

MICHELE TRIMARCHI

Ricercatore di Diritto Amministrativo presso il Dipartimento di Giurisprudenza
dell'Università degli studi di Foggia
michele.trimarchi.35@alice.it; michele.trimarchi@unifg.it

DECISIONE AMMINISTRATIVA DI SECONDO GRADO ED ESAURIMENTO DEL POTERE

RE-EXAMINATION OF THE ADMINISTRATIVE DECISION AND EXPIRY OF THE ADMINISTRATIVE POWER

SINTESI

Il potere amministrativo non si esaurisce con il suo esercizio e ciò consente all'amministrazione di rivedere in ogni tempo le decisioni assunte, con il limite esterno rappresentato dal principio del legittimo affidamento e dalle regole puntuali che di esso sono diretta esplicazione.

Dal punto di vista metodologico, tuttavia, non è corretto desumere l'inesauribilità del potere dalla generica esigenza che la decisione amministrativa sia sempre «in accordo» con l'interesse pubblico. Occorre piuttosto verificare, alla stregua del diritto positivo, se nel diritto amministrativo sia accolto il criterio cronologico di composizione delle antinomie tra le fonti del diritto, per il quale *lex posterior derogat priori*. Solo in tal caso si potrebbe legittimamente affermare che il potere amministrativo è inesauribile come quello legislativo.

Tuttavia è sufficiente un esame superficiale dei principi costituzionali e dei valori sottesi alla legislazione ordinaria sull'attività amministrativa per vedere che la continua adattabilità delle decisioni all'interesse pubblico non è una esigenza assoluta, e in particolare che essa non ha maggior pregio e maggior riconoscimento giuridico del contrapposto interesse alla stabilità del provvedimento.

Anche gli interventi legislativi degli ultimi anni nella materia del riesame del provvedimento forniscono argomenti contrari alla tesi dell'inesauribilità del potere quale fondamento degli atti di ritiro in quanto valorizzano il principio della certezza del diritto e individuano diverse ipotesi nelle quali la decisione amministrativa è immutabile.

L'immagine dell'inesauribilità del potere quale fondamento degli atti di ritiro subisce una ulteriore e definitiva smentita se, come qui proposto, si ritiene che la decisione di secondo grado sia espressione di un potere diverso da quello esercitato per l'adozione della decisione di primo grado.

La conclusione è allora che l'amministrazione in senso oggettivo non è una attività di flusso continuo come la legislazione, dove il criterio cronologico trova un fondamento di diritto positivo nell'abrogazione implicita. La decisione amministrativa vincola lo stesso organo che la adotta. Esso può rimuoverla soltanto con

poteri speciali, di cui è sempre più raramente titolare

ABSTRACT

Administrative power does not expire with its exercise and this allows the administration to re-examine the decisions taken, with the external limit of the principle of legitimate expectations.

From the methodological point of view, however, it is not correct to infer the persistence of power after its exercise from the generic requirement that the administrative decision should always be «in agreement» with the public interest. It should rather be understood if the rule for which «*lex posterior derogat priori*» is in force in the Italian administrative law. Only in this case could legitimately be said that the administrative power does not expire with its exercise.

However, it is sufficient to have a superficial review of the constitutional principles in order to see that the adaptability of administrative decisions to the public interest is not an absolute juridical value, as the stability of administrative decisions has not a minor relevance in the legal system.

The new discipline of the re-examination of administrative decisions emphasizes the principle of legal certainty, identifying different some cases in which self-annulment and revocation are void and the administrative decision is unchangeable. In this way, it provides valid arguments against the thesis of the persistence of the administrative power after its exercise. This thesis should be definitively rejected if, as proposed in the article, the re-examination of the administrative decision is considered as an expression of a different and autonomous power from the ordinary administrative power.

The author comes to the conclusion that administration action is not a continuous flow such as legislation, where the chronological criterion is founded in Article 12 of «Disposizioni preliminari al codice civile». The administrative decision binds the authority that adopts it. It can only re-examine it with special powers, which are not always owned by the public administration.

PAROLE CHIAVE: decisione, potere amministrativo, riesame, discrezionalità, legittimo affidamento

KEYWORDS: decision, administrative power, reexamination, discretion, legitimate expectation

INDICE: 1. Inesauribilità del potere e riesame del provvedimento. - 2. Profili di metodo. - 3. Inesauribilità del potere e valori confliggenti. - 4. La crisi dell'inesauribilità del potere nel nuovo assetto legislativo degli atti di riesame. - 5. Decisione di secondo grado e superamento dell'inesauribilità del potere. - 6. Cenni conclusivi.

1. Inesauribilità del potere e riesame del provvedimento.

Il potere amministrativo – si è soliti affermare – trascende i singoli atti con

i quali viene esercitato e dunque non si esaurisce in essi¹. L'inesauribilità comporta che una determinata situazione può ricadere un numero potenzialmente infinito di volte sotto l'egida del potere amministrativo. Questa possibilità presuppone a sua volta che il provvedimento non cristallizzi una volta per tutte il rapporto, ma al contrario possa essere messo in discussione dalla stessa amministrazione in quanto la decisione successiva prevale su quella precedente².

L'espressione «inesauribilità del potere» descrive un fenomeno che la dottrina giuridica ha ricostruito secondo diversi schemi concettuali. Limitandoci qui alle prospettazioni più note e influenti, Feliciano Benvenuti ha coniato la nozione di autotutela decisoria spontanea per indicare la capacità generale dell'amministrazione di risolvere un conflitto potenziale o attuale tra sé ed il destinatario del suo provvedimento, ovvero di una norma, tramite l'annullamento d'ufficio, la revoca, l'abrogazione e la caducazione dei propri atti³; Massimo Severo Giannini ha insistito sulla retrattabilità (o mutabilità) come carattere specifico dell'efficacia del provvedimento amministrativo⁴, in polemica con la tesi di Merkl che risolveva tale efficacia nella res giudicata che si riscontrerebbe in tutti gli atti precettivi⁵.

Queste spiegazioni presentano tra loro significative differenze, ma hanno in comune di rinvenire in una posizione di privilegio dell'amministrazione il fon-

¹ S. ROMANO, *Poteri, potestà*, in ID., *Frammenti di un dizionario giuridico*, Milano, Giuffrè, rist. 1983, p. 186, definisce il potere come una entità che «preesiste e deve necessariamente preesistere al suo esercizio e deve rimanere sempre il medesimo attraverso i vari casi in cui si esplica». Cfr. B. SORDI, *Il tempo e lo spazio dell'attività amministrativa nella prospettiva storica*, in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 32, Milano, Giuffrè, 2003, p. 362 ss.

² G. CORSO, *Manuale di diritto amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2015, p. 308 s.

³ F. BENVENUTI, (voce) *Autotutela (diritto amministrativo)*, in *Enc. dir.*, IV, Milano, Giuffrè, 1959, p. 537 ss., spec. parr. 4 e 6, dove l'A. osserva, a proposito della autotutela spontanea, che essa richiede «la esistenza di una situazione di contrasto tra interessato e amministrazione per causa della invalidità di un atto amministrativo; e poco importa che tale contrasto non abbia la possibilità di concretarsi in un conflitto attuale, perché l'amministrazione non può trascurare di tenere presente che ogni stato anomalo dei suoi rapporti con gli amministrati rappresenta prima di tutto un contrasto con quel pubblico interesse che essa deve tutelare e soddisfare». *Contra* G. CORAGGIO, (voce) *Autotutela I) diritto amministrativo*, in *Enc. giur.*, IV, Roma, Treccani, 1988, p. 5, secondo cui nell'annullamento d'ufficio e nella revoca non v'è nulla «che possa richiamare l'autotutela neanche in senso improprio: non un fine giustiziale con un conflitto (a mano di non diluire il concetto fino a confonderlo con il naturale contrasto d'interessi che si agita in ogni scelta amministrativa), mentre predomina l'esigenza di una buona amministrazione spunta fino al sacrificio di situazioni giuridiche private consolidate nel tempo».

⁴ M.S. GIANNINI, (voce) *Atto amministrativo*, in *Enc. dir.*, VI, Milano, Giuffrè, 1959, p. 187, 193.

⁵ A. MERKL, *Zum problem der rechtskraft in justiz und verwaltung*, 1919, trad. it., *Il problema del giudicato nella giurisdizione e nell'amministrazione*, in ID., *Il duplice volto del diritto*, Milano, Giuffrè, 1987, p. 339.

damento della inesauribilità del potere: la potestà di revocare o annullare i provvedimenti ha carattere generale ed è desunta dalla supremazia dell'amministrazione (la «capacità di farsi giustizia da sé»⁶) oppure dalla autoritatività dei suoi atti, che di quella supremazia è il più immediato corollario⁷.

Il maturare della sensibilità costituzionale ha comportato una parziale revisione di queste soluzioni concettuali. Per un verso, nessuna posizione di supremazia generale è riconosciuta all'amministrazione dalla Costituzione repubblicana⁸. Per altro verso, il principio di legalità costituzionale comporta che non vi è potere amministrativo se non dove sia la legge ad attribuirlo (principio di tipicità). Questi assunti sono incompatibili con le spiegazioni tradizionali dell'inesauribilità del potere, essendo queste fondate proprio sulla supremazia dell'amministrazione e sulla implicita attribuzione del potere di annullare o revocare i provvedimenti⁹.

