adozione del provvedimento: una sorta di prognosi postuma che è strutturalmente estranea ai poteri amministrativi di primo

(97) Artt. 1 e 15 delle Disposizioni preliminari al codice civile.

(98) Cfr. F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico, dagli anni "trenta" all'"alternanza"*, Milano, 2001, 95, il quale osserva che "porre in essere un atto e invalidarlo sono due operazioni giuridiche qualitativamente diverse e di conseguenza realizzabili sulla base di poteri diversi".

grado. Infine, sia la revoca che l'annullamento sono sottoposti a una regola di validità che non riguarda gli atti di primo grado, costituita dall'obbligo di rispettare il legittimo affidamento dei terzi (che, nel caso della revoca, si ricava dall'obbligo di tenere indenni i controinteressati del pregiudizio subito; e che, nel caso dell'annullamento, è resa esplicita dall'obbligo di tenere conto degli interessi dei controinteressati e dalla necessità di procedere "entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici").

Se l'amministrazione per tornare sui propri passi deve esercitare poteri specifici, diversi nella struttura e nei limiti dal potere di primo grado, ciò dipende dal fatto che l'adozione del provvedimento vincola l'organo emanante (99), il quale non gode di "una assoluta libertà dall'impegno implicito nella determinazione adottata" (100).

La presunta inesauribilità del potere amministrativo si distingue allora dalla effettiva inesauribilità del potere legislativo: mentre la legislazione è un'attività di flusso continuo, nel senso che il Parlamento può decidere un numero infinito di volte sulla stessa materia ponendo ogni volta nel nulla la determinazione precedente incompatibile (lo prevede l'art. 15 delle preleggi, che menziona l'abrogazione "per incompatibilità tra le nuove disposizioni e le precedenti o perché la nuova legge regola l'intera materia già regolata dalla legge anteriore"), l'organo dell'amministrazione può dettare una nuova regolamentazione della fattispecie solo

(99) G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, in Id. (a cura di), *Dizionario amministrativo*, I, Milano, 1983, 263.

(100) Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, 49, dove si afferma che il soggetto che esercita il potere "soggiace agli effetti della modificazione giuridica che si produca, non rilevando se egli abbia il potere di eliminarla in un momento successivo"; G. GUARINO, *Atti e poteri amministrativi*, cit., 263; G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, cit., 333. Più avanti si legge: "la revocabilità di un atto, lungi dall'escludere il vincolo, lo presuppone, tanto è vero che essa si concreta in un nuovo atto che spiega proprio l'effetto di rimuovere il vincolo. Per sottrarsi al vincolo, quindi, occorre un nuovo atto di esercizio del potere che lo ha posto" (349). Considerazioni simili sono in G. CORSO, *Validità*, cit., 1993, 103, 106 s., dove si mette in rilievo che le ragioni ultime della resistenza del provvedimento amministrativo precedente vanno ricercate nella tutela delle situazioni giuridiche soggettive.

dopo aver rimosso quella precedente tramite l'esercizio degli specifici poteri di ritiro, ancorati a diversi presupposti. Conclusione, questa, non smentita dalla circostanza che il ritiro del precedente atto e la nuova regolamentazione degli interessi possano essere contenuti nello stesso provvedimento, dal momento che il nuovo assetto di interessi è invalido se in concreto non sussistono i presupposti per l'esercizio degli specifici poteri di ritiro.

Altre differenze rispetto al potere legislativo derivano dalla distribuzione del potere amministrativo nell'organizzazione pubblica. Se si guarda al potere amministrativo da questa prospettiva, l'immagine che se ne ricava non è quella del monolite, ma quella di un fiume che si perde in infiniti rivoli. Sulla base dell'art. 97 Cost., infatti, esso è ripartito tra una pluralità di enti (principio di attribuzione); all'interno degli enti è suddiviso tra organi (principio di competenza); ciascun organo, a sua volta, è titolare di tanti poteri quanti sono gli effetti giuridici cui può dar luogo (principio di tipicità). La conseguenza di questo frazionamento con riferimento ai poteri di ritiro è duplice. In primo luogo, ciascun organo non dispone degli atti adottati precedentemente da altri organi (di diversi enti ma anche dello stesso ente), salvo che non vi sia una attribuzione espressa del potere di ritiro (gli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l.n. 241/1990 prevedono che il provvedimento può essere rispettivamente revocato o annullato d'ufficio "dallo stesso organo che la emanato ovvero da altro organo previsto dalla legge"). In secondo luogo, l'organo, esercitando un certo potere attribuitogli dalla legge, non dispone degli atti da esso medesimo adottati nell'esercizio di un altro potere parimenti attribuitogli: atti che, dunque, resistono all'abrogazione.

