



13 MAGGIO 2020

Autotutela decisoria e certezza
giuridica tra ordinamento nazionale e
sovrannazionale

di Piergiuseppe Otranto
Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Autotutela decisoria e certezza giuridica tra ordinamento nazionale e sovranazionale*

di Piergiuseppe Otranto

Ricercatore di Diritto amministrativo
Università degli Studi di Bari Aldo Moro

Abstract [It]: Lo studio, anche muovendo dalla giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte europea dei diritti dell'uomo, indaga il potere di autotutela decisoria - fondato sul principio di legalità - nel rapporto tra l'interesse alla legittimità dell'azione amministrativa e l'interesse alla stabilità degli assetti definiti dal provvedimento oggetto dell'autotutela. In particolare, la sussistenza di elementi idonei a distinguere i principi di affidamento e di certezza giuridica - considerato, quest'ultimo, in una dimensione super-individuale - lascia emergere un diritto soggettivo perfetto alla stabilità del provvedimento ampliativo (decorso il termine di diciotto mesi previsto dall'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990) e consente di ritenere che l'Amministrazione, nell'esercizio del potere di autotutela decisoria, debba operare un previo bilancio socio economico dell'eventuale annullamento (o revoca) tenendo conto non solo dell'interesse pubblico perseguito attraverso l'autotutela, dell'interesse del destinatario e dei controinteressati, ma anche dell'interesse (anch'esso pubblico) alla stabilità degli assetti ordinamentali.

Abstract [En]: This paper analyses the power of Public Authorities - based on rule of law- to withdraw or annul an administrative decision, especially taking into account the CJEU and ECHR case-law as well as the relationship between public interest in the lawfulness of administrative decision and interest in the stability of the situation created by such decision. Through the analysis of the differences between the principle of legal certainty (as considered in a super-individual perspective) and that of protection of legitimate expectations, some consequences arise: on one hand, a new beneficiary's right to stability of the administrative favourable decision, once the term of 18 months -established by art. 21-*nonies* of Italian "administrative procedure act", law n. 241/1990- has expired; on the other, Public Authorities, while deciding to withdraw or annul an administrative act, have to previously consider the social and economic implications of such decision, thus balancing the public interest pursued through withdrawal (or annulment), with individual interests (of recipients or other interested parties) but also with the public interest in legal certainty.

Sommario: 1.1. La riforma Madia e il nuovo volto dell'autotutela decisoria nell'ordinamento nazionale. 1.2. Segue. Le linee principali della riforma dell'autotutela: la legalità quale fondamento e limite dell'autotutela decisoria. 1.3. Il limite dei diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio ed il diritto soggettivo alla conservazione del provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici. 2. Autotutela decisoria e diritto Ue. 2.1. L'autotutela degli organi dell'Ue sui propri provvedimenti. 2.2. "Autotutela nazionale" e diritto Ue. 2.3. Legalità, certezza ed uniforme applicazione del diritto Ue. 3. L'autotutela decisoria nell'ordinamento della Convenzione EDU. 3.1. Incidenza dell'obbligo di adeguamento sul potere di riesame. 3.2. Giudicato amministrativo, sentenza della Corte EDU ed "equa soddisfazione". 3.3. L'impatto "indiretto" della giurisprudenza di Strasburgo sull'autotutela decisoria. 4. L'autotutela decisoria e le sue "mobili frontiere". 5. Certezza del diritto e autotutela decisoria. 5.1. "Diritto incerto" e necessità di certezze. 5.2. Certezza giuridica e ricadute economiche del "diritto incerto". 5.3. Certezza giuridica, affidamento ed autotutela decisoria nello "Stato del mercato". 5.4. Oltre l'affidamento. Legalità e certezza. 6. Il previo bilancio socio-economico delle ragioni e degli effetti dell'autotutela. 7. Autotutela, valutazione di sistema e declinazione della certezza del diritto.

* Articolo sottoposto a referaggio.

1.1. La riforma Madia e il nuovo volto dell'autotutela decisoria nell'ordinamento nazionale

L'autotutela amministrativa, sia decisoria, sia esecutiva, è sempre stata oggetto di notevole interesse negli studi della dottrina del diritto amministrativo¹.

Nel vasto e complesso dibattito dottrinale e giurisprudenziale si è recentemente osservato che l'autotutela decisoria, a differenza di quanto è accaduto per quella esecutiva, non è stata interessata da quel percorso di “maturazione concettuale” che ha condotto “ad ancorare la figura ad una più stretta osservanza del principio di legalità”. Nella riforma della legge 7 agosto 1990, n. 241 che si deve alla legge 11 febbraio 2005, n. 15, infatti, “il rinvio a *casi e modalità stabiliti dalla legge* caratterizza la sola esecutorietà e scompare nelle figure tipiche dell'autotutela decisoria”, di tal che anche la legge di integrazione e riforma del 2005 sembra ricostruire l'autotutela decisoria “come espressione di un privilegio generale dell'amministrazione di tornare unilateralmente sulle decisioni (...) che enfatizza la flessibilità dell'atto amministrativo, nel presupposto che esso debba essere sempre adattato alle mutevoli esigenze dell'interesse pubblico ed aderente al principio di legalità dell'azione amministrativa”².

Pur se si è mostrata subito divisa sul modo di intendere l'autotutela decisoria come potere di amministrazione attiva originariamente proprio della stessa autorità emanante l'atto da demolire (dunque, manifestazione dell'esercizio di una funzione che permane in capo all'Amministrazione pur dopo l'adozione del provvedimento)³, o come diverso potere consistente nella capacità dell'Amministrazione

¹ Come è noto, la c.d. “autotutela decisoria” si concretizza in provvedimenti dell'Amministrazione che interviene nuovamente su atti in precedenza emanati dalla stessa; quella c.d. “esecutiva” è espressione del potere attribuito all'Amministrazione dall'ordinamento – per la protezione di beni demaniali, per l'attuazione del credito fiscale nei confronti del contribuente moroso ecc. – di risolvere in via autoritativa il conflitto con il privato sull'esecuzione del provvedimento. Sull'autotutela esecutiva, nell'ambito di una vasta dottrina, cfr. almeno U. BORSI, *L'esecutorietà degli atti amministrativi*, Torino, 1901 (ora in ID., *Studi di diritto pubblico*, Padova, 1976, 121 ss.); F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, 1959, 537 ss.; A.M. SANDULLI, *Note sul potere amministrativo di coazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1964, 819 ss.; S. CASSESE, *I beni pubblici. Circolazione e tutela*, Milano, 1969; V. CAPUTI JAMBRENGHI, *Premesse per una teoria dell'uso dei beni pubblici*, Napoli, 1979; ID., voce *Beni pubblici*, in *Enc. giur.*, V, Roma, 1988; V. CERULLI IRELLI, *Profili problematici dell'autotutela esecutiva*, in *Dir. proc. amm.*, 1986, 411 ss.; G.D. FALCON, voce *Esecutorietà ed esecuzione dell'atto amministrativo*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1991, VI, 141 ss.; F. SAITTA, *Contributo allo studio dell'attività amministrativa di esecuzione. La struttura procedimentale*, Napoli, 1995; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, in S. CASSESE (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo. Diritto amministrativo generale*, tomo I, Milano, 2003, 828 ss. Tra gli studi monografici cfr. G. LIGUGNANA, *Profili evolutivi dell'autotutela amministrativa*, Padova, 2004; G. GRÜNER, *Il principio di esecutorietà del provvedimento amministrativo*, Napoli, 2012.

Per i riferimenti bibliografici sulla autotutela decisoria, che costituisce l'oggetto del presente studio, si rinvia al prosieguo della trattazione.

² F. FRANCIARIO, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, in *Federalismi.it*, n. 8/2017, 15-16. Sul punto, cfr. sin d'ora ID., *Autotutela amministrativa e principio di legalità (nota a margine dell'art. 6 della l. 7 agosto 2015, n. 124)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2015.

³ Nell'ambito di una vasta dottrina, cfr. G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, 1969, 336 ss.; ID., *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, 2017, 325, ove l'A. osserva che “quando annulla o revoca un proprio atto l'autorità amministrativa (...) tutela o dovrebbe tutelare l'interesse pubblico: così come era tenuta a curarlo, l'interesse pubblico, quando a suo tempo adottò l'atto che oggi intende togliere di mezzo o modificare. L'interesse pubblico è caratterizzato dalla attualità: ecco perché l'autorità ha il potere e il dovere di rimuovere l'atto adottato in precedenza, quando esso abbia determinato un assetto che risulti *oggi* in contrasto con l'interesse pubblico”; G. CORAGGIO, voce *Autotutela I)*

di risolvere attraverso un proprio atto unilaterale un conflitto attuale o potenziale tra sé ed il destinatario del provvedimento⁴, la dottrina appare talvolta impegnata nella ricerca di un fondamento di diritto positivo per legittimare i poteri amministrativi di riesame, in ragione dell'idoneità degli stessi ad incidere unilateralmente su posizioni giuridiche dei cittadini con l'intento di tipicizzare progressivamente i presupposti legittimanti l'esercizio dei poteri ad effetto eliminatorio propri dell'autotutela decisoria⁵.

L'interesse della dottrina si è decisamente rivitalizzato alla luce della legge 7 agosto 2015, n. 124, che all'art. 6, rubricato "autotutela amministrativa", ha modificato le norme di cui agli articoli 19, 21, 21-*quater* e 21-*nonies* della legge n. 241/1990, lasciando emergere una volontà di intervenire in maniera sistematica e non episodica sull'autotutela decisoria⁶.

diritto amministrativo, in *Enc. giur.*, IV, Roma, 1988; B.G. MATTARELLA, *Il provvedimento*, cit., 933 ss.; M. IMMORDINO, *I provvedimenti amministrativi di secondo grado*, in F.G. COCA (a cura di), *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 352 ss., ritiene i poteri di riesame "espressione di quello stesso potere nel cui esercizio è stato emanato l'atto oggetto del provvedimento di secondo grado (...). Sicché i poteri di secondo grado costituiscono un ulteriore esercizio di un potere naturalmente connotato dalla inesauribilità che ne consente, per l'appunto, il riesercizio ricorrendo determinati presupposti".

⁴ Il riferimento è, evidentemente, al pensiero di F. BENVENUTI, voce *Autotutela (diritto amministrativo)*, cit., 541, per il quale "il concetto di atto che decide secondo giustizia un conflitto potenziale o attuale tra l'amministrazione ed il destinatario del suo provvedimento (...) si manifesta come concetto di carattere generale".

Riconduce al concetto di autotutela solo quella decisoria G. GHETTI, voce *Autotutela della pubblica Amministrazione*, in *Dig. disc. pubbl.*, II, Torino, 1987, 80 ss.

Analizzando forme di autotutela proprie di altri settori del diritto (anzitutto l'autotutela privata), B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2007, 1226 ss. osserva: "Come molti concetti giuridici, quello di autotutela – in assenza di una definizione normativa – è storicamente variabile: esso esprime l'esercizio, consentito a una «parte», di poteri normalmente propri del giudice, ma risente del fatto che i poteri normalmente propri del giudice variano da ordinamento a ordinamento, nelle diverse fasi storiche e tra i diversi settori della normazione". Secondo A.M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, 1969, 132, l'autotutela costituisce una prerogativa "posta dall'ordinamento al servizio della soddisfazione degli scopi istituzionali delle pubbliche Amministrazioni" che si esprime anche attraverso "poteri a carattere generale" quali l'annullamento d'ufficio e la revoca. Nella dottrina più recente, cfr. R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, 2017, 621 ss.

⁵ Cfr. le osservazioni di A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, 119, il quale sull'assenza di norme di legge attributive di un preciso potere di revoca, afferma: "nel caso della revoca la giurisprudenza esclude costantemente che il potere dell'Amministrazione richieda un fondamento normativo specifico (...). Nella giurisprudenza in genere non viene neppure più proposta una dimostrazione del principio del carattere generale e implicito del potere di revoca e normalmente si riscontrano solo affermazioni apodittiche, come quella secondo cui il potere di revoca trarrebbe la sua ragion d'essere nell'esigenza che l'Amministrazione adegui costantemente i suoi atti all'interesse pubblico. Solo alcune pronunce recenti dimostrano una certa sensibilità verso il problema del fondamento del potere di revoca".

⁶ Per queste considerazioni si rinvia allo studio di F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 19-20.

Sul rinnovato assetto dell'autotutela all'indomani della legge c.d. Madia, cfr. M.A. SANDULLI, *Autotutela e stabilità del provvedimento nel prisma del diritto europeo*, in P.L. PORTALURI (a cura di), *L'Amministrazione pubblica nella prospettiva del cambiamento: il codice dei contratti e la riforma Madia*, Napoli, 2016, 125 ss.; ID., *Autotutela*, in *Il libro dell'anno del Diritto 2016*, Roma, 2016; P.L. PORTALURI, *Il nuovo diritto procedimentale nella riforma della p.A.: l'autotutela (profili interni e comunitari)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2016; F. COSTANTINO, *Annullamento d'ufficio*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, 2016, 869 ss.; A. CARBONE, *Il termine per esercitare l'annullamento d'ufficio e l'annullabilità dell'atto amministrativo*, in A. RALLO – A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. Procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, 2016, 85 ss.; G. TROPEA, *La discrezionalità amministrativa tra semplificazioni e liberalizzazioni, anche alla luce della legge n. 124 del 2015*, in *Dir. amm.*, 2016, 107 ss.; G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, in *P.A. Persona e Amministrazione: ricerche giuridiche sull'Amministrazione e l'economia*, 1/2017, 383 ss.; N. POSTERARO, *Sui rapporti tra dovere di*

In particolare, l'introduzione nell'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 del termine dei diciotto mesi come limite massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (dei soli provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, non carpitati attraverso rappresentazioni o dichiarazioni false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato)⁷ istituisce immediatamente una incompatibilità rispetto alla contraria affermazione della immanenza ed inesauribilità del potere⁸, quindi con la qualificazione dello stesso in termini di potere generale non fondato su una norma di diritto positivo, ma riconducibile alla sua finalizzazione nella direzione, sempre obbligata, del conseguimento dell'interesse pubblico, anche in un momento successivo all'adozione del provvedimento.

Si tratta di una legge delega – con norme direttamente applicabili in molti casi – tendente all'ambizioso traguardo della “riorganizzazione delle amministrazioni pubbliche”. In proposito, deve almeno osservarsi che con la norma dettata all'art. 6 è stato modificato il regime giuridico della S.C.I.A. come previsto all'art. 19 della legge n. 241/1990, commi 3 e 4, mediante norme di nuova formulazione, sostitutive di quelle precedenti. In particolare, l'art. 19, comma 4, rinvia alla disciplina dettata dall'art. 21-*nonies* in materia di

provvedere e annullamento d'ufficio come potere doveroso, in *Federalismi.it*, n. 5/2017; C. DEODATO, *Il potere amministrativo di riesame per vizi originari di legittimità*, in *Federalismi.it*, n. 6/2017; ID., *L'annullamento d'ufficio*, in M.A. SANDULLI (a cura di), *Codice dell'azione amministrativa*, Milano, 2017, 1173 ss.; M. ALLENA – F. GOISIS, *Facoltatività e discrezionalità dell'annullamento d'ufficio? Riflessioni sull'autotutela tributaria e amministrativa*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 691 ss.

Tra gli studi monografici, cfr. S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio tra vincoli e discrezionalità*, Napoli, 2015; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, 2016; B. MAMELI, *L'istituto dell'annullamento tra procedimento e processo alla luce delle recenti novità normative*, Torino, 2017; M. ALLENA, *L'annullamento d'ufficio. Dall'autotutela alla tutela*, Napoli, 2018; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa. Nuovi paradigmi e modelli europei*, Napoli, 2018.

⁷ Art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990: “1. Il provvedimento amministrativo illegittimo ai sensi dell' articolo 21-*octies*, esclusi i casi di cui al medesimo articolo 21-*octies*, comma 2, può essere annullato d'ufficio, sussistendone le ragioni di interesse pubblico, entro un termine ragionevole comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, inclusi i casi in cui il provvedimento si sia formato ai sensi dell'articolo 20, e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, dall'organo che lo ha emanato, ovvero da altro organo previsto dalla legge. Rimangono ferme le responsabilità connesse all'adozione e al mancato annullamento del provvedimento illegittimo. 2. È fatta salva la possibilità di convalida del provvedimento annullabile, sussistendone le ragioni di interesse pubblico ed entro un termine ragionevole”. L'eccezione appare inoltre del tutto conforme alla logica dell'ordinamento. Il comma 2-*bis*, infatti, dispone: “I provvedimenti amministrativi conseguiti sulla base di false rappresentazioni dei fatti o di dichiarazioni sostitutive di certificazione e dell'atto di notorietà false o mendaci per effetto di condotte costituenti reato, accertate con sentenza passata in giudicato, possono essere annullati dall'amministrazione anche dopo la scadenza del termine di diciotto mesi di cui al comma 1, fatta salva l'applicazione delle sanzioni penali nonché delle sanzioni previste dal capo VI del testo unico di cui al decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445”.

⁸ Secondo F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 5, la previsione di tale termine, peraltro riproposto anche con riferimento al potere di sospensione cautelare (art. 21-*quater* l. n. 241/1990) ed all'inibizione di attività soggetta a SCIA (art. 19 l. n. 241/1990), mette “in crisi la ricostruzione teorica tradizionale che in tale affermazione trova il fondamento giustificativo del potere di autotutela”. Sul “termine ragionevole” nella disciplina anteriore alla l. n. 124/2015, cfr. P.M. VIPIANA PERPETUA, *Invalidità, annullamento d'ufficio e revoca degli atti amministrativi alla luce della legge n. 15 del 2015*, Padova, 2007, 91 ss., la quale osserva che la ragionevolezza del termine dev'essere valutata con riferimento sia al tempo trascorso, sia alla condotta tenuta dal beneficiario del provvedimento favorevole e dall'uso che questi ha fatto dello stesso. Sull'influenza del decorso del tempo sull'esercizio dell'autotutela decisoria, cfr. G. BARONE, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Dir. amm.*, 2002, 689 ss.

annullamento d'ufficio anche per l'intervento repressivo eventuale sulle attività illegittimamente realizzate a seguito di S.C.I.A. Al termine di diciotto mesi previsto dall'art. 21-*nonies* è stata subordinata altresì l'efficacia della sospensione del provvedimento amministrativo (art. 6, comma 1, lett. c, l. n. 124/2015, che modifica l'art. 21-*quater* della l. n. 241/1990).

Per altra via, l'art. 6, comma 2, abroga la norma di cui all'art. 1, comma 136 della legge 30 dicembre 2004, n. 311 (legge finanziaria 2005), che, proprio al contrario, prevedeva “al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche” la possibilità di esercitare “sempre” il potere di annullamento d'ufficio “di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso”. Si prospettava, dunque, un eventuale dovere di “tenere indenni” i privati, nel caso di incidenza dell'annullamento su rapporti contrattuali o convenzionali, “dall'eventuale pregiudizio patrimoniale derivante” ed il potere di annullamento, nel caso di rapporto paritario contrattuale o semi-paritario convenzionale, trovava il limite di “tre anni dall'acquisizione di efficacia del provvedimento, anche se la relativa esecuzione sia perdurante”.

Le notazioni che precedono mostrano la posizione centrale assunta, nell'ambito dell'esercizio di un potere legislativo di primario rilievo data la finalità di riorganizzazione delle pubbliche amministrazioni (degli uffici: art. 97 Cost., e delle attività), dalla norma che, allo spirare di un termine, lega una garanzia di certezza del regime giuridico del rapporto tra ufficio amministrativo e cittadino già destinatario di un provvedimento anche illegittimo (purché non carpito con frode o falso). L'estensione dell'intervento legislativo sul termine per l'intervento dell'Amministrazione a casi diversi da quello dell'annullamento d'ufficio e, soprattutto, l'abrogazione della norma che esplicitamente riservava all'Amministrazione l'esercizio perenne del potere di autotutela nei casi nei quali fosse coinvolto un interesse di finanza pubblica (“risparmio o minori oneri”), costituiscono elementi di una fattispecie interamente nuova, voluta con chiarezza dal Parlamento a tutela della certezza del diritto nei rapporti tra cittadino e pubblica Amministrazione, persino nell'eventualità di dover incidere sui vantaggi finanziari derivanti alla parte pubblica in un contratto. Il pur ampio, ma certamente ragionevole, termine dei diciotto mesi offre una condizione favorevole alla certezza, superando pregiudizi e timori di “impoverire” l'Amministrazione che sebbene abbia bisogno di tempo per verificare gli interessi che deve proteggere, non dispone più di un tempo illimitato.

La ragioni di questo rilevante passo legislativo sull'autotutela decisoria possono essere rintracciate nel conseguimento della consapevolezza generale sulla necessità di migliorare (nel senso di avviare alla

paritarietà⁹) il rapporto tra cittadino e pubblici uffici, tra libertà e autorità¹⁰ – valori entrambi indispensabili nello Stato di diritto e presenti chiaramente nella nostra Carta costituzionale –; nella perdita dell’assoluta centralità del provvedimento nell’esercizio del potere conferito dalla norma all’organo pubblico¹¹; nella penetrazione nell’ordinamento nazionale di principi e regole derivanti dall’ordinamento dell’Unione europea e, seppur in misura e con modalità differenti, del Consiglio d’Europa, specie attraverso le pronunce delle Corti Ue ed EDU.

La presente ricerca si propone di indagare il concreto atteggiarsi del potere di autotutela decisoria – fondato sul principio di legalità – nel rapporto tra l’interesse alla legittimità dell’azione amministrativa e l’interesse alla stabilità degli assetti definiti dal provvedimento oggetto dell’autotutela.

In particolare, la sussistenza di elementi idonei a distinguere i principi di affidamento e di certezza giuridica – considerato, quest’ultimo, in una dimensione super-individuale – sospinge ad enucleare un diritto soggettivo perfetto alla stabilità del provvedimento ampliativo (decorso il termine di diciotto mesi), ma anche a ritenere che l’Amministrazione, nell’esercizio del potere di autotutela decisoria, debba operare un previo bilancio socio economico dell’eventuale annullamento (o revoca) tenendo conto non solo dell’interesse pubblico perseguito attraverso l’autotutela, dell’interesse del destinatario e dei controinteressati, ma anche dell’interesse (anch’esso pubblico) alla stabilità degli assetti ordinamentali.

1.2. Segue. Le linee principali della riforma dell’autotutela: la legalità quale fondamento e limite dell’autotutela decisoria

In Italia il potere riconosciuto all’Amministrazione di valutare la legittimità dei suoi atti ed eventualmente annullarli costituiva il portato della rigida separazione del potere esecutivo da quello giurisdizionale e della

⁹ Il riferimento è, anzitutto, a F. BENVENUTI, *Per un diritto amministrativo paritario*, in *Studi in memoria di Enrico Guicciardi*, Padova, 1975, 807 ss.; ID., *Il nuovo cittadino. Tra libertà garantita e libertà attiva*, Venezia, 1994. Hanno costituito anche uno punto di svolta le riflessioni di G. PASTORI sul procedimento amministrativo come luogo di avvicinamento tra cittadino e potere pubblico. Dell’A., si vedano, in particolare, *Introduzione generale*, in ID. (a cura di) *La procedura amministrativa*, Vicenza, 1964, 3 ss.; ID., *Il procedimento amministrativo tra vincoli formali e regole sostanziali*, in U. ALLEGRETTI – A. ORSI BATTAGLINI – D. SORACE (a cura di), *Diritto amministrativo e giustizia amministrativa nel bilancio di un decennio di giurisprudenza*, vol. II, Rimini, 1987, 805 ss.; ID., *La disciplina generale del procedimento amministrativo. Considerazioni introduttive*, in *La disciplina generale sul procedimento amministrativo. Contributo alle iniziative legislative in corso. Atti del XXXII Convegno di studi di scienza dell’amministrazione di Varenna, 18-20 settembre 1986*, Milano, 1989, 29 ss.; ID., *Considerazioni conclusive*, in G. ARENA – C. MARZUOLI – E. ROZO ACUÑA (a cura di), *La legge n. 241/1990: fu vera gloria? Una riflessione critica a dieci anni dall’entrata in vigore*, Napoli, 2001, 385 ss.

¹⁰ I termini del conflitto sono stati prevalentemente enunciati dalla dottrina amministrativistica antepoendo autorità a libertà. L’inversione della prospettiva – con la densità di significati che essa comporta – si deve ad una serie di riflessioni di V. CAPUTI JAMBRENGHI. Ad esempio, in *Uffici ed impiegati pubblici dallo Statuto albertino alla Costituzione nei centocinquanta anni di Unità d’Italia (veduta di scorcio)*, in *Giustamm.it*, 27 dicembre 2011, *passim*, l’Autore – muovendo dalla prospettiva dell’organizzazione dei pubblici uffici – tratteggia l’evoluzione del rapporto tra libertà ed autorità in Italia nel passaggio dallo Stato di diritto allo Stato sociale.

¹¹ Sul punto, anche prima delle rilevanti novità introdotte dalla l. n. 241/1990, cfr. G. GHETTI, voce *Autotutela della pubblica Amministrazione*, cit., 82.

concezione dell'attività di amministrazione come esecuzione della legge; e, al contempo, il riflesso della struttura gerarchica dell'esecutivo, idonea a fondare il potere di annullamento – ritenuto certamente inesauribile – da parte dell'Autorità gerarchicamente sovraordinata.

Nel sistema organizzativo e nell'attribuzione normativa di un potere discrezionale di autotutela trovava spazio il principio di legalità quanto alla forma del procedimento di secondo grado mediante il quale il perseguimento dell'interesse pubblico specifico doveva necessariamente effettuarsi nell'ambito del concorrente profilo del ripristino della legalità violata.

Gradualmente, tuttavia – soprattutto con l'innegabile contributo della Costituzione, che ha tracciato in maniera netta i profili di separazione tra amministrazione e giurisdizione, ma ammettendo “sempre” la tutela innanzi al giudice “contro gli atti della pubblica amministrazione” – è emersa l'esigenza di rinvenire nell'ordinamento un fondamento legale dei poteri di autotutela decisoria (specie dell'annullamento d'ufficio), siccome idonei ad incidere su posizioni giuridiche dei destinatari del provvedimento¹².

Tale esigenza appare viepiù avvertita dopo che la legge n. 241/1990 da un lato ha ammesso nuovi istituti – ispirati da esigenze di semplificazione – idonei a determinare l'assetto dei rapporti e degli interessi anche al di fuori dello “schema” classico del provvedimento amministrativo (con i suoi caratteri di unilateralità ed imperatività); dall'altro ha rafforzato le garanzie partecipative degli interessati e l'obbligo di motivazione del provvedimento – sempre più strutturato come atto che definisce il “problema amministrativo”¹³ all'esito di un contraddittorio (ancorché non pienamente paritario) che ha luogo nel procedimento, sede dell'acquisizione e della composizione degli interessi pubblici e privati rilevanti – che assume la valenza di “decisione”.

Invero, proprio la garanzia di una piena ed effettiva considerazione degli interessi privati accanto a quello pubblico primario (onde pervenire alla definizione dell'interesse pubblico in concreto), valutazione che nella motivazione trova il suo punto di emersione, sembra ridurre lo spazio per un ripensamento unilaterale da parte dell'Amministrazione sul contenuto della decisione rivelatasi illegittima o inopportuna e spinge verso una rivisitazione della ricostruzione dommatica del potere di autotutela decisoria da intendersi non più quale espressione dell'immanenza ed inesauribilità del potere di amministrazione attiva – derivanti dalla necessità di garantire la continua rispondenza dell'attività amministrativa al pubblico interesse – ma più strettamente ancorato al principio di legalità¹⁴.

¹² B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., spec. 1234-1252.

¹³ L'espressione, ormai entrata nel lessico degli studi di diritto amministrativo, si deve, come è noto, a F. LEDDA, *Problema amministrativo e partecipazione al procedimento*, in *Dir. amm.*, 1993, 133 ss.

¹⁴ F. FRANCIOSI, *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 17.

Di recente si è, pertanto, persuasivamente sostenuto che le diverse norme in materia di autotutela decisoria, oggi contenute nella legge n. 241/1990¹⁵, non sono “meramente dichiarative di un principio generale immanente nell’ordinamento, ma costitutive di un potere eccezionalmente attribuito alla pubblica Amministrazione e che dipende, pertanto, nella sua concreta configurazione, dai modi e termini in cui è plasmato dalla legge”¹⁶.

