

Daniele Corletto

Provvedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento

Sommario: 1. – Revoca e annullamento di provvedimenti favorevoli e tutela dell'affidamento: il problema; 2. – Il sistema francese: gli “*actes créateurs de droits*”; 3. – L’*Abrogation* dell’atto legittimo; 4. – Il *Retrait* dell’atto illegittimo nella impostazione più antica; 5. – Il *Retrait* nella giurisprudenza più recente; 6. – Revoca degli atti illegittimi e legittimo affidamento nella giurisprudenza comunitaria; 7. – Impostazione francese e impostazione comunitaria a confronto; 8. – Certezza delle aspettative soggettive a danno della certezza del diritto? 9. – L’impostazione inglese: diffidenza per il contagio comunitario e caute aperture; 10. – Il legittimo affidamento in Italia: ricezione normativa e posizione della Corte di Cassazione; 11. – Il legittimo affidamento nella giurisprudenza amministrativa; 12. – Il controllo giurisdizionale sull’annullamento in autotutela; 13. – L’annullamento d’ufficio su denuncia e quello spontaneo; 14. – Cenni conclusivi.

1. – Il principio della protezione dell'affidamento, quando riferito al campo dei rapporti fra le amministrazioni pubbliche e i cittadini, costituisce il criterio regolativo del rapporto fra due contrapposti interessi, da un lato l'interesse individuale del singolo alla persistenza di un quadro giuridico sul quale ha contato e che ha assunto a base delle sue valutazioni e delle sue scelte, e, dall'altro, la necessità di mantenere flessibilità e adattabilità all'azione dell'organo amministrativo.

Così suona la nozione che se ne dà nella dottrina tedesca ¹, che prima e più a fondo di ogni altra ha riflettuto sul concetto di cui ci occupiamo.

L'esigenza a cui quel principio risponde è però, ovviamente, presente in tutti gli ordinamenti, e in particolare negli ordinamenti europei, oltre che nel diritto dell'Europa, ai quali si è rivolta l'attenzione. In ognuno di questi, del resto, è riconosciuta la vigenza di regole e di istituti giuridici che di quel principio costituiscono declinazioni.

Regole e istituti che, talvolta, a quel principio danno attuazione pur senza espressamente riferirsi ad esso: il principio dell'affidamento, e quello più generale

Sta in: D. CORLETTO (a cura di), *Procedimenti di secondo grado e tutela dell'affidamento in Europa*, Padova, Cedam, 2007, pp. 1-64.

¹ E per tutti ci si rifà alla definizione offerta da K.-D. Borchardt, *Der Grundsatz des Vertrauensschutzes im Europäischen Gemeinschaftsrecht*, N.P. Engel Verlag, 1988, 1; ma in termini analoghi K.-A. Schwarz, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip. Eine Analyse des nationalen Rechts, des Gemeinschaftsrechts und der Beziehungen zwischen beiden Rechtskreisen* (Studien und Materialien zur Verfassungsgerichtsbarkeit Vol. 87), Nomos, Baden-Baden 2002.

della certezza giuridica, di cui il primo è spesso considerato una delle espressioni, sono infatti così profondamente radicati nella logica giuridica, o addirittura immedesimati con le ragioni di fondo dell'esistenza stessa di un ordinamento giuridico, da poter rimanere impliciti, tanto ovvia e immanente è la loro presenza.

Non è qui necessario affrontare la questione, astratta e quindi in fondo poco significativa, dell'inquadramento del principio di affidamento nel sistema dei principi: si è ritenuto talvolta di doverlo collegare al concetto di buona fede, altre volte di doverlo considerare uno degli aspetti del generale principio di certezza del diritto o (se si vuole così chiamarlo) di sicurezza giuridica; altre volte ancora lo si è collegato al concetto stesso di stato di diritto, il quale garantisce appunto, attraverso la certezza del diritto, le aspettative dei cittadini.

In particolare nella dottrina francese ² prevale l'opinione che il principio di "confiance légitime" sia da riportarsi, come sua derivazione o articolazione, al principio di certezza giuridica, che il principio della confiance légitime tenda insomma a realizzare obiettivi riportabili all'esigenza globale di certezza giuridica: *"le principe de sécurité juridique trouve de multiples expressions dans des principes plus spécifiques tels que l'obligation pour le juge de statuer en fonction du droit applicable au jour de la demande, la non-rétroactivité des normes juridiques, l'effet obligatoire des conventions entre les parties, l'interprétation restrictive des textes d'incrimination, l'existence de délais de recours et de prescription, le principe de la confiance légitime"*.

Con riferimento a questo ambito di ragionamenti, forse colgono nel segno quelle riflessioni che sottolineano come il principio di certezza giuridica sia una tautologia, dato che l'esigenza della certezza è la ragione stessa del fenomeno giuridico in sé, e appaiono sensate quelle opinioni che dubitano della utilità stessa di un tale principio, almeno finché ad esso non si dia un senso ed una portata più puntuali e determinati.

Un'ulteriore prospettiva, con nobili radici nelle rivendicazioni del 1789 e nello spirito della codificazione, sotto la quale il principio di certezza giuridica viene enunciato, si riferisce alla qualità, semplicità, conoscibilità e stabilità delle norme vigenti: *"Le principe de sécurité juridique implique que les citoyens soient, sans que cela appelle de leur part des efforts insurmontables, en mesure de déterminer ce qui est permis et ce qui est défendu par le droit applicable. Pour parvenir à ce résultat, les normes édictées doivent être claires et intelligibles, et ne pas être soumises, dans le temps, à des variations trop fréquentes, ni surtout imprévisibles"*. Sotto questo aspetto effettivamente si tratta di una delle declinazioni fondamentali del concetto di *Etat de droit*.

Ma più che affrontare le forse troppo ampie prospettive che l'inquadramento del principio di affidamento aprirebbe, interessa qui dare conto del concreto atteggiarsi delle risposte giurisprudenziali e dottrinali alle questioni che si pongono in tema di annullamento e revoca di provvedimenti amministrativi favorevoli.

² Cfr., con ampia ricostruzione e numerosi riferimenti: S. Calmes, *Du principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz 2001;

Tutti gli ordinamenti non possono fare a meno di riconoscere che le pubbliche amministrazioni debbono talvolta poter tornare sulle proprie precedenti decisioni, anche eventualmente su quelle con le quali si attribuivano vantaggi o si creavano comunque situazioni favorevoli ai loro destinatari o a terzi, sia che ciò avvenga in conseguenza di una rivalutazione della legittimità (o dell'opportunità) del precedente operato, sia che si tratti di adeguare precedenti assetti a nuove situazioni o esigenze.

In tutti gli ordinamenti d'Europa si pone dunque, sotto un primo profilo, il problema di regolare il rapporto fra le scelte e le decisioni dell'amministrazione e il fluire del tempo. Se non è pensabile in assoluto negare all'azione dell'amministrazione la mutabilità, la adattabilità di soluzioni e di assetti a nuove esigenze, a mutati punti di vista, alle novità tecniche e alle evoluzioni politiche, se insomma è evidentemente necessario garantire all'azione pubblica la necessaria flessibilità, sorge però di conseguenza la questione del peso che si voglia attribuire alle aspettative di chi, sulla base di precedenti scelte o di precise decisioni che gli attribuivano specifiche possibilità di azione, avrebbe confidato nella prosecuzione della situazione per lui favorevole, e in vista della quale ha lavorato, investito, organizzato, al punto da legare, al limite, la sua intera prospettiva di vita o di successo alle decisioni amministrative esistenti in un certo momento.

Il principio della protezione dell'affidamento, la *Vertrauensschutz*, la tutela della *confiance légitime* o della *legittima confianza*, la considerazione delle *Legitimate expectations*, conoscono qui un loro primo banco di prova.

Come la si voglia chiamare, quale sia il punto di vista sotto il quale si voglia vedere questa situazione, quello della protezione della buona fede, delle legittime aspettative, dell'affidamento, della prevedibilità e stabilità delle decisioni dell'amministrazione, al cuore della cosa vi è sempre la contrapposizione di interessi diversi.

Da un lato quello dell'amministrazione, o, se si vuole, l'interesse della collettività intera, il pubblico interesse, così come concepito ed espresso dagli organi dell'amministrazione stessa, in relazione alle modificazioni della realtà, o così come rivalutato, anche allontanandosi da precedenti valutazioni e scelte, ad un certo punto ritenute errate, ma pur sempre seguendo le indicazioni di sostanza, le opzioni di priorità, e le modalità procedurali che il legislatore ha loro imposto.

E, dall'altro, l'interesse dei privati, dei cittadini, degli imprenditori, a condurre la loro vita e i loro affari sulla base del quadro giuridico loro tracciato e delle possibilità di azione loro riconosciute, in un certo momento, dall'amministrazione, a non trovarsi insomma "spiazzati" da inattesi mutamenti dello scenario.

Sotto un altro punto di vista, viene poi in questione una ulteriore occasione di confronto, di attrito fra interessi e valori opposti, che vede contrapposti il principio di certezza, di sicurezza, di stabilità, di continuità, e il principio di legalità.

Il principio di affidamento viene quindi chiamato in causa anche con riferimento alla situazione che si crea quando il trionfo della maestà della legge, il ripristino della legalità violata, la riaffermazione e la sanzione del primato della volontà legislativa, esige che si intervenga su di un effetto o una situazione che fin dall'inizio non avrebbe dovuto, secondo la legge, verificarsi, e che va, perciò, cancellata con effetto retroattivo, in modo che si ritorni alla condizione che si sarebbe avuta se la legge fosse stata, come si sarebbe dovuto, rispettata fin dall'inizio. Si tratta quindi di individuare se vi sia un limite al potere di riesaminare gli atti dell'amministrazione alla luce della loro legittimità, e in particolare quale sia il limite alla possibilità per l'amministrazione stessa di annullare d'ufficio i propri atti, della cui illegittimità si avveda dopo che questi abbiano già iniziato a produrre i loro effetti.

E' significativo notare subito che se la risposta all'esigenza di trovare un punto di equilibrio, una regola di conciliazione, fra il postulato di fondo dello stato di diritto, il principio di legalità, e la garanzia e il rispetto delle posizioni e delle aspettative dei cittadini esige comunque l'individuazione di un qualche criterio, non necessariamente questo consiste nell'esplicito ricorso all'idea di affidamento. Sotto questo aspetto è significativo il caso, che si è studiato, dell'ordinamento francese.

2. – Nell'ordinamento francese la disciplina degli atti con i quali l'amministrazione interviene sull'efficacia di suoi precedenti atti, perché illegittimi o per la ritenuta opportunità di modificare il quadro di interessi che ne risulta, di quegli atti di secondo grado, insomma, che noi chiameremmo “annullamento d'ufficio” e “revoca” (ma senza con questo sentirci autorizzati ad evocare con ciò il regime corrispondente), è stata oggetto di storiche decisioni del Conseil d'Etat, dalle quali è risultata una disciplina di matrice giurisprudenziale originale ed interessante.

La radicale distinzione che sta alla base della disciplina in questione è quella che contrappone atti che creano diritti e atti ai quali non viene riconosciuta questa attitudine.

Si deve notare subito che tale fondamentale articolazione non è operata, a posteriori, sulle particolarità del caso concreto, ma risulta da una astratta classificazione, sempre opera della giurisprudenza, per categorie, per tipi di atti. La nozione di “actes créateurs de droits” non è dunque una nozione “susceptible de varier selon la situation concrète de la personne qui en est le destinataire”³. Si nota di conseguenza come il concetto di “*droit acquis*”, come situazione soggettiva generata da un atto “creatore di diritti”, si è fatto astratto e convenzionale, osservandosi in proposito che “la notion de droits acquis a pratiquement perdu tout rapport avec l'idée primitive de droits acquis qui n'était évidemment pas dépourvue de tout lien avec la notion de droits subjectif”⁴.

³ M. Fromont, *Le principe de sécurité juridique*, in AJDA, 20 juin 1996 spécial, 179.

⁴ M. Fromont, cit., ivi.

Non sono “creatori di diritti”, in ragione della loro carattere generale ed astratto, gli atti di natura normativa.

Nessun dubbio sussiste quindi, nel sistema giuridico francese, in ordine alla possibilità per il potere esecutivo di abrogare, senza alcun limite, i propri regolamenti, senza riguardo ad aspettative che sulla loro vigenza potessero essersi create: “Tout règlement administratif peut être abrogé par l'autorité qui l'a édicté”. “Il résulte d'une jurisprudence constante que nul n'a de droits acquis au maintien d'une disposition réglementaire, et que l'autorité compétente peut à tout moment l'abroger ou la modifier”.⁵

In presenza di modificazioni della situazione di fatto che aveva dato luogo alla loro adozione, una antica giurisprudenza (Conseil d'Etat, 10 janvier 1930, *Despujol*: “L'Administration est tenue de modifier ou d'abroger l'acte devenu illégal par suite de changements dans ces circonstances de fait ou de droit postérieurs à sa signature”) sostiene anzi il principio del dovere, per l'amministrazione, di abrogazione degli atti illegittimi e così anche dei regolamenti.

Con più recenti pronunce (Conseil d'Etat, 20 avril 1988, *Conseil national de l'Ordre des médecins*; Conseil d'Etat, 3 décembre 1989, *Compagnie Alitalia*) il Conseil d'Etat ha riconosciuto ad ogni amministrato la possibilità, non soggetta a termini, di chiedere all'amministrazione, “d'abroger les actes réglementaires illégaux dès l'origine ou devenus illégaux du fait d'un changement dans les circonstances de fait ou de droit”, come può avvenire in particolare per il sopraggiungere di una direttiva comunitaria.

Tale regime dei regolamenti si giustifica con ciò, che dal regolamento, atto generale e astratto, non possono nascere diritti, o, come anche si dice, “nul n'a de droits acquis au maintien d'un règlement”.

Quanto poi agli atti individuali, la risposta alla questione se il singolo atto sia o no “creatore di diritti” è data, come si è detto, in astratto, per tipologie di atti, secondo regole fissate dalla giurisprudenza legislatrice del Conseil d'Etat.

Sicché si può dire che c'è una “lista prestabilita di atti precari”⁶, di atti dei quali non è garantita la permanenza, dato che non fanno nascere diritti. (Si potrebbe in verità chiedersi se la cosa non possa essere enunciata in senso contrario, riferendosi ad una lista di atti dei quali si dice che non fanno nascere diritti, dato che si è valutato che debbano considerarsi precari).

Bisogna aver presente che, se generalmente l'attitudine a creare diritti è considerata dal punto di vista del destinatario del provvedimento, non si esclude però che un atto si consideri “creatore di diritti” in relazione alle prospettive e alle aspettative di terzi, che ne risultano avvantaggiati: ad es. il rifiuto di reintegrare un funzionario estromesso dall'amministrazione è stato considerato non revocabile in

⁵ R. Chapus, *Droit administratif général*, t. I, 14^{ème} ed., Montchrestien 2000, 1338. Da un secolo infatti la giurisprudenza dice che «le droit d'apporter des modifications à un règlement initial est reconnu à l'administration quand des circonstances nouvelles manifestent cette nécessité» Conseil d'Etat 6 décembre 1907, *Compagnie des chemins de fer de l'Est et autres*.

⁶ Cfr. ancora M. Fromont, cit. *ivi*.

quanto atto “creatore di diritti” per i colleghi del funzionario stesso, che aspiravano ad essere promossi a ricoprire il posto lasciato libero (Conseil d’Etat 12 juin 1959, *Syndicat chrétien du Ministère de l’industrie et du commerce*).

Non sono stati considerati tali invece (e quindi ne è stata ritenuta legittima la revoca) il rifiuto del permesso di costruire (in relazione alle speranze dei vicini), il rifiuto di autorizzazione all’apertura di una farmacia (in relazione alle attese dei terzi concorrenti).