In definitiva, sembra più esteso l'ambito in cui il principio *actus posterior derogat priori* non opera, rispetto a quello in cui esso trova applicazione. Per un verso, l'organo non ha nella propria integrale disponibilità gli atti precedentemente adottati perché i presupposti richiesti per revocarli o annullarli validamente sono diversi — e più severi — di quelli richiesti per provvedere la prima volta. Per altro verso, non possono essere oggetto di ritiro gli atti adottati da altri organi o dallo stesso nell'esercizio di un altro potere, salvo che ciò non sia espressamente previsto dalla legge.

L'attuale assetto dei poteri di ritiro non consente probabilmente di accogliere la tesi che il provvedimento ampliativo passa

in giudicato dopo il termine di diciotto mesi, perché oltre il suddetto termine è comunque possibile la revoca per sopravvenuti motivi di pubblico interesse ovvero nel caso di mutamento della situazione di fatto non prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento (art. 21-*quinquies*, comma 1, l. n. 241/1990). Ma vi sono forse le condizioni per affermare che l'inesauribilità del potere amministrativo è un dogma al tramonto.

### 9. *Spunti conclusivi.*

La certezza delle regole e dei rapporti giuridici è un elemento fondamentale per gli operatori del mercato: riduce i costi di transazione, mantiene alto il valore dei beni, consente di programmare l'attività d'impresa a medio e lungo termine. A fronte di questa domanda di certezza, l'atto amministrativo rappresenta essenzialmente un elemento di disturbo in ragione della sua strutturale instabilità; instabilità che dipende da profili del regime giuridico dell'atto che ricorrono in tutti gli ordinamenti: impugnabilità diretta delle previsioni lesive, presenza di poteri di ritiro, impugnabilità dell'atto favorevole da parte di terzi.

La scarsa sensibilità rispetto alle certezze dei mercati si spiega per il fatto che l'atto amministrativo non è un istituto giuridico di origine mercantile, a differenza del contratto: il contratto nasce per regolare lo scambio a contenuto economico, l'atto amministrativo è costruito come strumento per curare interessi pubblici e per assicurare un più ampio controllo del giudice sulle scelte dell'amministrazione. E così, mentre il contratto vieta tendenzialmente il disimpegno delle parti perché suggella la serietà dell'impegno assicurando la stabilità del rapporto, il provvedimento è ritirabile dall'amministrazione perché ciò che deve essere garantita è la cura attuale dell'interesse pubblico; mentre il contratto produce effetti soltanto tra le parti perché è fondato sul consenso, il provvedimento dà rilevanza esterna ai rapporti giuridici che istituisce al fine di consentire la giustiziabilità della scelta distributiva della pubblica amministrazione.

Benché il provvedimento amministrativo non abbia la stabilità nel proprio codice genetico, il mercato bussa alle porte del

legislatore (101) presentando le proprie istanze di certezza rispetto all'azione autoritativa dell'amministrazione. Abbiamo visto che il legislatore, in risposta a questa domanda di certezza, si impegna ad aumentare la stabilità del provvedimento sul versante della ritirabilità. Occorre conclusivamente verificare se, ed eventualmente in quali termini, la riscontrata tendenza a privilegiare la stabilità del provvedimento comporti un sacrificio dei valori apparentemente in conflitto come la legalità e la funzionalità dell'azione amministrativa.

Che a maggiori limiti all'esercizio dei poteri di ritiro corrispondono minori margini di intervento dell'amministrazione per il ripristino della legalità è considerazione ovvia. Tuttavia non è scontato che la legalità da prendere in considerazione in un tempo successivo sia quella che vige al momento dell'adozione del provvedimento (102). Il principio di buona fede infatti integra la fattispecie del provvedimento e in questo modo determina una nuova legalità, rispetto alla quale è conforme mantenere in vigore il provvedimento illegittimo che abbia generato affidamento nei suoi destinatari (103). Se si ammette che la legalità non sia soltanto quella "forte" delle regole ma anche quella "debole" dei principi, l'intervento del principio di buona fede comporta che la stabilità non sia funzionale soltanto alla certezza del diritto ma anche alla legalità dell'azione amministrativa. In ogni caso, il principio di legalità accolto dalla Costituzione non fa dell'amministrazione un tutore della legalità medesima; altrimenti, si dovrebbe ritenere incostituzionale anche il carattere discrezionale dell'annullamento d'ufficio.