Sulla scorta di tale insegnamento è utile indagare come il potere sia individuato, nei suoi presupposti e nei suoi limiti, dalla norma di legge e come esso operi nella giurisprudenza chiamata a farne applicazione¹⁷. Le regole dell’ordinamento sempre più conformano l’autotutela decisoria non solo all’interesse pubblico, ma anche alla tutela delle posizioni giuridiche subiettive dei cittadini sorte per effetto del primo provvedimento e suscettibili di esser lese o soppresse dal provvedimento “di secondo grado” (o, viceversa, nella prospettiva dell’eventuale controinteressato, lese dal primo e tutelate indirettamente dal secondo provvedimento)¹⁸.

Anzitutto, la previsione in forza della quale l’Amministrazione che agisce *ex art. 21-nonies* deve tener conto, nell’adozione della decisione, degli interessi dei destinatari e dei controinteressati, è ispirata dalla necessità

¹⁵ Nella sua versione risultante dalle modifiche introdotte con d.l. 12 settembre 2014, n. 133; l. 7 agosto 2015, n. 124; d.lgs. 30 giugno 2016, n. 127.

¹⁶ F. FRANCIOSI, *Riesercizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 30. M.A. SANDULLI, *Autotutela*, cit., osserva che “la novella del 2015 spinge a un importante ripensamento sul potere di autotutela, che, da strumento ordinario e «naturale» di riesercizio del potere in funzione della massima tutela dell’interesse pubblico, si trasforma in termini sempre più netti in strumento eccezionale”.

¹⁷ Sul rilievo che ha assunto la giurisprudenza nella costruzione stessa del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto, cfr., nell’ambito di una vasta dottrina, M.S. GIANNINI, *Discorso generale sulla giustizia amministrativa*, in *Riv. dir. proc.*, 1963, 522 ss.; F. MERUSI, *Sullo sviluppo giurisprudenziale del diritto amministrativo italiano*, in AA. VV., *Legge, giudici politica. Le esperienze italiana ed inglese a confronto*, Milano, 1983, 121 ss.; M. D’ALBERTI – A. PAJNO, *Il giudice amministrativo tra tutela giurisdizionale e creazione giurisprudenziale*, in M. BESSONE (a cura di), *Diritto giurisprudenziale*, Torino, 1996, 299 ss.; S. CASSESE, *Il Consiglio di Stato come creatore di diritto e come amministratore*, in G. PASQUINI – A. SANDULLI (a cura di), *Le grandi decisioni del Consiglio di Stato*, Milano, 2001, 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *I principi costitutivi del diritto amministrativo come autonoma branca del diritto per rapporto al diritto civile*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, 463 ss.; F. SAIITA, *Appunti per una riflessione sul diritto giurisprudenziale, sul ruolo della dottrina e sul metodo nel diritto amministrativo*, in *Giustamm.it*, n. 10/2013; A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2015, 691 ss.

M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2015, 687, in riferimento alla nascita del diritto amministrativo in Italia, e prima ancora in Francia, ricorda “il ruolo «pretorio» del giudice amministrativo nella costruzione dei principi generali, e dunque dell’essenza del diritto amministrativo (...). E non si tratta soltanto di un giudice «creatore» dei principi, ma anche di un giudice che tende persino a porsi in una posizione sovraordinata allo stesso legislatore, con una sostanziale inversione dell’ordine formale della gerarchia delle fonti, ove i «principi generali del diritto» designano in realtà i «principi generali del giudice». Soltanto nel diritto amministrativo sono così ravvisabili fenomeni abituali di manipolazione della lettera delle norme scritte o di palese contrapposizione dei principi giurisprudenziali al legislatore”.

¹⁸ La necessità di tener conto degli interessi dei terzi quando, ad esempio, il provvedimento favorevole per il destinatario diretto produca effetti pregiudizievoli in capo ad altri soggetti dell’ordinamento appare ineludibile nel “diritto amministrativo multipolare”. Tale definizione si deve a L. DE LUCIA, *Provvedimento amministrativo e diritti dei terzi. Saggio sul diritto amministrativo multipolare*, Torino, 2005. Cfr. anche F. TRIMARCHI BANFI, *Il “terzo” nel diritto amministrativo: a proposito di semplificazioni*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 25 ss.

di una effettiva (e necessaria perché espressamente prevista *ex lege*) considerazione degli interessi privati attinti dall'iniziativa di autotutela.

Il peso crescente che assume l'interesse del destinatario del provvedimento favorevole, specie quando si tratti di provvedimenti aventi un significativo impatto economico, emerge dalla disciplina dell'art. 21-*quinquies* – come modificato d.l. 12 settembre 2014, n. 133 – che ne esclude la revocabilità in ipotesi di “nuova valutazione dell'interesse pubblico originario”.

Ma è soprattutto dalla disciplina del “termine ragionevole” *ex art. 21-nonies* l. n. 241/1990 (nella sua declinazione “certa” del limite di diciotto mesi per i provvedimenti di autorizzazione o per quelli che abbiano attribuito vantaggi economici) che l'attenzione del legislatore per la tutela dell'interesse del destinatario del provvedimento emerge con maggior evidenza.

1.3. Il limite dei diciotto mesi per l'annullamento d'ufficio ed il diritto soggettivo alla conservazione del provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici

La circostanza che l'atto giuridico precettivo (il provvedimento di primo grado) sia adottato a tutela dell'interesse pubblico comporta il riconoscimento di una posizione di primazia in capo ad uno dei soggetti del rapporto amministrativo la cui manifestazione di volontà è astrattamente idonea a far venir meno gli effetti dell'atto, seppure entro i limiti posti a tutela dell'interesse anzitutto del soggetto che dall'atto ha tratto vantaggio¹⁹.

Invero, la stabilità dell'assetto delineato nel provvedimento²⁰ – che dovrebbe essere espressione della certezza del diritto riferita alla soluzione adottata in quello specifico caso per la soluzione del “problema amministrativo” – costituisce (*recte* dovrebbe costituire) un limite all'esercizio dei poteri di ritiro fondati sulla cura dell'interesse pubblico.

Come si è avuto modo di rilevare *supra*, l'ordinamento nazionale sembra orientato, almeno a partire dalla l. n. 124/2015, ad offrire tutela alle esigenze di certezza giuridica, specie nei rapporti aventi una rilevanza

¹⁹ Secondo M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, 335, “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”.

²⁰ L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, in *Giorn. dir. amm.*, 2007, 480, si riferisce all'interesse pubblico all’“ordinato svolgersi dei fatti giuridici”, e richiama le conclusioni dell'Avvocato generale nella sentenza della Corte di giustizia, 19 settembre 2006, in cause riunite C-392/04 e C-442/04, *Arvor* (punti 71-74): “Il diritto aborre il disordine e (...) per questo si è dotato di strumenti per lottare contro la sua principale causa: l'instabilità. Tra questi strumenti la certezza del diritto riveste un significato speciale cui è ancorata l'idea di «stabilità»; le decisioni amministrative diventano inattaccabili alla scadenza dei termini per impugnarle o una volta esauriti tutti i mezzi di ricorso. Ne consegue che, spirato il termine per il ricorso, una decisione, ancorché viziata, non può essere rimessa in discussione e l'errore s'installa definitivamente nell'ordinamento. L'invulnerabilità degli atti definitivi, anche irregolari, assurge, allora, a regola generale, giacché nessun sistema tollera che la validità dei rapporti giuridici sia discussa all'infinito”.

economica. Già l'art. 1, comma 136 della l. n. 311/2004, sebbene avesse previsto in via generale la possibilità di ricorrere in ogni tempo all'annullamento d'ufficio al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per l'Amministrazione, aveva introdotto per i provvedimenti incidenti su rapporti contrattuali o convenzionali con i privati, non solo un termine di tre anni per l'esercizio del potere di autotutela, ma anche l'obbligo di indennizzo in caso di annullamento. La legge Madia ha abrogato tale disposizione (art. 6, comma 2) ma ha ancorato il "termine ragionevole" per l'annullamento d'ufficio al parametro certo dei diciotto mesi dall'adozione dei soli provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici (o dalla formazione del silenzio assenso *ex art.* 20 l. n. 241/1990)²¹.

L'introduzione del termine di diciotto mesi costituirebbe "nuovo paradigma nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni: 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"²².

In questa prospettiva può ritenersi che l'art. 21-*nonies*, nella parte in cui prevede il termine di diciotto mesi dall'emanazione del provvedimento come limite massimo per l'esercizio del potere di annullamento d'ufficio (dei soli provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici, che tuttavia sono, insieme, i più numerosi), abbia introdotto non già una norma d'azione con la quale disciplina l'esercizio del potere, ma piuttosto una norma di relazione²³, idonea a tracciare quella linea di demarcazione che il potere pubblico non può oltrepassare senza ledere la sfera dei diritti del cittadino²⁴.

²¹ Come si è osservato *supra* il termine di diciotto mesi trova applicazione anche per l'esercizio dei poteri inibitori in materia di S.C.I.A. nonché per l'adozione – e comunque per la durata massima – di provvedimenti di sospensione cautelare dell'efficacia di provvedimenti già adottati (art. 21-*quater* l. n. 241/1990).

²² Cons. Stato, parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto S.C.I.A.

²³ M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 112 ss.

²⁴ E. GIUCCIARDI, *La giustizia amministrativa*, Padova, 1942, 31. Sulla distinzione tra norme di relazione e norme d'azione l'insigne Maestro ha osservato che vi sono norme "dirette a regolare i rapporti intercorrenti fra l'Amministrazione e il cittadino. Tali norme sono della medesima natura di quelle che regolano, ad esempio, i rapporti interindividuali; ed hanno rispetto a quelle la medesima funzione, cioè la risoluzione di conflitti d'interessi fra i soggetti ai quali si rivolgono, e la medesima struttura, in quanto consistono in un comando rivolto ad una volontà di fare, non fare o consentire qualche cosa in favore di un'altra: sono, in una parola, norme materiali che, appunto perché intervengono a disciplinare i rapporti fra soggetti dirimendone i conflitti d'interessi, possono chiamarsi efficacemente norme di relazione. Le norme della seconda categoria, invece, non sono poste per la disciplina di rapporti e la risoluzione di conflitti d'interessi fra Amministrazione e cittadino, ma unicamente per regolare l'attività che l'Amministrazione pone in essere per l'attuazione e lo svolgimento dei rapporti già regolati dalle norme di relazione. Esse tutelano l'interesse pubblico non nella relazione coll'interesse di un soggetto diverso, ma nell'attività dell'Amministrazione, per assicurare la conformità ad esso degli atti che l'Amministrazione compie per l'esercizio dei propri diritti e per l'adempimento dei propri obblighi. Esse non si rivolgono pertanto a due volontà distinte, imponendo ad una di esse un determinato comportamento a favore dell'altra; ma ad una volontà sola, quella dell'Amministrazione, imponendole un dato comportamento non già a favore di terzi, ma obiettivamente nell'interesse pubblico. Tali norme hanno carattere strumentale e, appunto perché volte a stabilire se e come l'Amministrazione debba esercitare le attribuzioni inerenti ai suoi diritti ed ai suoi obblighi verso il cittadino, possono chiamarsi norme d'azione" (*ivi*, 30-31).

Non pochi in dottrina hanno in effetti sostenuto che il decorso del termine ragionevole (comunque non superiore a diciotto mesi per i provvedimenti d'ufficio richiamati) consuma il potere dell'Amministrazione di annullare d'ufficio il provvedimento illegittimo²⁵ (salva l'eccezione prevista dalla norma di cui all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis* l. n. 241/1990).

Per questa via si può arrivare a riconoscere un diritto soggettivo in capo al beneficiario alla conservazione del provvedimento favorevole, portato del principio di “certezza del diritto” opportunamente disancorato da ogni valutazione in ordine alla sussistenza di un affidamento meritevole di tutela (cfr. *infra*, § 5.3).

Non manca comunque chi è propenso a continuare ad ammettere, in talune ipotesi, l'esercizio del potere anche dopo il decorso del termine *de quo*²⁶.

La distinzione tra le due tipologie di norme è approfondita da A. ROMANO, *Giurisdizione amministrativa e limiti della giurisdizione ordinaria*, Milano, 1975, 133 ss. il quale, anche di recente (in *La nullità del provvedimento amministrativo*, in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, cit., 819), è tornato ad evidenziare “la distinzione tra [norme] che definiscono i poteri (...) e quelle che all'interno di questi loro poteri ne regolano solo l'esercizio”. Si veda anche lo studio monografico di F. VOLPE, *Norme di relazione, norme d'azione e sistema italiano di giustizia amministrativa*, Padova, 2004.

²⁵ N. PAOLANTONIO, *Comportamenti non provvedimentali produttivi di effetti giuridici*, in F.G. SCOCA, *Diritto amministrativo*, Torino, 2017, 380, in ordine ai poteri di controllo *ex post* previsti dall'art. 19, comma 4, della l. n. 241/1990 sulle attività intraprese a seguito di S.C.I.A. osserva: “la nuova formulazione dell'art. 21-*nonies*, che fissa in diciotto mesi il termine ‘ragionevole’ per intervenire in autotutela (...) è un termine massimo, decorso il quale si assiste ad una vera e propria estinzione del potere (...). Si tratta, quindi, di una vera e propria fattispecie tipica di decadenza dal potere; una novità davvero notevole che scardina il dogma dell'inesauribilità del potere amministrativo”. Sulla “consumazione del potere” di autotutela decisa decorso il termine di diciotto mesi, cfr. Cons. St., sez. VI, 27 gennaio 2017, n. 341.

Sulla natura perentoria del termine, cfr., tra gli altri, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto di equilibrio*, cit., 107. In giurisprudenza, cfr. T.a.r. Puglia – Bari, sez. III, 17 marzo 2016, n. 351; T.a.r. Calabria – Reggio Calabria, 28 gennaio 2019, n. 44.

Con sentenza 13 marzo 2019, n. 45, la Corte costituzionale sembra aderire alla tesi per la quale il mancato esercizio del potere entro i termini di legge ne comporta la consumazione. Nel dichiarare, infatti, non fondate le questioni di legittimità costituzionale dell'art. 19, comma 6-*ter*, l. n. 241/1990 – nella parte in cui, secondo il giudice remittente, non prevede un termine finale per la sollecitazione, da parte del terzo, dei poteri di verifica sulla S.C.I.A. spettanti all'Amministrazione – la Consulta ha affermato: “Le verifiche cui è chiamata l'amministrazione ai sensi del comma 6-*ter* sono dunque quelle già puntualmente disciplinate dall'art. 19, da esercitarsi entro i sessanta o trenta giorni dalla presentazione della SCIA (commi 3 e 6-*bis*), e poi entro i successivi diciotto mesi (comma 4, che rinvia all'art. 21-*nonies*). Decorsi questi termini, la situazione soggettiva del segnalante si consolida definitivamente nei confronti dell'amministrazione, *ormai priva di poteri*, e quindi anche del terzo. Questi, infatti, è titolare di un interesse legittimo pretensivo all'esercizio del controllo amministrativo, e quindi, *venuta meno la possibilità di dialogo con il corrispondente potere*, anche l'interesse si estingue” (punto 9 in diritto). Nell'occasione la Corte ha comunque evidenziato “l'opportunità di un intervento normativo sull'art. 19, quantomeno ai fini, da una parte, di rendere possibile al terzo interessato una più immediata conoscenza dell'attività segnalata e, dall'altra, di impedire il decorso dei relativi termini in presenza di una sua sollecitazione, in modo da sottrarlo al rischio del ritardo nell'esercizio del potere da parte dell'amministrazione e al *conseguente effetto estintivo di tale potere*” (corsivi aggiunti).

²⁶ Nel senso che lo spirare del termine non precluderebbe la possibilità di annullamento dei provvedimenti affetti da “vizi di illegittimità manifesta e di palese erroneità o irragionevolezza dell'atto” in quanto il provvedimento sarebbe idoneo a far sorgere un affidamento legittimo, cfr. C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 337 ss.

Secondo la stessa A. anche nei casi in cui il provvedimento sia contrario ai c.d. “interessi sensibili”, l'interesse pubblico all'annullamento (ancorché accertato tardivamente dall'Amministrazione) dovrebbe comunque prevalere sull'affidamento ed il decorso del termine comporterebbe solo un dovere di motivazione più approfondita e puntuale (*ivi*, 341 ss.). La tesi, pur mossa dal lodevole intento di individuare un equilibrio adeguato tra “interessi a protezione

Rimane tutto sommato ambigua la giurisprudenza (Adunanza plenaria n. 8 del 17 ottobre 2017)²⁷ allorché afferma con riferimento all'annullamento d'ufficio di un titolo edilizio in sanatoria

rafforzata” e nuova disciplina dell'annullamento d'ufficio, non pare trovare adeguato fondamento né nel tenore letterale della disposizione, né nella *ratio* della norma. La dottrina, d'altro canto, sin da subito aveva dubitato dell'opportunità della scelta del legislatore di prevedere un termine unico (diciotto mesi), senza operare una distinzione tra gli interessi pubblici che vengono in rilievo. In tal senso, cfr. M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della L. 7 agosto 2015 n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *Federalismi.it*, n. 17/2015, 9.

Sulla peculiare rilevanza degli interessi sensibili nella disciplina del procedimento e del provvedimento amministrativo, cfr. G. SCIULLO, “*Interessi differenziati e procedimento amministrativo*”, in *Riv. giur. urb.*, 2016, 58 ss.; V. PARISIO, *Interessi forti e interessi deboli: la natura degli interessi come limite alla semplificazione del procedimento amministrativo nella l. 7 agosto 1990 n. 241*, in *Dir. proc. amm.*, 2014, 839 ss. Se la norma di cui all'art. 21-*nonies* merita critica per un eccesso di uniformazione delle disposizioni su fattispecie diverse, l'ampiezza del termine e la chiarezza delle fattispecie coinvolte ed escluse rispetto alla scelta normativa attuata, non sembrano consentire ulteriore spazio a dubbi sull'effetto irreversibile della certezza derivante dalla scadenza del termine perentorio.

Si registra, peraltro, un orientamento che ammette l'annullamento “tardivo” di un provvedimento illegittimo che comporti l'esborso di danaro pubblico ed in relazione al quale parte della giurisprudenza configura un interesse pubblico *in re ipsa*. Per un'analisi di questa giurisprudenza, cfr. C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 332. Secondo l'A., “la possibilità di mantenere in vita – per mero decorso del tempo – provvedimenti illegittimi attributivi di benefici economici collide col dovere delle Amministrazioni pubbliche di assicurare l'equilibrio di bilancio” (*ivi*, 333). Per la illegittimità dell'annullamento tardivo in tali ipotesi, si veda G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, cit. 394-397.

Di recente il T.a.r. Lazio – Roma, sez. II, 13 febbraio 2018, n. 1695, in ordine all'annullamento da parte del Commissario straordinario – nominato a seguito dello scioglimento di un Municipio della Capitale – di una concessione (decorso il termine dei diciotto mesi dall'adozione) ha affermato la recessività della norma che individua il suddetto termine per l'esercizio del potere di autotutela “rispetto all'azione straordinaria in questione, la quale, ispirata ad una preminente *ratio* di ripristino della legalità, tollera eventuali lievi scostamenti rispetto alla tempistica ordinaria. Del resto, è pacifico che il termine di diciotto mesi previsto dall'attuale art. 21-*nonies* rappresenta una *previsione di massima di carattere ordinario*, la quale ben può essere superata in forza di esigenze superiori le quali superano ed assorbono ogni profilo inerente eventuali affidamenti generati in capo al destinatario dell'atto” (corsivo aggiunto).

Un'argomentata critica degli orientamenti giurisprudenziali che, attraverso percorsi non omogenei, tendono a ridurre la portata applicativa della norma che ha introdotto il termine decadenziale per l'annullamento d'ufficio si trova in M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, in *Il processo*, 2018, 56 -58.

In generale sulle ipotesi di interesse pubblico *in re ipsa* all'annullamento enunciate dalla giurisprudenza, si vedano le considerazioni di F. COSTANTINO, *Annullamento d'ufficio*, cit., 884 ss. nonché di E. ZAMPETTI, *Motivazione in re ipsa e autotutela decisoria*, in *Il libro dell'anno del Diritto* 2016, cit.

Nel caso del provvedimento in contrasto con il diritto dell'Unione – come si avrà modo di precisare *infra* – se la primazia del diritto europeo ed il principio di leale cooperazione ne impongono astrattamente l'annullamento d'ufficio a tutela della legalità europea, non di meno la Corte di giustizia ha chiarito che, in ossequio al principio di equivalenza, ciò deve accadere alle stesse condizioni previste dal diritto nazionale per l'annullamento di un provvedimento interno. Da siffatta impostazione dovrebbe derivare il massimo sostegno alla tesi secondo la quale, decorso il termine di diciotto mesi dalla sua adozione, il provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici non potrebbe essere annullato anche se in contrasto con il diritto Ue. In tal senso S. D'ANCONA, *L'annullamento d'ufficio dopo la riforma Madia*, in *Giur. it.*, 2015, 2748 ss.; G. MANFREDI, *Annullamento doveroso?*, cit., 397-399; *contra*, C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 328.

²⁷ In *Riv. giur. ed.*, 2017, 1089. Tra i numerosi commenti, cfr. N. POSTERARO, *Annullamento d'ufficio e motivazione in re ipsa: osservazioni a primissima lettura dell'Adunanza plenaria n. 8 del 2017*, *ivi*, 1103 ss.; ID., *Sulla possibile configurazione di un'autotutela doverosa (anche alla luce del codice dei contratti pubblici e dell'Adunanza Plenaria n. 8 del 2017)*, in *Federalismi.it*, n. 20/2017; L. BERTONAZZI, *Annullamento d'ufficio di titoli edilizi: note a margine della sentenza dell'Adunanza plenaria del Consiglio di Stato n. 8/2017*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 730 ss.; G. MANFREDI, *La plenaria sull'annullamento d'ufficio del permesso di costruire: fine dell'interesse pubblico in re ipsa?*, in *Urb. e app.*, 2018, 52 ss.; M. TRIMARCHI, *Il contrasto all'abusivismo edilizio tra annullamento d'ufficio e ordine di demolizione*, in *Giorn. dir. amm.*, 2018, 67 ss.; C. PAGLIAROLI, *La “storia infinita” dell'annullamento d'ufficio dei titoli edilizi: nessun revirement da parte dell'Adunanza plenaria*, in *Riv. giur. ed.*, 2018, 92 ss. Considerazioni critiche sono state espresse, (anche in riferimento all'attenuazione dell'onere motivazionale in ragione della rilevanza e autoevidenza degli interessi pubblici tutelati) da M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., 57-58.

intervenuto dopo un lungo lasso di tempo dal rilascio, che la ragionevolezza del termine (*ex art. 21-nonies* l. n. 241/1990) debba esser valutata a partire dalla conoscenza (e non dalla conoscibilità) dei profili di illegittimità dell'atto.

Sempre secondo la giurisprudenza, il superamento del “rigido termine di diciotto mesi” sarebbe comunque consentito non solo nel caso in cui la falsa attestazione abbia costituito il frutto di una condotta di falsificazione penalmente rilevante, ma anche nel caso in cui “l’(acclarata) erroneità dei ridetti presupposti risulti comunque non imputabile (neanche a titolo di colpa concorrente) all'Amministrazione, ed imputabile, per contro, esclusivamente al dolo (equiparabile, per solito, alla colpa grave e corrispondente, nella specie, alla mala fede oggettiva) della parte”²⁸. Tale orientamento si fonda su “un’esegesi semantica estremamente complessa”²⁹ della norma, ma sembra in realtà volto a circoscrivere l’ambito di operatività del termine di diciotto mesi, in evidente contrasto con le finalità di tutela dell’interesse alla stabilità degli assetti ordinamentali che ispirava la riforma del 2015.

Le più recenti pronunce sembrano dunque aver aperto la questione in ordine all’esauribilità del potere di autotutela³⁰.

È pertanto interessante vedere se e quali principi siano affermati al riguardo anche in ambito sovranazionale.

2. Autotutela decisoria e diritto Ue

Nell’analisi giuridica dei poteri di annullamento d’ufficio o di revoca alla luce del diritto dell’Unione, è necessario distinguere due piani di indagine.

Il primo riguarda l’esercizio dell’autotutela da parte di organi dell’Unione su propri provvedimenti (*infra* § 2.1). L’altro si riferisce all’atteggiarsi del potere di annullamento d’ufficio o di revoca da parte dell’autorità dello Stato membro in relazione a provvedimenti violativi del diritto Ue (*infra* § 2.2).

²⁸ Cons. St., sez. V, 27 giugno 2018, n. 3940.

²⁹ M.A. SANDULLI, *Autoannullamento dei provvedimenti ampliativi e falsa rappresentazione dei fatti: è superabile il termine di 18 mesi a prescindere dal giudicato penale?*, in *Riv. giur. edil.*, 2018, 687 ss.

³⁰ Secondo T.a.r. Campania – sez. II, 11 febbraio 2020, n. 673, “il termine di diciotto mesi va inteso come un astratto e generale termine *ne ultra quem*, decorso il quale non potrà essere legittimamente esercitato il potere di ritiro dei provvedimenti ampliativi per vizi di legittimità. Invero, l’opzione normativa appare con chiarezza ispirata alla logica di una astratta e generale prevalutazione legale degli interessi in conflitto, per evidenti ragioni di tutela degli affidamenti maturati dai privati su situazioni vantaggiose capaci di impegnare la futura programmazione delle loro attività economiche, con la conseguenza che all’amministrazione è concessa certamente la facoltà di rivedere il proprio operato, tutte le volte che risulti assunto in violazione del paradigma normativo di riferimento, ma nel rispetto del ridotto limite temporale preclusivo, superato il quale il ripristino della legalità violata è, con insuperabile presunzione, ritenuto subvalente rispetto alle legittime aspettative private (cfr. Consiglio di Stato, Sez. V, 27 giugno 2018 n. 3940; T.a.r. Calabria Catanzaro, Sez. II, 10 aprile 2019 n. 716; T.a.r. Campania Salerno, Sez. II, 28 gennaio 2019 n. 199; T.a.r. Campania Napoli, Sez. III, 13 aprile 2018 n. 2468; T.a.r. Lombardia Brescia, Sez. I, 15 gennaio 2018 n. 32)”.

2.1. L'autotutela degli organi dell'Ue sui propri provvedimenti

Sotto il primo profilo può osservarsi che la Corte tende ad escludere il c.d. “ritiro”³¹ di un provvedimento legittimo e, di contro, ad ammetterlo, pur entro certi limiti, nel caso di illegittimità dell'atto, in una “convergenza” tra potere di autotutela e principio di legalità³².

In particolare, sin dalla prima sentenza del 1957 nella quale ha affermato la non “ritirabilità” di un provvedimento amministrativo legittimo, la Corte ha richiamato l'esigenza di “garantire la stabilità della situazione creatasi per effetto del provvedimento”³³ (che, nella traduzione italiana, è stata resa attraverso il richiamo al principio di “certezza del diritto”)³⁴.

In quell'occasione la Corte – a conclusione di un'analisi comparativa degli ordinamenti dei sei Stati membri – ha affermato anche il principio della “revocabilità” del proprio atto amministrativo illegittimo sia pure entro “un limite di tempo ragionevole”.

Senonché, circa quattro anni dopo, lo stesso giudice³⁵ ha ritenuto che, nel valutare la legittimità della decisione di annullare d'ufficio (“revocare con effetto retroattivo”, per usare la terminologia europea) un provvedimento illegittimo, l'Amministrazione europea avrebbe dovuto tener “conto del fatto che il principio della certezza del diritto”³⁶, per quanto importante sia, non va applicato in modo assoluto, ma in concomitanza col principio di legittimità. La decisione se l'uno o l'altro di detti principi debba prevalere nel caso singolo dipende dal confronto fra l'interesse pubblico e gli interessi privati in contrasto”³⁷.

³¹ C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 17, puntualizza che in ambito europeo il termine “ritiro” è utilizzato per indicare le fattispecie che nella nostra tradizione giuridica corrispondono alla revoca ed all'annullamento d'ufficio.

³² B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 1254, osserva che “in materia di autotutela il diritto europeo è più restrittivo di quello italiano: ammette il ritiro per ragioni di legittimità, ma non – di regola – per ragioni di opportunità (...). Si può dire che la tendenziale revocabilità (noi diremmo annullabilità) dei provvedimenti illegittimi e la tendenziale irrevocabilità di quelli legittimi sono principi di diritto amministrativo europeo”. Secondo C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 193-194, “costituiscono eccezioni al principio del mantenimento dell'atto legittimo il consenso del privato inciso dal ritiro, il mancato avveramento della condizione di efficacia, il cambio di *policy*, l'inadempimento da parte del privato nei confronti di un obbligo previsto nel provvedimento”.