Non sono creatrici di diritti le decisioni ottenute con la frode, con false dichiarazioni, con manovre in mala fede.

Né lo sono le decisioni amministrative meramente dichiarative di una situazione di fatto, e neppure le decisioni che sono soggette al potere di riforma del superiore gerarchico.

Una giurisprudenza ora superata riteneva poi non creatrici di diritti le “*décisions pécuniaires*”, ossia quegli atti attributivi di benefici economici, adottati nell’attuazione di un potere del tutto vincolato a puntuali presupposti. Ora il concetto appare superato da Conseil d’Etat 6 novembre 2002, *Mme Soulier*, che ha ritenuto che una decisione che accorda un vantaggio finanziario è “creatrice di diritti” nel beneficiario, pur se l’amministrazione aveva l’obbligo di rifiutare il vantaggio in questione.

Sono considerate “non creatrici di diritti” le misure di polizia, ossia le decisioni che costituiscono attuazione di un potere di polizia. Il concetto ha un’estensione che va oltre il campo dei provvedimenti mirati alla difesa dell’ordine pubblico, ricomprendendo anche la “*police administrative*”, la quale ha come suo obiettivo “*le bon ordre, la sûreté, la sécurité et la salubrité publiques*”, alle quali si aggiunge di solito anche la “*tranquillité*”, come tutela “*du calme des citoyens*”.

Non creano diritti le decisioni soggette a condizione, e inoltre quelle da considerarsi inesistenti, o nulle (“*nulles et non avenues*”), in presenza di vizi radicali ed evidenti (ad es. nomina del funzionario che ha già superato il limite d’età).

La nozione di “atto che crea diritti” è dunque largamente convenzionale. Pare di dover dire che, quando si parla di “atto che crea diritti”, questi ultimi non necessariamente si identificano con la situazione giuridica che va sotto quel nome, sembrando piuttosto talvolta che il “diritto” che l’atto crea sia quello al mantenimento dell’atto stesso e quindi della situazione da esso provocata, quale che sia la natura effettiva che le regole sostanziali dell’ordinamento attribuiscono a questa.

La nozione nasconde quindi, talvolta, una sorta di petizione di principio: si ha diritto al mantenimento di quegli atti che fanno nascere il diritto al loro mantenimento. Del resto (come si è già osservato) non è chiaro se l’atto creatore di diritti sia, in quanto tale, non “ritirabile”, o se non si debba dire all’opposto che l’atto ritenuto non ritirabile crea, perciò, dei “diritti”.

3. – In tutti i casi di atti che non creano diritti, nel senso accennato, l'amministrazione ne conserva la disponibilità, nel senso che può, a sua discrezione, farne cessare l'efficacia. Di tali atti è quindi sempre possibile l' "abrogation" (Conseil d'Etat, 23 novembre 1990, *Fondation du Centre hospitalier des courses*), ossia la decisione di farne cessare, da un certo momento in poi, gli effetti: a queste situazioni, una volta accettata la premessa che non vi sono coinvolte situazioni favorevoli che l'ordinamento riconosca, non vi è ragione, nella logica francese, di applicare gli argomenti connessi con il tema della certezza giuridica e ancor meno quelli che hanno a che fare con la protezione dell'affidamento.

E' sottointeso, implicito nella fiducia che si nutre nei confronti della amministrazione, che a tale decisione l'amministrazione giungerà in vista della migliore tutela degli interessi ad essa affidati: non si sente quindi di solito il bisogno di circoscrivere i presupposti di tale ulteriore provvedimento, individuandoli in un cambiamento del diritto applicabile o delle circostanze di fatto, come invece sembra fare, in termini generali, ossia senza distinzione fra atti creatori di diritti e no, la giurisprudenza comunitaria.

Per altro verso però si nota talvolta una tendenza a ragionare, anche nei casi di *abrogation*, in termini di legittimità della permanenza del provvedimento, la quale verrebbe meno quando mutino le condizioni di fatto o di diritto alle quali era stata collegata la sua adozione: ne discende un obbligo di rimuovere l'atto, con la possibilità per gli interessati di chiederla all'amministrazione, come si è già visto.

Se riconosciuto illegittimo, poi, l'atto non creatore di diritti può essere – senza alcuna limitazione (a differenza di quanto si vedrà per gli atti che fanno nascere diritti) – oggetto di *retrait*, ossia di annullamento retroattivo con cancellazione degli effetti prodotti.

L'atto creatore di diritti e legittimo è quello dotato della massima resistenza: rimanendo escluso che l'amministrazione possa operarne il *retrait*, in assenza del presupposto di questo, la illegittimità.

Degli atti creatori di diritti si suole dire poi che non sono abrogabili, salvo domanda del titolare dei diritti, e salvo che la legge non preveda un tale potere, per il verificarsi di puntuali presupposti ("l'autorité administrative ne peut abroger une décision non réglementaire créatrice de droits, en l'absence de demande en ce sens du titulaire des droits, que dans les cas prévus par les lois et règlements en vigueur": Conseil d'Etat 30 juin 2006, *Soc. Neuf Telecom*) e ciò in contrapposizione all'atto non creatore di diritti, del quale si afferma che: "... il appartient à tout intéressé de demander à l'autorité compétente de procéder à l'abrogation d'une décision illégale non réglementaire qui n'a pas créé de droits, si cette décision est devenue illégale à la suite de changements dans les circonstances de droit ou de fait postérieurs à son édicition": Conseil d'Etat, 30 novembre 1990, *Ass. Les Verts*.

Nel caso da ultimo ricordato tuttavia, come si accennava, l'abrogabilità dell'atto è giustificata in ragione del venir meno di requisiti di legittimità, fra i quali si ricomprende, oltre che la modifica del dato normativo, anche il modificarsi della situazione di fatto: tale prospettazione presenta come "oggettiva" e doverosa la decisione di far venir meno l'efficacia dell'atto, sottraendola così alla valutazione puramente discrezionale dell'amministrazione, e riportandola al più rassicurante e oggettivo ambito della doverosa applicazione della legge.

In altri casi invece (Conseil d'Etat, 27 juillet 2005, *Gilles*) si sottolinea come il carattere creatore di diritti dell'atto con cui si è attribuito un beneficio finanziario non impedisce che tale decisione sia abrogata per l'avvenire non solo "si l'intéressé ne remplit plus les conditions auxquelles cet avantage est subordonné", ma anche "si l'administration modifie l'appréciation qui avait justifié son attribution".

Sono questi i casi nei quali, se pur si ribadisce in generale il principio di intangibilità degli atti individuali, si ammette una ampia possibilità di revoca, limitandosi a precisare, quanto all'aspetto formale, che l'abrogazione non è possibile se non sulla base di un "contrarius actus", nel rispetto delle competenze e del principio parallelismo delle forme.

Resta però che la modifica, o il venir meno degli effetti favorevoli prodotti dall'atto legittimo, non può in nessun caso retroagire.

Spesso poi si individuano alcuni tipi di atti, non abrogabili neppure se fosse modificata la disciplina normativa che li regge (ad es. la attribuzione di un diploma o di una onorificenza, che il titolare ha diritto a conservare in ogni caso, anche se quel diploma o quell'onorificenza scomparissero dall'ordinamento, o il permesso di costruire – o almeno quello già utilizzato – che non risente della modifica delle destinazione dell'area dove la costruzione è stata effettuata).

4. – Ma il centro dell'attenzione della giurisprudenza è stato il tema dei limiti alla possibilità di sottoporre a *retrait* l'atto illegittimo, quando questo attribuisca diritti.

La logica nella quale si è posto a suo tempo (nel lontano 1922) il Conseil d'Etat è stata quella del parallelismo fra la situazione del ricorso giurisdizionale e quella del *retrait* operato dalla stessa amministrazione.

Si osservava che, nell'ambito della procedura contenziosa, gli atti amministrativi sono impugnabili entro il termine per il ricorso, generalmente breve, passato il quale gli atti non possono più essere contestati e diventano "definitivi". Solo in casi di straordinaria gravità si consente a questa regola, ispirata al principio della stabilità delle situazioni giuridiche, una eccezione, riconoscendo la possibilità di pronunciare anche su di un atto "definitivo" quando questo sia qualificabile, per la gravità e l'evidenza dei vizi che lo guastano, come inesistente.

Parallelamente al giudice, e comunque sotto il controllo di questo, l'amministrazione è garante della legalità dei suoi atti. L'imperativo della legalità si riferisce infatti non solo al dovere di rispettare le norme nella propria azione, ma si

estende al dovere (e comporta quindi la possibilità) di correggere gli errori eventualmente compiuti. Così, in piena simmetria rispetto alla regola che limita rigorosamente nel tempo la possibilità di mettere in discussione la legittimità di un atto, per ottenere eventualmente dal giudice l'annullamento retroattivo di esso, deve ritenersi che anche il potere dell'amministrazione di pronunciare essa stessa il *retrait* dei suoi atti illegittimi, con effetti analoghi a quelli della pronuncia giurisdizionale, debba essere limitato nel tempo, e precisamente soggetto allo stesso termine cui è soggetta la possibilità di ricorso.

Per gli atti creatori di diritti, quindi, l'*arrêt Dame Cachet* del 3 novembre 1922 ha disposto che – in nome della “certezza delle relazioni sociali” che impone di assicurare la stabilità dei diritti conferiti e delle situazioni acquisite, per quanto illegittimamente – si debba limitare nel tempo la prerogativa dell'autorità amministrativa di annullare i propri atti illegittimi, consentendola solo “*tant que les délais du recours contentieux ne sont pas expirés*”, e quindi entro l'ordinario termine di due mesi dalla notificazione o pubblicazione dell'atto. Nel caso poi che il ricorso giurisdizionale sia stato effettivamente proposto, la possibilità per l'amministrazione di procedere d'ufficio all'annullamento del suo atto permane anche oltre il decorso dei termini di impugnazione, fino a che il processo pende, fino a che insomma il giudice non si sia pronunciato.

La soluzione allora data dal Conseil d'Etat al problema posto dalla “*dialectique de la légalité des actes administratifs et de la stabilité des situations juridiques*” appare (o meglio: appariva) rigorosa, logica ed elegante: l'esigenza di certezza giuridica e di consolidamento delle situazioni comunque nate (dei “diritti acquisiti”) veniva conciliata con l'imperativo della legalità, alla quale era funzionale la riaffermazione della possibilità, e anzi del dovere, dell'amministrazione di verificare e sanzionare l'illegittimità dei suoi atti.

All'esigenza di garantire la certezza si rispondeva tramite la piena sovrapposizione della soluzione data a quella cui la norma in tema di ricorsi contenziosi sottopone il ricorso al giudice, con il risultato che il *retrait* restava consentito all'amministrazione fino a tanto che rimanesse possibile l'annullamento da parte del giudice.

Del resto si può ricordare che il riconoscimento della possibilità per l'amministrazione di annullare i suoi atti è esso stesso risultato di una “conquista”, rispetto all'idea originaria che solo al giudice possa essere riconosciuto il potere di annullare, in nome della legalità, decisioni amministrative. Solo dieci anni prima dell'*arrêt Dame Cachet*, nel 1912, si era riconosciuto all'amministrazione il potere di intervenire sui suoi propri atti (Conseil d'Etat 16 février 1912, *Abbé Blanc*), prima impedito dal dogma della intangibilità assoluta, per l'amministrazione, dei *droits acquis*, corollario a sua volta del principio della riserva al solo giudice della garanzia dei diritti.

Anche al controllo della stessa amministrazione sui suoi atti si riconosce lo stesso carattere di intervento oggettivo, al servizio del principio di legalità, che è tradizionalmente attribuito al rimedio contenzioso. Giurisprudenza e dottrina, anche in tempi assai più recenti di quelli nei quali si colloca l'*arrêt Dame Cachet*, non accennano, fra i presupposti cui è legata la decisione di ritirare l'atto illegittimo, ad una qualsiasi valutazione di interesse pubblico che debba sottostare alla decisione di *retrait*, risultando anzi evidente (tanto da restare implicito) che tale decisione sia sempre adeguatamente motivata dall'esigenza di "ripristinare la legalità violata", di ricondurre a legalità una situazione nella quale l'amministrazione ha errato nell'applicazione del diritto. Anche quando si sottolinea il dovere dell'amministrazione di motivare il *retrait*⁷, ci si riferisce (o almeno così pare) ad una motivazione "in diritto" sui profili di illegittimità, senza che venga in questione una motivazione sugli interessi coinvolti e sul loro peso. Che poi l'amministrazione possa essere mossa, nel compiere la rivalutazione dei profili di legittimità, anche da esigenze di tutela di interessi a lei affidati, rimane, per così dire, fra le righe di quelle affermazioni (nelle conclusioni del Commissario del governo in vista della decisione Dame Cachet) che sottolineavano che il controllo di legalità dei suoi atti era, per l'amministrazione, "essenziale alla sua azione".

Se l'amministrazione può, ed anzi è tenuta a sanzionare l'illegalità dei suoi atti, essa però non può avere in ciò poteri più ampi, anche quanto ai termini cui sono sottoposti, di quelli riconosciuti al giudice.

Di qui l'impostazione di un pieno parallelismo, anche quanto ai tempi, fra annullamento giurisdizionale e annullamento "in autotutela", nel quale si potrebbe vedere una "importazione", nel campo della verifica di legittimità operata dalla stessa amministrazione, della disciplina dettata in vista del processo. Con ciò, una volta che il ricorso al giudice non sia più possibile, o che il processo si sia concluso, l'atto, e i diritti che esso fa nascere, sono al riparo anche dall'annullamento d'ufficio, e rimangono definitivamente stabili nell'ordinamento.

5. – La successiva evoluzione della giurisprudenza ha messo in evidenza poi alcuni risvolti dell'originaria impostazione, e ha condotto in sostanza a rompere l'originario equilibrio che la decisione ricordata aveva trovato fra le opposte esigenze della legalità e della certezza.

In particolare una conseguenza, forse non prevista, del collegamento instaurato fra impugnabilità dell'atto e sua "ritirabilità", sta in ciò, che, in mancanza delle misure pubblicitarie (notificazione o pubblicazione) dalle quali dipende l'inizio della

⁷ Espressamente il dovere di motivazione è imposto dalla Loi n. 79-587 du 11 juillet 1979 (Loi relative à la motivation des actes administratifs et à l'amélioration des relations entre l'administration et le public) anche alle decisioni che «retirent ou abrogent une décision créatrice de droits».

decorrenza del termine per il ricorso giurisdizionale, l'atto, ancorché creatore di diritti per qualcuno, rimane ritirabile senza termine. Infatti, se l'atto è stato oggetto di notificazione alla persona per la quale produce la nascita di una posizione favorevole, ma non vi è stata alcuna pubblicazione, il termine non inizia a decorrere con riguardo ai terzi eventualmente interessati ad attaccare l'atto, per i quali rimane quindi aperta, in astratto, la possibilità di presentare un ricorso. Di conseguenza, poiché la decisione amministrativa non può considerarsi divenuta definitiva, un suo *retrait* rimane possibile per l'amministrazione, indipendentemente dalla circostanza che i terzi interessati, se pure ve ne sono, non abbiano in fatto proposto ricorso.

Con la pronuncia del Conseil d'État, 6 mai 1966, *Ville de Bagneux*, che ha riconosciuto all'amministrazione il potere di ritirare in ogni tempo l'atto illegittimo che non sia stato oggetto di misura pubblicitaria, l'equilibrio a suo tempo trovato si rompeva dunque a favore della esigenza di legalità, e a danno di quella di certezza.

Con il grave inconveniente che si offriva così all'amministrazione la possibilità, omettendo di dare pubblicità rispetto ai terzi, di tenersi aperto a sua discrezione, all'infinito, il termine per l'annullamento del suo proprio atto: la sentenza *Ville de Bagneux* poteva in effetti essere vista come una "*curieuse incitation à ce que l'administration n'informe pas les tiers des décisions créatrices de droits*", conferendo all'amministrazione la posizione di "*maitresse du délai de retrait*".