Più articolati sono i rapporti tra certezza e funzionalità del provvedimento.

Indubbiamente, la cura attuale dell'interesse pubblico impone l'adattamento delle valutazioni amministrative originarie ai fatti sopravvenuti e, quindi, può richiedere l'aggiornamento della de-

(101) Si riprende l'espressione di S. PUGLIATTI, *Continuo e discontinuo nel diritto*, 1954, ora in *Id.*, *Grammatica e diritto*, Milano, 1978, 89, dove però le porte bussate sono quelle del giurista.

(102) Cfr. G. CORSO, *Validità*, cit., 87.

(103) F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, cit., 54.

cisione ovvero il puro e semplice ritiro della stessa (104). Se si ragiona nei limiti della relazione stabilità vs. ritirabilità, certezza e funzionalità appaiono valori irrimediabilmente antagonisti; la decisione se privilegiare l'uno o l'altro assume i contorni della scelta tragica (105): la scelta che comporta comunque un danno.

È riduttivo, tuttavia, guardare al rapporto tra stabilità e funzione soltanto dalla prospettiva dei poteri di ritiro. Non si può trascurare che la fiducia nella tenuta degli atti di assenso incentiva gli operatori privati più qualificati a entrare in relazione con l'amministrazione con possibili benefici per il benessere collettivo, comporta una crescita di investimenti nelle attività economiche e dunque favorisce lo sviluppo del Paese. La stabilità del provvedimento, in altri termini, ha ricadute positive sul versante dell'interesse pubblico; da questo punto di vista, certezza e funzione convergono, non sono affatto valori antagonisti.

Ma si può forse dire di più. Se è vero che lo scambio è il principio costitutivo del mercato, e dunque il contratto la sua istituzione giuridica fondamentale (106), è vero anche che lo scambio si iscrive in una progressione di operazioni giuridiche tra le quali è difficile non rinvenire anche un atto amministrativo (un atto di determinazione delle tariffe, una licenza, una autorizzazione, una concessione, un contributo pubblico, un atto di pianificazione territoriale). Non è quindi azzardato concludere che, non solo il contratto, ma anche il provvedimento amministrativo è un istituto giuridico del mercato. Certamente, esso nasce per finalità diverse da quelle mercantili, ma poi si trova immerso nella dinamica dei traffici e rappresenta un punto di snodo dell'ordine giuridico del mercato. Si percepisce così che la stabilità del provvedimento è funzionale al trasferimento efficiente della ricchezza in una società mercantile, non diversamente dalla stabilità del contratto. In questa dimensione sistemica la stabilità del provvedimento è un fattore costitutivo della funzione.

(104) È significativo che tale esigenza sia riconosciuta anche all'interno di discipline volte a ridurre il peso dello Stato sulle attività economiche come la direttiva 2006/123/CE.

(105) Secondo la nota espressione di G. CALABRESI - P. BOBBIT, *Tragic Choices*, New York, 1978, trad. it., *Scelte tragiche*, Milano, 2006.

(106) Su questo tema v. di recente l'ampio studio di M. BARCELLONA, *Della causa. Il contratto e la circolazione della ricchezza*, Padova, 2015.

ABSTRACT: La certezza del diritto è un elemento determinante per la crescita economica. L'articolo si sofferma sulla stabilità del provvedimento amministrativo, ponendola in relazione alla contendibilità e alla ritirabilità della decisione. L'Autore si sofferma in particolare sui limiti ai poteri di ritiro della pubblica amministrazione posti dal diritto interno e dal diritto europeo, prospettando il superamento del dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo. Nelle conclusioni si tenta una rilettura del rapporto tra stabilità del provvedimento, legalità e funzionalità dell'azione amministrativa.

ABSTRACT: *Legal certainty is a determining factor for economic growth. Accordingly, this paper dwells on the stability of administrative decisions. The author focuses on self-annulment and revocation of administrative decisions, as well as on the limits set out by Italian and European Law. The paper concludes by putting forward the necessity for an enhanced connection between the stability of the administrative decisions and the rule of law.*