La Costituzione ha reso obsolete le spiegazioni tradizionali, non il fenomeno che queste tentavano di spiegare: la inesauribilità del potere. L'ingegno della dottrina ha dovuto fare i conti con questa persistenza. Si è detto allora che,

⁶ F. BENVENUTI, *op. cit.*, 537, più avanti si parla di «concetto generale» a proposito della autotutela sugli atti. Sull'autotutela come espressione della posizione di preminenza in cui si trova la pubblica amministrazione rispetto ai privati cfr. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo. L'instabilità delle decisioni amministrative tra esigenze di funzionalizzazione e tutela degli interessi privati*, Milano, Giuffrè, 2013, p. 74.

⁷ M.S. GIANNINI, *op. loc. cit.*

⁸ Cfr. A. ORSI BATTAGLINI, «L'astratta e infeconda idea» - disavventure dell'individuo nella cultura giuspubblicistica (a proposito di tre libri di storia del pensiero giuridico), in *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno*, 17, Milano, Giuffrè, 1988, 612; M. NIGRO, *Giustizia amministrativa*, Bologna, Il Mulino, 2000, 187, il quale – argomentando dai principi di imparzialità, buon andamento, tipicità degli atti amministrativi e azionabilità delle situazioni giuridiche soggettive, tutti previsti dalla costituzione – afferma che «non è all'amministrazione come «entità» che è attribuita preminente dignità nei confronti degli altri soggetti, ma è ai singoli comportamenti di essa, previsti e rigorosamente disciplinati, quanto alla sostanza e quanto alla forma, dall'ordinamento, che è assicurata efficacia per il raggiungimento dei concreti fini assegnati alla stessa amministrazione. Non quale soggetto, cioè, l'amministrazione sovrasta gli altri soggetti e se ne differenzia, ma in quanto esercita potestà specificamente ed esclusivamente attribuitele e le esercita nelle forme tipiche che le sono proprie».

Un percorso concettuale assolutamente originale, sebbene anch'esso tendente a negare una posizione di supremazia all'amministrazione sulla base della costituzione, è quello di G. BERTI, *Amministrazione e costituzione*, in *La pubblica amministrazione nella Costituzione. Riflessioni e indicazioni di riforma. Atti del XXXIX convegno di studi di scienza dell'amministrazione. Varenna, 16-18 settembre 1993*, Milano, Giuffrè, 1995, p. 15, secondo cui la costituzione non identifica nell'amministrazione un potere dello stato ma una «forma della società». Oggi questo rilievo è ripreso da L.R. PERFETTI, *Discrezionalità amministrativa, clausole generali e ordine giuridico della società*, in *Dir. amm.*, 2013, p. 371,373, il quale vi ricava le ragioni per ritenere «che l'amministrazione debba ricercare il contenuto della previsione indeterminata nell'ordine giuridico della società, di cui è essa stessa diretta espressione».

⁹ In questo senso A. TRAVI, *Giurisprudenza amministrativa e principio di legalità*, in *Dir. pubbl.*, 1995, p. 120; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, in *Scritti in onore di M.S. Giannini*, Milano, Giuffrè, 1988, p. 750.

certamente il potere di ritiro deve trovare fondamento in una legge, ma la legge in questione può ben essere quella che attribuisce il potere di primo grado, potere che avendo carattere unilaterale può essere esercitato anche in senso contrario da chi ne è titolare¹⁰. Questa elegante soluzione soddisfa il principio di legalità e contemporaneamente esclude che, annullando o revocando, l'amministrazione curi un interesse proprio: la connotazione del potere di ritiro come espressione dello stesso potere di provvedere comporta infatti che il primo partecipi della funzione del secondo: sia cioè strumento di cura dell'interesse pubblico, modalità di amministrazione in senso oggettivo, non espressione della supremazia del soggetto amministrazione¹¹.

Nel 2005 è entrata in vigore una disciplina generale dell'annullamento d'ufficio e della revoca, rappresentata dagli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990, introdotti dalla l. n. 15/2005. Una prima tesi è che queste disposizioni abbiano dotato i poteri di secondo grado di un fondamento legale generale, un fondamento autonomo che smentisce (o comunque rende superflua) la ricostruzione secondo cui l'annullamento e la revoca sarebbero frutto dell'esercizio in senso contrario del potere di primo grado. Una seconda tesi è che gli artt. 21-*quinquies* e *nonies*, l. n. 241/1990 disciplinano condizioni e presupposti di un potere di cui comprovano l'esistenza e il cui fondamento dovrà essere ravvisato ancora nella norma attributiva del potere di provvedere o spiegato nella logica dell'autotutela¹². Entrambe le ricostruzioni a ben guardare suonano come una conferma dell'inesauribilità del potere: per la prima, è la legge stessa ad attribuire questo carattere al potere; per la seconda, si tratta di un carattere intrinseco che la legge dimostra di presupporre.

¹⁰ G. CORSO, *L'efficacia del provvedimento amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1969, p. 206 ss., 337.

¹¹ G. CORSO, *Manuale*, cit., 308. Con riferimento alla revoca A. M. SANDULLI, *Manuale di diritto amministrativo*, Napoli, Jovene, 1989, 720, per il quale «la potestà di revoca inerisce alla medesima funzione esercitata a suo tempo mediante l'emanazione dell'atto che si tratta di revocare».

¹² Un quadro generale delle dottrine è in R. VILLATA – M. RAMAJOLI, *Il provvedimento amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2006, p. 584. Per la ricostruzione del dibattito dopo l'entrata in vigore degli articoli 21-*quinquies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990 v. anche A. CONTIERI, *Il riesame del provvedimento amministrativo alla luce della legge n. 15 del 2005. Prime riflessioni*, in G. CLEMENTE DI SAN LUCA (a cura di), *La nuova disciplina dell'attività amministrativa dopo la riforma della legge sul procedimento*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 215 ss.; G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., p. 59 ss., 109, il quale accede alla tesi che la norma attributiva del potere di revoca è rappresentata al combinato disposto dell'art. 21-*quinquies* l. n. 241/1990 con la norma di volta in volta attributiva del potere di primo grado, e, da ultimo, F. FRANCIOSI, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, p. 7 ss. e F. COSTANTINO, *Revoca del provvedimento*, p. 756 ss. e *Annullamento d'ufficio*, p. 870 s., entrambi in A. ROMANO (a cura di), *L'azione amministrativa*, Torino, Giappichelli, 2016.

2. Premesse di metodo.

Muta il quadro costituzionale, mutano le categorie di riferimento; ma l'inesauribilità del potere rimane un'immagine tutto sommato vitale.

Si può ipotizzare che le radici di questa persistenza affondino nella logica stessa dell'amministrare per fini pubblici: il potere è inesauribile, e non potrebbe essere altrimenti, perché l'azione amministrativa è cura di interessi pubblici concreti e, dunque, i singoli provvedimenti in cui essa si esplica devono trovarsi sempre «in accordo» con l'interesse pubblico stesso; in altri termini, non avrebbe senso affidare all'amministrazione un interesse pubblico, se poi non le si consentisse di curarlo in ogni momento, anche a costo di venire *contra factum proprium*. L'inesauribilità del potere persiste perché corrisponde a una necessità immanente all'idea dell'amministrazione come attività di cura in concreto degli interessi pubblici.

Una spiegazione di questo genere, benché possa apparire intrinsecamente coerente e probabilmente corrisponda al senso comune, richiede una qualche cautela, se non altro perché è proprio dietro la presunta «necessità» di certi istituti che si sono annidate, e tuttora in parte si celano, le incrostazioni autoritarie del diritto pubblico¹³.

Il punto è che una esigenza anche molto avvertita a livello sociale non esprime di per sé un significato giuridico intorno al quale ricostruire gli istituti, e ciò non perché non esista un nesso tra valori sociali, contenuti normativi e istituti

¹³ Sul punto sono fondamentali le pagine di A. ORSI BATTAGLINI, *op. cit.*, p. 599 ss. Osserva l'A. che troppo spesso nel diritto pubblico la categoria della «necessità» opera in funzione «fondante» informando in modo indiretto, e talvolta occulto, «concetti e istituti che in apparenza con tale categoria non hanno nulla a che fare» (599); l'idea della «necessità» opera «nel senso che lo stato (inteso come potere, governo, *verwaltung*) deve essere, e stabilmente è, in quanto deve svolgere attività e curare interessi da cui non si può prescindere e di cui non si può discutere, in quanto appunto necessari, consustanziali alle esigenze stesse dello stato e della comunità» (599). Vi è un gruppo di temi in cui questa idea di necessità compare «nel suo più tipico significato di imprescindibilità-indiscutibilità della cura di interessi, dello svolgimento di attività: si tratta, è superfluo dirlo, dei molti temi che riguardano il governo e tra questo vorrei citare solo quello del potere regolamentare e organizzativo, che riguarda poi, complessivamente, l'intera pubblica amministrazione» (601). Quanto a quest'ultima, l'A. si riferisce in particolare «alla nozione di interesse pubblico e al modo in cui questa presiede alla definizione del nucleo «forte» del diritto amministrativo: penso essenzialmente alla «autorità» dell'agire (prima ancora che degli atti) dell'amministrazione a alle sue principali manifestazioni, a tutti ben note, in ciascuna delle quali è visibile, con maggiore o minore chiarezza l'idea di necessità; necessità che la p.a. agisca, svolga i suoi compiti, curi, appunto, gli interessi pubblici in posizione di supremazia e in modo tempestivo, efficace, continuativo, non intralciato più che tanto dalla resistenza di interessi individuali o dal sindacato giurisdizionale» (602).

giuridici, bensì perché i valori sociali diventano giuridici a seguito di una selezione che l'ordinamento positivo svolge alla stregua dei propri valori decretandone la rilevanza o l'irrilevanza¹⁴.