³³ Corte di Giustizia, sentenza 12 luglio 1957, cause 7/56 e 3-7/57, *Algera*. Nella versione inglese si legge: “the need to safeguard confidence in the stability of the situation thus created prevails over the interests of an administration desirous of reversing its decision”, ed in quella in lingua francese “la nécessité de sauvegarder la confiance dans la stabilité de la situation ainsi créée l'emporte sur l'intérêt de l'administration qui voudrait revenir sur sa décision”. Si tratta, è appena il caso di osservare, di una tra le prime sentenze della Corte di giustizia.

³⁴ Corte di giustizia, sentenza *Algera*: “Da un esame di diritto comparato risulta che nei sei stati membri un atto amministrativo creatore di diritti soggettivi non può, in linea di principio, venir revocato ove si tratti di atto legittimo; dato che in tal caso l'atto in parola fa sorgere un diritto soggettivo, la necessità di salvaguardare il principio della certezza del diritto deve prevalere sull'interesse che l'amministrazione potrebbe avere a revocare la decisione in parola. Ciò vale in specie per la nomina dei funzionari” (corsivo aggiunto).

³⁵ Corte di giustizia, sentenza 22 marzo 1961, in cause riunite 42/59 e 49/59, *SNUPAT*.

³⁶ Nella versione inglese si fa riferimento al “principle of respect for legal certainty”; in quella francese al “principe du respect de la sécurité juridique”.

³⁷ Nella sentenza *SNUPAT* gli “interessi privati in contrasto” sono individuati, in particolare: a) nell'interesse dei beneficiari (dei provvedimenti favorevoli successivamente annullati), consistente nel fatto che essi “potevano in buona fede” confidare nella stabilità della situazione determinata dal provvedimento favorevole; b) nell'“interesse della Comunità”, il quale consiste nel regolare funzionamento del meccanismo di perequazione introdotto per il mercato di

La convergenza fra autotutela e legalità (secondo uno schema nel quale il provvedimento legittimo in via di principio non è ritirabile, mentre lo è il provvedimento illegittimo) si fa più sfumata allorché il principio di *legalità* incontra altre posizioni giuridiche subiettive, in particolare l'interesse alla conservazione del provvedimento da parte del soggetto che da esso abbia tratto vantaggi.

“Certezza del diritto” e legalità sono intesi come valori che possono confliggere ed il cui equilibrio va individuato di volta in volta dall'Amministrazione attraverso la tecnica del bilanciamento, avendo riguardo agli interessi in gioco, in particolare alla buona fede del soggetto beneficiario dal provvedimento “di primo grado”³⁸ ed all'interesse pubblico (“l'interesse della Comunità”).

In altre sentenze³⁹ la Corte argomenta che, sebbene sussista un potere di ritiro dell'atto illegittimo con effetti *ex tunc*, “ciò vale però con la riserva che, *in determinati casi eccezionali*, la certezza del diritto deve essere salvaguardata” e rimette la soluzione ad un accertamento in ordine all'affidamento generato (dal provvedimento oggetto di ritiro) in capo al destinatario.

Scompare ogni riferimento al principio di legalità, ma al contempo si nega una preminenza assoluta della “certezza del diritto” (o “certezza giuridica”, in altre versioni)⁴⁰, la cui tutela per un verso è ammissibile solo “in via eccezionale”, per altro verso è condizionata ad una valutazione sulla sussistenza in concreto di un affidamento.

La giurisprudenza preciserà che l'affidamento rilevante al fine di limitare l'esercizio della “revoca” sorge allorché il destinatario non avrebbe potuto avere contezza dell'illegittimità del provvedimento adottato in prima battuta⁴¹, anche sulla base delle proprie qualità professionali⁴²; proprio al contrario – si

riferimento e lambisce l'interesse degli altri operatori a non sopportare “in via definitiva le conseguenze patrimoniali di esenzioni illegittimamente concesse a loro concorrenti”.

Nella sentenza 12 luglio 1962, in causa 14/61, *Hoogovens*, la Corte precisa la necessità di operare una distinzione tra l'interesse pubblico al regolare funzionamento del mercato (in quel caso realizzato attraverso un meccanismo di perequazione tra le imprese consumatrici di rottami ferrosi) e l'interesse delle imprese concorrenti di quella beneficiaria del provvedimento (illegittimo) oggetto di revoca.

³⁸ La buona fede del beneficiario deve essere valutata anche in relazione alla condotta da questi serbata, di tal che l'atto potrà essere revocato se “è stato formato in base ad inesatte o incomplete indicazioni degli interessati”. Sul punto, oltre alla già citata sentenza *SNUPAT*, cfr. Corte di giustizia, sez. VI, sentenza 24 gennaio 2002, in causa C-500/99, *Conserve Italia*, punto 90.

³⁹ Corte di giustizia, sentenza 13 luglio 1965, in causa 111/63, *Lemmerz-Werke*.

⁴⁰ Anche in questo caso, nelle altre versioni della sentenza il riferimento è alla “sécurité juridique” (non qualificata come “principio”) che corrisponde al “principle of respect for legal certainty”.

⁴¹ Corte di giustizia, sez. V, sentenza 26 febbraio 1987, in causa 15/85, *Consorzio Cooperative d'Abruzzo*, in materia di concessione di contributi in agricoltura.

⁴² Corte di giustizia, sez. VI, sentenza 20 giugno 1991, in causa C-365/89, *Cargill*, punto 20. Per un'ampia analisi della giurisprudenza rilevante, anche del Tribunale di prima istanza, si rinvia a C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., spec. 188-198.

osserva – il semplice decorso del tempo non vale di per sé a consolidare un legittimo affidamento sulla stabilità dell’assetto determinatosi⁴³.

Nell’argomentare – non sempre lineare – della Corte, il ripristino della *legalità comunitaria* non prevale *ex se* ed in via generale sulla certezza del diritto e sull’affidamento, ma trova spazi di tutela assai ampi allorché il provvedimento illegittimo incida negativamente su regole poste a presidio del corretto funzionamento dei mercati di riferimento (determinando un pregiudizio, anche indiretto, per altri operatori e, quindi, per la concorrenza) o su un più generale “interesse di ordine pubblico”⁴⁴.

Sembra, al contrario, che, quando non venga in rilievo un interesse pubblico specifico (in particolare, l’interesse al corretto funzionamento del mercato) o comunque quando dal provvedimento (illegittimo) oggetto di ritiro non derivi un pregiudizio per i terzi, l’esigenza di ripristino della legalità rimanga sullo sfondo e l’argomento fondato sulla “certezza del diritto” si accompagni a valutazioni sulla meritevolezza di tutela dell’affidamento: “se è nato a buon diritto, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venire scalzato”⁴⁵.

⁴³ Corte di giustizia, grande sez., sentenza 14 giugno 2016, in causa C-566/14, *Marchiani*, punto 79, laddove, in ordine alla legittimità del provvedimento con il quale il Parlamento europeo aveva richiesto ad un proprio membro la restituzione di importi illegittimamente versati a titolo di indennità, si afferma: “la sola circostanza che un periodo prolungato sia trascorso tra la data in cui tali somme sono state versate e la data dell’adozione della decisione controversa non è sufficiente, di per sé e in assenza di qualsiasi altro elemento rilevante, per far sorgere, in capo al ricorrente, un legittimo affidamento sul fatto che le somme in questione non saranno più richieste”.

⁴⁴ Sentenza *SNUPAT*, cit.; *Hogovens*, cit.; Corte di giustizia, sez. VI, sentenza 17 aprile 1997, in causa C-90/95, *De Compte*, punto 39.

⁴⁵ Cfr. sentenza *De Compte*, cit., punto 39.

Sulla rilevanza del principio di affidamento nella giurisprudenza della Corte di giustizia, cfr. V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, in *I principi nell’esperienza giuridica. Atti del Convegno della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza. Roma 14-15 novembre 2014*, Napoli, 2014, 259-262. L’A. osserva: “il principio della tutela del legittimo affidamento (...) introduce, come requisito di legittimità dell’azione dei pubblici poteri, un ulteriore elemento di valutazione, di carattere, questa volta, eminentemente soggettivo. Non si tratta più solo di valutare l’interesse protetto del terzo nella sua oggettività a fronte di atti dei pubblici poteri che ne vengono a incidere la sfera, ma si tratta di valutare se in esso si è prodotta, in virtù di atti (o fatti) precedenti dell’autorità pubblica, la ragionevole consapevolezza (l’affidamento, appunto) che un determinato assetto di interessi sarebbe rimasto stabile nel tempo, ciò che lo ha indotto a conformare in conseguenza la propria azione (...). L’ esame della giurisprudenza, da quella della Corte europea sino a quella dei nostri giudici amministrativi, induce ad affermare l’impossibilità di una determinazione a priori di codesti requisiti, la cui individuazione in concreto non può che essere lasciata alla prudente valutazione del giudice, che sarà indotto anche a seguire linee interpretative differenti a seconda del settore nel quale le singole controversie insorgono con riferimento agli interessi pubblici che in esse sono coinvolti nella loro variegata intensità e preminenza” (*ivi*, 263-264).

Il richiamo congiunto ai principi della certezza del diritto e della tutela del legittimo affidamento è, in realtà, molto frequente nella giurisprudenza europea. Si veda, a titolo esemplificativo, la sentenza *Conserve Italia*, cit., dove, tuttavia, l’analisi della Corte si appunta essenzialmente sull’assenza di un affidamento legittimo in ragione della malafede serbata nel procedimento dal destinatario del primigenio provvedimento successivamente revocato. Anche in *Consorzio Cooperative d’Abruzzo*, cit., legittimo affidamento e certezza del diritto vengono considerati congiuntamente dalla Corte che perviene all’annullamento dell’atto di revoca adottato dall’Amministrazione comunitaria. Cfr., da ultimo, Tribunale Ue, sez. V, sentenza 21 febbraio 2018, *Repower*, in causa T-727/16, punto 85. Sul legittimo affidamento come “corollario del principio della certezza del diritto”, cfr., di recente, Tribunale Ue, sez. IX, sentenza 15 novembre 2018, in causa T-207/10, *Deutsche Telekom*, punto 37 e giurisprudenza *ivi* citata.

Secondo C. NAPOLITANO, *L’autotutela amministrativa*, cit., 198, il quadro complessivo offerto dalla giurisprudenza della Corte si fonderebbe su alcuni elementi comuni: “la natura dell’illegittimità; la frode o l’induzione in errore da parte del

2.2. “Autotutela nazionale” e diritto Ue

Il secondo piano dell’indagine riguarda l’autotutela nazionale in relazione a provvedimenti in contrasto con il diritto Ue⁴⁶.

Il principio di primazia del diritto dell’Unione – esplicitato per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza *Costa*⁴⁷, declinato nell’obbligo di disapplicazione delle norme interne in contrasto con il diritto Ue⁴⁸, quindi espressamente riferito all’autorità giudiziaria⁴⁹ ed agli organi dell’Amministrazione⁵⁰ – sembrerebbe escludere ogni possibilità di contemperamento del principio di *legalità comunitaria* con le esigenze di stabilità degli effetti del provvedimento.

Ma la giurisprudenza della Corte, ancora una volta, non appare univoca.

In alcune pronunce più risalenti, infatti, la c.d. “revoca” di un atto illegittimo perché in contrasto con il diritto europeo è stata connotata come *obbligo* dell’Amministrazione nazionale, senza lasciar spazio in senso contrario all’applicazione di una norma interna che limiti l’esercizio di siffatto potere.

Si è, ad esempio, affermato che il necessario perseguimento dell’interesse comunitario – relativo, in quel caso, al corretto dispiegarsi della concorrenza, – impedisce allo Stato membro non solo di invocare la tutela dell’affidamento (del beneficiario di aiuti di Stato illegittimamente concessi) e della certezza del

privato nei confronti dell’Amministrazione, l’effetto del ritiro sulle parti terze, il tempo trascorso, la percepibilità dell’illegittimità per un operatore di settore (il c.d. *prudent trader*). Elementi riconducibili a un solo parametro, in realtà: se e in che misura, cioè, il privato è stato indotto dall’Amministrazione stessa a confidare nella legittimità della decisione”.

⁴⁶ In questa sede è utile accennare alla distinzione tra le ipotesi di “anticomunitarietà” diretta (che ricorre allorché il provvedimento nazionale sia in contrasto con una norma europea applicabile senza la “mediazione” di una norma di diritto interno) ed indiretta (che, all’opposto, si verifica allorché l’atto emanato sia conforme ad una norma interna la quale, tuttavia, risulti in contrasto con il diritto europeo).

Il tema della legittimità dell’atto amministrativo “anticomunitario” è stato ampiamente trattato dalla dottrina anche in riferimento all’atteggiarsi del potere nazionale di autotutela a fronte di un atto violativo del diritto Ue. Cfr., almeno, M.P. CHITI, *L’invalidità degli atti amministrativi per violazione di disposizioni comunitarie e il relativo regime processuale*, in *Dir. amm.*, 2003, 687 ss.; ID., *Le peculiarità dell’invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 477 ss.; G. GRECO, *Inoppugnabilità e disapplicazione dell’atto amministrativo nel quadro comunitario e nazionale (note a difesa della c.d. pregiudizialità amministrativa)*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 513 ss.; ID., *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 505 ss.; R. MUSONE, *Il regime di invalidità dell’atto amministrativo anticomunitario*, Napoli, 2007; N. PIGNATELLI, *Illegittimità “comunitaria” dell’atto amministrativo*, in *Giur. cost.*, 2008, 3635 ss.; F. SICILIANO, *La legalità amministrativa (comunitaria e interna) e certezza del diritto: riflessi sui rapporti amministrativi e istituzionali*, Milano, 2010; M. RAMAJOLI – R. VILLATA, *Contrasto di un atto con il diritto europeo*, in *Il libro dell’anno del diritto 2012*, Roma, 2012; V. CERULLI IRELLI, *Violazione del diritto europeo e rimedi nazionali*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2014, 657 ss.

⁴⁷ Corte di giustizia, 15 luglio 1964, in causa 6/64, *Costa c. Enel*.

⁴⁸ Corte di giustizia, 13 luglio 1972, in causa 48/71, *Commissione c. Italia*.

⁴⁹ Corte di giustizia, 9 marzo 1978, in causa 106/77, *Simmenthal*.

⁵⁰ Corte di giustizia, 22 giugno 1989, in causa 103/88, *Fratelli Costanzo*.

diritto⁵¹, ma anche di applicare la disciplina nazionale che stabilisca un termine per l'esercizio del potere di ritiro di atti ampliativi⁵².

Successivamente⁵³, la Corte ha ribadito la stessa linea di pensiero secondo cui, anche in materia di aiuti di Stato dichiarati incompatibili con il diritto europeo, il compito delle autorità nazionali consiste solo nel dare esecuzione alle decisioni della Commissione, sicché, qualora questa ordini il recupero di importi indebitamente versati, le prime “non dispongono di alcun potere discrezionale”⁵⁴.

Ancor di recente è stato ribadito che il diritto di far valere il principio della tutela del legittimo affidamento a fronte di un provvedimento di revoca di un aiuto di Stato “presuppone che all'interessato siano state fornite, da parte delle autorità competenti dell'Unione, assicurazioni precise, incondizionate e concordanti, provenienti da fonti autorizzate ed affidabili”⁵⁵. Tuttavia, il presupposto necessario affinché

⁵¹ Nella sentenza 20 settembre 1990, in causa C-5/89, *Commissione c. Germania*, la Corte ha affermato che uno Stato membro le cui autorità abbiano concesso un aiuto in violazione delle norme europee non può “invocare il legittimo affidamento dei beneficiari per sottrarsi all'obbligo di adottare i provvedimenti necessari ai fini dell'esecuzione di una decisione della Commissione con cui sia stato ordinato di ripetere l'aiuto. Ammettere tale possibilità significherebbe, infatti, privare di pratica efficacia le norme di cui agli artt. 92 e 93 del Trattato” (punto 17), norme che, evidentemente, vanno considerate elemento essenziale della Comunità perché concernono la tutela della concorrenza. Nella medesima decisione si osserva, peraltro, che “rientrando il principio della tutela del legittimo affidamento nell'ordinamento giuridico comunitario, non può, quindi, considerarsi contrario a questo stesso ordinamento il fatto che una legislazione nazionale garantisca la tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto in un settore come quello della ripetizione di aiuti comunitari indebitamente versati”, pur se “tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione (...) le imprese beneficiarie di un aiuto possono fare legittimo affidamento, in linea di principio, sulla regolarità dell'aiuto solamente qualora quest'ultimo sia stato concesso nel rispetto della procedura prevista (...). Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata” (*ivi*, punti 13 e 14).

⁵² *Commissione c. Germania*, punto 19.

⁵³ Sentenza 20 marzo 1997, in causa C-24/95, *Alcan*, in materia di aiuti di Stato concessi da un *Land* tedesco ad un'impresa in crisi, successivamente dichiarati illegittimi con decisione della Commissione e ciò nonostante non “revocati” dall'Amministrazione nazionale in ossequio alla disciplina interna in punto di autotutela. Dinanzi all'impresa che invocava “la certezza del diritto” a fondamento della propria pretesa di non veder revocato – dopo un lunghissimo lasso di tempo dalla concessione e ben oltre il termine previsto dal diritto tedesco per l'esercizio del potere di autotutela – il contributo economico del quale aveva beneficiato, la Corte ha affermato che tale principio non può finire per privare di effetto utile la decisione della Commissione. In particolare, si osserva: “Il principio della certezza del diritto non può quindi precludere la restituzione dell'aiuto per il fatto che le autorità nazionali si sono conformate con ritardo alla decisione che impone tale restituzione. In caso contrario, il recupero delle somme indebitamente versate diverrebbe praticamente impossibile e le disposizioni comunitarie relative agli aiuti di Stato sarebbero private di ogni effetto utile (...). L'autorità nazionale competente è tenuta, in forza del diritto comunitario, a revocare la decisione di concessione di un aiuto attribuito illegittimamente, conformandosi alla decisione definitiva con cui la Commissione dichiara l'incompatibilità dell'aiuto e ne ordina il recupero, anche quando abbia lasciato scadere il termine a tal fine previsto dal diritto nazionale a tutela della certezza del diritto” (*ivi*, punti 37-38).

Il richiamo ai principi enunciati nella già citata *Commissione c. Germania* consente alla Corte di ritenere non sussistente alcun affidamento in capo all'impresa e di salvaguardare, così, “l'interesse comunitario” attraverso l'atto nazionale di ritiro quand'anche quest'ultimo appaia contrario al “principio di buona fede” (*ivi*, punti 42-43).

⁵⁴ *Ivi*, punto 34.

⁵⁵ Corte giustizia, grande sez., sentenza 5 marzo 2019, in causa C-349/17, *Eesti Pagar*, punto 97; Id., sez. I, sentenza 23 gennaio 2019, in causa C-419/17, *Deza*, punto 70. Il principio era già stato enunciato da Trib. prima ist., sez. III, sentenza 19 marzo 2003, in causa T-273/01, *Innova Privat-Akademie*, punto 26, con ulteriori riferimenti giurisprudenziali.

si generi il valore affidante di un'assicurazione siffatta è che l'aiuto sia stato concesso in ossequio alla procedura prevista siccome conoscibile e valutabile da parte di un "operatore economico diligente"⁵⁶.

Il rispetto della normativa europea – e perciò l'interesse pubblico alla tutela degli interessi finanziari dell'Unione, ma anche al legittimo dispiegarsi delle regole della concorrenza – impone all'Autorità nazionale di adottare le misure idonee a rimediare all'illegittima erogazione dell'aiuto, riducendo, di conseguenza, fin quasi ad eliminarla, la discrezionalità amministrativa.

Nella notissima sentenza *Kühne & Heitz*⁵⁷ la Corte – dopo aver, si direbbe solennemente, affermato che il diritto comunitario non esige che un organo amministrativo sia obbligato a riesaminare una decisione amministrativa divenuta definitiva (a seguito della scadenza dei termini ragionevoli di ricorso o dell'esperimento di tutti i rimedi giurisdizionali) e ciò in ossequio al principio di "certezza del diritto"⁵⁸ – ha individuato precise condizioni⁵⁹ in presenza delle quali il principio di leale collaborazione di cui all'art. 10 TCE (oggi art. 4 del Trattato sull'Unione) impone, viceversa, all'autorità amministrativa, investita di un'istanza di tale oggetto, di riesaminare il provvedimento definitivo, alla luce dell'interpretazione del diritto europeo accolta dalla Corte di giustizia dopo l'acquisizione del carattere della definitività della statuizione amministrativa a seguito della formazione del giudicato.

Il declamato⁶⁰ (e richiamato) principio di "certezza del diritto" – che fonda il principio dell'intangibilità del giudicato – cede il passo, a questo punto, all'addotta esigenza di uniforme applicazione del diritto europeo (siccome riveniente dall'interpretazione della Corte di giustizia), quindi, in ultima istanza,

⁵⁶ Cfr., *Eesti Pagar*, punto 98, e giurisprudenza ivi citata. In proposito si precisa che la violazione commessa dall'Autorità nazionale nell'erogazione di un aiuto di Stato (e consistente nell'omessa notifica della misura alla Commissione), in quanto si risolve in una violazione dei regolamenti europei, è riconoscibile dall'operatore economico e, per tale ragione, impedisce che si formi alcun affidamento in capo al beneficiario (punto 104).

⁵⁷ Corte di giustizia, sentenza 13 gennaio 2004, in causa C-453/00, sulla quale, cfr. D. DE PRETIS, "Illegittimità comunitaria" dell'atto amministrativo definitivo, certezza del diritto e potere di riesame, in *Giorn. dir. amm.*, 2004, 723 ss.; R. CARANTA, *Effettiva applicazione del diritto comunitario e certezza del diritto*, in *Urb. e appalti*, 2004, 1154 ss.

⁵⁸ *Kühne & Heitz*, punto 24.

⁵⁹ *Kühne & Heitz*, punto 28: "L'organo amministrativo, investito di una richiesta in tal senso, è tenuto a riesaminare una "decisione amministrativa definitiva per tener conto dell'interpretazione della disposizione pertinente nel frattempo accolta dalla Corte qualora: - disponga secondo il diritto nazionale, del potere di ritornare su tale decisione; - la decisione in questione sia divenuta definitiva in seguito ad una sentenza di un giudice nazionale che statuisce in ultima istanza; - tale sentenza, alla luce di una giurisprudenza della Corte successiva alla medesima, risulti fondata su un'interpretazione errata del diritto comunitario adottata senza che la Corte fosse adita in via pregiudiziale alle condizioni previste all'art. 234, n. 3, CE; - l'interessato si sia rivolto all'organo amministrativo immediatamente dopo essere stato informato della detta giurisprudenza". Quanto alla prima condizione richiamata, nella sentenza si legge (punto 26): "il diritto nazionale [olandese] riconosce all'organo amministrativo la possibilità di ritornare sulla decisione in discussione nella causa principale, divenuta definitiva".

⁶⁰ Di meri "omaggi verbali alla certezza del diritto" parla opportunamente P. GENTILI, *Certezza giuridica dei rapporti amministrativi e giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza delle decisioni giurisdizionali e diritto alla sicurezza giuridica*, Napoli, 2018, 180.

sospingendo istituzioni, organi e giudici europei verso la difesa, oppure il ripristino, di condizioni di parità di trattamento dei cittadini (*recte* degli operatori economici) in situazioni simili⁶¹.

La “certezza del diritto” sembra cadere, in tal modo, sotto i colpi del principio della “leale collaborazione”, piegata – come può forse apparire scontato, in considerazione dell’origine storica e della ancor attuale inclinazione della politica generale dell’Unione – agli interessi tipici del mercato.

Infatti, muovendo dal principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri⁶², la Corte⁶³ – pur senza configurare un obbligo generale di ritiro dell’atto amministrativo nazionale violativo del diritto dell’Unione e divenuto inoppugnabile a seguito del mancato esperimento dei mezzi di ricorso – ha affermato che spetta all’Amministrazione, in ossequio al principio di equivalenza, valutare se le condizioni previste dall’ordinamento nazionale per il ritiro dell’atto divenuto definitivo che risulti illegittimo alla stregua del diritto nazionale⁶⁴, sussistano anche in relazione all’illegittimità comunitaria dello stesso.

In questo caso è il principio di *legalità (comunitaria)* a prevalere sulle esigenze di stabilità dell’atto amministrativo⁶⁵ (e perciò di “certezza del diritto”, nella sua dimensione “nazionale”)⁶⁶, ma alle medesime condizioni previste nell’ordinamento nazionale di riferimento⁶⁷, senza che l’osservanza del primo valga a

⁶¹ Secondo F. CARINGELLA, *Affidamento e autotutela: la strana coppia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 429, per la Corte di giustizia, “ove l’affidamento sia prodotto da un atto che lede interessi essenziali dei terzi e vulneri valori comunitari primari, l’affidamento legittimo si relativizza ed opacizza, persino ove rafforzato dalla formazione di un giudicato favorevole”.

⁶² Su tale tema, cfr. almeno G. GRECO, *A proposito dell’autonomia procedurale degli Stati membri*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 1 ss. e la bibliografia ivi citata.

⁶³ Corte di giustizia, sentenza 19 settembre 2006 in cause riunite C-392/04 e C-442/04, *Arvor*, commentata, tra gli altri, da B. MARCHETTI, *Sul potere di annullamento d’ufficio, la Corte ribadisce l’autonomia procedurale degli Stati membri, ma si sbilancia un po’*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1132 ss.; L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, cit.; G. GRÜNER, *L’annullamento d’ufficio in bilico tra i principi di preminenza e di effettività del diritto comunitario, da un lato, ed i principi della certezza del diritto e dell’autonomia procedurale degli Stati membri, dall’altro*, in *Dir. amm.*, 2007, 240 ss. Secondo M.P. CHITI, *Le peculiarità dell’invalidità amministrativa per anticomunitarietà*, cit., 491, “il principio di certezza del diritto, con il corollario della stabilità delle posizioni giuridiche, cede così il passo al principio del rispetto della legalità comunitaria”.

⁶⁴ In particolare, l’art. 48, n. 1, della legge tedesca sul procedimento amministrativo (*Verwaltungsverfahrensgesetz*) del 25 maggio 1976 prevede che “un atto amministrativo illegittimo può, anche dopo esser divenuto inoppugnabile, essere ritirato in tutto o in parte con effetto per il futuro o per il passato”. Ma, si precisa in *Arvor*, punto 8, “Secondo la giurisprudenza tedesca, l’Amministrazione ha, in virtù dell’art. 48 della legge sul procedimento amministrativo, discrezionalità in linea di principio piena di ritirare un atto amministrativo illegittimo divenuto definitivo. Se, però, mantenere l’atto in questione appare «semplicemente insopportabile» per ragioni di ordine pubblico, di buona fede, di equità, di parità di trattamento o d’illegittimità manifesta, tale potere discrezionale può essere annullato”.

⁶⁵ Secondo *Arvor*, punto 51, il rispetto del principio di certezza del diritto “permette di evitare che atti amministrativi produttivi di effetti giuridici vengano rimessi in discussione all’infinito”.

⁶⁶ In proposito L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, cit., 480, osserva che la “certezza del diritto”, quale “interesse all’ordine, tenuto di sicuro in gran conto dall’amministrazione germanica, viene però ponderato dal giudice comunitario con un altro interesse: il primato del diritto comunitario. Ne consegue che la certezza-ordine cede innanzi alla supremazia comunitaria ripristinatoria dell’equità”.

⁶⁷ L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, cit., 481, evidenzia l’operare congiunto del diritto nazionale e comunitario attraverso la funzionalizzazione – da parte della Corte – del primo rispetto al fine sovranazionale, disvelando “le forme di un ordinamento comune, composto da un diritto amministrativo nazionale e comunitario, ricondotto ad unità grazie al principio di equivalenza la cui funzione maggiore è assicurare il concreto prevalere dell’interesse sovranazionale”.

guidare sempre e comunque l'Amministrazione dello Stato membro vincolandola al ritiro dell'atto anticomunitario.

In un'altra nota pronuncia, la Corte è tornata sui criteri enunciati in *Kühne & Heitz* per precisare che, affinché sussista l'obbligo di riesame di una decisione amministrativa – divenuta definitiva in virtù di una sentenza pronunciata da un giudice di ultima istanza, ma contrastante con una giurisprudenza sopravvenuta della Corte –, non è necessario che l'interessato abbia sollevato dinanzi al giudice nazionale la questione di diritto comunitario di cui trattasi⁶⁸.