Si poneva poi, di conseguenza, anche il problema del *retrait* degli atti di assenso silenzioso: una volta che la legge equipari il silenzio mantenuto su di una domanda ad un provvedimento positivo, poiché in generale le decisioni implicite di assenso non ricevono alcuna misura di pubblicità, l'applicazione della giurisprudenza citata da ultimo porterebbe a concludere che esse possano essere ritirate in ogni tempo.

A impedire tale conseguenza il Conseil d'Etat, con la decisione 14 novembre 1969, *Eve*, ha deciso che, dopo il decorso del termine di legge per la formazione della decisione implicita, l'amministrazione è spogliata del suo potere di decisione, e non può quindi ritirare la decisione implicita nata dal suo silenzio. Questa stessa decisione rimane tuttavia, ovviamente, impugnabile per i terzi interessati.

Con ciò veniva però compiuta una implicita sconfessione della logica che sosteneva al fondo l'orientamento giurisprudenziale *Dame Cachet*: con l'ammettere che il *retrait* non fosse consentito nonostante fosse ancora aperta per i terzi la possibilità di ricorrere contro l'atto tacito, si rompeva il principio del collegamento necessario fra la possibilità di ricorso giurisdizionale e quella di *retrait* dell'amministrazione.

Il tema degli atti taciti di assenso è stato poi disciplinato (correggendo legislativamente la linea giurisprudenziale *Eve*) con legge: la Loi n. 2000-321 du 12 avril 2000 (*Loi relative aux droits des citoyens dans leurs relations avec les administrations*) ricollegandosi da un lato alla originaria giurisprudenza *Dame Cachet*, ma dall'altro fissando autoritativamente un termine specifico per l'esercizio del *retrait*, ha disposto (art. 23) che le decisioni implicite di assenso possano essere ritirate per illegittimità

dall'autorità amministrativa entro il termine per ricorrere, se la decisione implicita è stata oggetto di misure di pubblicità, idonee a far decorrere appunto quel termine, o, in caso non vi siano state misure di pubblicità, entro il termine di due mesi dalla data di formazione della decisione, e comunque finché pende il giudizio, se un ricorso contenzioso è stato presentato.

La previsione di un termine "assoluto" entro il quale il ritiro è consentito ha poi, a sua volta, fatto da modello al successivo passo della giurisprudenza del Conseil d'Etat, il quale rappresenta ora lo "stato dell'arte" della questione.

Con la sentenza 26 ottobre 2001, *Ternon*, il Conseil d'Etat ha infatti operato una svolta, drastica e innovatrice nelle premesse, pur se alla fine sostanzialmente fedele alla originaria concreta disciplina voluta dall'*arrêt Dame Cachet*, compiendo la dissociazione fra il diritto di *retrait* dell'amministrazione e il diritto di ricorso dei terzi, e di conseguenza slegando i rispettivi termini, realizzando insomma "*le découplage entre le délai de retrait administratif et le délai de recours juridictionnel des tiers*" (così nelle Conclusioni del Commissario del Governo Séners in vista dell'*arrêt Ternon*⁸).

Fermo restando dunque che l'esigenza di certezza impone di individuare un termine certo al potere dell'amministrazione di ritirare per illegittimità le sue decisioni che creano "diritti", e che non è necessario che questo termine venga collegato a quello per ricorrere, posto che "*le délai de retrait ne présente plus de liens juridiques ou logiques avec celui de recours contentieux*", il Conseil d'Etat si è sentito libero di determinare, sovranamente, questo termine in quattro mesi.

Quanto al momento della decorrenza del termine, constatata l'opportunità di scollegare quel momento da quello individuato per i ricorsi giurisdizionali, è sembrato al Conseil d'Etat che esso dovesse individuarsi, piuttosto che in quello della sua notificazione, nel momento di adozione dell'atto, ossia della sua sottoscrizione. Quel momento è quello nel quale l'atto creatore di diritti inizia normalmente a produrre i suoi effetti, e del resto quella è la data che l'amministrazione conosce con maggiore certezza.

Prosegue il Commissario del Governo nelle sue Conclusioni, poi interamente accolte dal Conseil d'Etat, sottolineando che il rapporto specifico che l'atto creatore di diritti instaura fra il suo autore e il suo destinatario richiede che quest'ultimo debba poter contare, passato un termine preciso, sulla stabilità della posizione dell'amministrazione: in questi termini – continua – si può parlare di *confiance*, di affidamento, trattandosi di atti unilaterali e nel quadro della concezione di certezza giuridica accolta dallo stesso Conseil d'Etat.

Questo riferimento, che è da credere sia tutt'altro che casuale, anche se assai contenuto e quasi fortuito, sembra rappresentare un modo, elegante e rispettoso, di mostrare al Conseil d'Etat che vi è forse un modo di conciliare le impostazioni che esso fa proprie in tema di regime delle decisioni amministrative e di certezza

⁸ Pubblicate in RFDA 2002, 77.

giuridica, con il concetto del legittimo affidamento, della “*confiance légitime*”, che proviene dall’ordinamento comunitario.

Ed è di questo punto che conviene adesso occuparci.

6. – Le soluzioni che la giurisprudenza del Conseil d’Etat ha dato al problema degli atti di secondo grado dell’amministrazione, e dei limiti cui questi sono soggetti, prescindono del tutto, come si è visto, dall’utilizzo del concetto di affidamento, di legittima aspettativa, di *confiance légitime*.

Come si dirà più avanti, il Conseil d’Etat ha anzi espressamente negato che quello di “legittimo affidamento” (*confiance légitime*) costituisca un principio generale del diritto francese, limitandosi a riconoscerlo come un principio dell’ordinamento giuridico comunitario, utilizzabile dal giudice francese solo quando la situazione giuridica di cui deve conoscere rientri nel campo di applicazione del diritto comunitario.

Tutto al contrario, sulla nozione di “legittimo affidamento” si impernia invece, come è noto, la risposta che il giudice comunitario dà alla comune necessità di dare protezione ai valori della certezza e della stabilità delle situazioni favorevoli acquisite.

Ormai innumerevoli volte (che appaiono poi moltiplicate dal gioco di specchi che si crea con la citazione, nel contesto di ogni decisione, delle massime risultanti dalle precedenti) la Corte di giustizia europea e il Tribunale di primo grado hanno dichiarato che “la revoca” – intendendosi con tale termine anche quello che noi chiameremmo annullamento d’ufficio, giustificato dall’illegittimità dell’atto, e con effetto retroattivo – “di un atto illegittimo è consentita solo entro un termine ragionevole e se l’istituzione da cui emana ha adeguatamente tenuto conto della misura in cui il destinatario dell’atto ha potuto eventualmente fare affidamento sulla legittimità dello stesso. Se queste condizioni non sono soddisfatte, la revoca lede i principi della certezza del diritto e del legittimo affidamento e deve essere annullata” (CGCE, 26 febbraio 1987, Consorzio Cooperative d’Abruzzo/Commissione, C-15/85, e ancor prima CGCE 3 marzo 1982, Alpha Steel/Commissione, C-14/81). E ancora, con più puntuale riferimento al principio di legalità e alla circostanza che l’atto abbia creato dei diritti, si è affermato che “Le respect du principe de légalité autorise le retrait, avec effet rétroactif, des décisions illégales adoptées par les autorités communautaires, même lorsqu’elles ont pu créer des droits subjectifs dans le chef de leurs destinataires, à la condition toutefois que ce retrait intervienne dans un délai raisonnable, de manière à ce que soit préservé l’intérêt particulier du destinataire de la décision retirée au respect du principe de la sécurité juridique, et qu’il soit tenu compte de la mesure dans laquelle le destinataire de la décision retirée a pu avoir une confiance légitime en sa légalité” (Tribunale di primo grado, 26 gennaio 1995, De Compte/Parlement T-90/91 e T-62/92).

Del resto il legittimo affidamento era stato consacrato come “principio fondamentale della comunità” già con la pronuncia CGCE 5 maggio 1981, Dürbeck/ Hauptzollamt Frankfurt am Main-Flughafen, C-112/80.

Non è qui possibile chiedersi quale sia il fondamento concettuale della nozione, e in particolare se essa sia da vedersi come una derivazione, o una specificazione, del più generale principio di certezza del diritto, e precisamente un corollario di quel principio, visto nella dinamica della sua dimensione temporale e proiettato nel suo risvolto soggettivo, o se sia invece un principio avente una sua propria specificità, parallelo e non dipendente da quello di certezza, e come questo discendente dai fondamenti stessi dello stato di diritto, o se si tratti di una regola di civiltà giuridica ricollegabile piuttosto all'imperativo della protezione della buona fede.

Neppure è facile azzardare una soddisfacente definizione del concetto di “legittimo affidamento”, che è stato analizzato e discusso da vastissima dottrina europea ⁹. Non manca chi ha notato che si tratta di una nozione piuttosto incerta e chi ¹⁰ ha spiegato il successo del principio di legittimo affidamento con ciò, che si tratta di una nozione i cui contorni sono, a prima vista, sufficientemente elastici da potersi applicare a qualsiasi situazione di fatto, trattandosi di nient'altro, in fondo, che di “una maniera rispettabile di coprire una richiesta rivolta alla Corte per sollecitare una forma equitativa di giudizio”.

In effetti non pare facile chiarire con sufficiente approssimazione, sulla base della ampia giurisprudenza comunitaria, una serie di elementi essenziali per la definizione dei contorni del concetto in questione. Non è sempre chiaro ad esempio da cosa sia fatta dipendere la nascita, il formarsi, di una situazione definibile come “legittimo affidamento”. Secondo una prima possibile impostazione, si dovrebbe addirittura concludere che l'affidamento sulla legittimità, e quindi sulla stabilità, del provvedimento comunitario favorevole, nasca ex se, dal fatto stesso che il provvedimento esista: se l'atto amministrativo gode di una presunzione di legittimità (CGCE 26 febbraio 1987, Consorzio cooperative d'Abruzzo/Commissione, C-15/85) chi ne viene avvantaggiato deve senz'altro (per default, si direbbe) ritenersi aver acquisito, fin dall'origine e senza altri indugi, un legittimo affidamento. Per la verità si deve però osservare che nella sentenza ricordata, l'argomento che faceva perno sulla presunzione di legittimità non aveva a che fare con il tema dell'affidamento ed invece era (impropriamente, del resto) utilizzato per sostenere che l'atto di cui si discuteva era da ritenersi esistente, essendo l'inesistenza dell'atto condizione eccezionale legata a vizi particolarmente gravi ed evidenti. In alcuni casi l'argomento della presunzione di legittimità è usato tuttavia in termini che

⁹ Ma si può vedere per tutti J. Schwarze, *European administrative law*, London, 1992, ?????; S. Calmes, *Du principe de la confiance légitime en droit allemand, communautaire et français*, Dalloz 2001; P. Mengozzi, *Da un case by case balance of interest a un two steps analysis approach nella giurisprudenza comunitaria in materia di legittimo affidamento?*, in *Scritti in onore di Giuseppe Federico Mancini*, Milano, 1988, II, 633.

¹⁰ Lord Mackenzie Stuart, *Legitimate expectations and estoppel in Community law and English administrative law*, in *Legal issues of European integration*, 1983/1

consentirebbero la conclusione accennata: Tribunale di primo grado, 5 dicembre 2000, Gooch/Commissione, T-197/99.

In altri casi, all'opposto, si lega la nascita di un legittimo affidamento alla circostanza che l'amministrazione comunitaria abbia fornito "assicurazioni precise", ingenerando così "speranze fondate": "constituent de telles assurances, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont communiqués, des renseignements précis, inconditionnels et concordants et émanant de sources autorisées et fiables" (Tribunale di primo grado, 21 luglio 1998, Mellett/Cour de justice, T-66/96 e T-221/97), e ciò in particolare quando si tratta di soggetti (dipendenti dell'amministrazione comunitaria o imprenditori adusi a contatti con essa) dei quali, per la conoscenza che ci si può aspettare da loro del diritto comunitario, non si può presumere che abbiano senz'altro creduto legittimo un atto contrario a quelle norme.

Ma nella gran parte dei casi il riferimento è, più genericamente, alla "condotta dell'amministrazione", capace di far nascere ragionevoli aspettative (CGCE 19 maggio 1983, Mavrides/Parlament C-289/81), eventualmente consistente nella prassi consolidata, o nel comportamento nel corso del procedimento, o nell'aver ommesso di ritirare l'atto per un lungo periodo (quanto a quest'ultimo caso, si tratta però di una sentenza "arcaica", CGCE 13 luglio 1965, Lemmerz Werke GmbH/Alta autorità CECA, C-111/63, nella quale in realtà la revoca venne considerata illegittima non per l'esistenza di un legittimo affidamento, che venne invece negato, ma a causa della negligenza o imprecisione dell'amministrazione).

Del resto un legittimo affidamento non può formarsi quando il destinatario dell'atto risulti fin dall'inizio al corrente dei difetti di legittimità dell'atto, eventualmente per averli provocati lui stesso con il suo comportamento di mala fede, o quando l'amministrazione abbia tempestivamente informato il destinatario dei dubbi sulla legittimità del provvedimento, o quando l'errore dell'amministrazione risulti evidente dal provvedimento stesso, o quando l'amministrazione si sia espressamente riservata la revoca dell'atto, qualificando il provvedimento come provvisorio.

Mentre laddove si possa escludere che un legittimo affidamento si sia formato, il potere di revoca dell'amministrazione non subisce limitazioni, l'esistenza di un legittimo affidamento del destinatario dell'atto non è però ostacolo assoluto alla revoca dell'atto. Il punto è piuttosto che l'amministrazione dimostri di aver tenuto conto, o meglio ancora, di avere "sufficientemente" tenuto conto, nell'adottare la decisione di revoca, di quell'affidamento, o meglio ancora della misura in cui quell'affidamento ha potuto crearsi (ancora, fra le molte, CGCE 26 febbraio 1987, Consorzio cooperative d'Abruzzo/Commissione C-15/85). L'affidamento è dunque, nella giurisprudenza comunitaria, qualcosa che può essere "misurato", o forse meglio, "pesato".

E, se ci si chiede quale sia il metro sulla base del quale compiere questa misura, o il contrappeso da mettere sull'altro piatto della bilancia per effettuare la pesatura dell'affidamento, quale sia insomma il termine del raffronto cui in ogni caso la

ponderazione rinvia, e rispetto al quale l'amministrazione deve dimostrare di aver tenuto "sufficientemente" presente il valore dell'affidamento, non è dubbio, pur se spesso implicito, che questo sia l'interesse pubblico. E' dunque sottinteso che la ponderazione avvenga fra l'interesse del privato beneficiario dall'atto, e reso degno di considerazione (pur se generato da un atto in sé illegittimo) per essere "coperto" dall'affidamento sulla legittimità dell'atto e quindi sulla possibilità di conservarlo, e gli interessi pubblici, o un interesse della Comunità. E' implicito in ciò che la sola esigenza di procedere alla correzione di un errore nell'applicazione del diritto, di eliminare le conseguenze di un'illegittimità, non sarebbe sufficiente a giustificare una "revoca" retroattiva di un provvedimento illegittimo; bisogna invece che si dimostri che quel ripristino è giustificato pur dopo aver "sufficientemente" tenuto conto del legittimo affidamento creatosi, e che il giudice consideri adeguata tale dimostrazione, e in sostanza che condivida la ponderazione effettuata.