Per questa ragione di fondo è scorretto desumere l'inesauribilità del potere dalla esigenza o dalla presunta «necessità» che il provvedimento sia sempre «in accordo» con l'interesse pubblico, esattamente come osservava A. Merkl criticando la dottrina che negava la possibilità di riconoscere al provvedimento una efficacia di cosa giudicata paragonabile a quella della sentenza¹⁵.

Bisogna impostare il discorso su diverse basi, lasciandosi alle spalle le immagini tralatzie dell'amministrazione, e ponendosi la domanda se davvero quella che il provvedimento sia sempre in accordo con l'interesse pubblico costituisca una esigenza giuridicamente rilevante e, in caso di risposta positiva, individuando in quali termini lo sia.

3. Inesauribilità del potere e valori confliggenti

L'indagine dovrebbe muovere ad ampio raggio, tenere in considerazione non solo il quadro costituzionale ma anche il sistema dei valori che sta dietro la legislazione ordinaria e l'idea stessa dello Stato di diritto. Qui sono possibili soltanto alcuni cenni.

Iniziamo dal livello costituzionale. L'esigenza che il provvedimento sia

¹⁴ Ritenere che vi sia un legame tra valori sociali, contenuti normativi e istituti giuridici non significa affatto ritenere che tutti gli interessi sociali siano anche giuridicamente rilevanti, bensì al contrario comporta di studiare i criteri di rilevanza giuridica degli stessi, i quali, siano rinvenuti all'interno dell'ordinamento positivo e dei suoi valori (come pare preferibile) ovvero all'esterno, costituiscono comunque un filtro di selezione. Sia consentito rinviare, per maggiori svolgimenti intorno al rapporto tra dimensione assiologica e dimensione normativa, a M. TRIMARCHI, *La validità del provvedimento amministrativo. Profili di teoria generale*, Pisa, ETS, 2013, p. 28 ss. Per la tesi che l'integrazione dell'ordinamento giuridico debba avvenire tramite il richiamo all'ordine giuridico della società, sino al punto di ritenere che «la stessa legittimazione e legittimità dell'ordine legale è da ricercare in quest'ordine giuridico sovrano – quello della società, che si trattiene stabilmente nella sovranità», v. L.R. PERFETTI, *Sistematica giuridica e controllo razionale del potere. Osservazioni intorno al problema del metodo nel pensiero di Antonio Romano Tassone e proposta in base all'ordine giuridico della società*, in *Dir. e proc. amm.*, 2015, p. 825.

¹⁵ A. MERKL, *Zum problem der rechtskraft in justiz und verwaltung*, cit. 336, dove si legge che «dalla esigenza che la *situazione del diritto amministrativo* sia sempre all'unisono con l'interesse pubblico non deriva direttamente che ogni atto amministrativo, in qualsiasi momento, possa essere adattato al mutato interesse pubblico o revocato in conformità di esso; e dal semplice interesse privato della parte alla intangibilità della decisione ad essa favorevole – ma, è appena il caso di notare che l'avversario sconfitto è interessato in senso opposto – non segue affatto che l'autorità sia per sempre vincolata a questa decisione; entrambe le fattispecie possono essere solo istanze *de lege ferenda*, delle quali non s'intende qui porre minimamente in dubbio l'obiettivo fondamento».

sempre in accordo con l'interesse pubblico può trovare un riferimento relativamente sicuro nel canone del buon andamento e nei suoi corollari rappresentati dai principi-criteri di efficacia¹⁶ e continuità dell'azione amministrativa¹⁷: quest'ultimo, in particolare, si rivolge innanzitutto all'organizzazione degli uffici ma in termini generali esprime l'idea che la cura dell'interesse pubblico da parte dei poteri pubblici deve essere costante, non subire interruzioni¹⁸.

Se il buon andamento rappresenta un riferimento costituzionale a favore dell'inesauribilità del potere amministrativo, la tutela del legittimo affidamento, che costituisce un principio di diritto europeo di livello costituzionale, rappresenta il più diretto antagonista dell'inesauribilità del potere in quanto trova realizzazione attraverso la stabilità del provvedimento favorevole¹⁹.

Vi è poi da tenere in considerazione il principio di proporzionalità, presente nel suo nucleo essenziale nell'elaborazione di Romagnosi e valorizzato oggi dalla Corte di giustizia europea secondo il modello della giurisprudenza costituzionale tedesca, il quale guida l'esercizio dei poteri restrittivi discrezionali sottoponendo la decisione al vaglio dei criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza²⁰. Esso agisce quale ulteriore limite alla ritirabilità del provvedimento in

¹⁶ Cfr. M. IMMORDINO, *Revoca degli atti amministrativi e tutela dell'affidamento*, Torino, Giapichelli, 1999, p. 79 ss., dove si fonda la revoca sul principio di efficacia dell'azione amministrativa previsto dall'art. 1, l. n. 241/1990, che del buon andamento è immediato corollario.

¹⁷ Cfr. C. LEONE, *Il principio di continuità dell'azione amministrativa. Tra operatività dell'organo, inesauribilità del potere e stabilità degli effetti*, Milano, Giuffrè, 2007, *passim*.

¹⁸ Corte costituzionale, sentenze n. 331 del 1988; 878 del 1988; n. 103 del 2007, dove si afferma che «il principio di continuità dell'azione amministrativa che è strettamente correlato a quello di buon andamento dell'azione stessa»; n. 104 del 2007; n. 161 del 2008.

¹⁹ La bibliografia è sterminata, anche perché il principio di affidamento viene in rilievo in molteplici istituti del diritto amministrativo. *Ex plurimis* F. MERUSI, *L'affidamento del cittadino*, Milano, Giuffrè, 1970; F. MANGANARO, *Principio di buona fede e attività delle amministrazioni pubbliche*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1995; M. T. P. CAPUTI JAMBRENGHI, *Il principio del legittimo affidamento*, in *Studi sui principi del diritto amministrativo*, a cura di M. RENNA – F. SAITTA, Milano, Giuffrè, 2012, p. 159 ss.; A. GIGLI, *Nuove prospettive di tutela del legittimo affidamento nei confronti del potere amministrativo*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016.

²⁰ La prima fase della valutazione della p.a. è informata al principio di idoneità, che guarda alla relazione tra mezzo impiegato e obiettivo perseguito, imponendo di scartare, tra tutte le soluzioni possibili, quelle inidonee a raggiungere il fine. Successivamente, la necessità (o regola del mezzo più mite) consente di selezionare, tra le misure ritenute idonee, quelle che implicano il minor sacrificio possibile degli interessi coinvolti dal provvedimento da adottare. Infine, la scelta definitiva dell'amministrazione deve superare un ultimo vaglio alla luce del criterio di adeguatezza, cioè di tollerabilità della compressione della sfera giuridica del destinatario del provvedimento, per cui l'intera decisione deve essere ridiscussa ove il sacrificio causato sia sproporzionato rispetto al raggiungimento dello scopo perseguito.

Il principio di proporzionalità, oltre a costituire un criterio generale di valutazione dei poteri di ritiro, ispira talune soluzioni normative specifiche, come ad esempio quelle contenute nella direttiva 2002/20/ce del 7 marzo 2002 relativa all'autorizzazione per le reti e i servizi di comunicazione elettronica. Si prevede infatti che, se accerta l'inosservanza da parte di un'impresa di una o più condizioni indicate dalla concessione dei diritti individuali d'uso delle frequenze

quanto, dal punto di vista della situazione giuridica soggettiva del destinatario del provvedimento favorevole, gli atti di ritiro sono assimilabili ai provvedimenti di primo grado restrittivi della sfera giuridica²¹.

Più in generale, la protezione delle libertà individuali reclama la stabilità delle decisioni amministrative in tutti quei casi in cui l'esercizio della libertà medesima è condizionato ad un atto di assenso o di verifica dell'amministrazione e quindi non è compatibile con l'immagine di un potere inesauribile che in ogni tempo può tornare sui propri passi. Ciò vale a maggior ragione in relazione alle

radio e dei numeri, l'autorità di regolamentazione non può revocare immediatamente la concessione, ma deve aprire un contraddittorio con l'impresa e eventualmente comminare sanzioni pecuniarie (art. 10, parr. 2-4); la revoca dei diritti d'uso è pertanto una misura di *extrema ratio*, che l'autorità disporrà solo se ricorrono violazioni gravi e ripetute (art. 10, par. 5) o se le violazioni sono tali da arrecare un rischio grave e immediato per la sicurezza pubblica, l'incolumità pubblica o la salute pubblica, o da creare gravi problemi economici od operativi ad altri fornitori o utenti di reti o di servizi di comunicazione elettronica (art. 10, par. 6).