Sicché nel sistema delineato dall'art. 234 TCE (oggi art. 267 del Trattato sul funzionamento dell'Unione) per assicurare l'unità dell'interpretazione del diritto comunitario negli Stati membri, il giudice nazionale è tenuto a promuovere un rinvio pregiudiziale non solo entro i limiti della controversia delineati dalle parti, ma altresì *ex officio*; il mancato esercizio di tale potere officioso schiude le porte del riesame dell'atto amministrativo divenuto definitivo.

Gli è che – seppur entro i limiti richiamati – l'interpretazione fornita dalla Corte nel risolvere una questione pregiudiziale sollevata nell'ambito di altro giudizio, dispiega i suoi effetti dichiarativi (della *regula iuris* posta dalla norma interpretata) negli ordinamenti degli Stati membri a far data dall'entrata in vigore della norma europea della quale il giudice nazionale avrebbe dovuto tener conto.

L'uniforme applicazione del diritto dell'Unione – che sarebbe pregiudicata dalla mancata eliminazione (degli effetti) di un provvedimento fondato su un'interpretazione erronea dello stesso – prevale sulla “certezza del diritto”, pur se con il limite della necessaria individuazione di un termine di ricorso (per il riesame della decisione amministrativa definitiva) che risulti “ragionevole”⁶⁹ alla stregua dei principi di equivalenza e di effettività⁷⁰.

⁶⁸ Corte di giustizia, grande sez., sentenza 12 febbraio 2008, C-2/06, *Kempter*. Per un articolato commento alla pronuncia, cfr. F. CORTESE, *Il riesame di decisioni amministrative definitive tra obbligo di cooperazione e certezza del diritto*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2008, 1527 ss. Dopo aver ricordato che il carattere definitivo di una decisione amministrativa (acquisito alla scadenza di termini ragionevoli di ricorso o, come era accaduto nel caso di specie, in seguito all'esaurimento dei mezzi di tutela giurisdizionale) concorre a realizzare la “certezza del diritto” quale principio generale del diritto comunitario, la Corte ha osservato che i giudici degli Stati membri “sono tenuti a sollevare d'ufficio i motivi di diritto relativi ad una norma comunitaria vincolante quando, in virtù del diritto nazionale, essi hanno l'obbligo o la facoltà di farlo con riferimento ad una norma interna di natura vincolante” (*Kempter*, punto 45). Per un riferimento chiaro alla certezza del diritto quale “parte dei principi generali del diritto dell'Unione”, si veda, da ultimo, Corte giustizia, sez. VI, sentenza 28 febbraio 2019, *Alfamiro*, in causa C-14/18, punto 75.

⁶⁹ *Kempter*, punti 58-60.

⁷⁰ Corte di giustizia, sentenza 16 dicembre 1976, in causa 33/76, *René*. Sulla conformità al diritto comunitario, specie alla luce dei criteri di equivalenza e di effettività, della disciplina (sostanziale e processuale) italiana dell'atto amministrativo viziato di illegittimità comunitaria, si vedano le considerazioni di G. GRECO, *Illegittimità comunitaria e pari dignità degli ordinamenti*, cit.

In conclusione può dirsi che la “certezza del diritto” (intesa nella sua dimensione esclusivamente nazionale⁷¹, della quale la “definitività” di un provvedimento amministrativo e l’intangibilità del giudicato costituiscono espressione) appare nell’ordinamento europeo principio cedevole innanzi a quello di primazia ed unità dell’interpretazione (e dell’applicazione) del diritto dell’Unione⁷², soprattutto del pilastro della normazione sulla concorrenza; ma al tempo stesso vale a mitigare – attraverso la previsione di un termine ragionevole per il ricorso – gli effetti che derivano da questa graduazione valoriale.

Un altro limite significativo a questa impostazione – che assume, pertanto, opportuni caratteri di “elasticità” – deriva dal fatto che la Corte sancisce, alle condizioni sopra richiamate, la doverosità del procedimento nazionale di riesame che resta la sede indiscussa della ponderazione degli interessi da parte dell’Amministrazione coinvolta.

Tuttavia, al di là del riconoscimento e del rispetto – peraltro imposti dal sistema – della competenza nazionale sul ritiro del provvedimento amministrativo quando esso abbia violato norme del diritto europeo, la discrezionalità tradizionalmente riconosciuta all’Amministrazione nazionale nella decisione in ordine all’esercizio del potere di autotutela non può che risultare limitata: il primato del diritto dell’Unione, infatti, spinge – si direbbe fatalmente – verso il ritiro dell’atto interno anticomunitario in quanto, se la legalità nazionale e quella europea (nella sua ampia accezione che si estende sino ai principi enunciati dalla Corte in sentenze rese dopo l’acquisita “definitività” della statuizione giurisdizionale o amministrativa nazionale) risultino in contrasto, “la prima deve soccombere e i poteri di autotutela devono essere utilizzati dall’amministrazione nazionale a tutela della seconda”⁷³.

⁷¹ P. GENTILI, *Certezza giuridica dei rapporti amministrativi e giurisprudenza della Corte di giustizia dell’Unione europea*, cit., 164, parla, in proposito, di “certezza nazionale”.

⁷² Secondo B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 1256: “il diritto europeo impone che l’autotutela decisoria sia utilizzata non solo a tutela della legalità nazionale, ma anche di quella europea. (...). Il fine risulta da una ponderazione di principi nella quale ai principi di certezza del diritto e tutela dell’affidamento si contrappongono quelli dell’effetto utile e dell’equivalenza, di effettività e di leale cooperazione, nonché il principio di legalità e quello del primato del diritto comunitario”. In senso conforme, come ricorda lo stesso Autore, cfr. D.U. GALETTA, *Autotutela decisoria e diritto comunitario*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2005, 35 ss.

⁷³ B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 1257.

In relazione alla paventata annullabilità d’ufficio (*ex art. 21-nonies l. n. 241/1990*) dell’atto amministrativo inficiato da illegittimità manifesta per violazione del diritto dell’Unione, secondo G. MASSARI, *L’atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, 672-673, “illuminata l’esistenza di un conflitto con il diritto europeo (...) sostenere che l’amministrazione sarebbe libera di svolgere una ordinaria ponderazione di interessi e optare infine per il diniego di annullamento pare davvero arduo (...). Il provvedimento anticomunitario soffre di una patologia con cui l’ordinamento non è in grado di convivere, motivo per cui l’interesse ad espellerlo prevarrà sempre sull’interesse a conservarlo (...). Lo squarcio della legalità comunitaria, che è interesse supremo, ‘azzera’ la discrezionalità, rendendo l’annullamento doveroso”. Di “una legalità comunitaria che predomina su quella nazionale” parla L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, cit., 481.

2.3. Legalità, certezza ed uniforme applicazione del diritto Ue

Nel percorso giurisprudenziale tracciato – in relazione sia all'autotutela degli organi Ue sui propri provvedimenti, sia al ritiro degli atti nazionali in contrasto con il diritto europeo – sembra delinearsi un rapporto nuovo tra *legalità comunitaria* e certezza del diritto, che variamente combina i due principi in relazione al principio che sovrasta non solo l'azione dell'Unione europea, ma anche la sua stessa struttura istituzionale come organizzazione di Stati ed ordinamento: l'effetto utile del diritto europeo entro gli ambiti di sua competenza⁷⁴.

Ne emerge l'immagine di un potere amministrativo che in talune ipotesi incontra un limite nella tutela dell'affidamento e della certezza del diritto (come nei casi in cui la Corte afferma l'illegittimità del “ritiro”, da parte delle istituzioni e degli organi amministrativi dell'Unione, dell'atto amministrativo da questi adottato e che, pur se illegittimo, sia ampliativo della sfera giuridica del destinatario), in altre diventa strumento per ripristinare la “legalità comunitaria” violata al fine di garantire – anche a dispetto proprio delle esigenze di tutela dell'affidamento e di certezza – l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione, strumentale al conseguimento degli obiettivi di carattere eminentemente economico che le sono propri. Nella giurisprudenza della Corte di giustizia, certezza del diritto ed affidamento valgono a limitare il potere di secondo grado, ma solo all'esito di un temperamento discrezionale di interessi nel quale essi appaiono cedevoli non rispetto al mero interesse al ripristino della legalità violata (dunque ad esigenze legate all'esatta osservanza del principio di legalità), ma al cospetto di un interesse all'uniforme applicazione del diritto dell'Unione e, in quel contesto specifico, all'applicazione di regole che consentano ai diversi soggetti del mercato di operare in condizioni di parità. Il rapporto tra affidamento e certezza del diritto (da un lato) e legalità (dall'altro) presenta significative differenze a seconda che a risultare violata sia la “legalità nazionale” ovvero la “legalità europea”⁷⁵, con una tendenziale prevalenza di quest'ultima su ogni altro principio o interesse in gioco.

La “certezza nazionale” risulta tendenzialmente “svuotata dall'esterno” per effetto dell'incessante azione della Corte nella individuazione di soluzioni che, di volta in volta, nei casi portati alla sua cognizione, cedono all'affermazione della primazia del diritto europeo. Attraverso l'operato della Corte “laddove si debba tutelare un interesse comunitario, gli ordinamenti si uniscono fino a piegare la norma statale alla

⁷⁴ Sulla funzionalizzazione degli istituti di diritto nazionale al perseguimento dell'effetto utile del diritto dell'Unione, si vedano le considerazioni di V. CERULLI IRELLI, *Violazione del diritto europeo e rimedi nazionali*, cit.; D.U. GALETTA, *L'autonomia procedurale degli Stati membri dell'Unione europea: Paradise Lost? Studio sulla c.d. autonomia procedurale: ovvero sulla competenza procedurale funzionalizzata*, Torino, 2009, 59 ss.; C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 117.

⁷⁵ Si fa riferimento alla “legalità europea” nell'accezione proposta da B.G. MATTARELLA, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, cit., 1253, il quale rileva come le regole poste dall'Unione siano realmente “europee” siccome derivanti non solo dal diritto positivo dell'Unione, ma anche dalla giurisprudenza della Corte che, a sua volta, “induce i principi dai diritti nazionali”.

teleologia sovranazionale⁷⁶ e quel giudice assume, di tal guisa, un ruolo centrale nell'integrazione tra ordinamento Ue ed ordinamenti nazionali, dando luogo ad un *corpus* di principi in prevalenza giurisprudenziali in grado di penetrare nell'ordinamento degli Stati membri, in essi introducendo, tuttavia, un innegabile fattore di incertezza⁷⁷.

3. L'autotutela decisoria nell'ordinamento della Convenzione EDU

Lo sguardo oltre i limiti dell'ordito nazionale non può non esser rivolto anche al contributo che deriva dalla giurisprudenza della Corte EDU⁷⁸.

3.1. Incidenza dell'obbligo di adeguamento sul potere di riesame

Va preliminarmente ricordato che l'art. 46 della Convenzione prevede l'obbligo per gli Stati contraenti di conformarsi alle sentenze della Corte pronunciate nei giudizi di cui sono parte e che le pronunce della Corte potrebbero condurre *ex art. 41 CEDU* alla riparazione della violazione della Convenzione perpetrata dallo Stato, attraverso la *restitutio in integrum* piuttosto che mediante la tutela "per equivalente"⁷⁹.

⁷⁶ L. SALTARI, *La legalità comunitaria prevale sulla certezza (nazionale) del diritto*, cit., 483.

⁷⁷ Ma, come osserva P. GENTILI, *Certezza giuridica dei rapporti amministrativi e giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, cit., 182, sebbene "la Corte di giustizia riaffermi sempre *verbatim* il valore della certezza del diritto (...) ogni meccanismo di certezza è visto come un ostacolo all'integrazione; il che, reciprocamente, fa dell'integrazione un fattore di incertezza".

⁷⁸ Sull'incidenza della CEDU per il diritto amministrativo, cfr. almeno G. GRECO, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto amministrativo in Italia*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2000, 25 ss.; S. CASSESE, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e i diritti amministrativi nazionali*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2001, 311 ss.; S. MIRATE, *Giustizia amministrativa e Convenzione europea dei diritti dell'uomo: l'"altro" diritto europeo in Italia, Francia e Inghilterra*, Napoli, 2007; M. PACINI, *Diritti umani e amministrazioni pubbliche*, Milano, 2012; M. ALLENA, *Art. 6, Cedu. Procedimento e processo amministrativo*, Napoli, 2012; M. MACCHIA, *Legalità amministrativa e violazione dei diritti non statali*, Milano, 2012; A. CARBONE, *Rapporti tra ordinamenti e rilevanza della Cedu nel diritto amministrativo (a margine del problema dell'intangibilità del giudicato)*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, 436 ss. Con particolare riguardo al ruolo della Corte EDU nella creazione del diritto di quel sistema, cfr. F. MANGANARO, *Il potere amministrativo nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. proc. amm.*, 2010, 428 ss. Sul "valore sostanzialmente normativo" delle pronunce della Corte di giustizia e della Corte EDU, cfr. A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, cit., 698. R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, in F. FRANCARIO – M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza*, cit., 32, esprime considerazioni critiche sul ruolo della Corte EDU quale "vestale del diritto fondamentale alla sicurezza giuridica", difficilmente conciliabile con l'assenza di una costituzione, di una società politica e di un legislatore democratico che legittimi tale ruolo.

⁷⁹ Per una recente affermazione di tale principio, cfr. Corte EDU, sez. I, sentenza 7 febbraio 2019, *Arsovsky v. The former Yugoslav Republic of Macedonia*, n. 30206/06, §§ 17-18: "A judgment in which it finds a violation imposes on the respondent State a legal obligation to put an end to the violation and make reparation for its consequences in such a way as to restore as far as possible the situation existing before the breach (see *Iatridis v. Greece* (just satisfaction) [GC], no. 31107/96, § 32, ECHR 2000-XI). 18. The Contracting States that are parties to a case are in principle free to choose the means whereby they will comply with a judgment in which the Court has found a breach. This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attached to the primary obligation of the Contracting States under the Convention to secure the rights and freedoms guaranteed (Article 1). If the nature of the breach allows of *restitutio in integrum*, it is for the respondent State to effect it, the Court having neither the power nor the practical possibility to do so itself. If, on the other hand, national law does not allow – or allows only partial – reparation to be made for the consequences of the breach, Article 41 empowers the Court to afford the injured party such satisfaction

Tuttavia, nessuno nega che gli Stati “conserv[ino] il potere di autodeterminarsi nella scelta delle modalità dell’osservanza, non essendo affatto esclusa l’ipotesi che la *restitutio in integrum* venga ritenuta impossibile nell’ordinamento interno e che essa venga pertanto surrogata da un ristoro per equivalente”⁸⁰.

Come è noto, l’obbligo di conformazione ricade sullo Stato nel suo complesso, essendo ascrivibile in particolare all’organo cui è imputabile l’atto o comportamento ritenuto in contrasto con la Convenzione. È evidente, quindi, che dovrà essere il legislatore ad attivarsi per rimuovere violazioni seriali che derivino da norme di legge anticonvenzionali; oppure l’Amministrazione allorquando la violazione della Convenzione derivi da un provvedimento i cui effetti non siano stati rimossi dal giudice nazionale; o, ancora, quest’ultimo⁸¹, ove l’ordinamento interno riconosca rimedi idonei a mettere in discussione il valore e/o l’efficacia del giudicato.

Nell’ambito del presente studio assumono rilevanza soprattutto le ultime due ipotesi.

Allorquando la Corte accerti una violazione del diritto convenzionale per effetto di un provvedimento amministrativo, potrebbe astrattamente configurarsi, infatti, un’ulteriore ipotesi di autotutela qualora quel giudice dichiarasse la violazione della Convenzione mediante l’atto amministrativo e indicasse allo Stato la necessità di porvi riparo, ancorché senza precisare le modalità da osservare o gli atti da adottare a tal fine.

La Corte, infatti, ha costantemente declinato la competenza in ordine all’individuazione delle misure atte a concretizzare la *restitutio in integrum*, discostandosi da tale principio – risolto in un autolimito – solo in taluni casi eccezionali⁸².

as appears to it to be appropriate (see *Brumărescu v. Romania* [GC], no. 28342/95, § 20, ECHR 2001-I, and *Kurić and Others v. Slovenia* (just satisfaction) [GC], no. 26828/06, §§ 79 and 80, ECHR 2014)”.

Un’analisi della giurisprudenza della Corte EDU sul punto è stata compiuta da Corte cost., 18 luglio 2013, n. 210, in *Giur. cost.*, 2013, 2915, con nota di A. MARANDOLA, *Scoppola e altri: lex mitior e crisi del giudicato*, *ivi*, 2949 ss.

⁸⁰ F. FRANCIARIO, *La violazione del principio del giusto processo dichiarata dalla CEDU non è motivo di revocazione della sentenza passata in giudicato*, in *Federalismi.it*, n. 13/2017, 5. Secondo F. PATRONI GRIFFI, *L’attuazione delle pronunce della Corte europea dei diritti dell’uomo*, in *www.giustizia-amministrativa.it*, 2017, “l’equo compenso – strumento riparatorio in teoria recessivo rispetto alla *restitutio in integrum* – risulta nella pratica il più applicato, per le difficoltà intrinseche ad assicurare in concreto la tutela specifica”.

⁸¹ H. SIMONETTI, *Esecuzione delle pronunce CEDU e ‘riapertura’ del procedimento e del processo amministrativo: verso una nuova ipotesi di revocazione?*, in D. DALFINO (a cura di), *Scritti dedicati a Maurizio Converso*, Roma, 2016, 587.

⁸² Sul punto la Corte costituzionale italiana, con sentenza 26 maggio 2017, n. 123, ha ricordato, sulla scorta della giurisprudenza di Strasburgo, che “la Corte EDU, leggendo congiuntamente ed evolutivamente gli artt. 41 e 46 della Convenzione, ha ritenuto che l’obbligo di conformazione alle proprie sentenze implichi, anche cumulativamente, a carico dello Stato condannato: 1) il pagamento dell’equa soddisfazione, ove attribuita dalla Corte ai sensi dell’art. 41 della CEDU; 2) l’adozione, se del caso, di misure individuali necessarie all’eliminazione delle conseguenze della violazione accertata; 3) l’introduzione di misure generali volte a far cessare la violazione derivante da un atto normativo o da prassi amministrative o giurisprudenziali e ad evitare violazioni future” (punto 10 in diritto).

In dottrina si vedano anzitutto le considerazioni di A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo e revocazione delle sentenze: un punto fermo della Corte costituzionale*, in *Giur. cost.*, 2017, 1260 ss.; F. FRANCIARIO, *La violazione del principio del giusto processo*, cit.; A. POLICE, *Giudicato amministrativo e sentenze di Corti sovranazionali. Il rimedio della revocazione in un’analisi costi benefici*, in *Dir. amm.*, 2018, 646 ss.

Sono queste le premesse e le ragioni del fenomeno secondo il quale nei repertori si registrano quasi esclusivamente sentenze che si limitano a riconoscere alla parte lesa un’“equa soddisfazione” (*ex art.* 41 Convenzione EDU)⁸³, che rappresenta, secondo dottrina autorevole, “non solo una soluzione ‘sufficiente’, ma anche la soluzione ‘corretta’ e più equilibrata”⁸⁴.

Ad ogni buon conto, qualora la Corte EDU ritenesse, eccezionalmente, di dover indicare allo Stato la necessità di adottare misure adeguate a porre rimedio alla violazione del diritto convenzionale realizzata per effetto dell’atto amministrativo, l’Amministrazione potrebbe sempre scegliere se avviare il procedimento volto all’annullamento dell’atto amministrativo “anticonvenzionale”.

In tale ipotesi, nel procedimento di “secondo grado” potrebbero trovare adeguata composizione l’interesse pubblico (al ripristino della legalità convenzionale violata), l’interesse del destinatario del provvedimento originario, ma anche quello dei controinteressati che non abbiano preso parte al giudizio innanzi alla Corte EDU e che, pertanto, non dovrebbero subire eventuali effetti restrittivi dal giudicato della Corte.

Merita di essere richiamata la sentenza del 9 gennaio 2013, *Oleksandr Volkov v. Ukraine*, n. 21722/11, nella quale la Corte EDU ha affermato: “§ 194. The Court reiterates that its judgments are essentially declaratory in nature and that, in general, it is primarily for the State concerned to choose, subject to supervision by the Committee of Ministers, the means to be used in its domestic legal order to discharge its obligation under Article 46 of the Convention, provided that such means are compatible with the conclusions set out in the Court’s judgment (...). This discretion as to the manner of execution of a judgment reflects the freedom of choice attached to the primary obligation of the Contracting States to secure the rights and freedoms guaranteed under the Convention (Article 1) (...). § 195. However, exceptionally, with a view to helping the respondent State to fulfil its obligations under Article 46, the Court will seek to indicate the type of measure that might be taken in order to put an end to a violation it has found to exist. In such circumstances, it may propose various options and leave the choice of measure and its implementation to the discretion of the State concerned”. In quel caso la Corte EDU si è limitata ad affermare il dovere per lo Stato convenuto di assicurare al più presto la reintegrazione del ricorrente nella funzione di giudice della Corte suprema dell’Ucraina (cfr. punto 9 del dispositivo ove si legge: “[The Court] holds that Ukraine shall secure the applicant’s reinstatement to the post of judge of the Supreme Court at the earliest possible date”).

⁸³ Ad esempio, con sentenza 16 novembre 2004, *Bruncrona v. Finland*, n. 41673/98, la Corte ha affermato che il provvedimento con il quale lo Stato finlandese aveva revocato una concessione di bene pubblico (in essere da oltre trecento anni) aveva comportato una lesione del diritto di proprietà dei “concessionari” (art. 1 protocollo addizionale n. 1 CEDU), ma derivante non dagli effetti dispositivi del provvedimento stesso, quanto dalla violazione di adeguate garanzie procedurali. In tale occasione, dunque, la Corte lungi dal dichiarare l’illegittimità della revoca, si è limitata ad affermare che le violazioni procedurali giustificavano un’“equa soddisfazione” per equivalente.

Analogamente nella sentenza del 24 maggio 2005, *Bușescu v. Romania*, n. 61302/00, la violazione delle garanzie proprie del diritto ad un giusto processo – siccome ritenute applicabili al procedimento amministrativo volto alla cancellazione di un soggetto da un albo professionale – ha condotto all’accertamento dell’illegittimità del provvedimento con conseguente mero riconoscimento di un importo a titolo di “equa soddisfazione”.

⁸⁴ A. TRAVI, *Pronunce della Corte di Strasburgo*, cit., 1270.

Nell'ordinamento interno sarebbe configurabile, in questo caso – forse anche per effetto della comunicazione, non necessaria peraltro, della Presidenza del Consiglio dei ministri⁸⁵ – un dovere in capo all'Amministrazione interessata di procedere *ex art. 21-nonies* l. n. 241/1990⁸⁶.

3.2. Giudicato amministrativo, sentenza della Corte EDU ed “equa soddisfazione”

Sotto altro profilo, le sentenze della Corte EDU, siccome idonee ad accertare la violazione del diritto convenzionale anche da parte di un organo giurisdizionale, finiscono per costituire ulteriore fattore di crisi del giudicato⁸⁷ formatosi negli ordinamenti degli Stati aderenti, dunque del principio di certezza del diritto del quale l'istituto costituisce espressione eminente.

L'incertezza ordinamentale risulta peraltro irrisolta all'esito della già richiamata sentenza 26 maggio 2017, n. 123, con la quale la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale delle norme di cui agli artt. 106 c.p.a. e 395, 396 c.p.c. nella parte in cui non prevedono un diverso caso di revocazione della sentenza quando ciò sia necessario, ai sensi dell'art. 46, par. 1, della Convenzione, per conformarsi ad una sentenza definitiva della Corte EDU⁸⁸.

In particolare, la Consulta, ha richiamato la giurisprudenza di Strasburgo in forza della quale, nel caso di violazione delle norme sul giusto processo (art. 6 CEDU), la riapertura del processo o il riesame del caso rappresentano, in linea di principio, il mezzo più appropriato per operare la *restitutio in integrum ex art. 46*

⁸⁵ Ai sensi dell'art. 5, comma 3, lett. a-bis), legge 23 agosto 1988, n. 400 s.m.i., il Presidente del Consiglio dei ministri “promuove gli adempimenti di competenza governativa conseguenti alle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo emanate nei confronti dello Stato italiano”. L'art. 1, comma 4, d.p.c.m. 1 febbraio 2007, in particolare, prevede che il “Dipartimento per gli affari giuridici e legislativi” della Presidenza del Consiglio dei ministri comunichi tempestivamente all'Amministrazione interessata le sentenze di condanna della Corte per violazioni di norme della Convenzione invitandola “a conformarsi ai principi convenzionali nonché alle eventuali statuizioni contenute nelle sentenze, suggerendo, se del caso, l'adozione delle misure individuali o generali ritenute necessarie”.

⁸⁶ Sulla doverosità del procedimento di annullamento d'ufficio, specie in presenza di un'istanza di parte, cfr., di recente, M. ALLENA, *La facoltatività dell'instaurazione del procedimento di annullamento d'ufficio: un “fossile vivente” nell'evoluzione dell'ordinamento amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 8/2018.

Non pare persuasiva la tesi secondo la quale, in presenza di un'istanza di parte, si configurerebbe “un nuovo caso di autotutela vincolata”. In tal senso, cfr. H. SIMONETTI, *Esecuzione delle pronunce CEDU*, cit., 589, il quale, tuttavia, evidenzia in termini problematici l'esigenza di tener conto dei controinteressati (beneficiari dell'atto iniziale e rimasti estranei nel giudizio innanzi alla Corte), nonché dei limiti temporali posti dall'art. 21-nonies l. n. 241/1990.

⁸⁷ Sulla rilevanza del giudicato nella giurisprudenza della Corte EDU, cfr. S. VITALE, *Violazione della Cedu e principio di intangibilità del giudicato civile e amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2015, 1269 ss.

⁸⁸ Sulla pronuncia della Corte, oltre ai contributi citati in nota 82, si veda C. NAPOLITANO, *L'autotutela amministrativa*, cit., 96-105.

Corte cost., 21 marzo 2018, n. 93, ha dichiarato non fondata la questione di legittimità costituzionale sollevata in relazione agli artt. 395 e 396 c.p.c. – per violazione dell'art. 117 Cost. in riferimento al parametro interposto dell'art. 46, paragrafo 1, CEDU – nella parte in cui non prevedono, tra i casi di revocazione della sentenza civile, quello in cui essa si renda necessaria per consentire di uniformarsi alle statuizioni vincolanti rese dalla Corte di Strasburgo. Sul punto, cfr. C. NARDOCCI, *Esecuzione delle sentenze CEDU e intangibilità del giudicato amministrativo e civile. L'orientamento della Corte costituzionale*, in *Federalismi.it*, n. 18/2018.

CEDU, sebbene l'obbligo conformativo possa esser adempiuto anche mediante il pagamento dell'equa soddisfazione (art. 41 CEDU).

Il Giudice delle leggi, inoltre, ha osservato che nel processo amministrativo – come in quello civile – si rinvencono esigenze di tutela di soggetti, quali i controinteressati o i terzi (che possono aver preso parte al processo svoltosi in sede nazionale, ma possono ben esser rimasti estranei al processo innanzi alla Corte EDU), che potrebbero essere pregiudicate dalla revocazione della sentenza, con conseguente nocimento della certezza del diritto garantita dalla *res iudicata* nei confronti di costoro⁸⁹. Sono queste le premesse in base alle quali la Corte costituzionale ha dichiarato non fondata la questione proposta, osservando, tuttavia, da un lato che spetterebbe al legislatore operare un'adeguata ponderazione tra il diritto di azione degli interessati e il diritto di difesa dei terzi, messi in tensione nel rapporto tra giudicato nazionale e sentenza CEDU⁹⁰; dall'altro che l'apertura ai terzi del processo innanzi alla Corte di Strasburgo “renderebbe più agevole l'opera del legislatore nazionale”.