In concreto, nel giudizio dinanzi alle Corti comunitarie, il ricorrente dovrà provare l'esistenza a suo favore di un legittimo affidamento nella legittimità dell'atto e quindi nel mantenimento della situazione favorevole da quello generata, dimostrando in particolare la correttezza del suo comportamento, mentre l'amministrazione ¹¹ dovrà eventualmente dimostrare di aver ragionevolmente ponderato gli interessi pubblici che l'hanno indotta alla revoca con le aspettative del privato, e dovrà convincere il giudice che di quegli interessi pubblici era effettivamente giustificata la prevalenza. Ove di ciò il giudice non si convinca, concluderà per la illegittimità della revoca, ritenendo (come nella già citata Sentenza della CGCE del 17 aprile 1997, *De Compte/Parlamento*, C-90/95) che "tenuto conto delle circostanze della fattispecie, non vi è alcun interesse di ordine pubblico che prevalga sull'interesse del destinatario alla conservazione di una situazione che egli poteva considerare stabile".

7. – Nell'impostazione comunitaria, si tratta quindi di un giudizio che richiede al giudice una valutazione sull'esistenza di un interesse pubblico che, opportunamente ponderato, appaia capace di prevalere su quello alla conservazione della situazione, alla luce delle circostanze di fatto, e, si deve ovviamente aggiungere, dei valori e degli interessi del sistema dei quali il giudice si fa diretto interprete.

E' difficile immaginare un sistema più lontano da quello francese, ed è agevole capire le ragioni del rifiuto della giurisprudenza e della dottrina francesi di dividerlo.

Da un lato infatti abbiamo, come si è visto, un sistema del tutto oggettivo, imperniato in primo luogo sulla prefissione di categorie di atti (creatori di "diritti") per i quali si pone una esigenza di rispetto delle posizioni che ne nascono, o se si vuole, di atti non liberamente ritirabili; sulla precisazione del solo presupposto che può autorizzare l'amministrazione a ritirare i suoi atti creatori di diritti, la loro

¹¹ Secondo quello che è stato definito un "two steps analysis approach": cfr. Mengozzi, cit.

obbiettiva illegittimità; e infine sulla individuazione puntuale di termini (prima collegati a quelli per ricorrere, ora fissati, dalla giurisprudenza legislatrice del Conseil d'Etat, in maniera del tutto autonoma) entro i quali il potere di *retrait* può essere esercitato.

Dall'altro un sistema nel quale tutti gli atti sono revocabili se, ritenuti illegittimi, l'amministrazione dimostri l'esistenza di un interesse pubblico, se questa revoca avvenga in un termine che appaia "ragionevole" e se risulti che l'amministrazione ha tenuto "sufficientemente" conto dell'affidamento: la valutazione di tale sufficienza risultando dalla valutazione (operata dall'amministrazione e rifatta dal giudice) della misura in cui l'interessato ha potuto confidare sulla legittimità della situazione, in relazione all'importanza dell'interesse pubblico al quale la correzione della illegittimità compiuta potrebbe giovare, e alla misura del giovamento che a tale interesse sarebbe assicurato dalla eliminazione dell'atto illegittimo. Come criteri per decidere se l'affidamento si è formato o no sono indicate, come si è visto, le informazioni e le "assicurazioni" venute da autorità amministrative, venute da fonti autorizzate e "affidabili", che abbiano potuto ingenerare speranze "fondate".

La differenza di logica, di presupposti, e di conseguenze, è radicale e, si direbbe, inconciliabile. Il giudice francese, fedele al ruolo che si è dato, di creatore di regole, più che di solutore di singoli casi alla luce di una sua prudente valutazione, detta quindi una disciplina dei provvedimenti di secondo grado, e in particolare dell'annullamento d'ufficio, nella quale non vi è alcuno spazio per valutazioni soggettive, per indagini sulla condizione di buona fede in cui si trovi il beneficiario dell'atto. Anche nel caso di false dichiarazioni e di inganni, con i quali eventualmente il soggetto abbia ottenuto un beneficio che non gli spettava, si è di fronte ad una valutazione di fatto, e non di dati soggettivi.

La disciplina del *retrait* degli atti creatori di diritti è insomma del tutto indifferente alla situazione psicologica (effettiva o presunta), alla "mens" del beneficiario: né la consapevolezza che l'atto fosse illegittimo né all'opposto la convinzione in buona fede che l'atto sia legittimo giocano alcun ruolo fra le condizioni perché l'amministrazione possa procedere al ritiro dell'atto.

Perfino la situazione nella quale l'atto sia il risultato di manovre fraudolente o di falsità o inganni del richiedente viene presa in considerazione dal giudice amministrativo francese non sotto il profilo della consapevolezza della illegittimità, provocata dallo stesso comportamento del privato, né sotto quello della sua buona fede, non cioè negando che in questi casi vi sia un affidamento da tutelare, ma sostenendo che in tali casi l'atto non è "créateur de droits".

La condizione soggettiva di affidamento viene quindi oggettivata e formalizzata, finendo per essere compresa o "incorporata" nel concetto di "droits acquis". E la protezione dell'affidamento viene a sua volta "incorporata" nella tutela della legalità, dal lato dell'amministrazione, come tassativa limitazione temporale del suo potere di ritiro, e non dal lato del cittadino, come protezione delle aspettative che la amministrazione abbia potuto far nascere con suoi comportamenti o atti.

Nel modello francese non c'è riconoscimento e tanto meno ponderazione di una situazione del privato, ma c'è una preclusione temporale al potere dell'amministrazione, in vista della obbiettiva certezza del sistema.

Viceversa, nell'impostazione del giudice comunitario, la consapevolezza della illegittimità, tale da impedire la nascita di un legittimo affidamento, può essere presunta in ragione della qualità professionale del soggetto. Afferma ad esempio CGCE 20 marzo 1997, C-24/95, *Alcan Deutschland*, che “tenuto conto del carattere imperativo della vigilanza sugli aiuti statali operata dalla Commissione ai sensi dell'art. 93 del Trattato, 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 dal menzionato articolo. Un operatore economico diligente, infatti, deve normalmente essere in grado di accertarsi che tale procedura sia stata rispettata”. Una tale consapevolezza può poi essere acquisita in seguito ad informazioni o contestazioni provenienti dalla amministrazione, che farebbero sì che l'affidamento fosse “rapidamente scalzato” (Tribunale di primo grado, 26 gennaio 1995, T-90/91 e T-62/92, *De Compte/Parlamento*: va peraltro ricordato che la pronuncia citata è stata capovolta dalla CGCE, sent. 17 aprile 1997, che ha statuito che “una volta acquisito, il legittimo affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venir scalzato”. Va ancora però rilevato che il legittimo affidamento che gode di tale resistenza sembrerebbe essere solo quello “nato a buon diritto”, con il che si introduce una specificazione sostanziale che sembrerebbe, in relazione al significato che si possa attribuire alla precisazione, far dipendere la nascita dell'affidamento da ulteriori elementi).

Quella del Conseil d'Etat è dunque una soluzione interamente oggettiva, ispirata all'*esprit de geometrie*, e al primato della legalità, nella quale le esigenze della protezione dell'affidamento non hanno alcuno spazio esplicito, ma solo il ruolo di “motivi” di una normativa interamente giocata sul versante della teoria degli atti amministrativi, o più ancora su quello della disciplina del potere dell'amministrazione, delle sue condizioni e dei suoi limiti, e non, se non di riflesso, su quello delle aspettative dei privati di fronte all'amministrazione.

Ogni atto amministrativo è irretroattivo, ogni atto creatore di diritti è intangibile, oltre i termini tassativi fissati, nessun rilievo ha su queste regole la situazione concreta, e ancor meno quella psicologica, dei loro destinatari.

Di fronte alla richiesta di dare una qualche protezione alle aspettative dei privati alla conservazione di situazioni per loro favorevoli, e di fronte alla questione di trovare un criterio per la risoluzione del conflitto fra questo interesse e quello alla reintegrazione della legalità, il giudice amministrativo francese, ritenendo che la sua prima missione sia quella di vegliare sul rispetto del principio di legalità da parte delle amministrazioni, riporta la questione interamente nei termini della legalità.

Creando infatti delle puntuali e tassative regole che individuano i casi e i termini nei quali l'interesse alla conservazione di situazioni favorevoli deve prevalere anche

sull'imperativo di rispettare, e di ripristinare se non lo si è fatto, la legalità, il Conseil d'Etat riconduce alla legalità anche la contrapposta esigenza di stabilità, la quale viene appunto disciplinata e riconosciuta nei limiti della legalità. Il principio di legalità si riconferma con ciò il solo valore e il solo principio a cui le amministrazioni si devono attenere.

Non può stupire quindi che il giudice amministrativo francese non consideri il principio di certezza giuridica e ancor meno quello di legittimo affidamento come principi generali del diritto, e non li abbia mai espressamente riconosciuti, evitando anche di evocarli, salvo che (dopo la decisione 25 juillet 2001, *Fédération nationale des syndicats d'exploitants agricoles*) per le questioni relative all'applicazione del diritto comunitario. Il "confinamento" del principio di affidamento nel solo ambito di applicazione del diritto comunitario, e il rifiuto di farsene "contaminare", è stato anzi, più di una volta, secco ed esplicito: sono stati considerati inoperanti e quindi inammissibili nei giudizi i motivi fondati sulla violazione del principio di "confiance légitime", e su questa base ("*considérant que ce principe qui fait partie des principes généraux du droit communautaire, ne trouve à s'appliquer dans l'ordre juridique national que dans le cas où la situation juridique dont a à connaître le juge administratif français est régie par le droit communautaire*") è stata corretta una sentenza del giudice amministrativo di primo grado, che era stata salutata con favore come un possibile segnale di "comunitarizzazione" del diritto amministrativo francese ¹²: Conseil d'Etat 9 mai 2001, *Freytmuth*.

Non sembri quindi paradossale, vista la funzione di legislatore che il Conseil d'Etat non esita ad assumersi, che proprio una disciplina di provenienza interamente giurisprudenziale, come quella francese sul retrait, dia così poco (e anzi, nessuno) spazio alle valutazioni del giudice del caso concreto. Si era già notato, descrivendo le conseguenze dell'adozione della logica della giurisdizione oggettiva ¹³ che, in quella prospettiva, il giudice non risolve casi, ma "dice il diritto" per tutti, ossia, in realtà, per l'amministrazione, per ogni autorità, organo, ufficio delle amministrazioni, pur se, come ricaduta, come effetto secondario, ne deriva anche la soddisfazione del caso singolo. E che il giudice assume un ruolo che lo avvicina più ad un legislatore che all'amministrazione, come invece gli accadrebbe se esercitasse una giurisdizione dei casi singoli, rischiando con ciò di scivolare, se è la posizione del singolo il "fuoco" del processo, in una giurisdizione dell'equità del concreto, della ponderazione degli interessi. Così il giudice si interpone fra legislatore e amministrazione, o meglio fa da collegamento tra loro, precisando, puntualizzando, con riferimento alle categorie di casi che emergono, le norme di legge; integrando o addirittura correggendo le disposizioni normative attraverso l'individuazione di principi; creando istituti e prescrivendo comportamenti anche senza aggancio testuale. E ciò fa enunciando

¹² Vedi R. Caranta, *La "comunitarizzazione" del diritto amministrativo: il caso della tutela dell'affidamento*, in *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, cit.

¹³ Sul punto si può vedere D. Corletto, *L'opposizione di terzo nel recours pour excès de pouvoir e la crisi della giurisdizione oggettiva*, in *Diritto processuale amministrativo*, 2003, 467 ss.

massime che fanno riferimento a serie indeterminate di casi e di situazioni, e cioè in maniera generale ed astratta.

Del resto, a ben vedere, ci si dovrebbe chiedere quale sia il soggetto al quale è destinata in ultima analisi la disciplina del *retrait* e quella della revoca che il Conseil d'Etat e, rispettivamente, le Corti comunitarie enunciano: in ultima analisi infatti l'individuazione da parte del giudice dei casi e delle modalità con le quali l'amministrazione deve procedere se intende esercitare il *retrait* o la revoca, finisce per risolversi nella definizione del criterio di giudizio, sulla base del quale il giudice compie la sua valutazione della legittimità dei *retraits* o delle *revoche* messe in atto dall'amministrazione.

In questa prospettiva si può dire che gli orientamenti e le discipline di creazione giurisprudenziale su *retrait* e revoca rispecchiano, nel prisma dello specifico problema dei poteri dell'amministrazione in tali ipotesi, il ruolo e la posizione che i giudici assegnano a sé stessi nel sistema nel quale si collocano, e l'idea che hanno nel suo complesso del sistema giuridico del quale sono attori.

Il giudice comunitario, definendo i presupposti della revoca nei termini "flou" che si sono visti, imperniati su sequenze di aggettivi e di concetti impregnati di soggettività (il termine "ragionevole", la "misura" dell'affidamento, di cui bisogna tenere "sufficientemente" conto, la valutazione dell'importanza degli interessi pubblici sottesi alla revoca) lascia con ciò a se stesso (più che all'amministrazione) ampi spazi di valutazione del caso concreto, di ponderazione degli interessi, di diretta cognizione delle particolarità del caso, e lega in ultima analisi la decisione alla valutazione di stati psicologici soggettivi, o a descrizioni standardizzate di essi, (l'essersi fidato e l'aver confidato nella legittimità dell'atto...) il cui metro non può essere che lo stato soggettivo dello stesso giudice, al quale spetta di "sentire" se in quella certa situazione era o non era fondata e importante, e quindi degna di tutela, l'aspettativa del privato.

Il giudice francese rivela invece il ruolo di stella polare e di limite che riconosce, anche rispetto a se stesso, al principio di legalità, e disciplina a priori la sua valutazione, fissando all'amministrazione ma prima ancora a se stesso un criterio rigido ed oggettivo; il giudice francese insomma sottomette se stesso alla legalità, e quando non la trova precisata nell'ordinamento, la determina lui stesso, con una operazione che è nello stesso tempo di sovrana creatività e di auto-vincolo, di riconferma della propria posizione di custode della norma.

Dall'angolo visuale del problema del ritiro degli atti illegittimi emerge quindi l'intero ordinamento e i suoi profili caratterizzanti: dalla concezione che in esso si abbia del principio di legalità, all'idea dei ruoli rispettivi dell'amministrazione e del giudice, al concetto che venga adottato della giurisdizione sull'amministrazione e dei compiti che la caratterizzano.

Nel sistema francese il principio di legalità si rivela dunque centrale, nel suo significato proprio di legalità delle norme (anche quando sia il giudice a creare la norma) e non di legalità dei giudici. E il principio di certezza del diritto così come

quello di protezione dell'affidamento si oggettivano e si cristallizzano confluendo e confondendosi nel principio di sottoposizione alla legge.

Si vede quindi la lontananza e l'inconciliabilità della logica francese con la piacevolezza e la seduttività di quella nozione di affidamento, di quel principio che consente di ammorbidire le durezza del principio di legalità, e di portare il tepore umano delle valutazioni equitative nel mondo algido del controllo della conformità obbiettiva alle norme.

Si capisce per altro verso che, a mettersi nella logica dei giudici comunitari, il controllo obbiettivo di legalità "alla francese" possa apparire ¹⁴ un po' "secco", un po' rigido, e un po' riduttivo del ruolo del giudice, costretto dal suo stesso rigore ad una funzione (almeno apparentemente) quasi meccanica.

Nel diritto francese del resto il principio di tutela dell'affidamento stenta a trovare accoglienza anche nel campo dei rapporti privatistici: con riferimento al diritto dei contratti si è osservato infatti che "le principe de l'autonomie de la volonté reste encore très ancré dans les esprits et le centre de gravité du contrat demeure, en France, la volonté de s'engager exprimée par celui qui s'oblige, bien plus que la confiance légitime du créancier engendrée par la promesse du débiteur" ¹⁵.

Una considerazione di carattere più generale, che bene trova applicazione anche al campo dei rapporti di diritto amministrativo, viene poi espressa dallo stesso autore dell'ultima citazione, il quale nota che "D'autre part, épris de concepts abstraits et de règles rigides et techniques, le droit français est peu enclin à accueillir en son sein des concepts et règles flexibles, flous, empreints de subjectivité, tels la confiance légitime, les attentes raisonnables ou la cohérence contractuelle, dont la maîtrise est nécessairement abandonnée au pouvoir de l'interprète, en général, et du juge, en particulier".