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

Sul principio di proporzionalità, tra gli altri, A. SANDULLI, *La proporzionalità dell'azione amministrativa*, Padova, Cedam, 1998, p. 315 ss.; ID., *Proporzionalità*, in *Dizionario di diritto pubblico*, diretto da S. CASSESE, vol. V, Milano, Giuffrè, 2006, p. 4643; D.U. GALETTA, *Principio di proporzionalità e sindacato giurisdizionale nel diritto amministrativo*, Milano, Giuffrè, 1998, *passim*; ID., *Il principio di proporzionalità*, in *Studi sui principi*, cit., p. 389 ss., spec. 405 ss.; S. VILLAMENA, *Contributo in tema di proporzionalità amministrativa*, Milano, Giuffrè, 2008, p. 97 ss.; G. DELLA CANANEA – C. FRANCHINI, *I principi dell'amministrazione europea*, Torino, Giappichelli, 2010, pp. 97-101; V. FANTI, *Dimensioni della proporzionalità. Profili ricostruttivi tra attività e processo amministrativo*, Torino, Giappichelli, 2012, p. 85 ss.; e, da ultimo, con specifica attenzione al *test* di proporzionalità articolantesi nei criteri della idoneità, necessità ed adeguatezza, F. TRIMARCHI BANFI, *CANONE di proporzione e test di proporzionalità nel diritto amministrativo*, in *Dir. proc. amm.*, 2016, p. 361 ss.

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

²¹ Più in generale, come rileva L. FERRARA, *Individuo e potere. In un gioco di specchi*, in *Dir. pubbl.*, 2016, suppl., p. 58, è possibile assumere che, in presenza di libertà costituzionali quale la libertà economica il potere amministrativo abbia sempre natura ablatoria anziché ampliatoria, «partendo dal presupposto che libertà significhi in principio diritto di svolgere una certa attività: in principio, salvi, cioè, motivi ostativi la cui determinazione concreta è rimessa alla pubblica amministrazione». Ponendosi in questa ottica il principio di proporzionalità potrebbe essere appieno valorizzato come criterio di controllo dell'esercizio dei poteri ampliativi.

libertà che hanno contenuto economico: dove l'instabilità dell'atto d'assenso non solo reca un pregiudizio al suo destinatario ma, in termini più generali, ingenera tra gli operatori del mercato un senso di incertezza e sfiducia che scoraggia l'intrapresa economica²².

Dal punto di vista dei valori costituzionali, in sintesi, l'esigenza che il provvedimento sia sempre in accordo con l'interesse pubblico non ha maggiore dignità dell'opposta esigenza di stabilità. Le ragioni della stabilità, del resto, affondano nella logica della limitazione del potere propria dello Stato di diritto. Nello Stato di diritto, infatti, il potere legittimo è quello che si traduce in atti formali e puntuali: siamo agli antipodi rispetto all'immagine di un potere diffuso che si rinnova nel tempo²³.

La disciplina legale del potere amministrativo riproduce il dualismo assiologico che si è già riscontrato a livello costituzionale. La previsione dei poteri di autoannullamento e revoca dimostra che l'esigenza di mantenere il provvedimento sempre in accordo con l'interesse pubblico è un valore giuridicamente rilevante. Ma istituti come il silenzio-assenso²⁴ (ora previsto anche tra amministrazioni pubbliche e tra amministrazioni pubbliche e gestori di beni o servizi pubblici²⁵) ovvero il termine per provvedere a pena di decadenza²⁶ (combinato a

²² Cfr. A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato nel governo dell'economia e l'instabilità delle decisioni pubbliche*, in corso di pubblicazione, p. 1 ss. del dattiloscritto.

²³ Cfr. B. SORDI, *op. cit.*, p. 364, il quale osserva che «nel sistema di Mayer il provvedimento è un baluardo dello stato di diritto e lo è proprio perché opera una definizione giuridica del rapporto tra amministrazione e cittadino: il rapporto di sudditanza si distilla nella forma di un comando giuridico. Questo compito di statuizione del diritto nel caso concreto lo assimila ai compiti di accertamento della sentenza giurisdizionale, mettendo implicitamente sul tappeto un profilo, se non di immutabilità, almeno di stabilità, di certezza e validità giuridica nel tempo».

²⁴ Art. 20, l. n. 241/1990.

²⁵ Art. 17-bis, l. n. 241/1990, introdotto dall'art. 3, l. n. 124 del 2015.

²⁶ Secondo la giurisprudenza, i termini finali nel procedimento amministrativo hanno natura ordinatoria, nel senso che la loro scadenza non fa venir meno il potere di provvedere o rende invalido il provvedimento adottato in ritardo: *ex multis*, Tar Puglia, Lecce, sez. II, 6 maggio 2014, n. 1155; Cons. stato, sez. IV, 10 giugno 2013, n. 3172; Tar Piemonte, Torino, sez. I, 30 gennaio 2012, n. 136; Cons. Stato, sez. VI, 22 giugno 2007, n. 3455.

Una parte della dottrina ha tuttavia assunto posizioni più rigorose, affermando la natura perentoria del termine e la conseguente nullità per carenza di potere del provvedimento tardivo (M. CLARICH, *Termine del procedimento e potere amministrativo*, Torino, Giappichelli, 1995) oppure la sua illegittimità (F. GOISIS, *La violazione dei termini previsti dall'art. 2, l. n. 241 del 1990: conseguenze sul provvedimento tardivo e funzione del giudizio ex art. 21-bis l. tar*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 575; con alcune rilevanti precisazioni S. VERNILE, *La relatività del tempo (amministrativo): la validità del provvedimento tardivo e la tutela risarcitoria (ed indennitaria) tra esigenze di tutela del privato e perseguimento dell'interesse pubblico*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 404 ss.).

A prescindere da queste prospettazioni, vi sono alcuni casi, quelli cui si fa riferimento nel testo, in cui non vi sono dubbi sulla natura perentoria del termine per provvedere, in quanto è la legge a qualificarlo come tale oppure a pena di decadenza o perché la perentorietà si ricava facilmente in via interpretativa (v. M. CLARICH, *Manuale di diritto amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 2013, p. 244 s.) Ad esempio, l'art. 16, co. 4, l. n. 287/1990 prevede che l'Agcm può vietare

volte con la previsione del silenzio assenso²⁷) indicano che le ragioni del privato (o della semplificazione) comportano che in taluni casi l'amministrazione perde il potere di adottare (validamente) il provvedimento di primo grado o, comunque, di pronunciarsi in prima battuta per la cura dell'interesse pubblico di riferimento (nel caso della conferenza di servizi). E allora, se persino la cura dell'interesse pubblico con i poteri di primo grado può farsi recessiva, è difficile ritenere che abbia carattere assoluto l'esigenza che il provvedimento sia sempre in accordo con l'interesse pubblico. A escludere questa assolutezza, peraltro, è il principio di buona fede, che si manifesta nelle note forme della tutela del legittimo affidamento a fronte dei poteri di ritiro.

In definitiva, lo sguardo rivolto all'amministrazione come ad una entità isolata, una monade, tende ad assolutizzare l'esigenza del continuo adattamento delle decisioni rispetto all'interesse pubblico; mentre invece la considerazione dell'amministrazione all'interno di un contesto giuridico complessivo (si potrebbe dire: di un ordinamento generale) dimostra che i valori di riferimento sono intimamente conflittuali e che l'esigenza di stabilità ha dignità pari all'esigenza di aderenza all'interesse pubblico. Nella prospettiva giuridica, dunque, l'inesauribilità del potere non può essere assunta come un postulato, connesso alla logica stessa dell'amministrare per fini pubblici, ma va intesa come un carattere del potere la cui effettiva sussistenza è da porre al vaglio critico della riflessione scientifica.

4. La crisi dell'inesauribilità del potere nel nuovo assetto legislativo degli atti di riesame

Queste considerazioni sgombrano il campo da un pregiudizio di tipo sostanzialmente ideologico, particolarmente influente anche se spesso implicito, e

un'operazione di concentrazione tra imprese entro il termine perentorio di 45 giorni dalla comunicazione; l'art. 13, comma 6, d.p.r. n. 327/2001 stabilisce che, se il decreto di espropriazione non è adottato entro il termine indicato dalla dichiarazione di pubblica utilità, la dichiarazione stessa diviene inefficace con effetti caducanti su eventuali atti del procedimento emanati successivamente. Natura perentoria, da ricavarsi in via interpretativa, ha anche il termine entro il quale lo stato può esercitare la prelazione allorché un privato intenda vendere un bene culturale a un altro privato, termine di 60 giorni decorrente dalla denuncia dell'atto di trasferimento del bene tra privati (art. 61, d.lgs. n. 42/2004). Espressamente indicato come perentorio è anche il termine indicato dall'amministrazione procedente, comunque non superiore a 45 giorni, entro il quale le amministrazioni coinvolte devono rendere le proprie determinazioni relative alla decisione oggetto della conferenza di servizi semplificata (art. 14-bis, co. 2, lett c, l. n. 241/1990).