Sembra, a questo proposito, di poter osservare che l'assenza di una disciplina di diritto positivo che ammetta la revocazione delle sentenze nazionali dichiarate in contrasto con i principi della CEDU, lasci irrisolto “il conflitto tra le due anime del principio di effettività della tutela giurisdizionale; e cioè l'esigenza di giustizia sostanziale e il principio di certezza giuridica” che nell'istituto della revocazione trovano “il loro punto di equilibrio e di composizione”⁹¹. La Consulta, dunque, non è intervenuta sull'assetto tra i due principi delineato dalla disciplina della revocazione, evitando così che le esigenze di giustizia sostanziale (siccome delineate nell'ordinamento sovranazionale) prevalessero sulla certezza del diritto (nella sua dimensione nazionale)⁹².

Può, pertanto, ritenersi che – allo stato attuale – l'emanazione di una sentenza della CEDU che abbia accertato la contrarietà al diritto convenzionale di un assetto di rapporti ed interessi cristallizzato in un giudicato amministrativo non possa costituire *ex se* motivo di ritiro dell'atto sulla cui legittimità si sia pronunciato il giudice nazionale.

⁸⁹ Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123, punto 12 in diritto (ove si richiama la giurisprudenza rilevante della Corte EDU, specie la sentenza della grande sez., 5 febbraio 2015, *Bochan v. Ucraina*), nonché punto 13 in diritto.

⁹⁰ Corte cost., 26 maggio 2017, n. 123, punto 17 in diritto. Anche tale affermazione è condotta sulla scorta della giurisprudenza della Corte di Strasburgo e dell'evoluzione normativa negli ordinamenti tedesco, spagnolo e francese, nei quali i rispettivi legislatori hanno introdotto una specifica ipotesi di revocazione della sentenza per contrasto con una pronuncia della Corte EDU.

⁹¹ F. FRANCIARIO, *La violazione del principio del giusto processo*, cit., 6.

⁹² F. FRANCIARIO, *La violazione del principio del giusto processo*, cit., 16 e *passim*. In particolare, l'A. osserva che, la Corte “come ha evitato di affermare che l'esigenza di assicurare la giustizia sostanziale nel caso concreto debba prevalere rispetto al valore della certezza giuridica garantita dalla cosa giudicata, ha evitato anche di dover affermare il contrario, e cioè che la certezza del diritto e l'effettività della tutela giurisdizionale, per come garantiti dal giudicato, siano da annoverare tra i principi fondamentali della Costituzione in grado di poter appunto operare come controlimiti” (*ivi*, 19-20).

Dall'analisi della giurisprudenza della Corte EDU può piuttosto desumersi che sarà questa, accertata la violazione della convenzione, ad imporre un'equa riparazione in luogo della *restitutio in integrum*, la cui effettiva attuazione costituisce un irrisolto fattore di tensione tra i due ordinamenti.

3.3. L'impatto "indiretto" della giurisprudenza di Strasburgo sull'autotutela decisoria

Come è noto, un profilo di particolare interesse per la riflessione giuridica è costituito dall'impatto "indiretto" delle decisioni della Corte su principi ed istituti come "viventi" nel diritto interno, che risultano progressivamente modificati, almeno in parte, dall'evoluzione della giurisprudenza sovranazionale.

Ad esempio, in una ancor recente sentenza, i giudici di Strasburgo sono stati chiamati a pronunciarsi sulla violazione della Convenzione derivante dall'impossibilità dei ricorrenti di ottenere soddisfazione di un credito riconosciuto da una sentenza definitiva del Consiglio di Stato in quanto, dopo la sua pubblicazione, l'Amministrazione aveva annullato d'ufficio il provvedimento – adottato vent'anni prima – che costituiva la base giuridica di tale credito⁹³.

La Corte muove anzitutto dal principio di "preminenza del diritto" – richiamato dal preambolo della Convenzione come "elemento del patrimonio comune degli Stati contraenti" e considerato principio

⁹³ Corte EDU, sez. I, sentenza 5 ottobre 2017, *Mazzeo v. Italia*, n. 32269/09. La madre dei ricorrenti, insegnante di scuola materna, a seguito della chiusura dell'istituto preso il quale prestava servizio, era stata impiegata, in forza di una legge regionale, dal Comune di Ceppaloni con contratto a tempo indeterminato. Dopo appena due anni, la lavoratrice veniva licenziata ed avverso il licenziamento insorgeva innanzi al T.a.r. per ottenere l'annullamento del relativo provvedimento e le differenze retributive a suo dire spettanti. Respinto il ricorso da parte del T.a.r., il Consiglio di Stato con sentenza del 2006 accoglieva la domanda della ricorrente limitatamente alla spettanza delle differenze retributive, dichiarando, per la domanda di annullamento, la sopravvenuta carenza d'interesse in capo agli eredi della ricorrente (nei confronti dei quali il processo era proseguito a seguito della morte della lavoratrice). Gli eredi agivano in ottemperanza chiedendo l'adempimento dell'obbligazione pecuniaria cristallizzata dalla sentenza del Consiglio di Stato, ma a tale pretesa il Comune opponeva di aver adottato nel 2008 un provvedimento di annullamento d'ufficio del provvedimento di "reimpiego" della lavoratrice (risalente al 1988). In particolare, il provvedimento di autotutela era fondato anzitutto sull'illegittimità del provvedimento favorevole di "primo grado", ed in secondo luogo sull'interesse pubblico consistente nell'evitare l'indebito pagamento di danaro pubblico. Il Consiglio di Stato, questa volta accogliendo le tesi dell'Amministrazione, respingeva il ricorso in ottemperanza, sicché i ricorrenti presentavano ricorso al T.a.r. contro il provvedimento di annullamento d'ufficio; nel contempo adivano la Corte EDU (2009) ed il Consiglio di Stato con un nuovo ricorso per l'ottemperanza della sentenza del 2006 nel quale, tra l'altro, invocavano l'applicazione dell'art. 6 della Convenzione EDU. Il Consiglio di Stato nel 2013 dichiarava inammissibile anche tale secondo ricorso in ottemperanza ed il T.a.r. respingeva il ricorso avverso l'atto comunale di autotutela ritenendo sussistente l'interesse pubblico rappresentato dall'Amministrazione e considerando altresì che il termine di venti anni impiegato per annullare la delibera (del 1988) non era sproporzionato in quanto il rischio di danno per le casse comunali si era manifestato solo con il passaggio in giudicato della sentenza con la quale nel 2006 il Consiglio di Stato aveva riconosciuto la fondatezza della pretesa economica vantata dalla lavoratrice (e per essa dai suoi eredi).

In particolare, innanzi ai Giudici di Strasburgo i ricorrenti deducevano che il rifiuto delle autorità nazionali di dare esecuzione alla sentenza con la quale nel 2006 il Consiglio di Stato aveva condannato il Comune al pagamento di somme a titolo di differenze retributive costituiva una violazione del principio di certezza del diritto e del diritto d'accesso ad un tribunale (art. 6, § 1 della Convenzione).

fondamentale di una società democratica⁹⁴ – e ne fa derivare l’affermazione del conseguente principio di “certezza dei rapporti giuridici”⁹⁵ che, nella sua dimensione diremmo “giurisdizionale”, presenta una duplice implicazione: da un lato garantisce una “certa stabilità delle situazioni soggettive” per i cittadini soggetti alla giustizia; dall’altro, in una prospettiva più ampia, favorisce “la fiducia del pubblico nella giustizia”⁹⁶.

È evidente il nesso tra legalità (intesa come osservanza delle norme di diritto positivo, ma, con particolare riguardo al diritto convenzionale, anche dell’interpretazione che di tali norme fornisce la giurisprudenza sovranazionale) ed esigenze di certezza degli assetti degli interessi sui quali si incide, siccome definiti dall’ordinamento anche attraverso le sentenze⁹⁷.

Nell’argomentare della Corte, dunque, la certezza dei rapporti giuridici non è strumentale solo all’interesse di un privato a vedere realizzata in termini di effettività la pretesa dedotta in giudizio, ma è un valore per l’intero ordinamento in quanto espressione dell’interesse pubblico affinché le controversie trovino la propria composizione ordinata in sede giurisdizionale (*ne cives ad arma ruant*)⁹⁸.

Così inteso, il principio di “certezza dei rapporti giuridici” costituisce “uno degli elementi fondamentali dello Stato di diritto” e l’incertezza “che sia legislativa, amministrativa o attinente alle pratiche applicate dalle autorità, è un fattore di cui si deve tener conto per valutare la condotta dello Stato”⁹⁹.

Ancor più in profondità la Corte osserva che la certezza del diritto presuppone che, una volta formatosi il giudicato interno, esso acquisisca stabilità; sicché risulta in contrasto con il diritto fondamentale ad un equo processo (art. 6, § 1, CEDU) un sistema che ammetta che la decisione giudiziaria definitiva possa essere messa in discussione ad opera di giudici o dell’Amministrazione pubblica, se non in presenza di “motivi sostanziali ed imperiosi”¹⁰⁰.

⁹⁴ Corte EDU, sentenza 25 giugno 1996, *Amuur v. France*, n. 19776/92, § 50.

⁹⁵ Sentenza 5 ottobre 2017, *Mazzeo v. Italia*, cit., § 35. La “certezza dei rapporti giuridici” diviene, nel successivo § 37 “certezza del diritto”, sicché pare che la Corte utilizzi le due locuzioni in modo sostanzialmente equivalente.

⁹⁶ Sentenza 5 ottobre 2017, *Mazzeo v. Italia*, cit., § 35.

⁹⁷ Sul rapporto tra *legal certainty* e *rule of law*, cfr. Corte EDU, sez. IV, sentenza 29 gennaio 2019, *Orlen Lietuva Ltd. v. Lithuania*, n. 45849/13, § 80.

Cfr. anche Corte EDU, sez. V, sentenza 23 marzo 2017, *Wolter and Sarfert v. Germany*, nn. 59752/13 e 66277/13, § 60, che richiama Id., grande sez., 7 febbraio 2013, *Fabris v. France*, n. 16574/08, § 66; Id., 20 ottobre 2011, *Nejdet Şahin and Perihan Şahin v. Turkey*, no. 13279/05, §§ 56-57; Id., 20 ottobre 1999, *Brumărescu v. Romania*, n. 28342/95, § 61).

⁹⁸ “La certezza del diritto (...) è connaturata alla civile ed ordinata convivenza e si basa sul fondamento della sicurezza che ne deriva agli individui: (...) essa si traduce in certezza dell’azione ed in possibilità dell’azione”. Così, efficacemente, si esprime F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale e certezza del diritto nel processo amministrativo del terzo millennio*, in *Dir. amm.*, 2005, 623.

⁹⁹ Sentenza 5 ottobre 2017, *Mazzeo v. Italia*, cit., § 36 e giurisprudenza *ivi* richiamata.

¹⁰⁰ Sentenza 5 ottobre 2017, *Mazzeo v. Italia*, cit., § 37, ove in ordine ai “motivi sostanziali ed imperiosi” idonei a scalfire l’intangibilità del giudicato, si richiama la sentenza 24 luglio 2003, *Riabykh v. Russia*, n. 52854/99, § 52. In quell’occasione la Corte ha affermato: “Legal certainty presupposes respect for the principle of *res judicata*, that is the principle of the finality of judgments. This principle underlines that no party is entitled to seek a review of a final and binding judgment merely for the purpose of obtaining a rehearing and a fresh determination of the case. Higher courts’ power of review

La possibilità di ottenere l'esecuzione “completa perfetta e non parziale” di una decisione giudiziaria costituisce, infatti, uno degli aspetti che contribuisce a rendere effettivo il diritto ad un equo processo¹⁰¹.

Da tale affermazione deriva che l'annullamento d'ufficio del provvedimento di assunzione in servizio a tempo indeterminato della lavoratrice, avendo impedito l'esecuzione della sentenza che riconosceva la sussistenza del credito per differenze retributive, di fatto aveva privato la stessa “della sua sostanza”.

La Corte, tuttavia, non si limita a svolgere in astratto il proprio assunto sull'effettività del diritto fondamentale asseritamente violato e sulla conseguente prevalenza del giudicato, anche *in executivis*, rispetto a provvedimenti amministrativi idonei a paralizzarne l'efficacia: essa, al contrario, si fa carico di uno scrutinio sulla legittimità e ragionevolezza del provvedimento di annullamento d'ufficio, compiendo così un'operazione tutt'affatto necessaria ai fini del decidere, ma in qualche modo evidentemente utile a (ri)affermare principi idonei ad entrare, attraverso l'opera delle giurisprudenze nazionali, negli ordinamenti degli Stati aderenti.

Sotto un primo profilo, infatti, la Corte ha posto in rilievo come, a seguito della mancata contestazione della legittimità del provvedimento originario per tutta la durata del giudizio principale, gli interessati “potevano aspettarsi in *buona fede* che la questione della natura dell'assunzione in causa e quella del riconoscimento del loro credito fossero regolate in maniera definitiva”¹⁰².

Per altra via, i giudici di Strasburgo affermano che gli Stati membri non possono giustificare con la mancanza di disponibilità economica la scelta di non adempiere ad un'obbligazione accertata da una sentenza definitiva¹⁰³.

In un altro caso, la Corte ha affermato che il provvedimento con il quale dopo un lungo lasso di tempo dal rilascio di un permesso di costruire e dopo la realizzazione di un manufatto l'Amministrazione ne aveva ordinato la demolizione (*recte*, la sentenza definitiva che aveva riconosciuto la legittimità di tale provvedimento), violava gli artt. 6, § 1 della Convenzione e 1 del protocollo addizionale n. 1¹⁰⁴.

Questa decisione merita di esser richiamata nella parte in cui conclude che, sebbene il principio di “*good governance*” non impedisca alle Amministrazioni di eliminare gli effetti di proprie decisioni illegittime finanche se derivanti da errori esclusivi dell'ente, le conseguenze pregiudizievoli che ne discendono non

should be exercised to correct judicial errors and miscarriages of justice, but not to carry out a fresh examination. The review should not be treated as an appeal in disguise, and the mere possibility of there being two views on the subject is not a ground for re-examination. A departure from that principle is justified only when made necessary by circumstances of a substantial and compelling character”. La mera possibilità che sussistessero differenti orientamenti giurisprudenziali in relazione ad una controversia sulla quale si era formato il giudicato non costituiva un “motivo sostanziale ed imperioso” per derogare al principio della *res judicata*.

¹⁰¹ Sentenza 5 ottobre 2017, *Mazzeo v. Italia*, cit., § 39.

¹⁰² Sentenza 5 ottobre 2017, *Mazzeo v. Italia*, cit., § 43.

¹⁰³ Sentenza 5 ottobre 2017, *Mazzeo v. Italia*, cit., § 44 e giurisprudenza della Corte EDU *ivi* richiamata.

¹⁰⁴ Corte EDU, sez. V, sentenza 9 gennaio 2018, *Tumeliai v. Lithuania*, n. 25545/14.

possono essere sopportate dai destinatari del provvedimento¹⁰⁵. In particolare, in assenza di comportamenti dei beneficiari che potevano aver indotto l'Amministrazione a adottare l'atto illegittimo, costoro potevano nutrire un'aspettativa (sulla legittimità, e dunque sulla stabilità, del provvedimento) meritevole di tutela¹⁰⁶.

Si tratta, a ben vedere, di osservazioni che attengono all'esercizio in concreto del potere di autotutela – ed in particolare alla meritevolezza di tutela dell'interesse pubblico posto a fondamento dell'annullamento d'ufficio (riguardata attraverso il prisma del diritto convenzionale) e della posizione giuridica del privato inciso dal provvedimento – che non potranno restare del tutto inascoltate da parte dei giudici nazionali, specie se dovessero trovare conferma in una giurisprudenza consolidata della Corte di Strasburgo¹⁰⁷.

4. L'autotutela decisoria e le sue “mobili frontiere”

Dall'analisi svolta emerge come anche in ambito sovranazionale la disciplina dell'autotutela costituisca un banco di prova della tenuta stabile del rapporto – tuttora non adeguatamente definito – tra i principi di legalità, di certezza del diritto e di tutela dell'affidamento.

In particolare, tutela dell'affidamento e certezza del diritto costituiscono “mobili frontiere”¹⁰⁸ capaci di rappresentare un argine del potere amministrativo di autotutela fondato sull'interesse al ripristino della legalità, ma anche di farsi cedevoli (proprio in quanto “mobili”), secondo criteri di proporzionalità e ragionevolezza, innanzi all'interesse pubblico perseguito attraverso l'atto di ritiro.

¹⁰⁵ Sentenza *Tumeliai v. Lithuania*, cit., § 77: “the principles of good governance should not, as a general rule, prevent the authorities from correcting occasional mistakes, even those resulting from their own negligence; however, the risk arising from any mistake made by a State authority must be borne by the State itself, and errors must not be remedied at the expense of the individuals concerned (see *Romankevič v. Lithuania*, no. 25747/07, §§ 38-39, 2 December 2014, and *Albergas and Arlauskas v. Lithuania*, no. 17978/05, § 59, 27 May 2014)”.

¹⁰⁶ *Tumeliai v. Lithuania*, cit., § 78: “Because the authorities had confirmed that the house could be constructed, the applicants did not have sufficient reasons to doubt the validity of such a decision and were entitled to rely on the expectation that it would not be retrospectively declared invalid to their detriment”.

Cfr. anche le sentenze, 6 dicembre 2011, *Gladysheva v. Russia*, n. 7097/10, §§ 79-80; 24 novembre 2015, *Tunaitis v. Lithuania*, n. 42927/08, § 39; 15 novembre 2016, *Misiukonis and Others v. Lithuania*, n. 49426/09, §§ 59-60.

¹⁰⁷ È il caso di ricordare che, con sentenza 26 marzo 2015, n. 49 (punto 7 in diritto), la Corte costituzionale ha ritenuto che “il giudice comune è tenuto ad uniformarsi alla «giurisprudenza europea consolidata sulla norma conferente» (sentenze n. 236 del 2011 e n. 311 del 2009), «in modo da rispettare la sostanza di quella giurisprudenza» (sentenza n. 311 del 2009; nello stesso senso, sentenza n. 303 del 2011), fermo il margine di apprezzamento che compete allo Stato membro (sentenze n. 15 del 2012 e n. 317 del 2009). È, pertanto, solo un ‘diritto consolidato’, generato dalla giurisprudenza europea, che il giudice interno è tenuto a porre a fondamento del proprio processo interpretativo, mentre nessun obbligo esiste in tal senso, a fronte di pronunce che non siano espressive di un orientamento oramai divenuto definitivo”. Sulla sentenza, si vedano le notazioni di A. RUGGERI, *Fissati nuovi paletti dalla Consulta a riguardo del rilievo della Cedu in ambito interno. A prima lettura di Corte cost. n. 49 del 2015*, in *Dir. pen. cont.*, 2015 e V. ZAGREBELSKY, *Corte cost. n. 49 del 2015, giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, art. 117 Cost., obblighi derivanti dalla ratifica della Convenzione*, in *Rivista AIC*, 2015.

¹⁰⁸ L'efficace immagine si deve, come è noto, a F. GALGANO, *Le mobili frontiere del danno ingiusto*, in *Contratto e impresa*, 1985, 1 ss.

Non si delinea, dunque, in ambito nazionale e sovranazionale, un univoco rapporto tra legalità violata, tutela dell'affidamento e certezza del diritto, ma piuttosto si osserva un variabile movimento di quelle "frontiere" che dipende in larga parte dal contesto proprio dell'ordinamento nel quale il movimento si produce e dal ruolo che all'Amministrazione in quel contesto è affidato.

Se ciò è vero, nel riflettere sull'atteggiarsi nell'ordinamento interno dei poteri di ritiro rispetto ai principi di legalità, affidamento e certezza del diritto, il richiamo puro e semplice a modelli affermati a livello sovranazionale – quand'anche si tratti di ordinamenti integrati con quello nazionale, come accade per l'ordinamento dell'Unione – rischia di condurre a risultati fuorvianti.

Sembra, in altre parole, che le differenti declinazioni dei poteri di ritiro offerte dal diritto nazionale, dal diritto Ue e dalla Convenzione EDU non possano essere ricomposte in un nuovo ed unitario modello di autotutela applicabile a tutti i rapporti amministrativi, ma che, piuttosto, il rapporto tra autotutela e principi appena richiamati vari a seconda del sistema preso in considerazione.

Nondimeno l'integrazione tra ordinamenti e (ancorché in misura minore) l'obbligo di conformazione alle sentenze della Corte EDU, determinano l'emersione di fattori di complessità che incidono sulla stessa portata dei principi, come accade, ad esempio per il principio di legalità il cui rispetto impone l'osservanza non solo delle norme nazionali, ma anche di quelle dell'Unione europea che, in caso di contrasto, prevalgono sulle prime; o per il principio di "certezza del diritto" che, per effetto (anche) di tale integrazione, risulta profondamente trasformato ed esso stesso, paradossalmente, *incerto* nei contenuti.

5. Certezza del diritto e autotutela decisoria.

A questo punto della ricerca, può osservarsi che, in ogni caso, la stabilità degli assetti dei rapporti e degli interessi determinati dal provvedimento (stabilità che, come si avrà modo di precisare nel prosieguo, può considerarsi portato del principio di certezza del diritto) è inevitabilmente messa in discussione dall'esercizio dell'autotutela decisoria.

Appare utile, pertanto, approfondire il rapporto tra autotutela e certezza del diritto onde verificare se nell'esercizio del potere di riesame o revisione meriti un'adeguata considerazione e ponderazione anche l'interesse alla stabilità degli assetti ordinamentali e se quest'ultimo, affrancato da una dimensione che (specie nella giurisprudenza) lo vede legato esclusivamente all'affidamento del beneficiario del provvedimento originario, possa considerarsi alla stregua di un interesse pubblico riconosciuto e tutelato dall'ordinamento.

5.1. “Diritto incerto” e necessità di certezze

In riferimento al principio di certezza del diritto sono note le ragioni addotte a sostegno di una graduale recessività del diritto di origine “legislativa”¹⁰⁹ nello spazio giuridico globale¹¹⁰: la perdita del monopolio statale nella disciplina di alcuni fenomeni (specie di carattere economico) in favore di organizzazioni sovranazionali¹¹¹, talvolta privatistiche, con conseguente pluralità ed atipicità delle fonti¹¹²; la creazione di un sistema multilivello di tutela (sia delle libertà economiche, sia di altri diritti fondamentali) nel quale i principi declinati da Corti sovranazionali penetrano nell’ordinamento anche attraverso l’obbligo di interpretazione conforme (della norma interna al diritto sovranazionale) che vincola i giudici e le

¹⁰⁹ I fattori di crisi del “diritto legislativo” sono finemente analizzati da F. FRANCIARIO, *Il diritto alla sicurezza giuridica. Note in tema di certezza giuridica e giusto processo*, in F. FRANCIARIO – M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza*, cit., 13 ss. Cfr., altresì, N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, in *Ars interpretandi*, 2015, 55, ss. spec. 66-68; B. SPAMPINATO, *Sulla «crisi» di legalità e certezza del diritto in campo amministrativo*, in *Federalismi.it*, n. 11/2017. Alla certezza delle regole è stato dedicato il Convegno AIPDA del 2014 i cui atti sono raccolti in *L’incertezza delle regole. Atti del Convegno annuale AIPDA Napoli 3-4 ottobre 2014*, Napoli, 2015. In particolare, nella sua relazione, R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, affronta il tema della “crisi di identità e di ruolo della legge (*rectius*, della sua funzione ordinatrice)” come fattore che “contribuisce (anche) a determinare l’ipertrofia iperbolica della normativa, ossia l’eccesso di regolazione, con il ricorso ad una pluralità di fonti le quali, nel contesto della globalizzazione, sono di origine transnazionale e/o internazionale, dell’Unione europea come degli ordinamenti nazionali, fonti primarie oppure secondarie, fonti di natura tradizionale oppure di *soft law*, ecc.” (anche in *Dir. amm.*, 2014, 651 ss., spec., 661).

¹¹⁰ S. CASSESE, *Lo spazio giuridico globale*, Roma-Bari, 2003. Tra gli studi dell’insigne giurista sui caratteri e sugli sviluppi del diritto amministrativo globale, cfr. almeno: *Il diritto amministrativo globale*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 331 ss.; *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2005, 663 ss.; *Oltre lo Stato*, Roma-Bari, 2006; *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*, Torino, 2009; *Chi governa il mondo?*, Bologna, 2013.

I temi del c.d. diritto amministrativo globale sono stati approfonditi anche da G. DELLA CANANEA, *Beyond the State: the Europeanization and Globalization of Procedural Administrative Law*, in *European Public Law*, 2003, vol. 9, n. 4, 563 ss.; ID., *Al di là dei confini statuali. Principi generali del diritto pubblico globale*, Bologna, 2009; S. BATTINI, *Amministrazioni senza Stato. Profili di diritto amministrativo internazionale*, Milano, 2003; ID., *Organizzazioni internazionali e soggetti privati: verso un diritto amministrativo globale?*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2005, 359 ss.; ID., *Amministrazioni nazionali e controversie globali*, Milano, 2007; ID., *Le due anime del diritto amministrativo globale*, in AA.VV., *Il diritto amministrativo oltre i confini. Omaggio degli allievi a Sabino Cassese*, Milano, 2008, 1 ss.; G. FALCON, *Internationalization of Administrative Law: Actors, Fields and Techniques of Internationalization - Impact of International Law on National Administrative Law*, in *European Review of Public Law*, 2006, vol. 18, n. 1, 217 ss.; L. CASINI, voce *Diritto amministrativo globale*, in S. CASSESE (diretto da), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006; ID., *Potere globale. Regole e decisioni oltre gli Stati*, Bologna, 2018; M. D’ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008; E. CHITI – B.G. MATTARELLA (eds.), *Global Administrative Law and EU Administrative Law. Relationships, Legal Issues and Comparison*, Berlin, 2011; S. CASSESE – B. CAROTTI – L. CASINI – E. CAVALIERI – E. MACDONALD (eds.), *Global Administrative Law: The Casebook*, Rome-Edinburgh-New York, 2012.

¹¹¹ F. MERUSI, *L’integrazione fra la legalità comunitaria e la legittimità amministrativa nazionale*, in *Dir. amm.*, 2009, 43 ss.

¹¹² F. SORRENTINO, *Il sistema delle fonti nel diritto amministrativo*, in *Le fonti del diritto amministrativo. Atti del Convegno Annuale AIPDA. Padova 9-10 ottobre 2015*, Napoli, 2015, 1 ss.; M. MAZZAMUTO, *L’atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., *passim*.

Amministrazioni; l'affermarsi di forme di regolazione flessibile su base volontaria (c.d. *soft law*)¹¹³, che, tuttavia, finiscono spesso per assumere di fatto indiretta efficacia precettiva¹¹⁴.

L'assunta inadeguatezza del diritto di origine legislativa a fornire risposte appaganti alla domanda di certezza proveniente dalla società civile e, sul piano dei rapporti economici, in special modo dai mercati, è peraltro acuita anche dalla qualità stessa della produzione normativa¹¹⁵.

Gli è che più incerto si presenta il diritto, dunque la capacità dell'ordinamento di assolvere alla funzione di prevenire i conflitti (mediante la preventiva individuazione di regole di condotta chiare, certe perché prevedibili e assistite dal carattere della normatività) e di risolverli (attraverso l'esercizio della funzione

¹¹³ Tra gli studi sulla *soft law*, si veda il lavoro monografico di E. MOSTACCI, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008 nonché i saggi raccolti in A. SOMMA (a cura di), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, spec. R. BIN, *Soft law, no law*, *ivi*, 31 ss.

Nella dottrina amministrativistica M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., pur considerando la *soft law* "più (...) una nebulosa che (...) un insieme ben strutturato di concetti" (*ivi*, 730) o addirittura una "moda" (*ivi*, 731), ne ricostruisce il ruolo nell'ordinamento amministrativo alla luce della dottrina tedesca e francese, degli studi di Santi Romano e Norberto Bobbio e dell'esigenza di non consentire un affrancamento di tali atti dal sindacato del giudice amministrativo. Cfr., soprattutto, M. RAMAJOLI, *Soft law e ordinamento amministrativo*, in *Dir. amm.*, 2017, 147 ss., che indaga il fenomeno della *soft law*, muovendo dal pensiero scientifico di Ottaviano (il riferimento esplicito è V. OTTAVIANO, *Sulla nozione di ordinamento amministrativo e di alcune sue applicazioni*, in Riv. trim. dir. pubbl., 1958, 833 ss.) ed in una prospettiva ordinamentale. L'Autrice contesta l'assimilazione, operata dalla dottrina francese, del *droit mou* (o *droit souple*, ovvero *droit fragile*) alla *soft law*, osservando che, invece, l'espressione inglese meglio coglie la vera essenza del fenomeno: l'assenza di coercibilità, di un "diritto espressione di cooperazione, in quanto pone in essere precetti privi di sanzione, ossia precetti la cui ottemperanza è volontaria".