Si potrebbe peraltro osservare che almeno in una serie di casi, di significato tutt'altro che minore, se pure di non grande numerosità, il giudice amministrativo francese ha condotto il suo controllo di legittimità sui provvedimenti amministrativi discrezionali secondo una tecnica di valutazione che appare piuttosto lontana dalla rigorosa e quasi meccanica applicazione del diritto obbiettivo. Ci si riferisce a quei casi nei quali il controllo dell'excès de pouvoir assume la forma del bilancio fra costi e benefici di una decisione amministrativa, secondo il modello impostato dal Conseil d'Etat con l'arret 28 mai 1971, *Ville nouvelle Est*. In queste situazioni, esercitando quello che è stato chiamato "le plein contrôle de proportionnalité" ¹⁶ il giudice compie dei giudizi (relativi in particolare alle dichiarazioni di pubblica utilità in vista della realizzazione di opere pubbliche) che ripetono in sostanza la valutazione

¹⁴ J.-P. Puissechet e H. Legal, *Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour d justice des Communautés européennes*, in *Cahiers du Conseil constitutionnel* n. 11, 2001.

¹⁵ D. Mazeaud, *Rapport français*, in *La confiance légitime et l'estoppel*, presentato al XVIIth Congress of the International Academy of Comparative Law, 16-22 July 2006, Utrecht, in corso di pubblicazione ma già leggibile all'indirizzo http://www1.law.umkc.edu/library/IACL2006/ProtectingLegitimateExpectations/General_Report.pdf

¹⁶ Cfr. R. Chapus, *Droit administratif général*, 15^e ed., Montchrestien, 2001, t. 1, 1074.

comparativa fra i vari interessi in gioco già operata dalla amministrazione. E una tale valutazione di proporzionalità fra i costi – compresi quelli finanziari e sociali, oltre i sacrifici imposti alla proprietà privata – e i vantaggi di una operazione amministrativa non può fare a meno di comportare un qualche margine di soggettività. E' vero peraltro che in questi casi il giudice si muove con molta circospezione, badando a ripetere l'ossequio alla discrezionalità riservata all'amministrazione, e giungendo solo raramente a pronunciare l'annullamento dell'atto: si direbbe che la giurisprudenza in questione abbia prevalentemente una funzione di monito per l'amministrazione e di sostegno alle prese di posizione assunte, in sede consultiva sui decreti di dichiarazione di pubblica utilità, dalla *section des travaux publics* del Conseil d'Etat ¹⁷.

8. – In conclusione dunque, nella logica del giudice comunitario, il principio di legittimo affidamento, e ancor prima e più in generale, quello della certezza del diritto, sono fra i criteri di cui il giudice stesso fa diretta applicazione per dare decisione alle controversie affidategli, e in particolare quelle relative alla revoca degli atti favorevoli; il Conseil d'Etat invece non attribuisce all'esigenza di certezza giuridica, e tanto meno al principio di "confiance légitime", il rango di principi generali del diritto, considerandoli tutt'al più come delle esigenze che sottostanno alle regole del diritto che applica (o che esso stesso crea), ritenendo però non necessario o opportuno fare direttamente uso di quei principi come di strumenti di giudizio.

Due modi assai diversi, e si direbbe incompatibili, di far fronte ad una esigenza comune.

Se è consentito qui esprimere una soggettiva preferenza, questa va (come si sarà capito) per la soluzione francese: essa è certo "secca", spigolosa e tagliente, ma tutela meglio, alla fine, con la fissazione di un univoco e oggettivo termine oltre il quale la situazione diventa definitiva e indiscutibile per l'amministrazione, la certezza, la prevedibilità delle situazioni e con ciò lo stesso affidamento. Sotto un altro aspetto, rivela un non disprezzabile significato pedagogico per le amministrazioni, alle quali viene efficacemente insegnato, dalla regola che la rilevazione della illegittimità delle loro decisioni è possibile solo entro brevi termini, a tenere desta l'attenzione sul rispetto delle norme, o almeno a procedere rapidamente a rivalutare il loro operato.

A seguire invece l'impostazione del giudice comunitario, laddove dice che "le droit de réclamer la protection de la confiance légitime, qui constitue un des principes fondamentaux de la Communauté, s'étend à tout particulier qui se trouve dans une situation de laquelle il ressort que l'administration communautaire, en lui fournissant des assurances précises, a fait naître chez lui des espérances fondées. Constituent de telles assurances, quelle que soit la forme sous laquelle ils sont communiqués, des renseignements précis, inconditionnels et concordants et

¹⁷ Cfr. P. Wachsmann, *Un bilan du bilan en matière d'expropriation: la jurisprudence Ville Nouvelle Est, trente ans après*, in *Mélanges Jean Waline*, Dalloz, 2002, 733

émanant de sources autorisées et fiables”¹⁸, la univocità del riferimento all’atto esterno che formalmente e definitivamente dichiara la decisione dell’amministrazione viene sostituita da un nebuloso, confuso, riferimento a “speranze” e assicurazioni, che però devono essere “fondate” e, rispettivamente, “precise”, e l’imputazione della volontà formale all’organo competente per legge viene rimpiazzata dal riferimento alla provenienza di tali “informazioni” da fonti “autorizzate” e “affidabili”.

E il riferimento ad un termine, tassativo nella durata e nel momento di decorrenza (di cui alla giurisprudenza *Ternon*), lascia il posto al richiamo a termini “ragionevoli” (sia o no questo tema del termine da considerarsi connesso e “interno” al tema dell’affidamento o invece dotato di una sua autonomia). Con moltiplicazione dunque, a seconda dei contesti, del significato di tale “ragionevolezza”, da quando la CGCE ebbe a dichiarare che “il contenuto e la portata del principio secondo il quale la revoca può avvenire solo entro un termine ragionevole variano a seconda dei casi” (CGCE 12 luglio 1962, *Hoogovens*, 14/61).

Insomma: tutto lo sforzo centenario di chiarezza, univocità, certezza, sembra perdersi in una nebulosa di elementi e di aggettivi (assicurazioni “precise”, speranze “fondate”, termini “ragionevoli”) soggettivi e sfuggenti, così che alla fine si rimpiange il formalismo e le sue spigolosità, i tagli netti, le certezze formali e indiscutibili, pur se per qualcuno dolorose.

Il paradosso di questa impostazione è che, dicendosi ispirata all’esigenza di tutelare la certezza giuridica (soggettiva), di cui si sostiene che il principio di affidamento sia espressione, conduce ad apportare imprevedibili ed incerte eccezioni al principio di legalità, mettendo quindi in pericolo, in nome della *soggettiva* certezza dei diritti, la *oggettiva* certezza del diritto.

9. – Se, come si è visto, la giurisprudenza francese ha operato nei confronti del principio comunitario di affidamento un rigoroso confinamento, rifiutando risolutamente la sua ricezione nel diritto amministrativo francese, non molto diverso è stato nella sostanza l’atteggiamento assunto sullo stesso problema dalla giurisprudenza e dalla dottrina inglesi.

Come mostra la ricerca che è stata condotta da G. Ligugnana sul concetto che nell’ordinamento inglese va sotto il nome di “legitimate expectations”, anche in Inghilterra si è ancora lontani da una esplicita ricezione del principio di affidamento di matrice europea, e si preferisce tenersi ai concetti e alle impostazioni (pur non così diverse da quello) proprie di quella tradizione giuridica.

A prima vista si potrebbe pensare che la nozione di “legitimate expectations”, facendo riferimento alle attese create nel cittadino dal comportamento

¹⁸ Tribunale di primo grado 14 février 2006, TEA-CEGOS SA, Services techniques globaux (STG) SA, GHK Consulting Ltd/Commission T-376/05 e T-383/05.

dell'amministrazione, possa avvicinarsi al modo in cui il giudice comunitario declina il concetto di "legittimo affidamento".

E in effetti alcune delle massime che la giurisprudenza inglese ha dettato (ad es. il caso *Lever Finance*, citato da G. Ligugnana) appaiono nello spirito e perfino nel lessico non lontane dalle enunciazioni della giurisprudenza comunitaria, che si sono sopra ricordate, secondo le quali l'affidamento nasce (almeno in certi casi) da assicurazioni e informazioni, concordanti e precise, trasmesse al privato dall'amministrazione, o meglio da soggetti, ad essa riportabili, autorizzati e affidabili. La logica e il lessico comunitario sembrano qui apparentarsi con l'impostazione britannica, allontanandosi dai concetti continentali di atto, di organo, e di competenza, e ricorrendo a nozioni che si presentano circondate da un *flou*, da una bruma che ne smussa i contorni e ne attenua la riconoscibilità.

Ma, al di là di queste assonanze, sulle quali verrebbe da chiedersi se non siano riportabili ad una sorta di "inglesizzazione" del diritto comunitario, bisogna invece constatare come l'idea "continentale" di affidamento, plasmata in sistemi nei quali la sistematizzazione dell'esercizio del potere pubblico e dei rapporti di questo con le posizioni dei privati passa attraverso il concetto di atto amministrativo, rimanga assai lontana da quella possibile in ordinamenti, come quello inglese, nei quali la dinamica del rapporto fra l'autorità pubblica e i cittadini è più fluida e legata a concetti meno squadri e spigolosi, come quello di *fairness*, e nei quali del resto è rimasta dubbia a lungo la stessa individuazione di un potere amministrativo, come potere autonomo rispetto ai due fondamentali poteri, legislativo e giudiziario.

A questa prima radicale differenza di impostazione, che rende effettivamente molto aleatorio il tentativo di estendere al sistema inglese le logiche e le acquisizioni della dogmatica del diritto amministrativo continentale, si può aggiungere poi la difficoltà culturale e perfino, si direbbe, identitaria, degli attori del sistema giuridico pubblico inglese ad accogliere, o anche solo a prendere in considerazione, concetti "alieni", elaborati e utilizzati "abroad", rimanendo relativamente isolate quelle voci che si dichiarano disponibili "to learn from our neighbours".

Sì che non pare esagerata, e forse neppure malevola, l'immagine che è stata proposta per descrivere l'atteggiamento inglese verso il diritto comunitario, secondo la quale i giuristi inglesi vedrebbero il diritto comunitario come un'onda di marea che lascia, sulle orgogliose spiagge del sistema giuridico inglese, dei "detriti" sospetti di varia natura e origine, fra i quali il principio continentale (anzi, a ben vedere, tedesco) di affidamento e quello di proporzionalità¹⁹. Di questi principi, e dell'intero diritto

19 Cfr. Georg Nolte, *General Principles of German and European Administrative Law: A Comparison in Historical Perspective*, in *The Modern Law Review*, Vol. 57, n. 2 (Mar. 1994), 191-212 : "from the perspective of English jurists, the incoming tide of Community law still carries some suspicious pieces of flotsam onto the shores of the English legal System. It may be that the origin of certain general principles of Community law has contributed to that suspicion. The principles of proportionality and of the protection of legitimate expectations, for instance, have a reputation of being 'made in Germany?'. Their claim to acceptance in English administrative law is met with reservations. English lawyers may in fact think that European administrative law is the Trojan horse by which a continental tradition is about to supersede well-established English principles of administrative law and judicial review..."

amministrativo continentale, si paventerebbe il ruolo di “cavalli di Troia”, antesignani di uno sbarco, di una invasione del diritto continentale sul territorio del radicato e tradizionale sistema giuridico anglosassone.

Sembrerebbe dunque che le “caute aperture” che una parte della dottrina di lingua inglese, almeno quella più aperta alle tematiche comunitarie, intravede ed auspica, si limitino per ora ad una qualche attenzione alla tutela dell'affidamento (derivante da un provvedimento illegittimo) che viene consentita dalla tecnica del bilanciamento degli interessi (considerata di provenienza comunitaria) in sostituzione delle autoctone tecniche dell'*estoppel* o della *compensation* indennitaria.

Quali che siano le resistenze che il sistema inglese oppone all'ingresso di impostazioni e di logiche continentali, resta però abbastanza evidente che le stesse esigenze pratiche ed equitative che hanno condotto alla formulazione del concetto europeo di affidamento stanno operando nel sistema inglese nel senso di indurre ad accantonare, almeno in alcuni casi, l'originaria idea che non vi sia nessun affidamento da tutelare di fronte alla decisione assunta *ultra vires*, fin dall'origine improduttiva di effetti, e quindi inidonea a far nascere una qualunque situazione degna di considerazione.

D'altro lato la giurisprudenza inglese ha visto la necessità di abbandonare, nei confronti dell'amministrazione pubblica, l'utilizzo di concetti tradizionali di origine privatistica quale quello dell'*estoppel*, per riferirsi più ampiamente, anche con riferimento alle aspettative generate da una decisione non legittima, al concetto di *legitimate expectation*. E ancora, è giunta a riconoscere che fra gli adempimenti procedurali connessi con il concetto di *fairness* vi sia anche l'onere di motivare adeguatamente (in un sistema che non conosce di per sé un principio di generale obbligo di motivazione) il ritiro di precedenti decisioni favorevoli.

Non è del tutto certo, pur se non manca chi lo ritiene, che le evoluzioni in corso siano riportabili ad una qualche influenza delle logiche continentali, mediate dal diritto comunitario, o forse più ancora dalla Convenzione europea sui diritti dell'uomo. Rimane tuttavia che la considerazione dell'affidamento del privato sembra condurre, secondo i risultati della ricerca che sul difficile tema è stata condotta da G. Ligugnana, all'applicazione di tecniche di ponderazione dell'interesse pubblico alla legalità con quello del privato alla conservazione dei benefici attribuiti e, anche, con i costi, anche per l'interesse pubblico, che la pura e semplice considerazione come *void* di una decisione illegittima può comportare. Una volta imboccata questa prospettiva, la soluzione non può che venire dall'applicazione di valutazioni di proporzionalità, come sempre quando si tratta di valutare la legittimità di una ponderazione di interessi sotto il profilo della sua ragionevolezza e difendibilità.

Con una sorta di manovra a tenaglia, i concetti del diritto comunitario, alleandosi a nozioni autoctone come quella della ragionevolezza di *Wednesbury*, assediano quindi, si direbbe, gli spalti della tradizionale separatezza inglese: dal concetto di affidamento, a quello di ragionevolezza, a quello di proporzionalità. O, in termini

meno militari, una pacifica e consensuale, se pur cauta, convergenza su modelli comuni si sta profilando, di fronte alla necessità di rispondere a comuni esigenze e ad una sensibilità che si va facendo anch'essa comune.

10. – Da noi in Italia non sembrano a prima vista esistere ragioni che impediscano di fare applicazione del principio di affidamento, nella sua versione comunitaria.

Anzi, esso è stato normativamente recepito e fa parte ora a pieno titolo del nostro sistema. Infatti, se pure a suo tempo non ha avuto fortuna la proposta – Senato della Repubblica, d.d.l. n. 1281 presentato il 21 marzo 2002 – di esplicitare nell'art. 1 della legge n. 241 del 1990, fra i principi da cui è retta l'attività amministrativa, anche quello di legittimo affidamento, va comunque ricordato che il riferimento, comprensivo e dinamico, aggiunto dalla legge n. 15 del 2005 nello stesso art. 1 della legge n. 241, fra i criteri che reggono l'attività amministrativa, ai “principi dell'ordinamento comunitario”, comporta il richiamo anche del principio di affidamento.

E del resto, sul piano normativo, non si può dimenticare che, pur senza citare l'affidamento, l'art. 21 *nonies* della legge n. 241 dispone ora che l'amministrazione può procedere all'annullamento d'ufficio “sussistendone le ragioni di interesse pubblico.... e tenendo conto degli interessi dei destinatari e dei controinteressati”. Gli interessi dei privati (e cioè le loro aspettative circa la conservazione di un assetto favorevole a quegli interessi) sono quindi ormai doverosamente parte della valutazione che conduce eventualmente l'amministrazione ad annullare un suo provvedimento illegittimo.