²⁷ Ad esempio l'art. 14-bis, comma 4, n. 241/1990 stabilisce che il mancato rispetto del termine perentorio di cui al precedente co. 2, lett. c, equivale ad «assenso senza condizioni» se non vi sono disposizioni del diritto dell'unione europea che richiedono l'adozione di provvedimenti espressi.

costituiscono soltanto la base per verificare, in un'ottica più obiettiva, se l'immagine della inesauribilità del potere trova oggi riscontro nella realtà giuridica.

Occorre premettere che l'inesauribilità del potere amministrativo altro non è, in termini di teoria generale, che la conseguenza di un criterio di composizione delle antinomie, secondo cui *lex posterior derogat priori* (criterio cronologico). Ora, benché spesso la dottrina non ne tragga tutte le implicazioni, è opinione comunemente accettata dai teorici e dai giuristi che le questioni attinenti alla formazione delle norme e al loro mutamento trovano soluzione all'interno del sistema normativo stesso, attraverso previsioni apposite che presiedono alla produzione del diritto (dette norme secondarie, o norme sulla normazione, ovvero ancora metanorme)²⁸. Questo significa che anche il criterio cronologico non ha una validità assoluta (come tende a sostenere chi sostiene che, in assenza di norme che indicano criteri contrari, è questo che deve trovare applicazione, essendo espressione della dinamicità dell'ordinamento giuridico²⁹), ma è valido soltanto dove ancorato ad una norma di diritto positivo. Al diritto positivo occorre dunque rivolgersi per testare la validità dell'immagine del potere inesauribile.

È cosa ampiamente nota che i poteri di ritiro trovano un limite nel principio della tutela del legittimo affidamento. Esso costituisce un principio di diritto europeo³⁰, compare usualmente nell'argomentare della nostra giurisprudenza e costituisce la *ratio* della previsione secondo cui l'annullamento deve avvenire entro un termine ragionevole e tenuto conto dell'interesse dei terzi³¹, nonché dell'indennizzabilità del pregiudizio arrecato dalla revoca del provvedimento favorevole³². La tutela del legittimo affidamento comporta che il potere amministrativo si esaurisce (*rectius*, può esaurirsi) «in concreto»: quante volte la fiducia del cittadino sulla stabilità del provvedimento prevalga nella valutazione comparativa degli interessi sulla pretesa dell'amministrazione di rivedere la propria decisione.

²⁸ A titolo esemplificativo H. L. HART, *The concept of law*, Oxford, 1961, trad. it. *Il concetto di diritto*, Torino, Einaudi, 1965, p. 88 ss.; N. BOBBIO, *Teoria dell'ordinamento giuridico*, Torino, Giappichelli, 1960, 36 ss., che distingue norme di condotta e norme di struttura; R. GUASTINI, (*voce*) *Norma giuridica (tipi e classificazioni)*, in *Dig. disc. civ.*, XII, Torino, 1995, p. 158.

²⁹ Ad esempio, C. ESPOSITO, *La validità delle leggi*, Milano, 1934, rist. 1964, p. 66 s., secondo cui nella legge è implicita la condizione di valere fino a disposizione legislativa contraria, e dunque la legge può porre limiti per una legge futura soltanto se l'ordinamento ne prevede l'immodificabilità. All'opposto, per la tesi secondo cui il criterio *lex posterior derogat priori* è valido solo se ancorato ad una norma di diritto positivo, in assenza della quale l'immodificabilità è la regola, A. MERKEL, *Il problema del giudicato*, cit., p. 337 s.

³⁰ Sul principio del legittimo affidamento nel diritto europeo, come limite all'esercizio dei poteri di ritiro, v. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., p. 256 ss.

³¹ Art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990.

³² Art. 21-*quinquies*, l. n. 241/1990.

Sono però gli interventi legislativi degli ultimi anni a segnare un cambio di passo, e a consentire di ragionare in termini di crisi dell'inesauribilità quale carattere intrinseco del potere³³. In estrema sintesi, l'attuale assetto dei poteri di ritiro prevede: a) che i provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici non possono essere revocati per rivalutazione dell'interesse pubblico originario³⁴ e non possono essere annullati³⁵ o sospesi oltre il diciottesimo mese dalla loro adozione³⁶; b) che la revoca di tutti i provvedimenti per «mutamento della situazione di fatto» è ammessa soltanto qualora tale mutamento non fosse prevedibile al momento dell'adozione del provvedimento³⁷.

L'impatto di queste previsioni varia a seconda di cosa si intenda per «provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici». Considerato che il termine di diciotto mesi è previsto per fornire agli operatori economici maggiori garanzie sulla tenuta degli atti amministrativi, sembra ragionevole ritenere che i «provvedimenti autorizzativi» assistiti dal regime di stabilità rinforzata di cui all'art. 21-*nonies*, l. n. 241/1990 non siano soltanto quelli che la legislazione interna o la giurisprudenza definisce come tali – peraltro sulla base di categorie oggetto di ampia discussione in dottrina (si tratterebbe grosso modo delle autorizzazioni discrezionali non sostituite dalla S.C.I.A.) –, bensì tutti i provvedimenti il cui rilascio è necessario per svolgere una attività economica, in sintonia con la nozione europea dell'autorizzazione, che comprende «le procedure amministrative per il rilascio di autorizzazioni, licenze, approvazioni o concessioni, ma anche l'obbligo, per potere esercitare l'attività, di essere iscritto in un albo professionale, in un registro, ruolo o in una banca dati, di essere convenzionato

³³ Sul nuovo assetto dei poteri di ritiro v. M. MACCHIA, *Sui poteri di autotutela: una riforma in senso giustiziale*, in *Giorn. dir. amm.*, 2015, p. 634 ss.; F. FRANCARIO, *Autotutela amministrativa e principio di legalità*, in *www.federalismi.it*, n. 20/2015; M.A. SANDULLI, *Gli effetti diretti della 7 agosto 2015 l. n. 124 sulle attività economiche: le novità in tema di s.c.i.a., silenzio-assenso e autotutela*, in *www.federalismi.it*, n. 17/2015; G. MANFREDI, *Il tempo è tiranno: l'autotutela nella legge Madia*, in *Urb. e app.*, 2016, p. 5 ss.; M. TRIMARCHI, *La sospensione del provvedimento amministrativo dopo la legge 7 agosto 2015, n. 124*, in *www.federalismi.it*, n. 16/2016. Sulle modifiche introdotte nel 2014 ampie considerazioni critiche in G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014: il privato è davvero più tutelato dal pentimento dell'amministrazione?*, in *Dir. econ.*, 2015, p. 575 ss. Cfr. altresì gli scritti di F. FRANCARIO, A. CIOFFI, A. CARBONE, S. TUCCILLO e C. NAPOLITANO, raccolti in A. RALLO – A. SCOGNAMIGLIO (a cura di), *I rimedi contro la cattiva amministrazione. procedimento amministrativo ed attività produttive ed imprenditoriali*, Napoli, Editoriale scientifica, 2016, pp. 135-136.

³⁴ Art. 21-*quinquies*, comma 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 25, co. 1, lettera b-*ter*), d. l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

³⁵ Art. 21-*nonies*, co. 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 6, co. 1, lettera d), l. 7 agosto 2015, n. 124.

³⁶ Art. 21-*quater*, comma 2, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 6, co. 1, lettera c), l. n. 124/2015.

³⁷ art. 21-*quinquies*, comma 1, l. n. 241/1990, come modificato dall'art. 25, co. 1, lett. b-*ter*), d. l. 12 settembre 2014, n. 133, convertito dalla l. 11 novembre 2014, n. 164.

con un organismo o di ottenere una tessera professionale»³⁸.

La categoria dei provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici è pertanto trasversale e comprende provvedimenti che la nostra tradizione giuridica usa invece distinguere: dalle autorizzazioni alle concessioni, dai contributi alle sovvenzioni, sino all'aggiudicazione (che, in questa ottica, è una autorizzazione perché rimuove un limite alla libertà di contrarre) e agli atti di costituzione del rapporto di impiego³⁹.

Se si accetta questa interpretazione, l'attuale assetto dei poteri di ritiro consente di affermare che, quando ha un contenuto favorevole per il suo destinatario, il provvedimento si stabilizza trascorsi diciotto mesi dalla sua adozione; da allora in avanti la decisione può essere messa in discussione soltanto dalle sopravvenienze, a condizione peraltro che queste fossero imprevedibili al momento in cui la decisione è stata assunta. Quando invece ha carattere limitativo della sfera giuridica del destinatario, il provvedimento non si stabilizza e può essere annullato o revocato secondo le regole ordinarie.

La spinta verso il cambio di paradigma è forte. Da una situazione in cui era immaginabile soltanto un esaurimento «in concreto» del potere, peraltro a seconda delle valutazioni compiute dall'amministrazione in relazione alla prevalenza da accordare degli interessi confliggenti, si passa ad un contesto nel quale il potere si esaurisce sulla base di una previsione legislativa (nel caso dell'annullamento, con il concorso del fatto costituito dal decorso del tempo) e, quindi, a prescindere dalle peculiarità della fattispecie concreta⁴⁰.