A sua volta F. FRANCARIO, *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 9, rileva che tratto comune alle diverse figure di *soft law* dovrebbe essere "che si è di fronte a situazioni che il singolo Stato non potrebbe o forse non saprebbe nemmeno disciplinare autoritativamente, e che vengono pertanto normate da regole, prevalentemente tecniche, che il più delle volte vengono prodotte dagli stessi destinatari che s'impegnano ad osservarle volontariamente"; tuttavia l'Autore osserva che talune categorie di atti (ad esempio le linee guida vincolanti dell'ANAC) tradizionalmente ricondotti alla c.d. *soft law* siano in realtà a contenuto normativo adottati "senza le garanzie tipiche della normazione autoritativa" (*ivi*, 12). Di interesse notevole anche il saggio di B. BOSCHETTI, *Soft law e normatività: un'analisi comparata*, in *Rivista della regolazione dei mercati.it*, n. 2/2016, 32 ss.

¹¹⁴ M. MAZZAMUTO, *L'atipicità delle fonti nel diritto amministrativo*, cit., 737, osserva che "gli stringenti principi garantistici del diritto amministrativo non possono certo tollerare che i pubblici poteri si avvalgano di strumenti ambigui e affrancati dal controllo di legalità. Quale che possa essere la ragione che sta all'origine del ricorso ai mezzi di *soft law* (difetto di competenza, regolazione flessibile e così via), si dà soltanto un'alternativa: o questi mezzi rimangono innocui (*de minimis non curat praetor*) ovvero, ogni qual volta assumeranno concretamente una rilevante efficacia precettiva, verranno subito promossi ad uno scalino superiore della scala normativa graduata, quanto meno allo scalino delle fonti terziarie, per soddisfare le esigenze di legalità e di giustizia. Ed infatti, assopita l'entusiastica retorica della persuasione, incominciano a mostrarsi i segni dell'intervento giurisdizionale su atti sin lì designati o designabili come privi di efficacia vincolante e/o privi di sanzione: fenomeno che viene oramai correntemente definito di 'indurimento' del *soft law*".

¹¹⁵ R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit., 41 ss.

Sulla rilevanza della "qualità delle regole" nelle economie di mercato, cfr. R. FERRARA, *Qualità della regolazione e problemi della multilevel governance*, in *Foro amm. - Tar*, 2005, 2251 ss.; M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, cit., *passim*; A. ZITO, *Globalizzazione e concorrenza tra ordinamenti giuridici: il problema del miglioramento della qualità della normazione*, in *Nuove autonomie*, 2008, 343 ss.; M. DE BENEDETTO – M. MARTELLI – N. RANGONE, *La qualità delle regole*, Bologna, 2011.

Con particolare riferimento al rapporto tra qualità o, più in generale, "certezza" (intesa quale "chiarezza ed univocità") delle regole e provvedimenti aventi carattere sanzionatorio, cfr. A. TRAVI, *Incertezza delle regole e sanzioni amministrative*, in *Dir. amm.*, 2014, 636-637.

giurisdizionale da parte di giudici soggetti alla legge¹¹⁶ e tenuti a motivare le proprie decisioni), più avvertito è il bisogno di certezza giuridica¹¹⁷.

La “certezza del diritto” a lungo è coincisa con la “certezza della legge”¹¹⁸, principio generale connaturato a sistemi giuridici improntati ad un marcato statalismo ed al primato della legge, sulla cui osservanza si fondano, ad esempio, i criteri schematici dell’art. 12 delle disposizioni preliminari al codice civile che riflettono la visione positivista dell’interpretazione unica dei testi normativi.

Tale concezione della certezza del diritto è andata in crisi per effetto dell’affermazione – a partire soprattutto dalla seconda metà del XX secolo – della “realtà del postmoderno”¹¹⁹ che, oltre ad aver condotto al già richiamato ridimensionamento del ruolo esclusivo, in sede di interpretazione sistematica, del diritto di origine “legislativa”, ha determinato un mutamento dell’oggetto stesso della vagheggiata¹²⁰ “certezza”¹²¹: non più “la legge” formale (un oggetto definibile come unico, facilmente individuabile nella

¹¹⁶ M.A. SANDULLI, “*Principi e regole dell’azione amministrativa*”: riflessioni sul rapporto tra diritto scritto e realtà giurisprudenziale, in *Federalismi.it*, n. 23/2017, 4, rimarca la necessità che in uno Stato di diritto sia lasciato solo al legislatore il compito “di fissare le regole attuative dei principi costituzionali e al giudice quello – peraltro niente affatto marginale – di darne la migliore applicazione, attraverso una corretta interpretazione, che, per quanto ampia e costruttiva, non deve mai confondersi con la creazione di ‘nuovo diritto’, che, quand’anche tecnicamente più corretto e sistematicamente più ragionevole, è totalmente autonomo dal principio democratico e dunque inidoneo a garantire la sicurezza e la pace sociale”. Anche A. TRAVI, *Eccesso di potere giurisdizionale e diniego di giurisdizione dei giudici speciali al vaglio delle Sezioni Unite della Cassazione*, in *Giustamm.it*, n.11/2017, rileva che “il giudice, nel nostro sistema costituzionale, è chiamato ad applicare la legge, e non a cambiarla”.

¹¹⁷ Secondo F. SAITTA, *Valore del precedente giudiziale*, cit., 617, “nei periodi di profonde trasformazioni sociali, come quello attuale, il richiamo alla certezza del diritto diventa più insistente, sia laddove si tenti di opporsi a paventate innovazioni, sia laddove, invece, si cerchi di realizzare un nuovo ordinamento”.

¹¹⁸ Sulla coincidenza tra “certezza del diritto” e “certezza della legge” nello Stato moderno, P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, in *Giust. civ.*, 2014, 927-928, osserva che la certezza della legge fa parte “della strategia portante di una civiltà – quella moderna, consolidata a fine Settecento nelle rigidità giacobine della Rivoluzione francese – che ha la propria fondazione nel monopolio statale della produzione giuridica e che intende renderlo indiscutibile grazie a un processo mitizzatorio della legge e del legislatore. La certezza che preme è soltanto quella della legge quale manifestazione della volontà del supremo potere politico, perché unicamente di una legge certa, ossia certa nei comandi segnati nel suo testo cartaceo, si può pretendere l’obbedienza (...). La modernità, momento di conquista del potere politico da parte del ceto borghese, è però il terreno storico in cui si afferma e prospera un autentico assolutismo giuridico. Strumento principe di una visione assolutistica è il dogma della certezza”.

La valenza attuale del principio della certezza delle regole, declinato anche sotto il profilo di una interpretazione tendenzialmente uniforme dell’ordinamento interno di fronte all’ordinamento dell’Unione, è sottolineata nello studio di A. ANGIULI, *L’adunanza plenaria e l’enunciazione del principio di diritto nell’interesse della legge*, in F. FRANCIOSI - M.A. SANDULLI (a cura di), *Profili oggettivi e soggettivi della giurisdizione amministrativa. In ricordo di Leopoldo Mazzeo*, Napoli, 2017, 173 ss.

¹¹⁹ N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 66. Sull’evoluzione della “certezza del diritto” nella “pos-modernità”, P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, cit., *passim*, spec., 929-933, il quale richiama le riflessioni di F. BENVENUTI, *Caso e incertezza del diritto*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, vol. II, Milano, 1988 (ora in *Scritti giuridici*, Milano, 2006, vol. V) sulla incertezza quale “caratteristica naturale del diritto in quanto vivo ordinamento”.

¹²⁰ Appare ineludibile il riferimento a N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, in *Riv. int. fil. dir.*, 1951, 146 ss.

¹²¹ Osserva N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 70-71: “Dietro l’ipotesi della c.d. certezza del diritto c’è ancora la convinzione che l’interpretazione come attività e come ricerca di significati dipenda dall’oggetto da interpretare e non possa che conformarsi ad esso. Se invece, per converso, si assume che, in una necessaria sintesi tra soggetto e oggetto, quest’ultimo non esista senza che sia interpretato, posto che è proprio l’interpretazione a modellarlo e quindi, in un certo senso, a condurlo ad esistenza, allora ciò rispetto a cui si ipotizza la possibilità di individuare, entro confini di ragionevole certezza, il punto di riferimento dell’analisi non può ritenersi compiutamente fornito in funzione esclusiva degli atti di

sua consistenza), ma il “diritto” che deriva dall’interagire non gerarchico ma reticolare di una pluralità di fonti¹²², da leggere sempre attraverso i principi enunciati anzitutto nelle Costituzioni degli Stati pluriclasse¹²³ e, successivamente, rinvenibili nelle “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri” (art. 6 TUE)¹²⁴.

Simmetricamente, anche il principio di legalità, secondo parte della dottrina, avrebbe mutato oggetto trasformandosi “in una sorta di principio di giuridicità”¹²⁵ o comunque – come era stato sottolineato già vent’anni or sono – risulterebbe scomposto in una “pluralità di principi di legalità, operanti in ambiti differenti, con consistenza diversa in relazione ad ogni singolo ambito e inidonei a condizionare e ad orientare l’intera attività amministrativa”¹²⁶.

In una prospettiva di questo genere, il principio di “certezza del diritto” – nelle sue implicanze rilevanti per il diritto amministrativo – si correla al principio di legalità nel senso che il primo si sostanzia nella necessaria prevedibilità per i soggetti dell’ordinamento delle conseguenze delle proprie azioni; ma

posizione del legislatore (anche a prescindere dalla difficoltà di individuare oggi, sia pure in termini meramente formali, questa mitica figura), ma deve essere continuamente identificato e ricomposto. Alle due ipotesi si riconnette ovviamente una diversa idea del diritto e solo per la prima di esse ha senso porsi un problema (ancorché astratto) di certezza. Nella seconda vi è solo la certezza di una storia che si svolge nella sua continuità; non vi può essere quella dei singoli atti che la compongono, se non appunto quale espressione di sensibilità condivise, modelli di comportamento prevalentemente praticati, criteri di valore accolti entro un determinato contesto sociale, azioni reiterate nel tempo e in questa reiterazione espressive di una convergenza assiologica”.

¹²² B. PASTORE, *Le fonti, la piramide, la rete: per un ripensamento del principio di legalità*, in ID., *Interpreti e fonti nell’esperienza giuridica contemporanea*, Padova, 2014, 19 ss.

¹²³ R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit., 39, sottolinea che “la natura pluralista è un connotato profondo della Costituzione (...) ma il pluralismo è anche origine di instabilità”. Richiama il rapporto tra pluralismo ed incertezza anche N. LIPARI, *I civilisti e la certezza del diritto*, cit., 70.

Sul valore dei principi nella realtà giuridica “pos-moderna” in quanto “capaci di offrire, in grazia dei loro contenuti, fondazioni durevoli, ma anche disponibili a riflettere i tempi che mutano” e sull’indefinitezza degli stessi quale “virtù prima per una civiltà giuridica in rapidissima transizione”, cfr. P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, cit., 936. Un efficace richiamo al valore dei principi del diritto amministrativo, anche nel metodo d’insegnamento della disciplina, ricorre in M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., 46-47, oltre che in numerosi altri scritti dell’A., spec. *Introduzione. Il ruolo dei principi nel diritto amministrativo*, in ID. (a cura di), *Principi e regole del diritto amministrativo*, Milano, 2017, 1 ss. La perdurante vitalità dei principi della disciplina è dimostrata anche dalla costante attenzione che la dottrina presta al tema, affrontato *ex professo*, ad es., da G.P. ROSSI, *Principi di diritto amministrativo*, Torino, 2017, nonché da M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi del diritto amministrativo*, Milano, 2012. Per la prospettiva europea, cfr. G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell’amministrazione europea*, Torino, 2017.

¹²⁴ Sulla rilevanza delle “tradizioni costituzionali comuni” nella parabola dell’integrazione tra ordinamento europeo ed ordinamenti nazionali esiste una vasta bibliografia. Senza pretesa di esaustività, cfr. A. RUGGERI, “Tradizioni costituzionali comuni” e “controlimiti”, tra teoria delle fonti e teoria dell’interpretazione, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, 102 ss.; P. RIDOLA, *La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione Europea e lo sviluppo storico del costituzionalismo europeo*, in ID., *Diritto comparato e diritto costituzionale europeo*, Torino, 2010, 163 ss.; V. SCIARABBA, *Tra fonti e corti. Diritti e principi fondamentali in Europa: profili costituzionali e comparati degli sviluppi sovranazionali*, Padova, 2008; O. POLLICINO, *Della sopravvivenza delle tradizioni costituzionali comuni alla Carta di Nizza: ovvero del mancato avverarsi di una (cronaca di una) morte annunciata*, in *Dir. Un. eur.*, 2016, 253 ss.

¹²⁵ P. GROSSI, *Sulla odierna “incertezza” del diritto*, cit., 948.

¹²⁶ A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, cit., 93.

l'aspirazione alla certezza – ogni volta che l'agire del cittadino incontra il potere amministrativo – è condizionata dalla chiarezza ed univocità delle norme che fondano il potere e ne disciplinano l'esercizio. Non deve trascurarsi, tuttavia, che il rischio di ripercussioni devastanti sullo Stato di diritto è riconducibile alla tendenza alla svalutazione del ruolo “di sistema” svolto dal principio di certezza del diritto in nome dell’«apparente» episodico vantaggio economico pubblico nell’uno o nell’altro caso concreto”: è ciò che emerge dall’analisi di autorevole dottrina¹²⁷, il che induce a procedere con ogni cautela nella ricerca della corretta collocazione-declinazione del principio di certezza del diritto.

5.2. Certezza giuridica e ricadute economiche del “diritto incerto”

La certezza del diritto sembra aver smarrito – insieme alla primazia della legge in rapporto alla quale era stata teorizzata – la funzione ordinante dell’ordinamento generale che le è propria ed alla quale a maggior ragione dovrebbe tendere in un sistema giuridico postmoderno connotato dai già ricordati fattori di complessità.

Già da tempo la dottrina ha rilevato come la “certezza” “costituisca un valore non soltanto giuridico, ma anche – e oggi specialmente – economico”¹²⁸; e che il diritto è deputato a produrre certezza eliminando “dall’orizzonte del possibile un certo numero di opzioni comportamentali, attraverso un complesso organizzato di decisioni”¹²⁹.

La funzione di produzione di certezza¹³⁰ deve esser intesa alla luce del nuovo ruolo che l’Amministrazione svolge ormai da tempo nello “Stato del mercato”: dimessi i panni di “attore” (se non protagonista, almeno comprimario) *nel mercato* – per effetto dei noti processi di liberalizzazione che costituiscono uno dei principali portati dell’integrazione europea – l’Amministrazione diviene “regista” *del mercato*, nel senso che

¹²⁷ M.A. SANDULLI, *Conclusioni di un dibattito sul principio della certezza del diritto*, in F. FRANCIOSI – M.A. SANDULLI (a cura di), *Principio di ragionevolezza*, cit., 305 ss.

¹²⁸ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”: problemi attuali e spunti ricostruttivi*, in *Dir. amm.*, 2005, 867 ss. Il pensiero dell’A. è stato recentemente ripercorso da M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *La funzione di produzione di certezza pubblica nella riflessione di Antonio Romano Tassone*, in F. ASTONE – M. CALDARERA – F. MANGANARO – F. SAIITA – N. SAIITA – A. TIGANO (a cura di), *Studi in memoria di Antonio Romano Tassone*, Napoli, 2017, 387 ss.

¹²⁹ A. ROMANO TASSONE, *Amministrazione pubblica e produzione di “certezza”*, cit., 868, ha osservato che la funzione di produzione di certezza “è tanto più essenziale nelle c.d. «società complesse» la cui stabilizzazione nomica è resa possibile dalle istituzioni attraverso operazioni globalmente traducibili in termini di riduzione della complessità”.

¹³⁰ Osserva F. SAIITA, *Valore del precedente giudiziale*, cit., 623: “La produzione di certezze in genere è una delle funzioni più antiche svolte dai pubblici poteri e rappresenta tuttora uno dei compiti principali degli Stati, in quanto le società contemporanee difficilmente potrebbero esistere senza una fitta rete di certezze pubbliche”.

deve fornire certezze ai privati per garantire il corretto dispiegarsi della concorrenza¹³¹ e ridurre l'esposizione al "rischio" che connota le dinamiche anche (ma non solo) di carattere economico¹³².

Se è vero che in tale rinnovato contesto i diritti fondamentali, anzitutto il diritto di libertà economica, "sono un *prìus* del quale la pubblica Amministrazione non può disporre discrezionalmente"¹³³, può aggiungersi che non solo l'Amministrazione, ma l'ordinamento intero (dunque anche il legislatore ed il giudice) è chiamato a fornire certezze anzitutto temporali agli operatori economici¹³⁴.

La funzione di produrre certezza, infatti, presuppone che l'Amministrazione agisca come garante delle regole del mercato, ma al contempo che gli effetti dei relativi provvedimenti non siano continuamente messi in discussione da una nuova decisione amministrativa o da un mutamento del contesto normativo o giurisprudenziale.

¹³¹ Il riferimento, ovviamente al netto della metafora cinematografica, è al noto saggio di F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, in *Dir. amm.*, 2002, 527 ss., spec. 532.

¹³² A. TRAVI, *Considerazioni critiche sulla tutela dell'affidamento nella giurisprudenza amministrativa (con particolare riferimento alle incentivazioni ad attività economiche)*, in *Rivista dell'aregolazione dei mercati.it*, n. 2/2016, 13, osserva che "le dinamiche della società attuale risultano sempre di più caratterizzate dall'esposizione al 'rischio' come fattore qualificante e nello stesso tempo selettivo (...). In questo contesto, gli elementi che possono determinare e dare rilevanza alla 'fiducia' costituiscono un elemento decisivo, perché la 'fiducia' contribuisce a riportare i margini del rischio a un livello di accettabilità individuale" ed individua nella garanzia giuridica dell'affidamento nelle relazioni tra cittadino ed Amministrazione uno strumento per riequilibrare il rischio.

¹³³ F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, cit., 534.

¹³⁴ Non possono che condividersi le limpide considerazioni di M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., 51 ss., la quale osserva: "Gli operatori economici e, in termini più generali, i soggetti che investono le proprie risorse lavorative ed economiche in un determinato ambito territoriale o settoriale hanno infatti bisogno di potersi fidare del relativo sistema, senza essere esposti al rischio che i detentori dei poteri pubblici rivedano, modificandole «in corsa», le condizioni per l'esercizio dell'attività intrapresa o per la fruizione dei benefici economici originariamente previsti o addirittura contrattualmente riconosciuti per incentivarla (...). L'incertezza sulla stabilità e sulla stessa originaria validità e sussistenza dei titoli abilitanti all'esercizio di un'attività professionale o economica e/o delle condizioni per accedere a contributi pubblici e/o godere dei risultati dell'investimento delle proprie risorse economiche è sicuramente uno dei più alti fattori di rischio per l'economia di un Paese".

Secondo il Consiglio di Stato, sez. VI, 6 marzo 2018, n. 1457, "[nel] modello di correttezza e buona amministrazione di cui all'art. 97 della Costituzione, come si è andato evolvendo nel diritto vivente (...) alla tradizionale ed imprescindibile funzione di garanzia di legalità nel perseguimento dell'interesse pubblico, la funzione amministrativa viene a rivestire anche un ruolo di preminente importanza per la creazione di un contesto idoneo a consentire l'intrapresa di iniziative private, anche al fine di accrescere la competitività del Paese nell'attuale contesto internazionale, secondo la logica del confronto e del dialogo tra P.A. e cittadino. In altri termini, l'evoluzione del modello costituzionale impone di tener conto che l'attività amministrativa produce sempre un "impatto" sulla sfera dei cittadini e delle imprese (ne è conferma l'emersione del principio di *accountability*). Tale impatto, da un lato, deve essere considerato e quantificato, affiancando agli strumenti giuridici quelli economici di misurazione, che permeano sempre di più l'attività amministrativa; d'altro lato – e soprattutto, ai fini della tutela – tale impatto non può essere trascurato, né assorbito, e nemmeno ridotto forfettariamente in considerazione di una cura dell'interesse pubblico asseritamente prevalente". Nel caso in questione, un'impresa, dopo l'ottenimento di tutte le autorizzazioni necessarie all'insediamento di uno stabilimento balneare, era stata destinataria di provvedimenti, poi dichiarati illegittimi, con i quali si disponevano l'occupazione dell'area per la realizzazione di saggi archeologici e la revoca dell'autorizzazione archeologica inizialmente concessa.

Ne consegue che la certezza del diritto sarebbe tutelata talvolta non direttamente dalla legge ma dal “principio di buona fede *sub specie* di tutela dell’affidamento”¹³⁵.

La tutela dell’affidamento nel diritto pubblico, come è noto, è stata oggetto della riflessione di Merusi, il quale quasi cinquant’anni or sono dimostrò – anche attraverso l’analisi delle linee evolutive della giurisprudenza – l’applicabilità del dovere di buona fede dell’Amministrazione nei rapporti con il cittadino¹³⁶. Come osserva l’Autore, 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”¹³⁷.

Si tratta di un principio generale che integra la legge – e che appare di portata più vasta rispetto a quello di tutela dell’affidamento – il cui operare nell’annullamento d’ufficio “legalizza il tempo della illegittimità ed impedisce che il tempo naturale, quello dell’accertamento dell’illegittimità, possa avere conseguenze.

¹³⁵ F. MERUSI, *La certezza dell’azione amministrativa tra tempo e spazio*, cit., 541. Gli studi di matrice amministrativistica sul principio di buona fede sono sovente condotti avendo riguardo al profilo dell’affidamento. Costituiscono un riferimento imprescindibile gli studi di F. MERUSI, *L’affidamento del cittadino*, Milano, 1970; ID., *Il principio di buona fede nel diritto amministrativo*, in *Scritti per Mario Nigro*, vol. II, Milano, 1991, 271 ss.; ID., *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico. Dagli anni “trenta” all’ “alternanza”*, Milano, 2001. Cfr., altresì, F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, 1995; M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell’affidamento*, Torino, 1999; E. CASETTA, *Buona fede e diritto amministrativo*, in *Dir. econ.*, 2001, 317 ss.; S. ANTONIAZZI, *La tutela del legittimo affidamento del privato nei confronti della pubblica amministrazione*, Torino, 2005; L. GIANI, *Funzione amministrativa ed obblighi di correttezza. Profili di tutela del privato*, Napoli, 2005; F. TRIMARCHI BANFI, *L’annullamento d’ufficio e l’affidamento del cittadino*, in *Dir. amm.*, 2005, 843 ss.; ID., *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole nei rapporti con l’amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 823 ss.; M. GIGANTE, *Mutamenti nella regolazione dei rapporti giuridici e legittimo affidamento. Tra diritto comunitario e diritto interno*, Milano, 2008; S. TARULLO, *Il principio di collaborazione procedimentale. Solidarietà e correttezza nella dinamica del potere amministrativo*, Torino, 2008; M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in M. RENNA – F. SAIITA (a cura di), *Studi sui principi di diritto amministrativo*, cit., 159 ss.; A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit.; ID., *La tutela dell’affidamento del cittadino nei confronti della pubblica amministrazione*, in *Dir. pubbl.*, 2018, 121 ss.; C.E. GALLO, *La lesione dell’affidamento sull’attività della pubblica amministrazione*, in *Dir. proc. amm.*, 2012, 564 ss.; V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, cit.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, 2016. Con particolare riguardo all’affidamento nell’ambito dei poteri c.d. di autotutela, D. CORLETTI, *Provvedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento*, in ID., (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell’affidamento in Europa*, Padova, 2007, 1 ss.

¹³⁶ F. MERUSI, *Buona fede e affidamento nel diritto pubblico*, cit.

¹³⁷ F. MERUSI, *La certezza dell’azione amministrativa tra tempo e spazio*, cit., 540. Secondo A. ROMANO, *Introduzione*, in L. MAZZAROLLI – G. PERICU - A. ROMANO - F.A. ROVERSI MONACO – F.G. COCA, *Diritto amministrativo*, vol. I, 7, le Amministrazioni, in quanto inquadrare “nei loro profili soggettivo, oggettivo e funzionale e formale nell’ordinamento generale” sono assoggettate all’osservanza di principi che – pur elaborati in ambito privatistico – hanno una valenza generale, tra i quali l’A. annovera i principi di buona fede, di correttezza e di affidamento.

Il tempo dell'affidamento rende certa la conservazione dell'atto ed annulla il tempo naturale che imporrebbe il ripristino della legalità¹³⁸.

Gli è che, secondo Merusi, sembrano fronteggiarsi nell'ordinamento due distinte esigenze di certezza: la prima concerne l'esatta osservanza dei tempi dell'azione amministrativa imposta dall'ancor recente affermarsi dello Stato del mercato nel quale l'Amministrazione "deve dare certezze temporali ai privati per non creare asimmetrie nel contraddittorio paritario nel quale si sostanzia giuridicamente la concorrenza"; la seconda esigenza di certezza è quella imposta dal principio integrativo di buona fede, una certezza "senza tempo con la quale un principio di diritto romano comune ha corretto e corregge ogni ordinamento codificato sostituendo al tempo naturale della legge il tempo del diritto quando il tempo della legge non dà risultati coerenti con la tutela dei diritti fondamentali dei cittadini"¹³⁹.

Ne emerge una piena autonomia tra i principi di "certezza del diritto" e di tutela dell'affidamento; ma anche una proiezione del primo in una dimensione super individuale.

Invero, la certezza del diritto nello "Stato del mercato" può esser riguardata come "valore" non solo – in una prospettiva per così dire "individuale" (cfr. *infra* § 5.4) – in rapporto alla libertà d'iniziativa economica del singolo operatore che deve essere posto nelle condizioni di confidare nella tempestività di una decisione amministrativa e nella stabilità dell'assetto che la stessa determina, ma anche come interesse pubblico.

Come si è dianzi sottolineato, l'ordinamento giuridico dello Stato di diritto garantisce (o dovrebbe garantire) regole volte a prevenire, ovvero a risolvere anche giudizialmente, i conflitti tra i cittadini (anzitutto quando questi operino nel mercato) con una certa prevedibilità degli esiti.

L'assenza di regole certe – chiare, predeterminate, prevedibili, tendenzialmente stabili nel tempo – "spiega a livello micro, la diversa efficienza delle transazioni, e a livello macro, il diverso grado di sviluppo economico delle aree geografiche del pianeta"¹⁴⁰ e la situazione di complessità nella quale si colloca da tempo il mondo del diritto e dell'economia, non solo nel nostro Paese¹⁴¹.

¹³⁸ F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, cit., 541.

¹³⁹ F. MERUSI, *La certezza dell'azione amministrativa tra tempo e spazio*, cit., rispettivamente, 532 e 546.

¹⁴⁰ M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, cit., 323, con ampi riferimenti bibliografici anche agli studi di matrice economica e sociologica, tra i quali, in particolare, merita di essere richiamato D.C. NORTH, *Istituzioni, cambiamento istituzionale, evoluzione dell'economia*, trad. it., Bologna, 1994. Secondo M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., 51, "uno dei più seri fattori di rischio per l'economia di un Paese [è] costituito dall'incertezza delle regole che presiedono al corretto esercizio dei poteri pubblici (amministrativi e giurisdizionali) con i quali gli operatori e gli investitori sono costretti a rapportarsi".

¹⁴¹ Sul concetto giuridico di complessità, si veda il magnifico contributo di A. FALZEA, voce *Complessità giuridica*, in *Enc. dir., Annali*, I, Milano, 2007, 201 ss., per il quale: "Per rispondere (...) a come il diritto positivo operi nel suo compito ordinativo della complessità sociale bisogna considerare che il primo fattore di difficoltà proviene da quell'aspetto della complessità che riguarda il ritmo con il quale evolve la vita della comunità e l'intensità con cui si trasformano i suoi valori. La proiezione del diritto verso il tempo futuro ed i limiti conoscitivi di ogni impegno previsionale espongono l'ordinamento giuridico alle difficoltà della incompletezza e della usura delle sue regole. Quando, poi, i ritmi evolutivi si

Se può ritenersi che la – pur relativa – certezza del diritto rilevi oggi quale principio funzionale non tanto all'affermazione dell'autorità dello Stato quanto piuttosto alla garanzia per il cittadino¹⁴² di non vedere incise in maniera imprevedibile le “consentite libere scelte d'azione”¹⁴³, non può negarsi che la stabilità e la prevedibilità dell'assetto dei rapporti e degli interessi – siccome idonee ad incidere in maniera significativa sulle scelte di investimento degli operatori economici – assumano una rilevanza sistemica e debbano per questo motivo costituire oggetto anche di un *interesse pubblico* che deve essere perseguito da ogni Amministrazione.