E tuttavia la giurisprudenza esprime nella sua quasi totalità un atteggiamento che, se non si può certo considerare né di rifiuto, né di refrattarietà al principio, sembra però adagiarsi su una certa inerzia, sulla ripetizione prevalentemente passiva e stereotipa di formule prese dalla tradizione e non aggiornate all'impostazione comunitaria.

L'espressione più consapevolmente avanzata sul tema è stata espressa non dal giudice amministrativo, ma dalla Cassazione, nella sua veste di vertice della giurisdizione tributaria.

Sulla base normativa rappresentata dall'art. 10 della legge 27 luglio 2000 n. 212 (Disposizioni in materia di statuto dei diritti del contribuente), che reca la rubrica: “Tutela dell'affidamento e della buona fede. Errori del contribuente”, e che dispone, nel suo primo comma, che “i rapporti tra contribuente ed amministrazione finanziaria sono improntati al principio della collaborazione e della buona fede”, mentre nel successivo comma stabilisce che “non sono irrogate sanzioni né richiesti interessi moratori al contribuente, qualora egli si sia conformato a indicazioni contenute in atti dell'amministrazione finanziaria, ancorché successivamente modificate dall'amministrazione medesima, o qualora il suo comportamento risulti

posto in essere a seguito di fatti direttamente conseguenti a ritardi, omissioni od errori dell'amministrazione stessa”, la sezione tributaria della Suprema Corte (con la sent. 10.12.2002, n. 17576) ha infatti svolto un ampio ragionamento sul tema dell'affidamento.

Richiamate la posizione della Corte costituzionale (espresse nelle sentenze in cui ha parlato dell' “affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica ...<come> principio che, quale elemento essenziale dello Stato di diritto”, non può essere leso da norme con effetto retroattivo), della Corte di giustizia delle Comunità europee (nelle decisioni con cui ha affermato che quelli della tutela del legittimo affidamento e della certezza del diritto costituiscono principi generali del diritto e dell'ordinamento comunitari), e del Consiglio di Stato (in particolare nelle sentenze con le quali ha ribadito che il potere di autotutela deve essere esercitato nella ponderazione dell'interesse privato, che viene sacrificato, in comparazione con quello pubblico, ulteriore rispetto a quello generico al mero ripristino della legalità, avuto riguardo all'affidamento riposto nella legittimità dell'azione amministrativa), la Corte di Cassazione ha concluso che il principio della “tutela del legittimo affidamento del cittadino nella sicurezza giuridica”, quale “elemento essenziale dello Stato di diritto”, ancorato al principio di eguaglianza dinanzi alla legge, sub specie del rispetto del canone della ragionevolezza, è immanente in tutti i rapporti di diritto pubblico, e, quindi, anche in quelli tributari, e costituisce un preciso limite all'esercizio sia dell'attività legislativa, sia dell'attività amministrativa, e di quella tributaria in particolare.

Da queste premesse, la Corte di Cassazione ha derivato l'affermazione che i presupposti, che integrano una situazione di legittimo affidamento del contribuente di fronte all'azione dell'Amministrazione finanziaria e che consentono al primo di invocare la relativa tutela, si possono individuare in: 1) un'attività dell'Amministrazione finanziaria idonea a determinare una situazione di “apparenti” legittimità e coerenza dell'attività stessa in senso favorevole al contribuente; 2) la conformazione “in buona fede” (in senso soggettivo) l' “affidamento”, appunto – da parte di quest'ultimo alla situazione giuridica “apparente”, purché nel contesto di una condotta dello stesso connotata dall'assenza di qualsiasi violazione del generale dovere di correttezza gravante sul medesimo (affidamento “legittimo”); 3) l'eventuale presenza di circostanze specifiche del caso concreto e “rilevanti”, idonee, cioè, a costituire altrettanti “indici” della sussistenza o dell'insussistenza dei predetti presupposti: fra le quali ad esempio, la situazione normativa astrattamente idonea a disciplinare la concreta fattispecie, ovvero, lo stesso fluire del tempo, quale indice della “coerenza” dell'azione amministrativa tributaria e/o dell'affidamento del contribuente e/o del “consolidamento” della situazione giuridica soggettiva favorevole a quest'ultimo.

La conclusione nel caso di specie è poi consistita nel ritenere non legittimo l'esercizio della potestà di autotutela, *in malam partem* nei confronti del contribuente, in presenza di una situazione giuridica soggettiva di vantaggio di quest'ultimo,

acquisita in base all'applicazione del principio della tutela dell'affidamento legittimo del contribuente stesso avente la natura e le caratteristiche delineate. E ciò sulla base della più generale affermazione che il principio della tutela dell'affidamento legittimo, "immanente" anche nell'ordinamento tributario, svolge funzione di limite generale anche all'esercizio della potestà di autotutela da parte dell'Amministrazione finanziaria, precludendo l'adozione, da parte della amministrazione stessa, di atti di annullamento d'ufficio o di revoca di precedenti atti, quando questi abbiano concretamente determinato, in capo al contribuente, una situazione giuridica favorevole a quest'ultimo e fondata, appunto, sul suo legittimo affidamento.

La Corte, con la ricordata sentenza, ha in sostanza preso una posizione che va oltre il campo specifico al quale si riferiva la pronuncia, con l'affermazione del carattere generale ed "immanente" in tutto il diritto pubblico del principio di tutela dell'affidamento legittimo, sulla base della giurisprudenza costituzionale, comunitaria, amministrativa, e della stessa Corte di Cassazione in materia tributaria, con la ricostruzione dei comuni presupposti per il riconoscimento di una situazione di affidamento. Pure esposta in termini generali, come riferita a tutto il campo dei rapporti tra amministrazione e cittadini anche oltre lo specifico settore tributario, è anche la conclusione, secondo la quale i provvedimenti di esercizio dell'autotutela amministrativa, "quali provvedimenti discrezionali volti a rimuovere precedenti provvedimenti (ritenuti) illegittimi e/o infondati, richiedono, per la loro adozione, da un lato, la valutazione della sussistenza di un interesse pubblico attuale e concreto (ulteriore rispetto a quello del mero ripristino della legalità, ritenuta violata), e, per l'altro, la valutazione della sussistenza di specifici interessi privati, quale, ad es., quello del destinatario del precedente provvedimento favorevole, che abbia fatto legittimo affidamento sugli effetti dello stesso".

La teorizzazione operata dalla Corte di Cassazione appare assai pregevole, del tutto compatibile con l'impianto comunitario, e però rispettosa nelle premesse e nel lessico delle tradizionali prese di posizione della nostra giurisprudenza sul punto. Si che resta da chiedersi perché una tale impostazione – che a torto si leggerebbe come specificamente destinata all'ambito dei rapporti tributari – non sia stata seguita e valorizzata come sarebbe stato possibile.

11. – La giurisprudenza amministrativa non ha finora elaborato una così esplicita e completa teorizzazione del principio di tutela dell'affidamento, sì che il pur relativamente frequente richiamo al concetto non è sostenuto da un univoco approccio alla questione, e sembra al contrario risolversi spesso nel rinvio un po' impressionistico ad una nozione che rimane generica e imprecisa.

Va innanzitutto osservato che la nostra giurisprudenza amministrativa, coerentemente con la logica di fondo cui si ispira la costruzione del nostro diritto amministrativo, mette al centro della sua attenzione l'amministrazione e le sue necessità, impostando il suo discorso sul potere, e anzi sul provvedimento che di

questo costituisce attuazione, e sulle condizioni del suo esercizio, più che non sulle attese o diritti del cittadino: il problema dell'affidamento lo si proietta dunque sull'amministrazione, come limitazione del potere di riesame, senza però formalizzare tale limitazione con una rigorosa e tassativa regola come abbiamo visto fare al giudice amministrativo francese.

Nel quadro della teorizzazione del potere di annullamento d'ufficio, il limite alla possibilità per l'amministrazione di ritornare sopra sue precedenti decisioni privandole di effetto fin dall'inizio, viene insomma costruito non con riferimento alle attese, alle aspettative del cittadino, alla protezione del suo affidamento, ma con riferimento all'atto e alla sua qualificazione come legittimo o illegittimo, risolvendosi nel problema dell'individuazione dei presupposti e delle condizioni cui è soggetta l'adozione di un nuovo provvedimento, quello di annullamento d'ufficio. Così come in altri casi la individuazione della misura entro la quale l'amministrazione può tornare su sue precedenti statuizioni per ragioni non connesse con una loro valutazione come illegittime (dando luogo ad una "revoca") viene convertita nel problema della qualificazione come revocabile del primo atto, o ancora in quello della individuazione dei presupposti e delle condizioni di un altro provvedimento amministrativo, la revoca appunto.

L'esigenza di considerazione delle aspettative maturate di fronte alle decisioni e ai comportamenti dell'amministrazione viene così tradotta nella valutazione dei requisiti dell'atto di annullamento, in particolare della completezza e della puntualità della sua motivazione, valutazione che viene condotta in termini più o meno severi a seconda che un affidamento si sia o no potuto creare.

Sembra invece in gran parte abbandonata l'antica prospettiva, prevalentemente dottrinale, che trasformava la questione dell'affidamento creatosi per il decorso del tempo in quella della "convalescenza" dell'atto, cioè del suo "guarire" dalla originaria condizione di illegittimità. Le premesse di quella impostazione stavano da un lato nell'idea che l'illegittimità del provvedimento fosse da sé sufficiente a giustificare, e anzi a rendere doveroso il suo annullamento, e che quindi, per far sì che un provvedimento originariamente viziato rimanesse in vita, non si potesse fare altro che negare in premessa la sua illegittimità, costruendo una incerta e confusa nozione che, pur non identificandosi con una vera sanatoria, ossia con la vera correzione dei difetti originari, ne comportasse le stesse conseguenze. Una qualche eco di quella antica nozione si trova però talvolta ancora, ad es. anche recentemente in una decisione del Consiglio di Stato (la n. 5133 del 1.10.2002, della V sezione) che afferma che "per effetto del decorso del tempo *l'originaria illegittimità dell'atto può attenuarsi?*".

Ancora evidentemente l'antica identificazione, assoluta e biunivoca, della condizione di illegittimità con quella di annullabilità costringe a negare, con una evidente forzatura concettuale, che sia illegittimo quel provvedimento rispetto al quale esistono ragioni per non annullarlo.

Ma, se pur non più mediato dall'idea di un progressivo venir meno della illegittimità, prevalente e corrente nella nostra giurisprudenza rimane comunque il rilievo dato al tempo trascorso, come ostacolo all'esercizio del potere di annullamento dell'atto.

Del tempo si dice che genera l'affidamento, il quale quindi, a differenza di quanto ritiene la giurisprudenza comunitaria che si è vista, non nasce al momento dell'adozione (o della comunicazione) dell'atto, ma si forma a poco a poco, si "matura". Si parla spesso anche di posizioni del privato "consolidate" per il decorso del tempo, posizioni cioè che nascono deboli e timide, e pronte a lasciarsi sacrificare in nome del ripristino della legalità, per poi, però, prendere vigore e resistenza, ringalluzzite dall'inaspettata sopravvivenza, una volta constatato che in qualche modo si consente loro di durare.

In effetti però, come si è osservato ²⁰, anche il riferimento al fattore tempo non è del tutto esauriente e preciso: infatti a ben leggere la giurisprudenza in materia si deve concludere che "il pieno sfruttamento dell'atto amministrativo, anche se avvenuto in tempi brevi, ma con grande impiego di mezzi economici e con l'avviamento dell'attività imprenditoriale conseguente, determina un consolidamento della situazione e un affidamento del privato di certo maggiore di quelli che potrebbero ipotizzarsi quando il privato, pur avendo ottenuto da molto tempo i provvedimenti favorevoli richiesti, non li utilizza".

Se ne è esattamente ricavato che "non è quindi (solo) il tempo a determinare il consolidamento delle situazioni, ma gli elementi di cui quel tempo si è riempito" ossia, in conclusione, che "non è tanto il tempo ad avere importanza quanto l'uso che il privato ha fatto del provvedimento".

Si è anche puntualizzato che "è il principio di buona fede sub specie di tutela dell'affidamento che legalizza il tempo della illegittimità ed impedisce che il tempo naturale, quello dell'accertamento della illegittimità, possa avere conseguenze. Il tempo dell'affidamento rende certa la conservazione dell'atto ed annulla il tempo naturale che imporrebbe il ripristino della legalità" ²¹. Ne risulta la contrapposizione fra "il tempo della buona fede e il tempo della legge", e fra la certezza nel tempo dell'azione amministrativa, imposta dal legislatore per rispondere alle esigenze del mercato, e la "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".

In verità però, la suggestione e l'apparente conclusività della posizione molte volte espressa dalla nostra giurisprudenza lascia spazio, ad un esame più ravvicinato, a dubbi e insoddisfazioni.

²⁰ G. Barone, *Autotutela amministrativa e decorso del tempo*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, Atti del Convegno di Varenna 2002 Milano, 2003, 209 ss.

²¹ F. Merusi, *La certezza dell'azione amministrativa fra tempo e spazio*, in *Tempo, spazio e certezza dell'azione amministrativa*, cit.,

Non del tutto univoco resta, in primo luogo, l'oggetto dell'affidamento: si parla talvolta di affidamento sugli effetti dell'atto²², talaltra di affidamento sulla legittimità dell'atto, o sulla legittimità dell'assetto di interessi disposto dall'atto (e già le due nozioni esprimono qualcosa di più di una sfumatura espressiva, riferendosi la prima alla legittimità, eventualmente anche solo formale, di un provvedimento, la seconda alla legittimità sostanziale di una situazione), talvolta si parla di affidamento "sull'efficacia e stabilità" dell'atto. Ancora si parla spesso di affidamento senza indicarne un possibile oggetto, riferendosi genericamente alle aspettative del soggetto o all'affidamento del cittadino "inteso come buona fede oggettiva, come aspettativa che il comportamento dell'amministrazione sia coerente col comportamento precedente"²³, per concludere che l'obbligo di motivazione sussiste anche nel caso che il soggetto non sia in buona fede. Ovviamente si può osservare che non vi è contraddizione fra alcune di queste enunciazioni: l'affidamento sulla persistenza dell'atto e della situazione da esso creata presuppone, o si identifica addirittura, con l'affidamento sulla legittimità dell'atto, che rende impossibile l'annullamento dell'atto.

E tuttavia rimane una sensazione di insufficiente precisione del concetto, riferibile in verità non solo agli utilizzi di esso nella nostra giurisprudenza, ma più in generale al modo in cui, anche in ambito comunitario, della nozione si fa uso. Senza poter escludere peraltro che proprio tale indeterminatezza, e gli spazi di manovra che conseguentemente essa offre a giudici e amministrazioni, sia la ragione del suo successo.

Dunque: vi sono sbavature concettuali e incertezze su punti fondamentali del concetto e della prassi applicativa dell'affidamento. Incerto, si è detto, ne è l'oggetto. Incerto è il modo e il momento in cui l'affidamento sorge. Incerto è se esso consista, al fondo, in una condizione soggettiva, in una *mens* del soggetto, e se elementi soggettivi possano determinarne la nascita e il venir meno.