Il modo di tutela dell'affidamento non è più (soltanto) il principio di buona fede oggettiva, il quale presuppone la discrezionalità dell'amministrazione e la comparazione tra gli interessi, bensì (anche) la diretta delimitazione da parte della legge dei presupposti che legittimano la revoca (divieto di revocare i provvedimenti favorevoli per rivalutazione dell'interesse pubblico originario, divieto di revocare i provvedimenti in genere per mutamento della situazione di fatto prevedibile) e l'annullamento d'ufficio, sia sotto il profilo propriamente causale (divieto di annullare i provvedimenti affetti da vizio formale) sia sotto il profilo temporale (divieto di annullare i provvedimenti favorevoli oltre il diciottesimo

³⁸ Considerando 39, direttiva 2006/123/ce del 12 dicembre 2006 (direttiva servizi).

³⁹ Cfr., per una interpretazione estensiva della categoria, M. RAMAJOLI, *L'annullamento d'ufficio alla ricerca di un punto d'equilibrio*, in *Riv. giur. urb.*, 2016, p. 99-124; sia consentito rinviare anche a M. TRIMARCHI, *Stabilità del provvedimento e certezze dei mercati*, in *Dir. amm.*, 2016, p. 349 ss. *Contra*, per una interpretazione restrittiva della categoria dei «provvedimenti autorizzativi e attributivi di vantaggi economici» v. G. LA ROSA, *Il nuovo volto dell'autotutela decisoria a seguito della l. 164/2014*, cit., p. 588 s.

⁴⁰ Cfr. A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato*, cit., 9.

mese dall'adozione, esteso anche alla sospensione)⁴¹.

La delimitazione dei poteri di ritiro sotto il profilo causale, unita alla previsione di un termine oltre il quale l'annullamento non può comunque essere disposto, comporta che la stabilità della decisione diventi un valore in sé, che nei limiti individuati dalla legge prevale sull'interesse al continuo adeguamento delle decisioni amministrative all'interesse pubblico. Da una situazione in cui era immaginabile soltanto un divieto in concreto di ritirare il provvedimento, rimesso peraltro a valutazioni dell'amministrazione, si passa ad un sistema nel quale vi sono ipotesi non secondarie in cui il potere di secondo grado non sussiste sulla base di una previsione legislativa e, quindi, a prescindere dalle peculiarità della fattispecie concreta⁴².

La logica di fondo non è più quella della buona fede oggettiva, che ancora la tutela dell'affidamento alla correttezza dell'azione amministrativa e quindi all'obbligo di prendere in considerazione l'interesse del privato all'interno dei procedimenti di riesame, bensì quella della certezza del diritto: il provvedimento consegue una stabilità propria, sulla base di una valutazione generale e astratta del legislatore che mette fuori gioco la discrezionalità amministrativa e quindi anche le regole di governo della stessa fondate sul canone della buona fede e correttezza.

Il risultato è che l'amministrazione non ha più una generale possibilità di ritirare i propri atti, salvi i limiti esterni posti dal principio di buona fede. Vi sono oggi ambiti in cui il provvedimento consegue stabilità a prescindere da ogni considerazione sulla qualità della fiducia riposta dal destinatario e sulla sua meritevolezza rispetto alle esigenze di cura dell'interesse pubblico. Si può allora fermare la conclusione provvisoria che l'inesauribilità non è un carattere generale del potere amministrativo in quanto non ricorre nei poteri di tipo ampliativo.

5. Decisione di secondo grado e superamento dell'inesauribilità del potere.

L'immagine dell'inesauribilità del potere è così offuscata, ma non smentita. Il richiamo ad essa sembra comunque appropriato a proposito del potere restrittivo e della revoca motivata da sopravvenienze imprevedibili; e anche il potere

⁴¹ In questo modo l'annullamento d'ufficio viene sottoposto ad una logica decadenziale analoga a quella dell'azione giurisdizionale, benché sembri eccessivo parlare di un «nuovo paradigma nei rapporti tra cittadini e pubbliche amministrazioni» (Cons. stato, parere 30 marzo 2016, n. 839 reso dalla Commissione speciale sullo schema di decreto s.c.i.a.) in quanto i termini per impugnare il provvedimento sono esigui rispetto a quelli per disporre l'annullamento d'ufficio e dunque, anche sotto questo profilo, il rapporto resta squilibrato a favore dell'amministrazione.

⁴² Cfr. A. POLICE, *La cooperazione pubblico-privato*, cit., 9.

ampliativo – si potrebbe aggiungere – non si esaurisce con il proprio esercizio ma per il concorso di un fatto giuridico esterno (il decorso del tempo).

L'immagine dell'inesauribilità subirebbe una smentita radicale soltanto qualora si dimostrasse che, nei pur ristretti ambiti in cui è ammesso, l'atto di ritiro costituisce esercizio di poteri autonomi rispetto al potere di provvedere. Solo in un quadro concettuale di questo tipo si potrebbe sostenere che il potere di provvedere si esaurisce all'atto del suo esercizio, spiegando al contempo la possibilità (comunque eccezionale) di mettere in discussione la decisione.

La questione fondamentale sta nell'intendersi sulle condizioni per affermare che un potere amministrativo è «diverso» e «autonomo» da un altro.

La dottrina solitamente fa riferimento alla norma attributiva del potere, quella che – si dice – ne costituisce il «fondamento»: e riconosce l'autonomia di un potere da un altro se è una diversa norma ad attribuirlo all'amministrazione. Questo modo di ragionare, che è il portato di una gloriosa tradizione, non consente di argomentare in modo pienamente convincente l'autonomia dei poteri di ritiro dal potere di primo grado.

Non a torto infatti si può obiettare che gli articoli 21-*quinqüies* e 21-*nonies*, l. n. 241/1990 disciplinano rispettivamente i poteri di revoca e annullamento, ma non li attribuiscono, tant'è vero che la amministrazione ne era titolare anche prima della loro entrata in vigore⁴³; per cui, considerato che le ipotesi in cui il ritiro è ammesso sono certamente più numerose di quelle in cui vi è una norma a consentirlo espressamente, il fondamento del relativo potere deve risiedere necessariamente nella norma attributiva del potere di primo grado. La giurisprudenza sul *contrarius actus* suona come una conferma di questa obiezione⁴⁴.

Si aprono invece diverse prospettive ricostruttive se si ritiene, come appare preferibile, che nel rapporto tra norma e potere non si danno due momenti staccati, quello dell'attribuzione (o della fondazione) e quello della disciplina; ma un momento solo: quello della disciplina legale del potere, che riguarda i profili soggettivi e quelli oggettivi della validità degli atti con i quali esso viene esercitato. Secondo questa tesi, il fondamento del potere amministrativo, come di ogni potere giuridico, dipende dalla sua legittimazione sociale; per cui il potere in sé, che è tale in quanto legittimato, va distinto dal potere legale, che è quello esercitato

⁴³ Cfr. G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., 104 s., il quale osserva, con riferimento alla revoca, che l'art. 21-*quinqüies*, l. n. 241/1990 non può essere considerato quale norma attributiva del relativo potere in quanto non indica, né direttamente né indirettamente, l'interesse pubblico da perseguire; si tratterebbe piuttosto di una norma regolatrice del potere, che ne individua i presupposti di legittimità e il procedimento.

⁴⁴ Ad. es. Cons. Stato, sez. VI, 5 marzo 2014, n.1036.

tramite atti validi⁴⁵.

Ragionando in questi termini, la c.d. norma attributiva non ha una capacità connotativa maggiore o diversa dalle altre, per cui guardare ad essa non è sufficiente per distinguere un potere amministrativo da un altro; bisogna piuttosto prendere in considerazione la disciplina complessiva del potere e i suoi effetti precettivi. In sintesi, un potere è diverso da un altro perché, ad un esame complessivo, è disciplinato diversamente: è sottoposto a regole di validità diverse e dà luogo a effetti precettivi di contenuto diverso.

Se si segue questa impostazione, gli argomenti per sostenere l'autonomia del potere di ritiro dal potere di provvedere sono molti e convincenti.

In primo luogo, il potere di ritiro dà luogo a una decisione – la decisione di secondo grado – che produce effetti che non trovano corrispondenza nei poteri amministrativi ordinari, consistenti nella rimozione del provvedimento di primo grado o dei suoi effetti. Per quanto possa apparire banale, questa osservazione è sufficiente a dimostrare l'autonomia del potere di secondo grado perché i poteri amministrativi si definiscono e si distinguono innanzitutto sulla base degli effetti tipici che sono abilitati a produrre validamente.

In secondo luogo, la decisione di secondo grado è soggetta a regole di validità specifiche, che non trovano applicazione in relazione ad alcun potere di primo grado. Innanzitutto, l'annullamento d'ufficio e la revoca hanno, come loro presupposto di validità, l'invalidità del provvedimento precedente (questo vale per l'annullamento d'ufficio e, probabilmente, anche per la revoca *jus poenitendi*), ovvero la sua inopportunità sopravvenuta. Inoltre, la revoca per sopravvenienza richiede una valutazione dell'amministrazione circa la non prevedibilità del fatto sopravvenuto al momento dell'adozione del provvedimento: una sorta di prognosi postuma che è strutturalmente estranea ai poteri amministrativi di primo grado. Infine, sia la revoca che l'annullamento sono sottoposti a una regola di validità che non riguarda gli atti di primo grado, costituita dall'obbligo di rispettare il legittimo affidamento dei terzi (che, nel caso della revoca, si ricava dall'obbligo di tenere indenni i controinteressati del pregiudizio subito; e che, nel caso dell'annullamento, è resa esplicita dall'obbligo di tenere conto degli interessi dei controinteressati e dalla necessità di procedere «entro un termine ragionevole, comunque non superiore a diciotto mesi dal momento dell'adozione dei provvedimenti di autorizzazione o di attribuzione di vantaggi economici»).