Ciò è tanto più vero in un contesto di crisi economica globale nel quale gli ordinamenti nazionali sono continuamente impegnati a adottare misure (ad esempio, fiscali e regolatorie) volte ad attrarre gli investitori da ogni parte del mondo, finendo per alimentare, come è stato rilevato, una sorta di concorrenza tra ordinamenti¹⁴⁴.

Né sembra che l'interesse pubblico alla certezza degli assetti ordinamentali sia meno rilevante in una situazione - come quella che viviamo per effetto della crisi sanitaria globale determinata dalla pandemia del c.d. “corona virus” - nella quale l'Amministrazione è chiamata nuovamente a svolgere un ruolo attivo nella produzione e nell'approvvigionamento di beni, non meno che nella prestazione di servizi, sovente in deroga alle regole del mercato. Ed in vero, risolta l'emergenza sanitaria la cui gravità giustifica un pervasivo intervento degli apparati pubblici (tornati “attori del mercato”) anche in ambiti dai quali si erano gradualmente ritirati, la piena riespansione delle libertà e dei diritti compressi per effetto della

fanno incalzanti e le linee di sviluppo penetranti e contraddittorie, l'adeguamento delle regole giuridiche alla attualità ed alla autenticità delle situazioni di interesse effettivamente prevalenti diventa più problematico e quasi sempre tardivo. Ad affrontare le difficoltà si rende necessaria una programmazione in costante aggiornamento e di ampio respiro, di grande adattabilità e di larga espansività, che rispecchi nella propria esistenza articolata e dinamica la varietà e la variabilità della realtà sociale, con la sua variamente accentuata interna complicatezza e la sua, ora lenta ora veloce ma sempre inarrestabile, interna trasformazione. Ad un tale tipo di progettazione è indispensabile l'impiego di una ricca tipologia normativa, di strumenti regolatori capaci di colmare le lacune e di meccanismi applicativi in grado di adeguare il sistema normativo del diritto alla molteplicità e alla mutevolezza dei valori giuridici nelle loro concrete verificazioni”. (*ivi*, 216). Soggiunge l'illustre A.: “Non poche e non di secondario rilievo sono le incognite. Ma quanto si è qui argomentato è sufficiente a suggerire la previsione che la teoria della complessità, come è stata di non trascurabile proficuità nelle materie nelle quali è stata finora utilizzata, lo sia pure per le problematiche alle quali dà luogo l'esperienza giuridica. La materia del diritto, nelle sue svariate articolazioni, trova in essa l'indirizzo per la soluzione dei suoi molteplici e multiformi problemi, a cominciare da quello delle fonti fino a quello dell'interpretazione e dell'applicazione delle regole giuridiche” (*ivi*, 217).

¹⁴² Secondo G. CORSO, *Relazione conclusiva*, in *L'incertezza delle regole. Atti del Convegno annuale AIPDA*, cit., “chi fa appello alla certezza del diritto non esprime il punto di vista del potere, ma all'opposto, quello del cittadino”.

¹⁴³ Corte cost., sentenza 24 marzo 1998, n. 364, in *Giur. cost.*, 1998, I, 1504.

¹⁴⁴ Cfr. L. TORCHIA, *Concorrenza tra ordinamenti e diritto amministrativo nell'ordinamento europeo*, in A. ZOPPINI (a cura di), *Concorrenza tra ordinamenti giuridici*, Roma-Bari, 2004, 109 ss.; A. ZITO, *Globalizzazione e concorrenza tra ordinamenti giuridici*, cit.

Un'analisi comparativa tra i distinti Paesi in relazione alla facilità di avvio e di esercizio dell'attività d'impresa (misurata attraverso indicatori che tengono conto del quadro normativo e regolamentare) è offerta annualmente dai *report* della *World bank* denominati *Doing business*. Cfr., da ultimo, THE WORLD BANK, *Doing Business 2020*, Washington, 24 ottobre 2019, disponibile in www.doingbusiness.org.

situazione emergenziale¹⁴⁵ ed il necessario rilancio delle attività economiche, non potranno prescindere da un'attenta considerazione della “certezza giuridica” quale oggetto di un interesse pubblico meritevole di tutela.

La “certezza giuridica” dovrebbe, dunque, non solo esser declamata, ma anche perseguita dalle Amministrazioni (e, in seconda battuta, dai giudici), anzitutto superando una tendenza ad operare una lettura riduzionista del principio che tende a confinarne la portata applicativa con riferimento alla sola legge.

Ma un'evoluzione siffatta non può prescindere dal superamento di opzioni culturali ed ermeneutiche, insoddisfacenti, che tendono a considerare la certezza nella sua dimensione esclusivamente soggettiva (richiamata insieme alla “tutela dell'affidamento”¹⁴⁶) e che fatalmente giustificano a volte il sacrificio dell'affidamento - e con esso della “certezza giuridica” - in favore dell'interesse pubblico.

5.3. Certezza giuridica, affidamento ed autotutela decisoria nello “Stato del mercato”

In proposito è utile ricordare che anche nel nostro ordinamento, l'attenzione verso la stabilità del provvedimento è sorta soprattutto avendo riguardo agli interessi del suo destinatario che risultano incisi dall'esercizio di poteri di autotutela, dunque quale portato del principio di affidamento nei rapporti tra cittadino ed Amministrazione.

¹⁴⁵ La necessità di una risposta di carattere emergenziale dell'ordinamento in presenza di eventi straordinari muove le riflessioni teoriche sullo “stato di necessità” come fonte del diritto in epoca anteriore all'introduzione della disciplina positiva della decretazione d'urgenza. Il riferimento è a Santi ROMANO, *Sui decreti legge e lo stato di assedio in occasione del terremoto di Messina e Reggio Calabria*, in *Riv. dir. pubbl.*, 1909, I, 257. Si vedano anche F. CAMMEO, *Lo stato di assedio e la giurisdizione*, in *Giur. it.*, 1898, IV, 369 ss.; G. MIELE, *La situazione di necessità dello Stato*, in *Arch. dir. pubbl.*, 1936, 377 ss. Al diritto dell'emergenza è stato dedicato il Convegno nazionale AIPDA svolto a Roma il 6-7 ottobre 2005, i cui atti sono raccolti in *Il Diritto amministrativo dell'emergenza. Annuario AIPDA 2005*, Milano, 2006. In particolare, sull'evoluzione del ruolo dell'Amministrazione pubblica nelle situazioni di emergenza sanitaria, si veda il saggio di M.P. CHITI, *Il rischio sanitario e l'evoluzione dall'amministrazione dell'emergenza all'amministrazione precauzionale*, *ivi*, 141 ss., nonché in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2006, 1 ss.

Per una prima analisi delle misure adottate per fronteggiare l'emergenza sanitaria determinata dal “covid-19”, cfr. F. CINTIOLI, *Sul regime del lockdown in Italia (note sul decreto legge n. 19 del 25 marzo 2020)*, in *federalismi.it- Osservatorio emergenza covid-19*, 6 aprile 2020.

¹⁴⁶ Il riferimento, in senso critico, ad un richiamo dei due principi in “endiadi” è in A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit., 14, nonché in F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa nella giurisprudenza della Corte costituzionale e delle Corti sovranazionali*, in *Dir. pubbl.*, 2014, 590.

Sul punto, cfr. anche Corte cost., 31 marzo 2015, n. 56, punto 4.1. in diritto: “Il valore del *legittimo affidamento* riposto nella *sicurezza giuridica* trova sì copertura costituzionale nell'art. 3 Cost., ma non già in termini assoluti e inderogabili. Per un verso, infatti, la posizione giuridica che dà luogo a un ragionevole affidamento nella permanenza nel tempo di un determinato assetto regolatorio deve risultare adeguatamente consolidata, sia per essersi protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento. Per altro verso, interessi pubblici sopravvenuti possono esigere interventi normativi diretti a incidere peggiorativamente anche su posizioni consolidate, con l'unico limite della proporzionalità dell'incisione rispetto agli obiettivi di interesse pubblico perseguiti”.

Non è questa, evidentemente, la sede per ripercorrere l'origine della tutela dell'affidamento e della sua acquisita valenza di "principio" anche ad opera della giurisprudenza amministrativa¹⁴⁷. Basterà, tuttavia, ricordare che è "il graduale affievolimento dell'autoritarità nell'azione amministrativa, insieme al progressivo superamento della visione contrapposta del binomio pubblica amministrazione-cittadino che colora di nuovi obblighi e di nuove regole il principio di buona fede e di tutela dell'affidamento"¹⁴⁸.

La dottrina ha evidenziato come la giurisprudenza richiami spesso la tutela dell'affidamento, avendo riguardo ad elementi (di carattere "qualitativo") che prescindono dalla rilevanza economica dell'interesse inciso dal provvedimento di secondo grado¹⁴⁹.

Questa impostazione della giurisprudenza muove dalla considerazione (ancorché raramente esplicitata) del principio di affidamento quale espressione di un valore suscettibile di ponderazione nel procedimento volto all'adozione dell'atto di ritiro, in contrasto con altre pronunce¹⁵⁰ nelle quali il principio, rimodellando di fatto il potere amministrativo, vale a fondare l'illegittimità di atti vincolati adottati – ad esempio

¹⁴⁷ Si veda, sul punto, l'articolata analisi di A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit. con ampi richiami giurisprudenziali.

¹⁴⁸ M.T.P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, cit., 162, al cui studio si rinvia per l'analisi degli snodi fondamentali, a partire dalle riflessioni di Merusi, e dei profili problematici del graduale percorso evolutivo che ha condotto all'affermazione del principio nell'ordinamento italiano.

¹⁴⁹ A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit., 8. In particolare l'A. richiama Cons. St., sez. V, 3 agosto 2012, n. 4440, che identifica tre condizioni che rendono l'affidamento "ragionevole": 1) un elemento "oggettivo", "impone che il vantaggio che il privato difende sia chiaro, certo e univoco e che trovi la sua fonte in un comportamento attivo, in un atto cioè efficace e vincolante"; 2) un "elemento soggettivo" in forza del quale "è necessario che il privato difenda un'utilità ottenuta nella plausibile convinzione di averne titolo, essendo tutelabile solo l'affidamento ottenuto in buona fede, non meritando per converso protezione l'aspirazione all'intangibilità di un bene che il privato abbia strappato con dolo (ad esempio inducendo in errore con false informazioni la P.A. o, comunque, versando in una condizione di colpa apprezzabile, collegata al carattere palese (e quindi riconoscibile) del vizio che inficia l'atto"; 3) un elemento cronologico "che rende l'affidamento stabile: il passaggio del tempo, infatti, è un fattore che rafforza ed ispessisce la convinzione della spettanza del bene della vita e, per l'effetto, limita e/o condiziona il potere pubblico di mettere nel nulla l'attribuzione iniziale".

¹⁵⁰ Il riferimento è all'orientamento, seppur minoritario, ancor di recente affermato da Cons. St., sez. IV, 2 novembre 2016, n. 4577; Id., sez. VI, 8 aprile 2016, n. 1393; Id., sez. VI, 18 maggio 2015, n. 2512. Per ulteriori riferimenti giurisprudenziali si rinvia a A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit., 11, nota 16. Come è noto, la questione è stata affrontata da Cons. St., Ad. plen., 17 ottobre 2017, n. 9, che, risolvendo il contrasto giurisprudenziale, ha affermato che l'ordine di demolizione di un manufatto abusivo non può considerarsi alla stregua di un atto tardivo di ritiro in autotutela di un provvedimento illegittimo favorevole al proprietario. In particolare, "nel caso di tardiva adozione del provvedimento di demolizione, la mera inerzia da parte dell'amministrazione nell'esercizio di un potere/dovere finalizzato alla tutela di rilevanti finalità di interesse pubblico non è idonea a far divenire legittimo ciò che (l'edificazione *sine titulo*) è sin dall'origine illegittimo. Allo stesso modo, tale inerzia non può certamente radicare un affidamento di carattere 'legittimo' in capo al proprietario dell'abuso, giammai destinatario di un atto amministrativo favorevole idoneo a ingenerare un'aspettativa giuridicamente qualificata. In definitiva, non si può applicare a un fatto illecito (l'abuso edilizio) il complesso di acquisizioni che, in tema di valutazione dell'interesse pubblico, è stato enucleato per la diversa ipotesi dell'autotutela decisoria" (*in*, punto 4 in diritto). Secondo A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit., 129, nota 20, le sentenze dell'Adunanza plenaria nn. 8 e 9 del 2017, testimoniano "la persistenza di una concezione che, in termini concreti, ammette con larghezza il sacrificio dell'affidamento, nonostante tutte le affermazioni di principio in senso contrario".

nell'esercizio di un potere repressivo – dopo un lungo lasso di tempo dalla violazione perpetrata ed in assenza di una specifica motivazione¹⁵¹.

Se è vero che – anche per effetto del diritto europeo¹⁵² – la tutela dell'affidamento ormai “conforma tutte le relazioni afferenti al diritto pubblico”¹⁵³, è altrettanto vero che nella giurisprudenza amministrativa in materia di atti di riesame, quella tutela viene assunta in una dimensione eminentemente soggettiva, siccome correlata, cioè, all'interesse del cittadino alla stabilità dell'assetto delineato da un provvedimento amministrativo favorevole, finendo sovente per soccombere innanzi all'interesse pubblico di volta in volta invocato a fondamento del potere.

La tutela dell'affidamento diviene, secondo quella concezione giurisprudenziale, un principio in qualche modo “negoziabile” nell'esercizio del potere discrezionale¹⁵⁴, in quanto il giudice – attraverso percorsi argomentativi che prescindono da una ricostruzione sistematica – spesso riesce a giustificare la legittimità di atti di riesame ancorché lesivi dell'interesse del cittadino al mantenimento del provvedimento favorevole di primo grado (e, dunque, satisfattivo dell'interesse materiale)¹⁵⁵.

Non può che condividersi l'analisi di quella dottrina per la quale “assai di rado la proclamata tutela del legittimo affidamento si traduce nell'annullamento di un atto amministrativo (...); ma più spesso si argomenta per il superamento, in virtù di superiori interessi ovvero perché comparativamente ponderata in modo adeguato, della tutela del legittimo affidamento a fronte di atti dei pubblici poteri”¹⁵⁶.

¹⁵¹ A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit., 12, nell'analizzare l'indirizzo ermeneutico volto a riconoscere la tutela dell'affidamento anche in ipotesi di attività repressiva vincolata, osserva: “Il principio di garanzia dell'affidamento, a tale stregua, assume esso stesso un rilievo definitorio dei caratteri dell'azione amministrativa, perché si colloca ‘a monte’, e non ‘a valle’ anche della disposizione legislativa che definisce il potere. La rilevanza riconosciuta oggi al principio di affidamento, ormai assunto a canone immanente rispetto all'esercizio del potere amministrativo, è testimoniata insomma dalla circostanza che supera anche l'ambito di una discrezionalità prestabilita. Naturalmente questa collocazione ‘a monte’ rispetto alla disposizione legislativa postula un riscontro del principio di affidamento anche nell'ordine costituzionale”.

¹⁵² R. CARANTA, *La “comunitarizzazione” del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 1996, 439 ss.

¹⁵³ A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit., 12. Nello stesso senso anche F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, cit., 583 ss., il quale, in particolare, approfondisce la portata del principio in relazione all'attività legislativa.

¹⁵⁴ A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit., 127, osserva che il principio viene “ricondotto a un contesto ‘dinamico’, caratterizzato dalla relazione con un potere che è considerato tendenzialmente come inesauribile e riesercitabile”. Poco dopo, l'A. efficacemente soggiunge: “L'approdo finale del principio di affidamento nel diritto amministrativo (...) non è la garanzia di un risultato favorevole al cittadino in conseguenza dell'affidamento, ma è l'introduzione di una variabile specifica nell'esercizio di un potere discrezionale” (*ivi*, 131).

¹⁵⁵ “In questo modo ogni manipolazione diventa più agevole, perché agli interessi non corrisponde più un ‘peso’, un ‘valore’ sostanziale definito dalla legge, ma corrisponde solo un elemento formale, costituito dalla presa in considerazione ai fini di un bilanciamento. Se tutto è passibile di bilanciamento, la garanzia non è più di contenuto, ma è solo nelle modalità del procedimento”. Così A. TRAVI, *La tutela dell'affidamento*, cit., 132. Anche F. TRIMARCHI BANFI, *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., 863-864, aveva osservato: “Come in un gioco di prestigio, la teoria dell'affidamento quale pretesa alla corretta considerazione dell'interesse del cittadino all'interno del procedimento di autotutela, fa sparire, nel momento stesso in cui l'affermava, l'affidamento come posizione giuridica autonoma, direttamente protetta”.

¹⁵⁶ V. CERULLI IRELLI, *Sul principio del legittimo affidamento*, cit., 254.

Da ciò deriva quella che può definirsi una “debolezza strutturale” della tutela dell’affidamento nella giurisprudenza amministrativa, che a sua volta è conseguenza della tendenza ad ammettere con una certa ampiezza l’esercizio del potere di riesame (strumentale alla migliore realizzazione che sia possibile dell’interesse pubblico), che viceversa dovrebbe essere limitato, almeno in linea teorica, dalla vigenza effettiva di tale principio¹⁵⁷.

Questa “debolezza” del principio di affidamento nel diritto vivente nazionale, finisce per trascinare con sé anche il principio di “certezza del diritto” che, richiamato sovente insieme al primo, ne condivide le sorti per vero talvolta infauste.

Tuttavia, nonostante la comune matrice, rinvenibile nella sicurezza dei rapporti giuridici¹⁵⁸, i due principi non solo risultano distinguibili, ma – come può ritenersi da quanto è emerso nella presente ricerca – meriterebbero da parte dell’Amministrazione (e del giudice, in seconda battuta) una considerazione autonoma.

Il principio di certezza del diritto, in quanto volto a tutelare la stabilità, la sicurezza e la definitività degli assetti giuridici determinati nell’ordinamento (dalla legge, dalla sentenza definitiva o dal provvedimento) ne presuppone la resistenza rispetto alle spinte modificative che si dovessero produrre e risponde ad un’esigenza di staticità e di resistenza al cambiamento¹⁵⁹.

Il principio di affidamento, di contro, è volto a governare la trasformazione di un assetto di interessi già raggiunto e che, tuttavia, appare modificabile *ex post* ove ciò risulti giustificabile alla luce della ponderazione dei distinti interessi che vengono in rilievo¹⁶⁰.

A ciò si aggiunga che il principio di “certezza del diritto” – specie in riferimento ad assetti regolatori di attività economiche – assume un rilievo che prescinde dalla posizione giuridica del soggetto direttamente inciso dall’atto di ritiro in quanto produce effetti sistemici, andando a pregiudicare il valore dell’efficacia dell’azione amministrativa nello “Stato del mercato”.

¹⁵⁷ A. TRAVI, *La tutela dell’affidamento*, cit., 126-127.

¹⁵⁸ Osserva M. LUCIANI, *Il dissolvimento della nozione di retroattività. Una questione fondamentale del diritto intertemporale nella prospettiva delle vicende delle leggi di incentivazione economica*, in *Giur. it.*, 2007, 1837: “Sebbene certezza e affidamento siano assiologicamente connessi e tendano sovente a sovrapporsi praticamente, essi sono, nondimeno, strutturalmente, contenutisticamente e funzionalmente distinti”. Cfr., altresì, F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, cit., 591.

¹⁵⁹ F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, cit., 592. In senso conforme A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit., 15, ne predica la non recessività rispetto ad interessi divergenti.

¹⁶⁰ Così inteso, quello della tutela dell’affidamento sarebbe un principio che “si pone come espressione di un’istanza volta a realizzare una sorta di governo della trasformazione, ossia un’istanza finalizzata a governare il cambiamento e a circoscrivere gli effetti pregiudizievoli del mutamento”. Così F.F. PAGANO, *Legittimo affidamento e attività legislativa*, cit., 591. A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit., 15, partendo dall’analisi del principio nella giurisprudenza, ne rimarca la maggiore flessibilità attraverso il ricorso alla tecnica del bilanciamento.

La dottrina da tempo ha manifestato serie perplessità sul concreto atteggiarsi del potere di riesame di provvedimenti che incidono sui rapporti economici, evidenziando la necessità di una rimeditazione delle soluzioni offerte dall'ordinamento e dalla giurisprudenza.

In particolare è stato osservato che mediante l'estensione anche a tale ambito del modello di tutela dell'affidamento fondato sulla ponderazione degli interessi in gioco secondo la tecnica del bilanciamento, si finisce per collocare l'affidamento (che viene correlato ad un interesse individuale) in una posizione recessiva rispetto all'interesse pubblico: si legittimano, così, soluzioni che per un verso introducono “una frattura fra il quadro giuridico e la realtà economica”, per altro verso “enfattizza[no] il «rischio» rinunciando a un equilibrio effettivo con la «fiducia»”¹⁶¹.

Altri, distinguendo tra “affidamento incolpevole” (rilevante nei rapporti privatistici ed inteso come fiducia nella correttezza altrui, valutata secondo la diligenza richiesta dalle circostanze del caso) e “affidamento legittimo” (rilevante nei rapporti tra cittadino ed Amministrazione ed inteso come fiducia – indipendente dall'elemento soggettivo del beneficiario – in ordine al perdurare dell'assetto delineato dal provvedimento favorevole), ritiene che, nell'annullamento d'ufficio di provvedimenti amministrativi che comportano “iniziative economicamente impegnative assunte dal destinatario del provvedimento”, non dovrebbe assumere rilievo un giudizio sulla meritevolezza soggettiva della fiducia, ma piuttosto dovrebbe procedersi ad una valutazione comparativa degli interessi contrapposti, onde contenere “il pregiudizio sociale aggregato che l'errore dell'amministrazione ha causato”¹⁶². Da tale impostazione teorica deriva un

¹⁶¹ A. TRAVI, *Considerazioni critiche*, cit., 25, il quale svolge un'analisi critica della giurisprudenza in punto di annullamento con efficacia *ex tunc* (c.d. “retroattività propria”) di atti di regolazione illegittimi adottati dalle autorità di settore e in punto di modifica successiva e peggiorativa delle condizioni economiche di un incentivo già erogato.

Questa dottrina muove dalla avvertita necessità di garantire una tutela “forte” ed effettiva dell'affidamento nelle relazioni pubblicistiche – specie ove esse abbiano una ricaduta diretta sotto il profilo economico – e considera inappagante il modello della ponderazione degli interessi vigente in materia di annullamento d'ufficio (nel quale l'affidamento è ridotto a mero fattore di rilevanza procedimentale). L'A., in particolare, ritiene che le esigenze di variabilità nella regolazione dei rapporti tra Amministrazione e cittadino potrebbero essere adeguatamente garantite attraverso una revoca che sia, tuttavia, associata ad un indennizzo in favore del destinatario dell'originario beneficio economico il cui affidamento sia stato leso: “Le esigenze di ‘variabilità’ dell'assetto dei rapporti con l'amministrazione (...) possono essere pienamente rappresentate ammettendo la possibilità di un sacrificio dell'affidamento a un certo assetto reale, magari accogliendo la tecnica del bilanciamento, ma purché il sacrificio sia compensato da una riparazione patrimoniale a titolo di indennità. In questa prospettiva anche l'incentivazione, una volta concessa, non risulta del tutto intangibile e sottratta a ripensamenti di sorta, in relazione al mutamento del quadro economico generale: è possibile infatti un'alternativa alla conservazione dell'incentivazione o del beneficio economico pregresso, ed essa va rappresentata da una revoca che sia associata a un effettivo indennizzo per l'operatore. Le disposizioni che già oggi prevedono indennità del genere, e che significativamente riguardano istituti paradigmatici nel nostro ordinamento amministrativo, vanno riconosciute come testimonianze di un principio più generale, già oggi vigente” (*ivi*, 28 ss.).

¹⁶² F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., 838. Secondo l'A., il soddisfacimento dell'interesse del privato procede dal “bilancio del costo sociale dell'annullamento”: “In questo ordine di idee, se il provvedimento del cui annullamento si tratta ha autorizzato attività economiche, il bilancio suddetto permette di mettere a confronto l'interesse privato (oggettivo nei risultati dell'attività che andrebbero perduti in caso di annullamento, e assunto quindi nella sua rilevanza sociale) con gli interessi contrapposti. Si tratta di un bilancio ideale, che soffre di tutte le approssimazioni del caso ma che, rappresentando gli interessi nella dimensione che ciascuno di essi assume nella

approdo fondamentale per la presente ricerca: nell'annullamento d'ufficio nessun interesse può essere considerato a priori prevalente (neanche l'interesse pubblico al recupero delle somme illegittimamente assegnate) e, dunque, nei provvedimenti attributivi di vantaggi economici, l'interesse del percettore, in quanto assuma una dimensione "socialmente apprezzabile", può anche sospingere verso la conservazione del provvedimento¹⁶³.

Non è mancato chi, muovendo dalla nuova disciplina delineata dagli artt. 21-*quinquies* e 21-*nonies* della l. n. 241/1990, ha osservato come i provvedimenti autorizzativi o attributivi di vantaggi economici si presentino – per lo meno in astratto – dotati di una "stabilità rinforzata"¹⁶⁴ in quanto non possono essere revocati nel caso di nuova valutazione dell'interesse pubblico originario e non possono essere annullati d'ufficio o sospesi decorso il termine di diciotto mesi dalla loro adozione (e salva la disciplina prevista all'art. 21-*nonies*, comma 2-*bis*).

Quest'ultima dottrina ha il merito di porre in evidenza che per quella categoria di provvedimenti "la stabilità diventa un valore in sé, indipendentemente dal radicamento di un legittimo affidamento in capo al destinatario dell'atto"¹⁶⁵. Per altra via, secondo una condivisibile prospettiva, la stabilità potrebbe non essere in contrasto con la funzione del provvedimento (che richiederebbe la possibilità per l'Amministrazione di ritirare in ogni tempo il provvedimento illegittimo o inopportuno) in quanto la non ritirabilità dei provvedimenti sopra richiamati può costituire un incentivo per gli operatori privati a

situazione reale, oggettivizza i dati pertinenti e rende possibile il confronto tra entità (l'interesse del privato e gli interessi pubblici) altrimenti non comparabili per la loro eterogeneità" (*ivi*, 832-833).

¹⁶³ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., *passim*. L'A., peraltro, teorizza la risarcibilità del "danno da affidamento incolpevole [che] risponde alle esigenze riparatorie lasciate insoddisfatte dalla tutela pubblicistica dell'affidamento" (*ivi*, 852). Già nel saggio *L'annullamento d'ufficio e l'affidamento del cittadino*, cit., l'illustre studiosa osservava: "Se la vigenza del principio di affidamento nel rapporto con l'amministrazione deve essere presa sul serio, si deve accettare la possibilità che l'affidamento sia leso dall'annullamento legittimo: l'annullamento del provvedimento favorevole, deciso dopo incensurabile «ponderazione» degli interessi, è comportamento lesivo dell'affidamento di chi abbia confidato, senza colpa, nella stabilità della situazione creata dall'amministrazione. Il che equivale a dire che l'affidamento non è tutelabile attraverso lo svolgimento della funzione amministrativa: la tutela pubblicistica dissolve l'autonoma posizione giuridica dell'interessato nell'ordinaria aspettativa del cittadino a che il potere amministrativo che lo riguarda sia esercitato correttamente (...). La risposta coerente rispetto all'esigenza di far salvo l'interesse alla modificazione della situazione esistente e, insieme, di non far gravare sul cittadino incolpevole le conseguenze della disfunzione amministrativa che è all'origine del conflitto, è quella che socializza il peso della disfunzione: la riparazione del danno ripartisce sulla collettività il costo della realizzazione dell'interesse pubblico che è stato compromesso dal provvedimento illegittimo" (*ivi*, 864). In particolare se il vizio del provvedimento di primo grado "è imputabile a negligenza, e il beneficiario non ha concorso a determinarlo né doveva conoscerne l'esistenza, parrebbero presenti gli elementi per la responsabilità dell'amministrazione, che ritorna sulla propria decisione per rimediare alla compromissione dell'interesse pubblico del quale essa stessa è causa: (...) il danno risarcibile è limitato alla perdita che sarebbe stata evitata se non si fosse riposta fiducia nella spettanza di quanto è stato a suo tempo attribuito con il provvedimento (danno da affidamento)" (*ivi*, 866).