In effetti poi, neppure la giurisprudenza comunitaria è in grado di proporre una nozione unica e chiara di affidamento: se si richiamano le due sentenze, di primo e di secondo grado, rese nel caso De Compte/Parlamento (quella del Tribunale di primo grado, 26 gennaio 1995, T-90/91 e T-62/92, e quella della CGCE, 17 aprile 1997) si hanno due diverse versioni del concetto di affidamento: nella prima una nozione tutta psicologica, soggettiva, come di uno stato della coscienza consistente in sostanza nella convinzione della legittimità del provvedimento di cui si è destinatari: tale condizione di buona fede soggettiva può dunque venir meno (essere "rapidamente scalzata"), con l'acquisizione da parte del soggetto di informazioni o di una diversa consapevolezza dipendente da contestazioni dell'amministrazione; nella seconda decisione l'affidamento è invece una condizione che si svincola dalla situazione psicologica o cognitiva del soggetto, tanto che "una volta acquisito" – ma qui si aggiunge che deve essere stato acquisito "a buon diritto" – "il legittimo

²² Ad es. Cons. Stato, VI, 13 gennaio 1983, n. 2.

²³ Cons. Stato, IV, 31.7.2001, n. 4213.

affidamento nella legittimità di un atto amministrativo favorevole non può poi venir scalzato”.

Incerto è poi, come si diceva, il modo in cui l'affidamento prende vita.

Secondo una prima radicale impostazione, che però negherebbe in radice la possibilità di servirsi del concetto di affidamento come limite al potere di annullamento di provvedimenti illegittimi, e lo renderebbe così inutile, si potrebbe ritenere che l'affidamento non possa nascere che da un provvedimento legittimo, ribadendo (secondo le più antiche e rigorose posizioni) che i provvedimenti illegittimi non possono far nascere posizioni tutelate, e che non vi può essere affidamento a conservare situazioni sostanziali difformi dalla legge. Salva solo la possibilità (di cui si dirà più oltre) di distinguere il caso della illegittimità meramente formale da quello della illegittimità sostanziale, se ne dovrebbe concludere che se un provvedimento è illegittimo non c'è affidamento che tenga, e nessuna posizione del privato può essere fatta valere. Questo potrebbe essere il senso più radicale (oggettivo) dell'espressione: “*legittimo* affidamento”.

Si potrebbe poi argomentare che l'affidamento nasca dal provvedimento, dalla decisione formale, meditata, preparata, procedimentalizzata, controllata, che quindi si presume legittima e stabile. Il privato potrebbe allora vantare un affidamento in senso soggettivo, ossia la certezza, fondata sulle garanzie organizzative e operative che circondano l'azione dell'amministrazione, che l'atto stesso e la situazione a lui favorevole che ne nasce siano, in quanto legittimi, anche stabili e duraturi.

Certo però, se il privato è consapevole (eventualmente addirittura per averla determinata) della illegittimità del provvedimento, non sarebbe il caso di parlare di affidamento. E se l'amministrazione rileva l'illegittimità (sempre che non si dica che da un certo momento in poi si verifica in tal senso una decadenza o una preclusione, come nel modello francese, a seguito della fissazione di un termine tassativo entro il quale l'illegittimità può essere rilevata al fine di operare il *retrait*), da quel momento, o meglio da momento in cui l'amministrazione comunica al privato l'illegittimità che ha scoperto, l'affidamento viene meno. Se la protezione dell'affidamento fosse basata su una “presunzione di legittimità” e sulla soggettiva convinzione del privato della legittimità dell'atto, potrebbe in sostanza operare solo per il passato, impedendo annullamenti retroattivi: l'annullamento, possibile in questa prospettiva dopo il venir meno dell'affidamento, potrebbe decorrere solo dal momento in cui l'illegittimità risulta conosciuta dal privato, da quando gli è stata comunicata, o da quando è stata pronunciata. In questo caso l'espressione “legittimo affidamento” sarebbe usata, quanto in particolare al requisito della “legittimità”, nel senso soggettivo, come fondata sulla soggettiva convinzione circa la legittimità dell'atto.

Più ampiamente si potrebbe dire (seguendo alcuni modelli comunitari e, come abbiamo visto, anche enunciazioni di origine inglese) che l'affidamento nasca da comportamenti dell'amministrazione, uno dei quali può essere eventualmente il provvedimento o decisione, ma altri, ugualmente determinanti della nascita

dell'affidamento, possono essere dichiarazioni, assicurazioni, o anche omissioni, silenzi, tolleranza protratta. In questa logica si avrebbe una dequotazione del provvedimento, che diventerebbe così uno fra i molti canali comunicativi attraverso cui l'amministrazione può far nascere nel privato una aspettativa tutelata, e solo uno dei diversi modi attraverso cui essa può produrre effetti addirittura irreversibili.

Seguendo quella che sembra essere una impostazione privilegiata dal nostro giudice amministrativo, si potrebbe poi sostenere che l'affidamento nasca dal tempo, dal passaggio del tempo. Si potrebbe forse vedere in questa impostazione una confusione fra il tema dell'affidamento e quello del termine ragionevole: resta però da chiedersi se una simmetrica sovrapposizione fra la tematica del termine entro cui è legittimo esercitare poteri di ritiro di atti e quella dell'affidamento ingenerato nei privati dall'atto o dal comportamento dell'amministrazione non sia all'origine del concetto stesso di "termine ragionevole".

Forse poi sotto la tematica del termine, collegato all'affidamento, vi è una ulteriore confusione, nel senso che verosimilmente il tempo viene in questione in questo contesto non come mera neutra durata, ma (anche) come durata di un comportamento dell'amministrazione, riferendosi in realtà cioè al silenzio, all'inerzia, all'accettazione, alla tolleranza della situazione da parte dell'amministrazione, come mancato esercizio, per un certo periodo, del potere di controllo e di verifica della legittimità dei suoi atti. E tutto ciò senza dire, come già si è osservato, che talvolta il riferimento al tempo copre in effetti il rinvio all'utilizzo che dell'atto ha potuto nel frattempo fare il privato, all'impegno e agli investimenti che ha profuso nella prospettiva dell'efficacia dell'atto.

Dall'esame della nostra giurisprudenza si direbbe però alla fine che la figura dell'affidamento, consistente in sostanza nella aspettativa ad una corretta valutazione dell'amministrazione del quadro di interessi in gioco, tutelata attraverso l'imposizione di obblighi di accurata motivazione delle decisioni amministrative, attraverso la previsione di garanzie procedurali e partecipative, attraverso il controllo della ragionevolezza e della proporzionalità della decisione dell'amministrazione, non è altro che un interesse legittimo, o se si vuole, il nome proprio che si dà all'interesse legittimo, e alle peculiarità del suo atteggiarsi, nella specifica situazione di cui parliamo. E in questa prospettiva, si potrebbe sostenere che quello di affidamento non sia, in questo contesto, un concetto necessario, e forse neppure utile.

12. – Ma se si vuole andare un po' più a fondo sul tema, va rilevato che il sindacato del giudice sulla legittimità degli annullamenti in autotutela può essere riportato a due livelli di penetrazione, e anche a due diversi oggetti. In un primo stadio si tratta di valutare la conclusività e la sufficienza a giustificare l'annullamento d'ufficio del motivo di diritto addotto; sotto un secondo punto di vista si tratta di valutare la sostanziale correttezza e la difendibilità della scelta stessa di procedere all'uso dei poteri di autotutela.

Quanto al primo dei due aspetti, si può pensare che le limitazioni poste dalla giurisprudenza all'uso dei poteri di annullamento d'ufficio abbiano spesso alla base, più che l'attenzione al tema dell'affidamento, la distinzione fra vizi formali e vizi sostanziali e, attraverso questa, la distinzione fra illegittimità dell'atto in sé e antiggiuridicità dell'assetto sostanziale da questo prodotto.

E in effetti quando, nella giurisprudenza italiana a cominciare dal 1931²⁴, si afferma che non basta che il provvedimento sia illegittimo per giustificare il suo annullamento, e che è doveroso compiere una valutazione dell'interesse pubblico all'annullamento, che cioè è necessaria una ponderazione fra l'interesse alla legalità e quello alla permanenza di una situazione eventualmente consolidata, con interessi e aspettative, la sensazione è che in realtà spesso si parli, talvolta sotto lo schermo del problema dell'affidamento, della questione della qualità dei motivi dell'annullamento, per negare rilievo a motivi di illegittimità solo formali.

In sostanza sembra verosimile che l'affermata esigenza di motivare specificamente sull'interesse pubblico all'annullamento sottointenda spesso anche, con la richiesta di far presenti le ragioni di sostanza che giustifichino l'annullamento, la distinzione fra vizi formali e vizi di sostanza. Il giudice insomma – si direbbe – chiede all'amministrazione di valutare se il difetto di cui l'atto soffre sia di quelli che si riferiscono alla sostanza dell'assetto di interessi disposto, e che quindi compromettono sostanzialmente l'interesse generale, o se sia invece un vizio di rilievo solo formale: nel primo caso si riconosce l'esistenza di un interesse pubblico all'annullamento, e quindi la legittimità di esso, nel secondo no. Di tale circostanza non sempre viene dato conto nelle massime delle pronunce, ma se si può generalizzare quanto è dato rilevare in alcuni significativi casi, si deve concludere che non si tratta qui di protezione dell'affidamento, ma piuttosto di riconoscimento che la situazione è in senso sostanziale legittima o, per vederla dal lato del soggetto interessato, che il privato beneficiario della situazione aveva e ha (più che un affidamento) i requisiti di sostanza, che vi erano i presupposti previsti dalla legge come elementi sostanziali, per ottenere e conservare il beneficio che gli è stato dato, o l'assetto che lo avvantaggia. Si tratta insomma non di valutare l'esistenza di speranze concepite in buona fede, ma di esprimere un giudizio di conformità all'ordinamento della situazione sostanziale, pur nata da un atto non privo di qualche suo difetto.

Ma se fosse così, ora (dopo le modifiche alla legge n. 241 portate nel 2005) si dovrebbe dire che alcune delle limitazioni che la giurisprudenza aveva elaborato in questa prospettiva attorno all'annullamento d'ufficio sono assorbite e rese superflue, in molti casi almeno, dalla regola dell'art. 21 *octies*, che radicalmente dispone la non annullabilità dei provvedimenti affetti da vizi solo formali, quando “per la natura

²⁴ Dalla decisione della V sezione del 21 febbraio 1931, Selvelli c. Min. Interno e Prov. Parma (in Foro it., 1931, III, 113 ss., con nota di A.C. Jemolo) alle quali si fa risalire il filone giurisprudenziale che dice illegittimo l'annullamento “adoperato a distanza di anni e senza che gravi interessi pubblici lo reclamino”: si noti però che la decisione in questione era riferita a un annullamento governativo di un atto della provincia, e che i limiti che venivano argomentati sembravano riferiti solo agli “eccezionali poteri di annullamento” conferiti al Governo.

vincolata del provvedimento, sia palese che il suo contenuto dispositivo non avrebbe potuto essere diverso da quello in concreto adottato”.

Dunque saremmo qui di fronte a vizi dell'atto che non comportano una illegittimità della situazione sostanziale creata dall'atto stesso, la quale anzi è, in sé, pienamente conforme al diritto.

13. – Quanto poi al punto relativo alla esigenza che risulti corretta la scelta di servirsi del potere di autotutela, vale la pena, proprio su questo argomento più che su altri, adottare una visione realistica delle cose.

Bisogna dirsi che nel campo, di cui ci stiamo occupando, delle decisioni di secondo grado, con le quali l'amministrazione torna su di una sua precedente decisione per rivalutarne la convenienza o la legittimità, o con cui mette in discussione un assetto di interessi precedentemente stabilito, la legalità, la conformità alle norme, non è che uno degli elementi del quadro, e non necessariamente il principale.

Bisogna a questo proposito però tenere distinti i casi nei quali alla revisione della precedente decisione l'amministrazione sia indotta da una richiesta, una segnalazione, una denuncia di qualcuno che rappresenta un suo interesse o chiede per sé qualcosa (che presuppone la messa in discussione dello status quo), vi sia costretta da un movimento di opinione pubblica, dall'accendersi di un riflettore giornalistico su qualche malefatta, dai casi nei quali invece la cosa parta da una spontanea iniziativa dell'amministrazione stessa.

Nella prima evenienza l'amministrazione, se si rende conto di non essere in grado di difendere (come prevedibilmente cercherà in primo luogo di fare) le scelte e le azioni compiute sotto lo schermo della loro conformità alla legge, si indurrà, più o meno di buon grado, a prendere atto della necessità di tornare, con l'annullamento in autotutela, sulla precedente illegittima decisione.

Qui la struttura della situazione si avvicina a quella propria di un riscontro obbiettivo di legittimità, come quello che si svolge davanti al giudice o nelle sedi di ricorso, nelle quali il prius è la conformità alla legge, e le valutazioni di convenienza finiscono per avere una funzione servente, di eventuale rinforzo di una soluzione comunque altrimenti motivata, o entrano in gioco come ragioni di fatto che spiegano il tentativo di sostenere una piuttosto che un'altra interpretazione del dato giuridico, il quale resta però decisivo, o almeno deve alla fine apparire tale. E tutto ciò anche in conseguenza della necessità di adeguarsi alle attese dei denunciati o dell'opinione pubblica, che spesso si conformano allo stereotipo della amministrazione come mera esecuzione della legge, e per la necessità di non rinunciare alla legittimazione che deriva dalla legalità (o di evitare la delegittimazione che deriva, talvolta ancora, dalla illegalità).

Assai diverso è il caso in cui il provvedimento di autotutela sia adottato spontaneamente, d'ufficio, dall'amministrazione.

Saremmo forse lontani dal vero se ci immaginassimo, come talvolta astrattamente si fa, che l'amministrazione, presa da scrupoli sulla legalità di ciò che ha fatto, si metta a ripensare alle scelte e alle azioni compiute sotto il profilo della loro astratta conformità al diritto. Il percorso è piuttosto quello che parte da una insoddisfazione di merito, di sostanza, per un certo assetto, e che approda al tentativo di trovare una ragione di legittimità sufficiente a motivare l'eliminazione di uno stato di fatto che è valutato come sgradito, come contrario all'interesse pubblico, e del quale ci si vuole sbarazzare. La valutazione di legittimità non è quindi, nella generalità dei casi, che lo strumento (non si vuole dire: il pretesto) cui l'amministrazione ricorre per giustificare la decisione, già in fatto maturata sulla base di ragioni di merito, di far venir meno una situazione in atto.

A fondamento e a sollecitazione di un provvedimento di questo tipo sta un apprezzamento, intrapreso e condotto con la più ampia discrezionalità, circa l'opportunità di modificare una situazione esistente fondata su di un precedente provvedimento.

La decisione stessa di mettersi sulla via di una rivalutazione delle precedenti decisioni è connotata infatti da una radicale e incontrollabile possibilità di scelta, risultando in fatto sempre possibile all'amministrazione ignorare la illegittimità eventualmente presente se questa è ormai coperta dalla inoppugnabilità, senza alcuna conseguenza e senza che neppure di questa scelta rimanga traccia. Ove all'opposto si accinga a intervenire sulla situazione in atto, a ciò sarà normalmente indotta da uno specifico interesse di sostanza.

Qui il prius è evidentemente la valutazione di merito circa la sostenibilità della situazione esistente, la desiderabilità della sua prosecuzione, che conduce a ritenere l'opportunità se non l'urgenza di porvi termine, e anzi, se possibile, di cancellarla radicalmente. Ove si sia in grado di trovare nella situazione, o nell'atto da cui questa prende formalmente titolo, un difetto di legittimità, su questo si fa leva per giustificare, o per presentare anzi come doveroso per obbedienza alla volontà della legge, il rovesciamento di situazioni, il travolgimento di speranze e il venir meno di impegni.

Se così stanno le cose, almeno in una certa serie di casi, non è difficile inquadrare il significato delle affermazioni così frequenti nella nostra giurisprudenza circa la necessità che l'amministrazione motivi adeguatamente la sua scelta, che giustifichi lo specifico interesse pubblico che la muove e che dimostri di aver ponderato questo interesse con tutti gli altri presenti nel quadro. Si tratta infatti evidentemente di tenere sotto controllo questa così ampia discrezionalità, anche in vista del fatto che in molti casi della illegittimità addotta come giustificazione del nuovo provvedimento potrebbe essere autrice la stessa amministrazione.