Il diverso regime comporta una differente logica del ragionamento giuri-

⁴⁵ M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., pp. 291-293.

dico svolto dall'amministrazione che adotta la decisione, differenza che costituisce – se non altro sul piano descrittivo – un argomento ulteriore per l'autonomia dei poteri di ritiro.

La decisione - dicono i sociologi e gli scienziati della politica – è soluzione di un problema costituito dallo scarto tra una situazione reale e una situazione ideale preferibile⁴⁶. Nella decisione giuridica – si può aggiungere – il problema è rilevante soltanto se la preferibilità della situazione ideale rispetto a quella reale è affermata alla stregua di valori giuridici oggettivi⁴⁷.

Ora, ordinariamente il problema su cui il decisore si interroga è quello della preferibilità di un assetto ideale, da egli decidibile, rispetto a un assetto storicamente dato, di cui egli non è responsabile. Se questo schema rappresenta abbastanza fedelmente la logica della decisione amministrativa di primo grado⁴⁸, il regime del provvedimento di ritiro indica che l'amministrazione, quando decide in secondo grado, non può assumere la situazione reale come una situazione storicamente data (benché tale sia, da un punto di vista fenomenologico), bensì deve prenderla in considerazione come una situazione da essa stessa decisa, di cui deve farsi carico nella valutazione della rilevanza del problema.

La differenza nella logica del ragionamento giuridico si coglie dunque sin dal momento della posizione e della tematizzazione del problema amministrativo, problema che non si costruisce sul confronto tra una situazione data e una decidibile ma tra una situazione decisa e una decidibile, e si proietta da questo sul momento dispositivo della decisione. L'autonomia del processo decisionale

⁴⁶ Cfr. A. LA SPINA, *La decisione legislativa. Lineamenti di una teoria*, Milano, Giuffrè, 1989, p. 354, il quale a sua volta richiama G. SJÖBLOM, *Problemi e soluzioni in politica*, in *Riv. it. scienz. pol.*, 1984, p. 44, che definisce il problema come «una *discrepanza* fra ciò che è e ciò che si desidera».

Osserva F. LEDDA, *L'attività amministrativa*, in Id., *Scritti giuridici*, Torino, Giappichelli, 2002, 263, che «il problema non è suscettibile di una semplice rilevazione oggettiva, ma è già in sé stesso il risultato d'indagine, e si presenta in termini diversi secondo il modo in cui il soggetto osserva, seleziona e poi collega i vari fatti da lui considerati, almeno in termini ipotetici, come significativi in una certa situazione». L'A. si richiama a J. DEWEY, *Logica, teoria dell'indagine*, Torino, Einaudi, 1974, p. 131 ss.

⁴⁷ M. TRIMARCHI, *La validità*, cit., p. 158 ss. Si v. in termini generali A. LA SPINA, *op. cit.*, p. 406, il quale coglie la necessità che la «discrepanza fra i due stati del mondo, venga sottolineata tramite il riferimento a valori o a una ideologia, o a vantaggi (anche indiretti) che deriverebbero dal nuovo stato del mondo».

⁴⁸ Per questa prospettiva soprattutto F. LEDDA, *La concezione dell'atto amministrativo e dei suoi caratteri*, in Id., *Scritti giuridici*, cit., p. 242, 248, che concepisce la funzione come «processo formativo di una decisione» e definisce il provvedimento come «un fatto (generalmente, una dichiarazione) che rende manifesto un altro fatto logicamente anteriore, cioè la decisione relativa ad un problema definito, in guisa da rendere possibile (...) la comprensione di quanto si è deciso e quindi dell'assetto d'interessi che si è voluto stabilire»; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative. Gradualità e trasparenza nell'esercizio del potere discrezionale*, Napoli, Edizioni scientifiche italiane, 1996, p. 81 ss.

di secondo grado rispetto a quello di primo mette in chiaro che la decisione di ritirare il provvedimento non è il contrario della decisione di adottarlo, bensì il contrario della decisione di non ritirarlo.

Escluderei infine che l'unitarietà del potere possa essere recuperata in chiave funzionale, sostenendo che la decisione di secondo grado mira alla cura dello stesso interesse pubblico della decisione di primo grado⁴⁹. Questo è un equivoco in cui si rischia di cadere se non si fa buon governo della tesi che qualifica l'atto di ritiro come espressione di amministrazione attiva o autarchia⁵⁰. In realtà, anche se si accede a questa tesi, occorre precisare che la funzione della decisione amministrativa non si commisura all'interesse pubblico astratto bensì all'interesse pubblico concreto, ossia «un interesse che, sia pure entro i limiti del tipo risultante dalla legge, l'amministrazione stessa pone come esigenza storica reale, modellandolo sull'impronta di una situazione di fatto correttamente individuata»⁵¹; e se lo «scopo» del provvedere cambia di decisione in decisione, a seconda del problema, l'elemento funzionale in nessun caso può costituire un riferimento utile per differenziare poteri o affermarne la identità.

Ciò detto, anche ove si volesse ragionare sul piano dell'interesse pubblico astratto, occorrerebbe riconoscere che i poteri amministrativi ordinari sono conferiti all'amministrazione per la cura di interessi pubblici di settore, che si qualificano in relazione agli ambiti materiali di riferimento, mentre l'attribuzione del potere di secondo grado non corrisponde ad un interesse pubblico di settore ma ha carattere trasversale. Questa neutralità in astratto indubbiamente subisce una

⁴⁹ In questo senso, con riferimento alla revoca, G. LA ROSA, *La revoca del provvedimento amministrativo*, cit., p. 104 ss.

⁵⁰ Rilevando che «quando annulla o revoca un proprio atto l'autorità amministrativa non tutela se stessa né si fa giustizia da sé. 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» (G. CORSO, *Manuale*, cit., 308), non si vuol dire necessariamente che i poteri di ritiro perseguono lo stesso interesse dei poteri di primo grado, ma che entrambi sono funzionali alla cura di un interesse pubblico concreto e non un interesse proprio dell'amministrazione.

Ovviamente, la riconduzione dei poteri di ritiro alla autotutela esclude in radice una assimilazione funzionale dell'atto di ritiro a quello di primo grado, essendo quest'ultimo espressione di autarchia. si veda in proposito F. BENVENUTI, *op. cit.*, par. 6, dove si legge che, con l'esercizio del potere di autotutela «non si tende né alla restaurazione obiettiva dell'ordine giuridico violato né alla soddisfazione di quegli interessi che il legislatore ha ritenuto degni di tutela attraverso la disciplina di una materia».

⁵¹ F. LEDDA, *Potere, tecnica e sindacato giudiziario sull'amministrazione pubblica*, in ID., *Scritti giuridici*, cit., p. 185. Cfr. E. CANNADA BARTOLI, (voce) *Interesse (dir amm.)* in *Enc. dir.*, XXII, Milano, Giuffrè, 1972, p. 6; D. SORACE, *Promemoria per una nuova voce «atto amministrativo»*, cit., p. 745 ss.; A. POLICE, *La predeterminazione delle decisioni amministrative*, cit., p. 127 ss. 132.

compressione in concreto, nel senso che l'interesse pubblico di settore, individuato dalla legge, rientra nelle valutazioni sia di primo che di secondo grado; ma ciò non mette in discussione la diversità dei poteri perché l'interesse pubblico in questione non costituisce lo scopo concreto della decisione ma soltanto uno degli interessi presi in considerazione dalla scelta discrezionale; un interesse, peraltro, che nella decisione di primo grado ha maggiori *chances* di prevalere sugli altri di quanto non ne abbia nella decisione di secondo grado.

Si potrebbero indicare altri elementi a favore della tesi dell'autonomia del potere di ritiro da quello di primo grado, osservando ad esempio che la decisione di secondo grado è a iniziativa officiosa, come dimostra l'assenza dell'obbligo di provvedere⁵², ma può ricadere su provvedimenti che sono rilasciati ad istanza di parte; oppure che la decisione di secondo grado, se non altro perché occorre prendere in considerazione l'interesse del destinatario del provvedimento, è quasi sempre espressione di potere discrezionale, salvo i casi limitatissimi in cui è previsto l'annullamento doveroso⁵³, mentre la decisione di primo grado su cui

⁵² Cons. Stato, sez. VI, 7 gennaio 2014, n. 12; Cons. Stato, sez. VI, 15 maggio 2012, n. 2774; Cons. Stato, sez. vi, 11 febbraio 2013, n. 767.