¹⁶⁴ M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezza dei mercati*, cit., 346.

¹⁶⁵ M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezza dei mercati*, cit., 347. Il contrasto tra stabilità del provvedimento e legalità viene superato richiamando una concezione di legalità che ricomprende e colloca in posizione primaria il rispetto non solo delle regole ma anche dei principi, ivi compresi i principi di buona fede e di tutela dell'affidamento (*passim*, spec. 362).

realizzare attività economiche nel nostro Paese “con possibili benefici per il benessere collettivo”, sicché si può ritenere che “la stabilità del provvedimento (...) [abbia] ricadute positive sul versante dell’interesse pubblico”¹⁶⁶.

5.4. Oltre l’affidamento. Legalità e certezza

Ove si muova dai richiamati fattori di complessità dei sistemi giuridici postmoderni – e dalla constatazione della sovrapposizione solo parziale del concetto di *nomos* a quello di *iuris* –, può ritenersi che il principio di “certezza del diritto” (o, forse, come sarebbe più corretto dire, il principio di “certezza giuridica”)¹⁶⁷ continua a reggere l’ordinamento giuridico, il quale a tale certezza deve costantemente tendere, ché fine ultimo e ineludibile di ogni ordinamento è quello di garantire l’ordinato svolgimento dei rapporti tra i soggetti che ne fanno parte.

Quando il cittadino si imbatte in un assetto di rapporti ed interessi violativo (per il tramite di una norma di diritto positivo, di una sentenza ovvero di un provvedimento amministrativo) di tale principio, la posizione giuridica subiettiva del primo ne risulta evidentemente pregiudicata e questi potrà vantare la pretesa alla tutela della “certezza giuridica”¹⁶⁸ legata al sorgere di un affidamento.

In questo senso si coglie una dimensione per così dire “individuale” della “certezza giuridica”¹⁶⁹ (o “certezza del diritto”) che assume rilevanza in relazione all’affidamento generato in capo al cittadino in ordine al consolidamento nel tempo dell’assetto determinatosi: sia perché esso si è protratto “per un

¹⁶⁶ M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezza dei mercati*, cit., 363.

¹⁶⁷ Secondo M.A. SANDULLI, *Processo amministrativo, sicurezza giuridica e garanzia di buona amministrazione*, cit., 46, “il concetto di certezza giuridica non è più esclusivamente ancorato, secondo la teorizzazione illuministica, alla corretta formulazione della legge, ma inevitabilmente comprende, come testimonianza della sua perdurante valenza o della sua necessaria evoluzione, la dimensione giudiziaria”.

¹⁶⁸ Sulla rilevanza della sicurezza giuridica come “bene” suscettibile di protezione attraverso l’esercizio della funzione nomofilattica affidata alle alte Corti, cfr. A. DE SIANO, *Precedente giudiziario e decisione della P.A.*, Napoli, 2018, spec. 166. R. FERRARA, *L’incertezza delle regole tra indirizzo politico e funzione definitoria della giurisprudenza*, in *Dir. amm.*, 2014, 689, richiama “l’aspettativa (*rectius*, [la] pretesa) alla «sicurezza giuridica»”.

¹⁶⁹ Nella giurisprudenza della Corte costituzionale ricorre soprattutto l’espressione (più prudente) “sicurezza giuridica”, sovente identificata quale “oggetto” dell’“affidamento dei cittadini”. Si vedano, in proposito, le sentenze 20 marzo 2019, n. 54 (punto 3 in diritto) in materia di legge sopravvenuta che incida negativamente su un diritto soggettivo perfetto (ove si richiama “l’affidamento dei cittadini nella sicurezza giuridica, da intendersi quale elemento fondamentale dello Stato di diritto”); 5 novembre 2015, n. 216 (punto 4.2 in diritto); 31 marzo 2015, n. 56, (punto 4.1 in diritto); 18 luglio 2014, n. 219 (punto 5.3 in diritto); 4 giugno 2014, n. 154 (punto 5.2 in diritto); 17 dicembre 2013, n. 310 (punto 13.8 in diritto); 9 maggio 2013, n. 83 (punto 5 in diritto); 27 giugno 2012, n. 166; 22 ottobre 2010, n. 302 (punto 3.1 in diritto). Sulla *prævia lex scripta*, come strumento con cui si intende garantire alle persone “la sicurezza giuridica delle consentite, libere scelte d’azione”, cfr. Corte cost., 27 febbraio 2019, n. 24 che espressamente richiama le sentenze 31 marzo 2018, n. 115, nonché la sentenza 24 marzo 1988, n. 364.

È in quest’ultima sentenza che compare il riferimento alla “sicurezza giuridica”, laddove nella giurisprudenza precedente si faceva richiamo alla “certezza del diritto” (cfr., tra le tante, Corte cost. 28 dicembre 1971, n. 210) o al “principio della certezza del diritto e dei rapporti giuridici” (ad esempio, Corte cost., 13 febbraio 1985, n. 36).

periodo sufficientemente lungo”, sia perché si è manifestato “in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento”¹⁷⁰.

Il diritto soggettivo alla stabilità degli assetti delineati dal provvedimento autorizzatorio o attributivo di vantaggi economici una volta decorso il termine di diciotto mesi, costituisce portato del principio di “certezza giuridica” in questa sua dimensione “individuale”.

Nella medesima prospettiva, la Corte EDU si è spinta sino a configurare un diritto fondamentale alla “certezza dei rapporti giuridici”, la cui violazione può essere sanzionata nel suo giudizio, pur se una parte della dottrina ha criticato proprio questa giurisprudenza come esempio di “diritto incerto”¹⁷¹.

Ma accanto a questa dimensione, che abbiamo definito “individuale”, ne esiste una ulteriore: la “certezza giuridica”, come si è osservato, costituisce oggetto di un interesse pubblico alla stabilità degli assetti ordinamentali la cui tutela è affidata trasversalmente a tutte le Amministrazioni.

Si tratta di una dimensione di certo non nuova.

La nostra Corte costituzionale, ad esempio, in una risalente sentenza, aveva affermato che il “*preminente interesse pubblico della certezza del diritto* (che i dubbi di costituzionalità insidierebbero)” non ostava alla proponibilità di questioni di legittimità costituzionale nell’ambito del giudizio di omologazione di uno statuto societario (*ex art. 2330 c.c. vigente all’epoca*)¹⁷².

¹⁷⁰ Corte cost., 26 aprile 2018, n. 89 (punto 9.5 in diritto, ove si legge): “Va ribadito che l’affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica costituisce un «elemento fondamentale e indispensabile dello Stato di diritto» (sentenze n. 822 del 1988 e n. 349 del 1985) e «trova copertura costituzionale nell’art. 3 Cost., ma non già in termini assoluti e inderogabili» (sentenza n. 56 del 2015). Come chiarito dalla costante giurisprudenza di questa Corte (in consonanza anche con quella della Corte EDU), la tutela dell’affidamento non comporta che, nel nostro sistema costituzionale, sia assolutamente interdetto al legislatore di emanare disposizioni le quali modifichino sfavorevolmente la disciplina dei rapporti di durata, e ciò «anche se il loro oggetto sia costituito dai diritti soggettivi perfetti, salvo, qualora si tratti di disposizioni retroattive, il limite costituzionale della materia penale (art. 25, secondo comma, Cost.)», fermo restando tuttavia che dette disposizioni, «al pari di qualsiasi precetto legislativo, non possono trasmodare in un regolamento irrazionale e arbitrariamente incidere sulle situazioni sostanziali poste in essere da leggi precedenti, frustrando così anche l’affidamento del cittadino» (sentenze n. 16 del 2017 e n. 822 del 1988; in senso analogo, *ex plurimis*, sentenze n. 203 del 2016; n. 64 del 2014; n. 1 del 2011; n. 302 del 2010; n. 236, n. 206 e n. 24 del 2009; n. 409 e n. 264 del 2005; n. 446 del 2002; n. 416 del 1999). L’affidamento da tutelare postula, tuttavia, il consolidamento, nel tempo, della situazione normativa che ha generato la posizione giuridica incisa dal nuovo assetto regolatorio, sia perché protratta per un periodo sufficientemente lungo, sia per essere sorta in un contesto giuridico sostanziale atto a far sorgere nel destinatario una ragionevole fiducia nel suo mantenimento (sentenza n. 56 del 2015). Se, dunque, interessi pubblici sopravvenuti possono esigere interventi normativi in grado di comprimere posizioni consolidate, è comunque necessario, per un verso, che l’incidenza peggiorativa non sia sproporzionata rispetto all’obiettivo perseguito nell’interesse della collettività; per altro verso, che l’intervento di modifica sia prevedibile, non potendosi tollerare mutamenti retroattivi dell’assetto di interessi relativo a rapporti di durata consolidati nel tempo, del tutto inaspettati (sentenze n. 203 del 2016 e n. 64 del 2014)”.

¹⁷¹ R. BIN, *Il diritto alla sicurezza giuridica come diritto fondamentale*, cit., 31. Sulla possibilità di configurare un “diritto alla sicurezza giuridica” tutelabile innanzi alla CEDU, cfr. F. FRANCIOSI, *Il diritto alla sicurezza giuridica*, cit., 18, con esaustivi riferimenti bibliografici. A tale categoria concettuale si riferisce anche M.A. SANDULLI, *I giudici amministrativi valorizzano il diritto alla sicurezza giuridica*, in *Federalismi.it*, n. 22/2018.

¹⁷² Corte cost., 12 dicembre 1957, n. 129. In senso conforme Id., 19 dicembre 1966, n. 121.

Di recente la Corte¹⁷³ ha ritenuto che la disciplina legislativa che esclude il dovere delle agenzie fiscali di pronunciarsi su istanze di autotutela avanzate dai cittadini appare conforme all'interesse alla “*stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico*”¹⁷⁴ radicato nell'art. 97 Cost.¹⁷⁵ ed all’ “*interesse pubblico alla certezza dei rapporti giuridici*”.

Come si è rilevato in precedenza, anche la Corte EDU, ha colto le ricadute “sistemiche” della stabilità delle situazioni giuridiche¹⁷⁶ ed ha qualificato la “certezza dei rapporti giuridici” elemento fondamentale dello Stato di diritto¹⁷⁷, così come la Corte di giustizia considera la “certezza del diritto” quale principio generale del diritto dell'Unione¹⁷⁸ (ancorché tendenzialmente cedevole innanzi all'esigenza di uniforme applicazione del diritto europeo).

Fondamento dell'interesse pubblico “immanente” alla certezza giuridica potrebbe rinvenirsi direttamente nel principio di legalità – ricordando l'insegnamento di Bobbio per il quale la certezza del diritto è elemento stesso della giuridicità, dal momento che “il diritto o è certo o non è neppure diritto”¹⁷⁹ – nonché, seguendo l'impostazione appena ricordata della Corte costituzionale, nel principio di buon andamento sancito dall'art. 97 Cost.¹⁸⁰.

¹⁷³ Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181, in *Dir. proc. amm.*, 2018, 686, con nota di M. ALLENA – F. GOISIS, *Facoltatività e discrezionalità dell'annullamento d'ufficio? Riflessioni sull'autotutela tributaria e amministrativa*, cit.

In Corte cost., 4 maggio 2017, n. 94, (punto 6.1 in diritto) la “stabilità dei rapporti giuridici”, pur se non viene assunta direttamente ad oggetto di un interesse, vale a configurare la legittimità dell'art. 30, comma 3, c.p.a. in punto di termine di decadenza per la proposizione dell'azione. In proposito la Corte osserva: “La previsione del termine di decadenza per l'esercizio dell'azione risarcitoria non può ritenersi il frutto di una scelta viziata da manifesta irragionevolezza, ma costituisce l'espressione di un coerente bilanciamento dell'interesse del danneggiato di vedersi riconosciuta la possibilità di agire anche a prescindere dalla domanda di annullamento (con eliminazione della regola della pregiudizialità), con l'obiettivo, di rilevante interesse pubblico, di pervenire in tempi brevi alla certezza del rapporto giuridico amministrativo, anche nella sua declinazione risarcitoria, secondo una logica di stabilità degli effetti giuridici ben conosciuta in rilevanti settori del diritto privato ove le aspirazioni risarcitorie si colleghino al non corretto esercizio del potere, specie nell'ambito di organizzazioni complesse e di esigenze di stabilità degli assetti economici”. La sentenza è in *Giur. cost.*, 2017, 967, con nota di F.G. SCOCA, *Sul termine per proporre l'azione risarcitoria autonoma nei confronti dell'amministrazione*, *ivi*, 980 ss.

¹⁷⁴ Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181 (punto 4 in diritto): “Sulla scia della tradizionale configurazione dell'autotutela amministrativa, le norme censurate – e più in generale la disciplina legislativa dell'annullamento d'ufficio tributario – operano dunque un bilanciamento non irragionevole tra l'interesse pubblico alla corretta esazione dei tributi e l'interesse alla stabilità dei rapporti giuridici di diritto pubblico (...), che sarebbe inevitabilmente sacrificato da una scelta legislativa che imponesse all'amministrazione di pronunciarsi sull'istanza di autotutela del contribuente”.

¹⁷⁵ Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181 (punto 4.1 in diritto): “Nel principio di buon andamento (...) si radica il vincolo per il legislatore di tenere conto, nella disciplina dell'annullamento d'ufficio, anche dell'interesse pubblico alla stabilità dei rapporti giuridici già definiti dall'amministrazione, con la conseguenza che non irragionevolmente il legislatore stesso ha ritenuto di non prevedere che su eventuali istanze di autotutela l'amministrazione debba necessariamente pronunciarsi”.

¹⁷⁶ Causa *Mazzeo v. Italia*, cit., § 35.

¹⁷⁷ Causa *Mazzeo v. Italia*, cit., § 36 e giurisprudenza *ivi* richiamata.

¹⁷⁸ Da ultimo, Corte giustizia, sez. VI, sentenza 28 febbraio 2019, in causa C-14/18, *Alfamiro*, punto 75.

¹⁷⁹ N. BOBBIO, *La certezza del diritto è un mito?*, cit., 150.

¹⁸⁰ Corte cost., 13 luglio 2017, n. 181, punto 4.1 in diritto.

6. Il previo bilancio socio-economico delle ragioni e degli effetti dell'autotutela

Almeno a far tempo dalla l. n. 241/90 (come modificata dalla l. n. 15/2005) che ha previsto e disciplinato in modo progressivamente più stringente il potere di revoca e di annullamento d'ufficio del provvedimento amministrativo, può ritenersi che le espressioni provvedimentali dell'autotutela decisoria siano state ormai ricondotte al principio di legalità; con l'effetto del superamento della configurazione di una generica e generale potestà di autotutela in titolarità delle Amministrazioni in ragione della specialità dell'ordinamento e dei correlati fini della sua azione.

Ma se la legalità nell'applicazione del relativo potere è *ex se* (e sul piano dei principi) fonte di certezza – prefigurando il *discrimen* tra situazione di configurabilità o di assenza del potere – l'ancoraggio della modalità del legittimo esercizio a criteri e parametri, a loro volta certi, rende necessarie interpretazioni e ricostruzioni “di sistema” dei presupposti e dei limiti di tale potere, rapportate sia all'ordinamento europeo, sia a quello interno.

Sotto tale profilo, l'affidamento cui si riferiscono e l'Amministrazione (per decidere se procedere a riesame/revisione) e il giudice (per verificare la sussistenza dei presupposti del legittimo esercizio del potere corrispondente), deve ritenersi che non possa limitarsi a rapportare all'interesse pubblico – perseguito attraverso l'autotutela – solo l'interesse specifico e particolare del destinatario in buona fede di un vantaggio derivante dal provvedimento oggetto di eventuale autotutela.

In particolare, all'interno dell'attività di bilanciamento - da considerare ormai come fulcro della discrezionalità che connota l'esercizio dei poteri di riesame e revisione - occorrerà tener conto anche dell'interesse pubblico alla stabilità degli assetti ordinamentali in ambito economico-sociale, affinché la decisione di secondo grado scaturisca anche da un bilancio del suo costo sociale¹⁸¹.

L'autotutela va allora confrontata anzitutto con la finalità che aveva mosso l'emanazione del provvedimento oggetto del successivo riesame o della revisione nonché con il risultato conseguito a seguito di siffatta emanazione e, ancor di più, con gli effetti economico-sociali del primo provvedimento. Una volta espresso il convincimento della necessità di un bilancio del “costo sociale” dell'eventuale provvedimento di secondo grado, l'analisi non può più ritenersi esaustiva allorché si svolga all'interno dell'episodio di autotutela, tra l'organo amministrativo – che non intende lasciare in vita un proprio atto illegittimo o rivelatosi inopportuno – ed il suo destinatario, ma deve muovere dalla considerazione più completa, che risulti in concreto possibile, del peso dell'interesse dei rapporti giuridici già suscitati e curati

¹⁸¹ F. TRIMARCHI BANFI, *Affidamento legittimo e affidamento incolpevole*, cit., 838.

mediante il primo provvedimento e delle conseguenze giuridiche e socio-economiche della loro ipotetica rimozione¹⁸².

7. Autotutela, valutazione di sistema e declinazione della certezza del diritto

Alla luce dell'analisi svolta, possono trarsi alcune considerazioni di sintesi.

Anzitutto, come si è già ricordato, allo stato attuale del diritto positivo, si può concordare con quanti considerano il potere di autotutela decisoria non più come potere generale ed immanente, riconosciuto dall'ordinamento per consentire all'Amministrazione la cura dell'interesse pubblico anche "in seconda battuta", ma come potere fondato sul principio di legalità che "dipende pertanto, nella sua concreta configurazione, dai modi e termini in cui è plasmato dalla norma di legge"¹⁸³.

¹⁸² In ordine alla necessità di procedere a valutazioni "di sistema" che vadano al di là del singolo episodio di autotutela, un esempio può essere tratto dalla disciplina dell'autotutela decisoria nell'ambito della conferenza di servizi. Ai sensi dell'art. 14-*quater* della l. n. 241/1990, qualora sia stata assunta dall'Amministrazione procedente una "determinazione motivata" di conclusione della conferenza, le Amministrazioni i cui atti siano stati "sostituiti" *ex lege* dalla suddetta determinazione possono "sollecitare con congrua motivazione" l'esercizio, da parte dell'autorità procedente, di poteri di autotutela nella forma dell'annullamento d'ufficio o della revoca (ma in quest'ultimo caso, solo a condizione che abbiano partecipato alla conferenza -direttamente o attraverso il rappresentante *ex art.* 14-*ter*, commi 4 e 5, l. n. 241/1990- o si siano espresse nei termini), previa indizione di una nuova conferenza di servizi. Nella nuova conferenza di servizi la valutazione in ordine all'opportunità di esercitare il potere di autotutela sollecitato non potrà che essere una "valutazione di sistema" e dunque sostanziarsi in un bilancio complessivo dell'impatto che l'esercizio dell'autotutela potrebbe produrre su tutti gli interessi coinvolti e, dunque, non solo sul rapporto tra interesse dell'Amministrazione procedente ed interesse del destinatario.

Un altro esempio che può esser utilmente richiamato - ancorché come mera suggestione, non attenendo all'autotutela in senso stretto - si rinviene nella disciplina del "visto con riserva" della Corte dei conti su atti governativi. Come è noto, nei casi in cui la Corte rifiuti di apporre il visto su un provvedimento illegittimo di un Ministro (o del Presidente o del Consiglio dei Ministri) la relativa deliberazione può, su iniziativa del Ministro interessato, essere esaminata dal Consiglio dei Ministri e, nel caso in cui il governo decida che l'atto "debba avere corso", esso è vistato dalla Corte dei conti a sezioni riunite e registrato soltanto con riserva (art. 25 r.d. 12 luglio 1934, n. 1214, che al comma 3 indica, peraltro, i casi nei quali la registrazione non può comunque aver corso nonostante l'insistenza del Consiglio dei Ministri). In tale ipotesi la "registrazione con riserva" è trasmessa dalla Corte al Parlamento (art. 26 r.d. n. 1214/1934) evidentemente affinché quest'ultimo operi una valutazione finale e, se del caso, promuova un'azione "riparatoria" consistente nella mozione di sfiducia per il singolo Ministro o per l'intero Governo. L'esito di siffatta valutazione - che prende le mosse da una grave violazione della legittimità accertata dall'organo di controllo - è quasi costantemente caratterizzato dalla rinuncia alla mozione di sfiducia (che potrebbe condurre alla caduta del Governo) lasciando prevalere l'opportunità di evitare sconvolgimenti istituzionali improvvisi, ad effetto esiziale per l'economia e la finanza del Paese: il valore della stabilità - in questo caso dell'istituzione governativa - è condiviso, *bon gré mal gré*, anche dalla minoranza parlamentare, che decida di astenersi dal presentare una mozione di sfiducia. Può considerarsi a questo punto che il disvalore proprio dell'illegittimità venga superato mediante l'intervento di in una nuova valutazione "di sistema". Vede la luce, infatti, un nuovo *nomos* che ricuce il tessuto giuridico lacerato - nel rapporto apicale controllato-controllore - dal precedente episodio traumatico, e spiega effetti all'interno dell'organo costituzionale cui è affidata la competenza della costruzione e ricostruzione dell'ordinamento mediante legge: si delinea, per tal via, una soluzione che nega la rilevanza dell'illegittimità - pur accertata nella sede competente - attraverso una valutazione, almeno prevalentemente politica, dell'interesse generale alla conservazione della stabilità dell'assetto istituzionale.

¹⁸³ F. FRANCIOSI, *Riservizio del potere amministrativo e stabilità degli effetti giuridici*, cit., 30. Ad analoghe conclusioni perviene anche M. TRIMARCHI, *L'inesauribilità del potere amministrativo. Profili critici*, Napoli, 2018, *passim*, spec. 199, 206.

Si tratta di un potere – come si è ricordato, diverso e autonomo rispetto a quello esercitato con il provvedimento di primo grado – che trova fondamento nel principio costituzionale di buon andamento dell'amministrazione ed il cui concreto esercizio deve tener conto non solo dell'interesse pubblico curato con il provvedimento di primo grado, ma dell'interesse pubblico in concreto siccome riveniente dalla ponderazione di quello con l'interesse del destinatario e dei controinteressati nonché con ulteriori interessi pubblici.

Specie allorquando gli interventi del legislatore rispondano all'esigenza, riconosciuta dalla dottrina, di matrice anzitutto economica, di ridurre i costi di transazione che derivano dall'incertezza degli assetti giuridici in un determinato ordinamento statale – peraltro in un contesto (globalizzato) di competizione tra ordinamenti di diversi Stati – gli effetti di quegli interventi sul concreto dispiegarsi dei rapporti e degli interessi non possono esser rimessi all'applicazione di categorie concettuali che – seppur trovano un solido ancoraggio nella giurisprudenza – si manifestano, ad un'analisi giuridica approfondita, proprie di un contesto storico nel quale il potere amministrativo era pacificamente considerato inesauribile.

Nello “Stato del mercato”, infatti, l'Amministrazione è sempre meno di frequente chiamata – attraverso provvedimenti unilaterali, autoritativi e ritirabili in ogni tempo in presenza di un interesse pubblico – ad esercitare quelle funzioni di cura generale della comunità, si direbbe in senso letterale “di polizia”, attribuite dalla legge per il perseguimento di interessi pubblici determinati. Essa, piuttosto, attraverso decisioni assunte all'esito del contraddittorio procedimentale anche (ma non solo) nelle forme del provvedimento, deve farsi garante del corretto dispiegarsi delle regole del “gioco del mercato” in ossequio ai principi delineati nella rete delle fonti ed alle regole di matrice nazionale e sovranazionale, eventualmente pervenendo al ritiro dell'atto solo con le forme ed entro i limiti delineati da una norma che fondi espressamente siffatto potere.

Né si ritiene che l'evoluzione dei rapporti tra cittadino e poteri pubblici, costantemente orientata verso una sempre maggiore paritarietà, così come il graduale arretramento dell'Amministrazione dall'intervento diretto nell'economia, possano subire definitive battute d'arresto o addirittura inversioni di tendenza, per effetto di una situazione, quale quella legata alla diffusione del c.d. “corona virus”, da considerarsi emergenziale e meramente. È proprio quando i principi dell'ordinamento vengono sottoposti ad una significativa tensione per effetto di eventi imprevedibili e di natura emergenziale, che meglio si apprezzano le regole ed i principi (anzitutto il principio di legalità) ordinariamente volti a garantire i cittadini innanzi al pubblico potere.

Nell'autotutela, in particolare, il rispetto del principio di legalità andrà valutato alla luce della legalità espressa dall'ordinamento nazionale e di quella europea, ricordando che l'ordinamento dell'Unione, in caso di potenziale contrasto tra le due, tende ad attribuire prevalenza alla seconda rispetto alla prima.

Avviandosi ad esercitare il potere tipico di riesame, dunque, l'Amministrazione dovrà anzitutto verificare di non essere incorsa in quel limite temporale all'esercizio del potere che – almeno in riferimento ai provvedimenti autorizzativi ed attributivi di vantaggi economici – l'art. 21-*nonies* l. n. 241/1990 individua con chiarezza attraverso una norma “di relazione”.

In seconda battuta essa sarà tenuta nel contraddittorio procedimentale – garantito dal diritto nazionale non meno che dai principi europei – ad acquisire l'interesse dei soggetti coinvolti nel rapporto amministrativo, anche nella sua eventuale dimensione multipolare, nonché a valutare l'interesse pubblico alla stabilità degli assetti ordinamentali, onde pervenire legittimamente alla cura dell'interesse pubblico in concreto.

Alla luce della ricordata autonomia concettuale dei principi di tutela dell'affidamento e di certezza del diritto evidenziata anzitutto dalla dottrina – ancorché non adeguatamente approfondita dalla giurisprudenza – che viceversa l'Amministrazione, nella ponderazione di interessi, si limiti a “valutare” l'affidamento generato dal provvedimento di primo grado in capo ai soggetti direttamente coinvolti nella specifica vicenda di rilevanza pubblicistica non appare più conforme e al diritto positivo e allo spirito delle norme che le attribuiscono lo specifico potere di autotutela.

L'impatto della decisione eliminativa andrà rapportato non solo alla singola determinazione da assumere, ma altresì alla proiezione delle ripercussioni della stessa sull'intero sistema. Si manifesta, dunque, la stretta necessità di munire il procedimento di secondo grado di quelle valutazioni dell'interesse pubblico idonee ad incoraggiare l'esercizio dell'autotutela (ad esempio in presenza di precedenti favorevoli), ovvero, viceversa, ad escluderlo (onde prevenire il ripetersi di un errore “da autotutela” già attestato in precedenti analoghi).

Non si tratta, invero, di premiare con l'effetto della “stabilità” comportamenti colposamente omissivi di Amministrazioni che abbiano “tollerato” abusi o illegittimità, (ignorandole o fingendo di non conoscerle, ovvero non adottando misure organizzative efficaci), né di incentivare comportamenti non virtuosi dei cittadini.

Infatti, alla cura pubblica dell'interesse alla “certezza giuridica” non può riconoscersi effetto paralizzante di ogni manifestazione di autotutela onde garantire lo *status quo*: in tal caso, paradossalmente, avremmo sostituito “al ripristino della legalità violata” un altro ed opposto interesse “alla stabilità della decisione adottata”, che – senza base giustificativa ben stabile – risulterebbe “tiranno” rispetto ad ogni altro interesse.

Si tratta, piuttosto, di operare una valutazione “di sistema” – basata sul previo bilancio socio-economico, – che possa idoneamente coniugare legalità e certezza: valori, questi, essenziali nello Stato di diritto, oltre che nella prospettiva dello sviluppo economico.

In tale valutazione, il valore della certezza del diritto va pertanto declinato sempre, quanto ai suoi possibili contenuti, anche alla luce delle esigenze che emergono dalla società postmoderna, specie in relazione ai rapporti economici e sociali, recuperando l'autonomia concettuale della certezza – nella sua dimensione oggettiva avente rilevanza superindividuale – della quale vi è traccia finanche nella giurisprudenza più risalente.

È questo un compito che sembra proprio della dottrina¹⁸⁴ che, partendo dal dato positivo ed affrancandosi da orientamenti spesso meramente tralatizi, tende ormai a ricondurre a sistema il nuovo ordine.

¹⁸⁴ A. TRAVI, *Per un nuovo dialogo fra la dottrina e la giurisprudenza amministrativa*, cit., *passim*; F. FRANCIOSI, *Il diritto alla sicurezza giuridica*, cit., 23.