Si tratta dunque di sottoporre non l'annullamento in sé, ma la scelta, tutt'altro che obbligata, di procedervi, ad una attenta verifica. Si tratta di valutare che l'interesse che muove l'amministrazione al provvedimento di secondo grado sia innanzitutto un interesse lecito e confessabile, e poi di valutarne la rilevanza, o

almeno di sindacare come tale rilevanza sia stata valutata dall'amministrazione. È quindi una valutazione sull'uso del potere, sulla sua giustificazione, sulla proporzionalità del suo esercizio.

La situazione stessa è in sé sospetta, consistendo in sostanza in una scelta di discontinuità, di incoerenza con precedenti formali decisioni. Aleggia inevitabilmente sui provvedimenti di secondo grado il pregiudizio di un possibile loro utilizzo distorto, mosso da malevolenza, da intenzioni persecutorie, da volontà prevaricatoria, dallo scopo (talvolta) di sgombrare il campo dalle bricconate clientelari illegittimamente combinate da precedenti amministratori per compiere più liberamente le proprie, e ci si aspetta dunque dalle amministrazioni una piena e convincente motivazione che lasci superare quel pregiudizio.

In sostanza, si direbbe che quando l'amministrazione si ricorda improvvisamente del suo ruolo di esecutore fedele della legge, e si proclama costretta dall'ossequio che si deve al diritto a disfare suo malgrado ciò che ha fatto prima, la cosa suona sospetta e richiama l'attenzione del giudice che vi intravede spesso il fumus dell'eccesso di potere.

Si intende in questo quadro come sia avvenuto che il ripristino della legalità, da un pezzo, nella nostra giurisprudenza, non sia più ritenuto un imperativo assoluto e incondizionato, e quindi ragione sufficiente per l'adozione di un atto di annullamento in autotutela, ma piuttosto un presupposto necessario ma non sufficiente, o un "interesse", che si può valutare e pesare rispetto ad altri, per verificare se nel caso giustifichi il venir meno di uno status quo che potrebbe essere ritenuto, in concreto, soddisfacente per l'interesse pubblico, o se non sia invece un mero pretesto per coprire una scelta arbitraria. Ma, occorre ribadirlo, la valutazione che il giudice compie è sulla difendibilità, alla luce delle tecniche di rilevazione dell'eccesso di potere, della scelta discrezionale di servirsi del potere di autotutela, assai più che sulla fondatezza giuridica dell'annullamento in sé e delle ragioni di legittimità addotte per motivarlo.

Altra questione è poi quella se sia consentito al giudice di effettuare una diretta ponderazione dell'importanza dei diversi motivi sostanziali di annullamento. Se si possa cioè ammettere la possibilità per il giudice (e prima di lui per l'amministrazione) di distinguere fra vizio e vizio, fra situazione e situazione, per concludere che alcuni vizi sono inadeguati a giustificare un annullamento, tanto che, in presenza di alcuni vizi piuttosto che di altri, la situazione deve restare così come definita dall'atto illegittimo.

Ciò significherebbe però attribuire al giudice (o consentire che il giudice si attribuisca, di riflesso ad analogo potere che egli si aspetta sia esercitato dall'amministrazione) un potere di distinguere dove il legislatore non lo ha fatto, di valutare ragioni "politiche" e significato sostanziale delle previsioni normative per poter dedurre che la violazione di una delle regole che riguardano la sostanza, i presupposti, il contenuto di un assetto sostanziale, è più o meno grave della

violazione di un'altra di queste regole. Ovvero, che l'interesse che una delle norme da applicarsi al caso vuole proteggere, e che risulta messo in pericolo dalla violazione di quella norma, è più o meno significativo dell'interesse sotteso ad una norma diversa, sì che la lesione dell'uno interesse provoca l'illegittimità e autorizza l'annullamento d'ufficio, la lesione dell'altro invece può essere tollerata.

Se è vero che ormai, come hanno messo bene in evidenza coloro che si sono occupati del tema della amministrazione di risultato ²⁵, si è compiuta la rottura della identificazione fra legalità e soddisfazione dell'interesse generale, ideologicamente ritenuta inevitabile quando si voleva vedere una necessaria correlazione tra rispetto della legge e realizzazione del bene comune, non sembrerebbe però consentito che, così come si faceva anche prima dell'art. 21 octies con riferimento alla dicotomia fra vizi formali e vizi sostanziali, anche le prescrizioni normative sostanziali vengano "pesate", ciascuna per il rilievo che la sua violazione può avere rispetto alla realizzazione o alla lesione di questo o di quell'interesse pubblico, realizzando così una sorta di ponderazione dei vizi, ossia degli interessi coinvolti dalle varie violazioni possibili. Ma questo, si dovrebbe dire, non è compito né del giudice né dell'amministrazione, almeno finché si continui a sostenere che uno dei fondamenti del sistema sia il principio di legalità. E fino a che non ci sembri desiderabile trovarci in un sistema nel quale la creazione della norma avviene, da parte dell'amministrazione e poi, in ultima analisi, del giudice, a seguito di una diretta e sovrana valutazione degli interessi e dei valori in gioco.

Si dovrebbe concludere che, ora che il legislatore stesso ha creato un regime differenziato per i vizi formali (ma solo per questi), questo assorbe e conclude, per ora almeno (ma una volta aperta la via della distinzione non è lecito dire dove ci si fermerà) ogni discorso di graduazione di vizi.

Quando la giurisprudenza dice che l'amministrazione deve ponderare, con gli interessi pubblici e privati in gioco, l'interesse al ripristino della legalità, bisogna concludere allora che non può riferirsi ad una valutazione del peso dei possibili motivi di legittimità posti a fondamento dell'annullamento d'ufficio, ma piuttosto, come si è detto, alla valutazione dei motivi di merito, dei "veri" motivi, che hanno indotto l'amministrazione a procedere alla decisione di autotutela, sul presupposto, necessario e scontato, e per così dire "neutro", dell'esistenza di una qualche illegittimità (escluse però, almeno per gli atti vincolati, quelle meramente formali).

Resta poi ovvio che, una volta dimostrata l'esistenza di leciti motivi di interesse pubblico alla base dell'atto di autotutela (ed esclusa con ciò la più vistosa ipotesi del puro e semplice sviamento), e portato il discorso sul piano della comparazione, della ragionevole ponderazione fra diversi interessi in gioco, uno dei quali è quello del privato al mantenimento della situazione a lui favorevole, il criterio di valutazione del legittimo uso del potere discrezionale che rimane da applicare è quello proprio di ogni ponderazione e cioè il principio di proporzionalità.

²⁵ M. Cammelli, *Amministrazione di risultato*, in *Annuario 2002 dell'Associazione italiana dei professori di diritto amministrativo*, Milano, 2003.

In conclusione dunque la posizione della nostra giurisprudenza risente della impostazione che si è cercato di analizzare, all'interno della quale il riferimento all'affidamento del privato, più che quello di un autonomo limite al potere di riesame dell'amministrazione, svolge il ruolo di ulteriore elemento che richiama alla necessità di motivare adeguatamente e convincentemente per superare il sospetto che si stia facendo nell'insieme un utilizzo non corretto del potere.

Il modo in cui il nostro giudice amministrativo utilizza il concetto di affidamento, quando lo fa, non è insomma lo stesso della Corte di giustizia: la stessa parola rinvia ad approcci e a logiche assai differenti.

14. – Il limite che si è voluto dare al discorso non consente di dedicare neppure un breve cenno alle situazioni dell'affidamento in altri paesi dell'Unione, e segnatamente alla esperienza che sul tema ci viene da Germania e Spagna.

Quanto alla Germania, concordemente ritenuta la terra natale del concetto di affidamento, si può qui solo rammentare che la concezione dell'affidamento accolta in quell'ordinamento è più ampia di quella fatta propria dalla Corte di giustizia europea, sì che un problema di adeguamento si pone eventualmente come adeguamento *ad minus*. Non serve poi ricordare la esemplare completezza della disciplina dettata dal § 48 VwVfG in tema di Rücknahme, e coerentemente applicata dalla giurisprudenza.

In Spagna poi, nel quadro di un rinnovato interesse per il principio di certezza del diritto e le sue manifestazioni, si è accolto con molto maggiore entusiasmo di quanto avvenga altrove il principio di “confianza legittima”. Il legislatore (con la legge 4/1999, modificando la precedente legge 30/1992, *Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, ha introdotto nel nuovo testo dell'art. 3 di quella, fra i principi generali dell'azione amministrativa proprio quello che le amministrazioni dovranno “respetar en su actuación los principios de buena fe y de confianza legítima”.

Del resto, pur senza riferirsi al principio di “confianza”, già dal 1992 l'art. 106 della LRJPAC (la legge 30/1992, ora ricordata) detta i limiti a cui il potere di revisión d'ufficio degli atti (che comprende la “revisión” degli atti nulli, quella degli atti annullabili, la sospensione, e la revocación, disciplinati nei precedenti articoli), disponendo che “Las facultades de revisión no podrán ser ejercitadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias, su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

La confidenza legittima si configura così come un nuovo ulteriore limite ai poteri revocatori delle amministrazioni, ove si configuri una “confianza” nel mantenimento di una situazione giuridica riconosciuta o creata in precedenza dall'atto amministrativo che si pretende di revocare.

Ma questi temi non è qui possibile neppure iniziare ad affrontare.

Serve invece, a chiusura del discorso che si è condotto, cercare di sintetizzare qualche cenno di conclusione.

Il principio dell'affidamento entra (o piuttosto si affaccia) in alcuni sistemi che non ne parlavano. In alcuni sistemi ai quali il concetto era estraneo come tale (pur se non ignoto nella sostanza) si hanno, come in Inghilterra, le prime timide aperture, pur in un quadro molto caratterizzato dalla impostazione tradizionale. Altrove, come in Francia, gli viene opposta un chiusura. Tuttavia anche dove lo si rifiuta come principio, non si può dire che manchi la considerazione e la risposta alle esigenze cui quel principio risponde, pur all'interno di una logica del tutto diversa da quella del giudice comunitario. In altri casi (come in Italia) quel principio fa un ingresso in sordina e in modo quasi solo nominale, rimanendo la logica del ragionamento e del funzionamento del sistema quella tradizionale, imperniata sulle tecniche di protezione dell'interesse legittimo attraverso l'accertamento dell'eccesso di potere, e in particolare sulla individuazione di elementi di valutazione del possibile carattere arbitrario e abusivo della scelta di fare uso del potere di autotutela, uno dei quali elementi finisce per essere la lesione dell'affidamento dei cittadini.

In molti casi (Inghilterra, Francia) la diffidenza per il principio comunitario è (anche espressamente) giustificata con ciò, che sotto il mantello comunitario si vede in realtà l'impostazione, l'elaborazione dello specifico ordinamento straniero, verso il quale emergono ragioni o meglio sentimenti di estraneità e di rifiuto. Si coglie, sotto la nozione comunitaria, l'istituto del diritto nazionale altrui, eventualmente estraneo e incompatibile rispetto ad alcune opzioni di fondo del sistema giuridico proprio, capace quindi di mettere in pericolo o addirittura di destrutturare il sistema giuridico nazionale, capace, se mai riuscisse a penetrarvi servendosi del Cavallo di Troia comunitario, di mandare in crisi scelte culturali e di logica giuridica secolari e radicate.

In effetti i concetti guida della giurisprudenza comunitaria sono ispirati di volta in volta da impostazioni proprie di diritti nazionali "forti" (che poi, si potrebbe notare, sono quelli – la Germania, la Francia – nei quali il diritto amministrativo trova le sue radici e le basi stesse della sua storia). In particolare quello dell'affidamento, che noi abbiamo studiato nella sua applicazione alle decisioni di secondo grado dell'amministrazione, risulta dalla ricezione della impostazione tedesca.

La diversità nelle impostazioni di fondo della logica giuridica cui le diverse culture del diritto si sono ispirate nella loro formazione conduce allora a constatare delle profonde incompatibilità: ad esempio in Francia la dottrina privatistica non stenta a individuare, sotto il concetto di "confiance légitime", il modello tedesco della centralità della posizione del creditore, della sua legittima attesa generata dalla promessa del debitore, e ribadisce invece l'opzione della cultura giuridica francese per il primato della volontà di impegnarsi, espressa da chi assume una obbligazione, come elemento generatore degli obblighi contrattuali.

Nell'ordinamento pubblicistico poi l'impostazione che privilegia la certezza delle posizioni giuridiche del singolo, o meglio, la tutela delle sue soggettive aspettative, deve fare i conti con la diversa impostazione che invece vede prioritaria la certezza del diritto oggettivo, la garanzia del principio di legalità.

Si tratta evidentemente di punti fondamentali che definiscono l'identità stessa del sistema, e che sarebbe ingenuo sottovalutare.

Del resto poi proprio quelle che sono le esigenze di fondo, radicali e primarie di ogni ordinamento giuridico, le ragioni stesse dell'esistenza del diritto, quella di sicurezza, di certezza, di garanzia di posizioni acquisite, costituiscono le entità basilari, i nuclei fondanti e primigeni di ogni ordinamento giuridico, attorno ai quali ogni ordinamento, ogni cultura giuridica ha costruito le sue risposte nei modi, con lo stile, con il lessico e l'accento, ma più profondamente, con l'impostazione e la logica che è propria di quella cultura e di quella tradizione. E proprio gli istituti che in ogni ordinamento danno risposta a queste esigenze basilari e onnipresenti sono quelli che più incarnano e definiscono l'identità di fondo di ogni sistema, sono gli elementi identitari del sistema: ciò spiega probabilmente le resistenze e i rifiuti, e anche le false (o almeno esteriori) adesioni, secondo quel pericoloso modello che è stato definito delle "convergenze superficiali e divergenze profonde".

In altra ricerca che aveva avuto ad oggetto il principio della semplificazione procedimentale si era potuto valutare la diffusione e la fortuna di quel concetto; a conclusione della ricerca di cui si qui si è dato conto bisogna ora comparativamente concludere che la ricezione di quel principio appariva molto più uniforme e pacifica di quanto non sia per il concetto comunitario di (protezione dell') affidamento.

Ma è evidente la differenza: lì si tratta di un principio di legislazione, di un suggerimento per il legislatore o per i governi, e quindi di una regola che va poi mediata e tradotta in norme di ciascun ordinamento; qui (quanto all'affidamento) si tratta di un principio che vive davvero e direttamente nell'ordinamento come criterio utilizzato dai giudici per valutare la legittimità di comportamenti dell'amministrazione, e quindi di riflesso come limitazione puntuale e attuale per le decisioni amministrative. Quindi i due principi hanno ben diversa natura e capacità di penetrazione e di diretta influenza.

Il principio di semplificazione è poi, come allora si era argomentato, più uno slogan, una parola d'ordine con cui si rivendicano spazi più ampi e tempi più veloci, e in sostanza maggiore libertà di azione per gli operatori dell'economia, che non un vero principio dell'ordinamento. Qui invece, con il tema dell'affidamento, si entra nel profondo del funzionamento del sistema, si alterano punti di vista e meccanismi di ragionamento costitutivi della dinamica operatività di un sistema giuridico.

Si potrebbe concludere osservando ²⁶ che un troppo ampio ricorso al concetto di affidamento, per consentire al giudice di risolvere i casi secondo la sua prudente

²⁶ Con J.-P. Puissechet, *Le principe de sécurité juridique dans la jurisprudence de la Cour de Justice des Communautés européennes*, in Cahiers du Conseil constitutionnel n. 11 (2001). Può essere significativo ricordare che l'A. osserva conclusivamente: "nous ne sommes pas convaincus qu'il y ait, dans la jurisprudence des juridictions

valutazione della concreta equità, rischia di mettere in discussione un altro affidamento non meno importante, quello sulla certezza delle norme.