⁵³ Notoriamente Corte cost. 22 marzo 2000, n. 75, in *Giur. cost.*, 2000, p. 821, con commento di F.G. SCOCA, *Una ipotesi di autotutela amministrativa impropria*, ha affermato che il carattere discrezionale del potere di annullamento dell'amministrazione non gode di una copertura specifica nella carta. Anche sulla base di questa pronuncia, la teoria dell'annullamento doveroso ha conosciuto una certa fortuna negli ultimi anni sia in relazione agli atti illegittimi che comportano un esborso economico sia in relazione agli atti in contrasto con il diritto comunitario. a chi scrive, tuttavia, sembra che la doverosità dell'annullamento rappresenti comunque l'eccezione alla regola.

Da tempo invero una parte della giurisprudenza amministrativa afferma che l'interesse pubblico all'annullamento degli atti illegittimi che comportano un esborso economico è *in re ipsa* (Cons. stato, Ad. plen. 7 marzo 1962, n. 2, in *Foro amm.*, 1962, I, p. 661 ss., con nota di E. CANNADA BARTOLI, *Buone prospettive in tema di annullamento d'ufficio e ripetizione d'indebito da parte della pubblica amministrazione*). Progressivamente questa posizione – in origine espressa dalla giurisprudenza in relazione a controversie di carattere prevalentemente patrimoniale (ad es., profili retributivi connessi all'inquadramento del personale, crediti dell'amministrazione nei confronti dei dipendenti) nelle quali il profilo dell'annullamento tende a confondersi con quello, concettualmente diverso, della ripetizione dell'indebito (oltre alla citata Cons. Stato., Ad. plen. n. 2/1962, v. anche Cons. Stato, sez. III, 15 aprile 2013, n. 2022; Cons. Stato, sez. III, n. 5481/2012; Cons. Stato, sez. VI, n. 1550/2009; Cons. Stato, sez. III, 9 giugno 2014, n. 2902) – ha trovato maggiore spazio ed è stata affermata in controversie relative al ritiro di atti concessori che comportano una spesa (Cons. Stato, sez. V, 10 marzo 1999, n. 244; Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2007, n. 6188; Cons. Stato, sez. V, 19 giugno 2009, n. 4106; Cons. Stato, sez. VI, 5 dicembre 2007, n. 6188; Cons. Stato, sez. VI, 29 maggio 2012 n. 3176) o di approvazione di convenzioni a carattere oneroso (Cons. Stato, sez. VI, 23 aprile 2009, n. 2510). La generalizzazione della doverosità dell'annullamento degli atti di spesa illegittimi è stata talora ravvisata nell'art. 1, co.136, l. n. 311/2004, il quale prevede che «al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari per le amministrazioni pubbliche, può essere sempre disposto l'annullamento di ufficio di provvedimenti amministrativi illegittimi, anche se l'esecuzione degli stessi sia ancora in corso», ma la giurisprudenza non ha condiviso questa interpretazione affermando che il termine «può» avrebbe il

essa ricade può essere espressione di potere discrezionale oppure vincolato.

Si confida tuttavia che le osservazioni svolte siano sufficienti a dimostrare che per ritirare i propri atti, l'amministrazione, nei limiti in cui questa facoltà le è riconosciuta, deve servirsi di poteri autonomi, poteri dotati di uno statuto giuridico diverso da quello dei poteri di primo grado su cui ricade la decisione di secondo grado.

7. Cenni conclusivi

La conclusione è che l'amministrazione in senso oggettivo non è, per usare una immagine, un'attività di flusso continuo come la legislazione, laddove il cri-

significato di consentire, e non di imporre, all'amministrazione l'annullamento d'ufficio «al fine di conseguire risparmi o minori oneri finanziari» (Cons. Stato, sez. VI, 18 ottobre 2009, n. 5621, *contra* F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio dell'atto amministrativo per illegittimità comunitaria*, in *Dir. amm.*, 2010, p. 450). oggi la prospettiva della generalizzazione della doverosità dell'annullamento sembra definitivamente smentita dall'art. 6, co. 2, l. n. 124/2015, il quale ha abrogato l'art. 1, co. 136, l. n. 311/2004.

Quanto agli atti in violazione del diritto europeo, una parte della dottrina individua nell'annullamento doveroso il rimedio per il ripristino della legalità violata (con varie argomentazioni: ad es. F. GOISIS, *L'annullamento d'ufficio*, cit., p. 442, secondo cui il principio della doverosità dell'annullamento dei provvedimenti «costosi» comporta l'obbligo di rimuovere provvedimenti che espongono lo stato a procedure di infrazione; mentre G. MASSARI, *L'atto amministrativo antieuropeo: verso una tutela possibile*, in *Riv. it. dir. pubbl. com.*, 2014, p. 643 ss., prospetta l'annullamento doveroso come soluzione in grado di compensare il presunto *deficit* di effettività del diritto europeo derivante dal regime della annullabilità e dai termini decadenziali di impugnazione). Questa soluzione, al momento, non trova l'avvallo della giurisprudenza europea, la quale afferma che una amministrazione pubblica non è obbligata a rimuovere un proprio provvedimento definitivo quando una successiva sentenza della stessa corte abbia palesato l'erroneità della interpretazione di una norma comunitaria sulla base della quale era stato emanato (Corte giust. 13 gennaio 2004, c-453/00, *Khune*; Corte giust., 12 febbraio 2008, c- 2/06, *Kempter*), né della giurisprudenza amministrativa, la quale si attesta sulla tesi della equiparazione del regime del provvedimento amministrativo in violazione del diritto europeo al regime del provvedimento in violazione del diritto interno (Cfr. Cons. Stato., sez. VI, 4 aprile 2008, n. 1414; Cons. Stato., sez. VI, 3 marzo 2006, n. 1023, in *Urb. app.*, 2006, p. 695 ss.; Cons. Stato., sez. IV, 20 maggio 2005, n. 2566 in *Foro amm.-Cons. Stato*, 2005, 1563; Cons. Stato., sez. VI, 16 febbraio 2005, n. 516, in *Dir. proc. amm.*, 2005, 797).

In dottrina sulle ipotesi di annullamento doveroso cfr. E. CANNADA BARTOLI, (*voce*) *Annullabilità e annullamento* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, II, Milano, Giuffrè, 1958; R. CHIEPPA, (*voce*) *Provvedimenti di secondo grado* (dir. amm.), in *Enc. dir.*, Ann., II-2, Milano, Giuffrè, 2008; S. VALAGUZZA, *La concretizzazione dell'interesse pubblico nella recente giurisprudenza amministrativa in tema di annullamento d'ufficio*, in *Dir. proc. amm.*, 2004, p. 1251; N. PIGNATELLI, *Legalità costituzionale ed autotutela amministrativa*, in *Foro it.*, 2008, p. 311 ss.; M. MAGRI, *La legalità costituzionale dell'amministrazione*, Milano, Giuffrè, 2002, p. 375; P. ROSSI, *Il riesame degli atti di accertamento. Contributo allo studio del potere di annullamento d'ufficio a favore del contribuente*, Milano, Giuffrè, 2008, 55; G. MANFREDI, *Doverosità dell'annullamento vs. annullamento doveroso*, in *Dir. proc. amm.*, 2011, p. 316 ss.; A. GUALDANI, *Verso una nuova unitarietà della revoca e dell'annullamento d'ufficio*, Torino, Giappichelli, 2016, p. 77 ss.

terio cronologico trova un fondamento di diritto positivo nell'abrogazione implicita. La decisione vincola lo stesso organo che la adotta. Esso può rimuoverla soltanto con poteri speciali, di cui è sempre più raramente titolare. L'inesauribilità del potere, se prima era apparsa una immagine offuscata, ora si dimostra smentita dal cambiamento di paradigma indotto dal diritto positivo.

H.A. Simon nel libro sul comportamento amministrativo osserva che «una persona che ha occupato sette anni della sua vita per diventare dottore, e poi altri dieci ad esercitare la professione medica, generalmente non deve impiegare dell'altro tempo per decidere se continuare ad essere un medico, o no [...] Similmente, un'impresa che produce scarpe non ha bisogno di riconsiderare ogni giorno (anche se vi possa essere la necessità di farlo di quando in quando) se gli converrebbe operare invece nel campo dell'industria automobilistica. Ciò restringe notevolmente le alternative che devono esser considerate dall'individuo ad ogni momento, e costituisce certamente una condizione necessaria, anche se non sufficiente, della razionalità»⁵⁴.

Le scelte dei privati tendono alla stabilità perché rivederle rappresenta un costo per l'autore; e la stabilità favorisce la razionalità delle scelte successive perché restringe il numero delle alternative da prendere in considerazione. La scelta dell'amministrazione tende invece all'instabilità perché i costi della revisione vengono riversati sul cittadino o sulla collettività; e ciò innesca una spirale di irrazionalità nella successiva attività dell'amministrazione perché produce il proliferarsi delle alternative o comunque non ne consente la limitazione. Per questa ragione il cambio di paradigma – nel senso che l'esaurimento del potere costituisce la regola e la possibilità di modificare il rapporto l'eccezione – rappresenta un passo in avanti non soltanto nell'ottica della tutela del privato ma anche in quella della razionalità complessiva del comportamento amministrativo.

⁵⁴ H.A. SIMON, *Administrative behaviour*, trad. it., *Il comportamento amministrativo*, Bologna, Il Mulino, 1958, p. 125.